



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 202/2018 BIS

En Madrid, a 25 de enero de 2019, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer el recurso interpuesto por Don [REDACTED] contra la resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte de 17 de octubre de 2018 por la que se sanciona al recurrente por una infracción muy grave del artículo 22.1.b) de la Ley Orgánica 3/2013, con suspensión de licencia federativa por un período de tres meses.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Con fecha 18 de marzo de 2018, D. [REDACTED] participó en una competición federada oficial de ámbito estatal de esgrima en categoría sub 23, donde fue sometido al correspondiente control antidopaje.

En el formulario de control de dopaje manifestó el ahora recurrente que había consumido Concerta 54, ibuprofeno, animo recovery en los siete días anteriores a la realización del control.

Tras el correspondiente proceso de recogida, transporte, conservación, custodia y análisis de las muestras realizado todo ello de conformidad con el procedimiento establecido en el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte, el resultado analítico obtenido por el Laboratorio de Control de Dopaje fue adverso al haberse detectado la sustancia prohibida "METILFENIDATO, perteneciente al grupo S.6.B, estimulante específico". Dicha sustancia tiene la consideración de "sustancia específica".

Con fecha 25 de abril de 2018, notificado el 16 de mayo, se acordó la incoación del correspondiente expediente considerándose que los hechos expuestos, de resultar acreditados, eran constitutivos de 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. De conformidad con el artículo 23 de la citada Ley, y en relación con lo previsto en el artículo 27, la sanción que, en su caso llevaría aparejada esta infracción, sería la suspensión de licencia federativa por un periodo de dos años y multa de 3.001 a 12.000 euros.





El ahora recurrente, por correo electrónico de fecha 20 de mayo de 2018, solicitó la realización de análisis de la muestra B y el informe analítico correspondiente a la muestra A, adjuntando el justificante de pago. Por medio de alegaciones al acuerdo de incoación, que tuvieron entrada en la AEPSAD el 23 de mayo de 2018, manifestando su renuncia a la realización del análisis de la muestra B y a la petición del informe analítico.

Con fecha 29 de mayo, por correo electrónico, se envió a la AEPSAD por el recurrente escrito de alegaciones, con un único ordinal, en el que se ponía de manifiesto el trastorno de Déficit de atención padecido desde hace años y que la presencia de Metilfedinato, sustancia prohibida encontrada en su organismo, era consecuencia de la medicación prescrita por el médico que trataba su enfermedad, acompañando informes médicos relativos a un trastorno de déficit de Atención por Hiperactividad, así como la prescripción facultativa del consumo de medicamentos para su tratamiento.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de mayo de 2018 el aquí recurrente solicitó una Autorización de Uso Terapéutico (AUT) con efectos retroactivos. Con fecha 4 de junio fue denegada por el Comité de Autorizaciones de Uso terapéutico, siendo concedida la autorización el día 5 de junio de 2018 con una duración de un año.

TERCERO. - El órgano instructor elevó propuesta de Resolución, notificada el 26 de septiembre de 2018, proponiendo la sanción del recurrente por una infracción muy grave en materia de dopaje, tipificada en el artículo 22.2.b) de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, con la sanción de suspensión de licencia federativa por un periodo de tres meses, en aplicación de lo prescrito en el artículo 23.9 en relación con lo prevenido en el artículo 27 de la citada Ley, además de anulación de los resultados obtenidos.

El 15 de octubre de 2018, el recurrente presentó escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución basadas en la demora en la resolución del expediente: el reconocimiento en el momento del control de la toma de la sustancia específica detectada para tratar un problema de salud: inexistencia de intención de cometer una infracción ni aumentar el rendimiento deportivo, tratándose de una simple falta de diligencia en la obtención de la AUT; imposibilidad de sanción de la infracción por ausencia acreditada de culpa significativa; necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad, solicitando la aplicación de sanción de amonestación o de suspensión de licencia por periodo inferior al propuesto por el instructor y la no anulación de los resultados obtenidos desde el 18 de marzo hasta la fecha de dictarse la resolución sancionadora.

CUARTO. - Con fecha 17 de octubre de 2018, la AEPSAD dictó Resolución por la que sanciona a don como responsable de una infracción muy grave en materia de dopaje, tipificada en el artículo 22.2.b) de la Ley Orgánica 3/2013, con la sanción de suspensión de licencia federativa por un periodo



de tres meses, en aplicación de lo prescrito en el artículo 23.9 en relación con el artículo 27 de esa misma Ley.

QUINTO. - Con fecha 24 de octubre de 2018, D. [REDACTED] ha presentado ante este Tribunal recurso frente a la citada Resolución de la AEPSAD de 17 de octubre de 2018, recaída en el expediente sancionador 16/2018.

El recurrente no comparte la referida Resolución, principalmente, por los mismos argumentos que ya expuso en su escrito de alegaciones presentado cuando se la notificó la propuesta de Resolución de la AEPSAD.

Solicitando la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución, fue concedida por resolución de este tribunal de fecha 26 de octubre de 2018.

