



### Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 151/2018

En Madrid, a 27 de julio de 2018, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver el recurso presentado por D. XXXXX, contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador del Director de la AEPSAD, de 27 de junio de 2018, recaída en el expediente 29/2018 de esa Agencia.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El 5 de julio de 2018, ha tenido entrada en este Tribunal el recurso presentado por D. XXXXX, contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador del Director de la AEPSAD, de 27 de junio de 2018, recaída en el expediente 29/2018 de esa Agencia.

**SEGUNDO.**- El día 6 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo del Deporte remitió a la AEPSAD el recurso y solicitó de la misma informe elaborado por el órgano que dictó el acto recurrido, así como el expediente original, lo que fue cumplimentado con fechada de entrada en el Tribunal Administrativo del Deporte de 24 de julio de 2018 .

**TERCERO.** Mediante providencia de 24 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo del Deporte acordó conceder al recurrente un plazo de 5 días hábiles para ratificarse en su pretensión o formular las alegaciones que convengan a su derecho, acompañando copia del informe de la AEPSAD y poniendo a su disposición el expediente. El escrito de alegaciones tuvo entrada en el Tribunal el 25 de julio de 2018.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El Tribunal Administrativo del Deporte es competente para conocer del recurso interpuesto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 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.

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

**TERCERO.** El recurso ha sido interpuesto en plazo y forma y en su tramitación se han observado las exigencias de remisión del expediente y emisión del informe, así como de vista del expediente y audiencia.

**CUARTO.** Por lo que se refiere al objeto del presente recurso, dice el Sr. XXXX que lo presenta contra el acuerdo de incoación adoptado por el Director de la AEPSAD el 27 de junio de 2018.

Teniendo en cuenta que un acuerdo de incoación de un expediente no es, salvo en determinados supuestos, un acto recurrible, así como lo expuesto en el petitum del recurso, se deduce que lo que se impugna es el acuerdo de suspensión provisional de licencia que, también, se adopta en el citado acuerdo de incoación. Y este acuerdo de suspensión provisional es recurrible, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 40.1, párrafo segundo, e/ 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, que establece que: “En todo caso podrán ser recurridas las siguientes resoluciones: e/ las que impongan una suspensión provisional”.

En virtud de lo expuesto, la presente resolución ha de ceñirse, en exclusiva, a la adopción de la suspensión provisional, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica, sin que se pueda entrar en cualquier otro análisis relacionado con el fondo del expediente sancionador que, a la fecha de la presente resolución, no se tiene conocimiento haya finalizado.

**QUINTO.** El Sr. XXXXX solicita la nulidad de la medida de suspensión provisional de licencia. Funda su petición en el incumplimiento del artículo 38.2 de la Ley Orgánica, en concreto, en la falta de audiencia en la adopción de la medida y en la falta de motivación.

La AEPSAD, por el contrario, entiende que la suspensión provisional ha sido correctamente adoptada, en la medida que está motivada y que la audiencia que exige el artículo no tiene que ser previa, así como que, en el acuerdo de incoación y adopción de la suspensión provisional, se concede un plazo de audiencia de 10 días al expedientado.

**SEXTO.** Por lo que se refiere a la alegación de la falta de audiencia en la adopción de la medida, hay que partir de que el artículo 38 de Ley Orgánica, que regula la pérdida de efectividad de los derechos de la licencia, prevé dos supuestos de pérdida de dicha eficacia. El primero, automático o ex lege, viene descrito en el párrafo primero del artículo, que dice 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. Tal medida se comunicará conjuntamente con la resolución de incoación del procedimiento sancionador en materia de dopaje. El afectado podrá formular alegaciones en orden a la medida adoptada y a los efectos de la reconsideración de la medida”.

El segundo supuesto que prevé el artículo 38 es el que se regula en el apartado 2, cuando dice: “En cualquier otro procedimiento sancionador en materia de dopaje que se encuentre en curso, el órgano competente para resolver podrá adoptar, en cualquier momento, mediante acuerdo motivado y respetando los principios de audiencia y proporcionalidad, las medidas de carácter provisional, incluso la suspensión provisional de licencia federativa que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. La medida de suspensión provisional de la licencia podrá adoptarse, exclusivamente, en aquellos casos en los que el objeto del procedimiento esté constituido por hechos tipificados como infracción muy grave”.

A juicio de este Tribunal, y tal y como se desprende de los términos del expediente y del recurso, en el presente caso nos encontramos ante una suspensión provisional de licencia regulada en el apartado 2 del artículo 38 de la Ley Orgánica. Y ello porque está fundamentada en que el órgano sancionador ha calificado los hechos como susceptibles de integrar el tipo de una infracción muy grave. Recuérdese que el tenor literal del precepto dice “La medida de suspensión provisional de la licencia podrá adoptarse, exclusivamente, en aquellos casos en los que el objeto del procedimiento esté constituido por hechos tipificados como infracción muy grave”. Y en el presente caso, la infracción que se imputa en el acuerdo de incoación es la del artículo 22.1 b/ de la LOPSD, que tiene naturaleza de muy grave.

