



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 314/2017.

En Madrid, a 22 de diciembre de 2017.

Visto el recurso interpuesto por D. XXX contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de fecha 19 de septiembre de 2017, dictada en el procedimiento disciplinario AEPSAD 4/2017, acordando ampliar el periodo de suspensión provisional de la licencia deportiva hasta la finalización del procedimiento, el Tribunal Administrativo del Deporte en el día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El Director de la AEPSAD, mediante resolución adoptada el 25 de abril de 2017, acordó incoar expediente disciplinario contra D. XXX, basado en el control antidopaje con resultado adverso realizado el 10 de marzo de 2017. En dicho control se detectó la sustancia Eritropoyetina, perteneciente al grupo “S.2, hormonas peptídicas, factores de crecimiento, sustancias afines y miméticos”, que tiene la consideración de “sustancia no específica” de la Lista de sustancias y métodos prohibidos aprobada mediante resolución de 30 de diciembre de 2016, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes (BOE de 7 de enero de 2017). En dicha resolución se señala que este hecho podría constituir una infracción muy grave en materia de dopaje, tipificada en el artículo 22.1.a) de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. Asimismo, se adoptó la medida cautelar de suspensión de la licencia federativa, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la citada Ley Orgánica 3/2013.

Segundo. - En el marco de la instrucción del expediente disciplinario su Instructor adoptó el 21 de julio de 2017 una providencia por la que resolvió *“ampliar el periodo de suspensión provisional de la licencia deportiva de D. XXX...hasta la finalización del mismo...a fin de asegurar la efectividad de la resolución que en su momento se dicte.”*.

Tercero.-El deportista interpuso recurso ante el Tribunal Administrativo del Deporte que dictó resolución en el marco del Expediente 289-2017 TAD, el día 8 de septiembre de 2017, acordando estimar el mismo en los siguientes términos:

“ESTIMAR el recurso y declarar la nulidad de la Providencia de 21 de julio de 2017 del Instructor del expediente disciplinario AEPSAD 4/2017, por la que amplió el periodo de suspensión provisional de la licencia deportiva de D. XXX, por haber sido adoptada por órgano incompetente para ello.”.

Cuarto.-Mediante resolución de 19 de septiembre de 2017 del Director de la AEPSAD se acuerda *“Ampliar el periodo de suspensión provisional de la licencia deportiva de D. XXX, acordada en el acuerdo de incoación del presente expediente sancionador AEPSAD 4/2017, de fecha 25 de abril de 2017, con efecto retroactivo desde el día 21 de julio de 2017 y hasta la finalización del mismo, mediante Resolución del Director de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte a fin de asegurar la efectividad de la resolución que en su momento se dicte.”*.

Quinto. Con fecha 5 de octubre de 2017 tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo del Deporte escrito del Sr. XXX mediante el que interpone recurso frente a la mencionada resolución de la AEPSAD de 19 de septiembre.

Sexto. - Una vez recibido el expediente y el informe de la AEPSAD, este Tribunal, mediante Providencia notificada al recurrente el 25 de octubre de 2017, le comunicó la apertura de un plazo de cinco días hábiles para que ratificase su pretensión o en su caso formulase cuantas alegaciones convengan a su derecho,

dándole traslado del informe de la AEPSAD y poniendo a su disposición, para consultar durante dicho período, el resto del expediente.

Séptimo. - El 2 de noviembre de 2017, el recurrente registró ante este TAD escrito ratificándose en su pretensión y formulando alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Tribunal Administrativo del Deporte es competente para conocer del recurso interpuesto, de acuerdo con lo previsto en el art. 40.1 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, así como en el art. 84.1 a) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva, todo ello en relación con la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2013.

Segundo. - El recurrente se halla legitimado activamente para interponer el recurso contra la resolución objeto de impugnación, por ser titular de derechos o intereses legítimos afectados por ella.

Tercero. - El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de treinta días, contados a partir del siguiente a la notificación de la resolución impugnada, conforme a lo establecido en el art. 40.3 de la Ley Orgánica 3/2013.

Cuarto.- En la tramitación del recurso se han observado las exigencias de remisión del expediente y emisión de informe por la AEPSAD, y de vista del expediente y audiencia del interesado, quien ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente.

Quinto. - En su recurso el deportista plantea como primer motivo de oposición que No puede convalidarse un acto nulo, del que el Tribunal Administrativo del Deporte ya declaró su nulidad el día 8 de septiembre de 2017.

En la resolución de 8 de septiembre de este Tribunal (Exp. 289/2017 TAD), aludida por el recurrente, se anuló, por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente, una Providencia de 25 de abril dictada por el Instructor en el expediente AEPSAD 4/2017 por la que se acordaba ampliar el periodo de suspensión provisional de la licencia deportiva del Sr. XXX, medida idéntica a la ahora adoptada por el Director de la AEPSAD que es el objeto de recurso de este expediente (Exp.314/2017 TAD).