SEXTO. Con fecha 24 de octubre de 2018 se dio traslado a la AEPSAD del recurso interpuesto, a fin de que en el plazo de diez días hábiles remitiese informe elaborado por el órgano que dictó el acto recurrido y expediente original del asunto debidamente foliado.

La AEPSAD, con fecha 13 de noviembre de 2018, presentó informe y expediente, en los términos que constan en el expediente.

SÉPTIMO.- Con fecha 13 de noviembre de 2018 se dio traslado al recurrente para que durante el plazo de cinco días presentase escrito de ratificación de su pretensión o en su caso formulase cuantas alegaciones fuesen de su interés. El recurrente, evacuó el trámite conferido con fecha 26 de noviembre de 2018, formulando alegaciones en los términos que constan en el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Tribunal Administrativo del Deporte es competente para conocer del recurso interpuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84.1 a) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva, todo ello en relación con la Disposición Adicional Cuarta 2 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 está legitimado activamente para interponer el recurso contra la Resolución objeto de impugnación de acuerdo con el artículo 40.4 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, 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 legales de remisión del expediente y emisión del informe, así como de vista del expediente y audiencia del interesado, quien ha formulado las alegaciones que ha tenido por conveniente.

CUARTO. - El recurrente solicita a este Tribunal que dicte una Resolución en la que se declare la inexistencia de infracción de las normas de dopaje por ausencia de culpa significativa y, subsidiariamente, de apreciarse la existencia de infracción de las normas de dopaje, que la misma sea calificada con la menor gravedad posible y la sanción impuesta sea la de amonestación o, en otro caso, la del mínimo período de suspensión posible.

El recurrente fundamenta su pretensión de que se deje sin efecto la sanción por apreciación de inexistencia de culpa en las circunstancias concurrentes. A su juicio dado que la Ley Orgánica 3/2013 contempla como circunstancia eximente la obtención de una autorización terapéutica (en adelante AUT), procede que al recurrente – que la obtuvo – se le aplique dicha eximente. Y para el supuesto de que se considere que no haberla obtenido con efecto retroactivo, sino en fecha posterior al control de dopaje, impide la aplicación de la exención de responsabilidad, estima que se dan las circunstancias para que la sanción impuesta sea la mínima prevista, la de amonestación.

Del tenor del recurso se desprende que en este procedimiento no se cuestionan los hechos, ya que el resultado adverso es reconocido al igual que estamos ante un hecho indubitado el del tratamiento médico administrado al recurrente por el diagnóstico de TDA-H y la obtención de una AUT con posterioridad al control de dopaje. Se cuestiona sin embargo la existencia de una infracción en la conducta por inexistencia de culpa relevante, su adecuada subsunción en el tipo disciplinario que mejor se ajuste a su conducta y nivel de gravedad y reproche que se le atribuye, cuestión que conlleva finalmente la valoración de si ha habido una correcta aplicación al caso del principio de proporcionalidad dentro del margen sancionatorio contenido en la norma.

La controversia sobre la existencia de infracción disciplinaria, se centra en torno a una cuestión esencial, cuál es la ausencia de culpa, para cuya resolución es preciso determinar previamente el alcance del deber de diligencia en la conducta de un deportista respecto de la obligación de comunicar a los órganos competentes información sobre las enfermedades y tratamientos médicos a que esté sometido, para después examinar si en este caso concreto se da en su comportamiento la concurrencia de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la infracción disciplinaria que se le imputa según la configuración normativa del tipo específico aplicado, el previsto en el artículo 22.2.b de la Ley 3/2013 así como la trascendencia de la previsión del artículo 27.2 de la citada norma, que refleja normativamente la necesidad de que concurra culpa o negligencia en el infractor para apreciar responsabilidad disciplinaria.



Lo primero que ha de traerse a colación es la configuración de la obligación legal de obtención de una AUT para poder competir habiendo consumido una determinada sustancia sin que ello suponga la concurrencia de una infracción. El artículo 21 de la Ley 3/2013, ubicado dentro del régimen sancionador en materia de dopaje, contempla en su apartado 3 la responsabilidad de los deportistas y su entorno (entrenadores, médicos y demás personal sanitario, directivos de clubes, organizaciones de deportistas, etc.) por la infracción de la obligación de facilitar información sobre las enfermedades del deportista y tratamientos médicos a que esté sometido. Esta responsabilidad deriva de la previsión general del apartado primero, de prohibición general de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en el organismo del deportista, siendo la única exención la de la obtención de una AUT, según lo previsto en el artículo 17 de la LO y en los artículos 24 y siguientes del RD 641/2009. Solo la obtención de una AUT exime de la responsabilidad derivada de la prohibición de que una sustancia prohibida se introduzca en el organismo del deportista.

La obtención de una AUT previa es el procedimiento que avala que estamos ante un tratamiento médico autorizado cuando el deportista participa en la competición y no ante una actuación prohibida. Y la AUT ha de obtenerse con carácter previo porque su efecto no tiene efecto retroactivo más que con carácter excepcional. El artículo 31 del RD 641/2009, así lo establece y las dos excepciones que contempla están presididas por una concreta nota: la de la urgencia – emergencia dice la norma – que haya hecho necesario administrar un tratamiento sin posibilidad de obtención de una AUT. En ambos casos se habla de que no haya habido tiempo ni oportunidades suficientes para que el solicitante presentara una solicitud antes del control antidopaje.