En conclusión, no tratándose de una suspensión automática, que solo puede fundamentarse en el tipo de sustancia, se fundamenta en la naturaleza de muy grave de la sanción que se regula en el artículo 38.2

**SÉPTIMO.** La siguiente cuestión a resolver es si, en el procedimiento de adopción de la medida cautelar, se han cumplido los requisitos que establece el propio párrafo tercero para su adopción y, en particular, el principio de audiencia que estamos examinando, para lo cual hay que tener en cuenta la naturaleza de la medida adoptada. Y ello, porque aunque la misma se adopte con ocasión del acuerdo de incoación, la naturaleza de ambos actos, acuerdo de incoación y suspensión provisional, es completamente diferente.

El acuerdo de incoación no es sino una de las fases del procedimiento sancionador que no produce, por si mismo, efectos en la esfera jurídica del expedientado, más allá de la existencia de un procedimiento sancionador. Lo que producirá efectos será la sanción, una vez tramitadas todas las fases del procedimiento, con sus correspondientes audiencias previstas en la normativa sancionadora.

La suspensión provisional, por el contrario, produce efectos en la esfera jurídica del expedientado, en concreto, la suspensión de los derechos que se derivan de la licencia deportiva. Es decir, sus efectos son los mismos que la sanción. Supone un adelanto de la sanción, en atención a determinados intereses protegidos por la ley.

El artículo 38 se refiere a que la medida podrá adoptarse “en cualquier momento, mediante acuerdo motivado”. Esta redacción implica que la suspensión provisional es un acto autónomo que nada tiene que ver con el acuerdo de incoación. En este sentido en la Resolución del Tribunal Administrativo del Deporte de 6 de junio de 2014 se señalaba: “La medida cautelar está tomada en el acuerdo de incoación como un acto autónomo de la apertura en el sentido que tiene una vida jurídica paralela al procedimiento principal, pudiendo nacer en el mismo tiempo o posteriormente, y cesar en cualquier momento”. Y en otro punto de la Resolución se decía: “El acuerdo de medidas provisionales es autónomo y la suspensión del procedimiento sancionador no acarrea la suspensión de las medidas cautelares adoptadas en el mismo”.

En el presente caso, la AEPSAD ha decidido acordar la suspensión provisional en el momento de incoar el procedimiento, lo cual es perfectamente posible. Pero el hecho de elegir dicho momento, no implica que un acto, que es autónomo, se incorpore al acuerdo de incoación y adopte la naturaleza de este.

Dicha naturaleza autónoma implica que los requisitos de una suspensión provisional han de respetarse con independencia del momento y de la fase en que se encuentre el procedimiento y son: Ha de adoptarse por el órgano competente para resolver; exige un acuerdo motivado; han de respetarse los principios de audiencia o proporcionalidad; ha de ser necesario para la eficacia de la resolución que pudiera recaer ; solo cabe cuando el órgano sancionador haya calificado los hechos objeto del expediente como muy graves.

**OCTAVO.** Nos encontramos pues ante un acto administrativo, limitativo de derechos y recurrible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.1, segundo párrafo letra e/ de la LO.

El artículo 105 c/ de la Constitución establece que la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda la audiencia del interesado. Pues bien, el legislador, al regular la suspensión provisional en el artículo 38.2, ha considerado que es uno de los supuestos en que procede garantizar la audiencia del interesado. Audiencia que hay que “respetar” en los términos del artículo 105 c/ de la Constitución, que utiliza el término

“garantizando”, que nos remite al significado de asegurar, proteger, dar seguridad, certeza y otros similares.

Procede, por tanto, analizar si en el presente procedimiento de suspensión provisional, a la vista del expediente, puede entenderse que se ha garantizado la audiencia del afectado por quien ha visto suspendidos los derechos de su licencia deportiva.

Así, consta que se notificó al recurrente, en primer lugar, el acuerdo de diligencias previas que tuvo lugar y que, en relación con las mismas, el Sr. XXX respondió lo que estimó conveniente. Diligencias que, sin embargo, como la propia AEPSAD señala en su informe son anteriores a la apertura del procedimiento sancionador y únicamente tienen como propósito determinar la conveniencia de iniciar o no el procedimiento, por lo que no pueden ser consideradas una audiencia en relación con la suspensión provisional de la licencia.

Consta, asimismo, que se le ha notificado el acuerdo de incoación, por la posible comisión de una infracción muy grave, acuerdo que se ha adoptado a la vista del resultado de las diligencias previas y, también, que se ha dado en relación con el mismo un plazo de alegaciones al expedientado. Pero, tampoco esta audiencia sirve para dar por cumplida la que exige el artículo 38.2 respecto de la suspensión provisional, en la medida que, como se ha explicado más arriba, el acuerdo de incoación es un acto diferente del acuerdo de incoación aunque se adopte con éste.