Este primer motivo de recurso se dirige a cuestionar el fundamento jurídico en el que se ampara la nueva resolución de la AEPSAD, dictada por su Director. Señala el recurrente que la resolución ahora recurrida, ampara la medida en el artículo 52 de la Ley 39/2015, que permite convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan. En concreto, en el Fundamento Decimotercero la AEPSAD transcribe como sustento de la nueva resolución la literalidad del mencionado artículo 52.

En su recurso asevera el deportista, con cita jurisprudencial, que dicha fundamentación carece de base, por un lado porque el art.52 permite convalidar tan sólo actos anulables y no nulos, y, por otro lado porque los actos nulos, ya no son actos y, por lo tanto, no son convalidables.

Entiende el recurrente que siendo clara y expresa la voluntad del Acuerdo ahora recurrido del Director de la AEPSAD de convalidar la Providencia del Instructor de 21 de julio de 2017, declarada nula por este TAD, debe conducir a la nulidad del segundo acuerdo porque no puede convalidar uno anterior declarado nulo.

En su Informe la AEPSAD señala estar de acuerdo con el razonamiento jurídico del recurrente pero entiende que este yerra al considerar el nuevo acto como

convalidatorio de la providencia anterior. Afirma que no se procede a convalidar acto alguno sino que se acuerda ampliar el periodo de suspensión provisional de la licencia deportiva, en un acto cuyo contenido es esencialmente idéntico al anulado salvo en la autoridad que lo dicta, pero en el que no se acuerda convalidación alguna ni subsanación de acto anterior, sino que se trata de un acto administrativo autónomo y suficiente con todos los elementos necesarios para ser considerado así.

En el trámite de audiencia ante este TAD replica el recurrente que aunque la AEPSAD niegue ahora que convalidó acto alguno en realidad procedió a hacerlo, amparando su decisión en el artículo 52 y dotando a ese acto de eficacia retroactiva precisamente desde la fecha en la que se dictó la providencia declarada nula por el Tribunal Administrativo del Deporte.

Entrando al análisis de la cuestión se debe constatar que si bien no fue lo más acertado que la AEPSAD aludiera en su fundamento decimotercero al instituto de la convalidación para justificar la subsanación de los vicios de la primera providencia – porque resulta de aplicación sólo al caso de los actos anulables-, el debate que debe abordarse es el de si la AEPSAD puede proceder a dictar un nuevo acto en sustitución del anterior, que fue declarado nulo –y en coherencia, no convalidable- por este TAD mediante resolución del día 8 de septiembre de 2017, y, en tal caso, si puede dotar al mismo de efectos retroactivos, tal como acordó el Director de la AEPSAD. Y la respuesta ha de encontrarse en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015 cuando señala que *“Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de otros anulados...”*.

Del anterior precepto se desprende, sin género de duda, la posibilidad de dictar un nuevo acto que sustituya al anterior anulado, produciendo en su caso efectos retroactivos, por lo que no puede acogerse la pretensión del recurrente y ello independientemente de que la AEPSAD citara base normativa errónea, toda vez que lo relevante de su actuación, está plenamente amparado por el ordenamiento.

Sexto.- En segundo lugar, mantiene el recurrente que la resolución recurrida no ofrece justificación alguna sobre la extensión del periodo de suspensión provisional desde la iniciación del expediente sancionador hasta la finalización del mismo, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 13/2013 que dispone que (el subrayado es nuestro) *“La suspensión provisional de la licencia adoptada conforme a lo señalado en los apartados anteriores se entenderá automáticamente levantada si el órgano competente para imponer la sanción no ha resuelto el procedimiento en el plazo de tres meses a contar desde su incoación, a menos que el retraso se hubiera ocasionado por causas imputables al afectado por el procedimiento sancionador”*.

A su juicio la ampliación de la medida más allá de los tres meses carece de la más mínima motivación –exigida por el artículo 56.1 de la Ley 39/2015- al limitarse a señalar la base jurídica que permitiría adoptar la medida provisional acordada, pero que en ningún caso valora la razonabilidad de la misma en relación con las circunstancias concurrentes, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad. En definitiva, debería haber razonado por qué es necesaria la ampliación de la medida cautelar a toda la duración del procedimiento disciplinario para asegurar los efectos de la resolución que en su día se dicte, por qué es proporcionada y si no existe una menos onerosa.

Concluye que la resolución no permite conocer las causas por las que se ha decidido ampliar la medida provisional hasta la resolución del procedimiento sancionador, lo que no permite ponderar la idoneidad del acto, causando indefensión por ausencia de motivación.