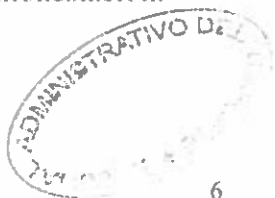
Ello implica que no puede apreciarse la inexistencia de infracción. El recurrente estaba obligado a obtener con carácter previo a la participación en la competición de una AUT. Sin duda concurrían las circunstancias necesarias para que le fuese concedida, como así fue, con posterioridad al control de dopaje. Pero no puede apreciarse, estando ante un diagnóstico y tratamiento de años, que concudiesen circunstancias excepcionales que impidiesen la previa solicitud. Atendida la regulación legal expuesta no resulta atendible el motivo del recurso de que se aprecie la inexistencia de infracción por falta de culpa relevante. La única previsión para no apreciar responsabilidad sería la de la concurrencia de una eximente. Y la única eximente prevista es la de estar en posesión de una AUT. Resulta del todo improcedente pretender equiparar la inexistencia de culpa relevante a una eximente, que el recurrente conoce que no concurre. El grado de culpa – cuando ha existido un incumplimiento de una obligación – será relevante a fin de determinar la sanción que corresponde, pero no puede determinar que se aprecie la inexistencia de infracción. Por ello, este Tribunal ha de pronunciarse sobre la aplicación al caso del principio de proporcionalidad de la sanción al nivel de reproche que presenta concretamente la conducta merecedora de sanción.



QUINTO.- La proporcionalidad exige valorar las circunstancias concurrentes, porque solo valorando éstas puede determinarse el alcance de la culpa o negligencia del recurrente en la falta de obtención de la AUT necesaria para apreciar la eximente de responsabilidad. Y debe tenerse en cuenta que estamos ante un deportista nacido el 2 de noviembre de 1998, por lo que en el momento de efectuársele el control tenía 19 años, que compite en categorías inferiores, y cuya enfermedad fue diagnosticada siendo menor de edad (con 12 años), momento desde el que fue sometido a seguimiento médico continuo en el sistema público de salud, siendo tratado, por expresa indicación médica y tras exclusión de otros posibles tratamientos, con metilfedinato desde el año 2010.

No cabe duda que la LO 3/2013, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva recoge la obligación de facilitar a los órganos competentes información sobre las enfermedades del deportista, tratamientos médicos a que esté sometido, alcance y responsable del tratamiento y que responderán del incumplimiento de la obligación de solicitar la AUT (artículo 21.3). Pero no es menos cierto que esta obligación no sólo incumbe al deportista, que era menor de edad hasta fechas recientes y por tanto bajo la tutela de sus progenitores, sino también a sus entrenadores, médicos y demás personal sanitario, responsables de los clubes, etc. debiendo por tanto tenerse en cuenta que dicha obligación debiera haber sido cumplida desde un momento inicial por las personas a quienes incumbía, responsables del menor. Y no sólo, puesto que si bien – como reconoce el recurrente – el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento, sí es cierto que tratándose de deportistas menores o que compiten en categorías inferiores es exigible un deber de información sobre las obligaciones de sus deportistas y su alcance, en especial las relativas a la protección de la salud y la lucha contra el dopaje. El fomento del deporte y la práctica del mismo que se lleva a cabo en la mayoría de las ocasiones a través de clubes que lo hacen posible, no debe limitarse a la disciplina que el deportista practica, sino que, máxime con menores, debe alcanzar a la enseñanza del marco en que ha de llevarse a cabo dicha práctica, en especial los aspectos relacionados con la salud y prohibición del dopaje. No puede por tanto exigirse el mismo nivel de diligencia a un menor que practica deporte en categorías inferiores, que toma un tratamiento debidamente administrado y bajo control médico, que a los que integran lo que la Ley 3/2013 denomina “entorno” del deportista.

La fecha del diagnóstico e inicio del tratamiento – siendo menor de edad el deportista – la realidad de que la AUT ahora solicitada sí ha sido concedida al deportista recurrente y que por tanto concurrían los criterios para su concesión desde un primer momento, llevan a la apreciación de la ausencia de una intención defraudatoria, y permiten concluir que en el caso concreto concurren los supuestos que permiten imponer la sanción en su grado mínimo, haciendo uso el Tribunal de la moderación en la imposición de las sanciones, así como del principio de equidad, de donde procede estimar la petición subsidiaria a que se refiere el suplico del recurso, e imponer una sanción de amonestación.





Por lo expuesto, este Tribunal Administrativo del Deporte **ACUERDA**

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] contra la resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte de 17 de octubre de 2018 por la que se sanciona al recurrente por una infracción muy grave del artículo 22.1.b) de la Ley Orgánica 3 2013, con suspensión de licencia federativa por un período de tres meses, sustituyéndola por la sanción de apercibimiento prevista en el artículo 23.9 de la norma.

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.

VU De