Asimismo, consta que se ha notificado el acuerdo de suspensión provisional, que se contiene en el propio acuerdo de incoación y también que se ha dado el mismo plazo de alegaciones que para el acuerdo de incoación, pero dicho plazo de alegaciones ( perfectamente válido para el acuerdo de incoación), en relación con la suspensión provisional es extemporáneo y no susceptible de producir ya efectos, teniendo en cuenta que la decisión de suspender la licencia ya ha sido adoptada y ha comenzado a producir efectos.

Frente a esta interpretación, la AEPSAD ha entendido que la audiencia no tiene que ser previa y también, a tenor de lo que expone en su informe, parece entender que al dar un plazo de alegaciones de 10 días al notificar el acuerdo de incoación con esto ya quedaba garantizada la audiencia al acuerdo de suspensión provisional. Sin embargo, este Tribunal no puede estar de acuerdo con esta interpretación, por diversas razones.

1/En primer lugar, tal interpretación contradice el propio tenor literal del apartado tercero del Acuerdo adoptado, que dice: “Imponer, a la vista de los hechos relacionados y habida cuenta de la gravedad de los mismos, la suspensión provisional de licencia federativa a D...,conforme al artículo 38.2 de la LOPSD, como medida provisional necesaria para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer...”.

El acuerdo utiliza el término “imponer”, y mal puede alegarse algo para tratar de convencer cuando la decisión ya ha sido tomada y ha comenzado a producir efectos. Parece incompatible, desde un punto de vista de razonamiento lógico, decidir una limitación de derechos que empieza a producir efectos y, simultáneamente, decir que se le alegue a dicha decisión ya adoptada.

2/ Porque, como se ha explicado más arriba, el acuerdo de suspensión es un acto de naturaleza diferente al acuerdo de incoación, y es autónomo respecto de cualquier acto de trámite del procedimiento.

3/ Porque, contrariamente a lo afirmado por la AEPSAD, la audiencia tiene que ser previa. Nótese que, incluso en el caso de la suspensión automática que se regula en el apartado 1 del artículo 38, se prevé una audiencia y una posible reconsideración a la vista de la misma por el órgano sancionador.

Reconsideración que solo puede significar que el automatismo previsto en la ley ha de quedar abierto a la posible existencia de circunstancias que por ejemplo, por error, no hayan sido apreciadas por el órgano sancionador al aplicar de modo automático lo dispuesto en la disposición legal y que son advertidas por el expedientado en unas alegaciones.

Pues si ello es así en relación con el procedimiento automático, cuanto más ha de serlo en el que nos ocupa, donde el órgano sancionador tiene un margen de valoración aunque haya de motivar su decisión. Y de nuevo, el razonamiento lógico. Mal se puede motivar, o al menos de modo incompleto, si no se han conocido las razones que pueda exponer aquel que va a ver limitados sus derechos.

La Sentencia del tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016, que ha sido alegada por el recurrente, ahondando en esta tesis dice: "...por lo que pueda tener de ilustrativo diremos que en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al regular el denominado "derecho a la buena administración" incluye el "derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente". Lo cual viene a recoger, a nuestro juicio, el mismo contenido mínimo que según creemos contempla el artículo 105.C CE".

3/ Otras razones, como la excepcionalidad de la medida que recoge, expresamente, el propio artículo 38.2, hacen que la interpretación haya de ser, favorable a la existencia de una audiencia con anterioridad a la decisión, y restrictiva en la valoración de la actuación del órgano sancionador. Y ello porque, llegados a este punto, el interés del expedientado en poder alegar algo al respecto, antes de que la AEPSAD tome la decisión de suspenderle provisionalmente, parece fuera de toda cuestión. Otra cosa es su libertad para ejercer ese interés, pero jurídicamente, el interés existe.

**NOVENO.** En conclusión, en el presente caso, la audiencia no ha quedado garantizada, en la medida que no consta en el expediente documento alguno del que pueda deducirse que el expedientado ha tenido la oportunidad de dar las explicaciones que estimase oportunas acerca de la suspensión provisional de su licencia, con anterioridad a la adopción de la medida.

Habiéndose de estimar el recurso por dicho motivo, no procede, por innecesario, entrar en el análisis del resto de las alegaciones.

A la vista de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo del Deporte,

### **ACUERDA**

**ESTIMAR** el recurso presentado por D. XXXXX, contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador del Director de la AEPSAD, de 27 de junio de 2018, recaída en el expediente 29/2018 y anular el acuerdo de suspensión provisional de su licencia deportiva.

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.

**LA PRESIDENTA**

**EL SECRETARIO**