En su Informe manifiesta la AEPSAD que no cabe exigir para la ampliación o prórroga de la medida una motivación diferente en su esencia de la que determinó su imposición y que esta ha sido suficientemente fundamentada y que se sustenta en la mera aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para el hallazgo de “sustancias no específicas” en las muestras fisiológicas del deportistas en el propio artículo 38 de la Ley Orgánica cuando señala que *“La constatación de un resultado*

analítico adverso en el análisis de una muestra A cuando se detecte una sustancia prohibida que no tenga la consideración de «sustancia específica» de acuerdo con lo dispuesto en la Lista de sustancias y métodos prohibidos, producirá de forma inmediata la imposibilidad del ejercicio de los derechos derivados de la licencia deportiva.”.

Entiende además que la solicitud por parte del expedientado de determinados informes analíticos supuso el retraso del procedimiento sancionador (en 42 días) por causa imputable y que en consecuencia existe justificación suficiente para la extensión del periodo de suspensión cautelar hasta la finalización del procedimiento.

Discrepan las partes precisamente sobre si existió retraso imputable al deportista que justifique la ampliación del periodo de suspensión más allá de los tres meses. Asevera la AEPSAD, con acreditada consistencia documental, que, mediante escrito de 12 de mayo de 2017, tuvo entrada ante el citado organismo escrito del interesado solicitando la aportación de diversos documentos (Informe analítico del laboratorio de la muestra A y cadena de custodia de la muestra hasta su análisis) a la vez que pedía la suspensión del plazo para formular alegaciones y prueba. En relación con esta última solicitud el Instructor del procedimiento acordó la suspensión del citado plazo el 22 de mayo, medida levantada, una vez realizadas las pruebas propuestas por el deportista, mediante Providencia de 3 de julio de 2017.

Sin cuestionar la anterior secuencia, el recurrente niega que la relatada suspensión del procedimiento sea equiparable a un retraso achacable al mismo y que no ha habido por su parte ningún intento de dilatar el procedimiento –incluso entiende que la información por él solicitada debió obrar en poder de la AEPSAD en el momento de la incoación del expediente-. Finaliza señalando que incluso si el retraso fuera imputable al deportista, la ampliación del plazo de suspensión provisional más allá de los tres meses que prevé el artículo 38 de la Ley Orgánica 13/2013 podría extenderse por el periodo de 42 días en que se demoró el procedimiento.

Planteados los términos del debate principal que se presenta en este recurso, para sustentar nuestro juicio debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 13/2013 en lo que se refiere a la duración de la suspensión provisional cuando se detecten sustancias no específicas. Así señala la norma (subrayado nuestro) *“La suspensión provisional de la licencia...se entenderá automáticamente levantada si el órgano competente para imponer la sanción no ha resuelto el procedimiento en el plazo de tres meses a contar desde su incoación, a menos que el retraso se hubiera ocasionado por causas imputables al afectado por el procedimiento sancionador.”*

De lo anterior cabe concluir, en primer lugar que el periodo máximo de suspensión provisional podrá alcanzar los tres meses desde la incoación del procedimiento sancionador y que tan sólo en el supuesto de que se hubiera ocasionado retraso imputable al expedientado podrá extenderse más allá.

En el caso, realmente carece de relevancia la discusión mantenida por recurrente y AEPSAD alrededor de si el retraso propiciado por la realización de determinadas pruebas técnicas obedece a una estrategia dilatoria o no, dado que fue el propio deportista el que solicitó la suspensión del procedimiento y sólo a él es imputable que se produjera una demora de 42 días en la tramitación.

Sentado lo anterior, la extensión por periodo superior a los tres meses estaría justificada y motivada por el retraso imputable al deportista.

Sin embargo, y es aquí donde este TAD debe mostrar su discrepancia con la resolución de la AEPSAD, la demora atribuible al deportista, por la causa descrita, daría lugar en su caso a la extensión por tiempo equivalente al retraso provocado pero no a la fijación de un término incierto cual es el de la finalización del procedimiento. En definitiva, acierta la AEPSAD al mantener la medida de suspensión provisional más allá de los tres meses, pero esa extensión no debería ir más allá de los 42 días de retraso que generó la solicitud realizada por el recurrente,



sin que pueda aceptarse por lo tanto su ampliación a la duración total del procedimiento siempre que esta sea superior a aquel número de días.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Deporte,

ACUERDA

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por D. XXX contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de fecha 19 de septiembre de 2017, dictada en el procedimiento disciplinario AEPSAD 4/2017, limitando el periodo de suspensión provisional de la licencia deportiva, en los términos contemplados en el fundamento sexto, es decir, hasta un máximo de 42 días adicionales a los tres meses previstos en el artículo 38 de la Ley Orgánica 13/2013.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa, y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Madrid, en el plazo de dos meses desde su notificación.

EL PRESIDENTE

LA SECRETARIA