



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 169/2019.

En Madrid a 29 de noviembre de 2019, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver el recurso presentado por Dña. XXX, contra la resolución de 29 de agosto de 2019, del Director de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (en adelante AEPSAD), que sancionó a Dña. XXX como responsable de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 22.1 a/ de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, con la suspensión de licencia federativa por un periodo de cuatro años, en aplicación de lo prescrito en el artículo 23.1, en relación con lo prevenido en el artículo 27 de la misma Ley.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de octubre de 2016 ha tenido entrada en este Tribunal recurso presentado por Dña. XXX, contra la resolución de 29 de agosto de 2019, del Director de la AEPSAD, por la que se sancionó a la recurrente como responsable de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 22.1 a/ de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, con la suspensión de licencia federativa por un periodo de cuatro años, en aplicación de lo prescrito en el artículo 23.1 /, en relación con lo prevenido en el artículo 27 de la misma Ley.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de octubre de 2019 se solicitó por este TAD informe del Director General de la AEPSAD, así como remisión del expediente original, lo que se cumplimentó con fecha 13 de noviembre de 2019.

TERCERO.- Mediante providencia de 14 de noviembre de 2019, se acordó conceder al recurrente un plazo de diez 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. Con fecha 29 de noviembre de 2019, Dña. XXX presentó sus 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. 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 2 y la disposición final cuarta 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 de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.1 a/ del Real Decreto 53/2014 por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte.

SEGUNDO.- La recurrente se halla legitimada 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. La Sra. ~~XXX~~ solicita se declare nula y sin efecto la resolución impugnada, o en su defecto, se declare la anulación del procedimiento, ordenando la retroacción del mismo al momento en que se omitió el preceptivo trámite de audiencia en relación con los elementos factico-técnicos incorporados a la propia resolución sancionadora.

Funda su petición en la vulneración del derecho de defensa y el de audiencia, así como en la confusión de funciones de instrucción y resolución que, entiende, se han producido en la resolución impugnada.

QUINTO.- Por lo que se refiere, en primer lugar, a la vulneración del derecho de defensa, lo basa la recurrente en una denegación tácita del periodo de prueba, que solicitó en las alegaciones al acuerdo de incoación, así como en la denegación de apertura de un periodo extraordinario de prueba o de unas actuaciones complementarias, que planteó en las alegaciones a la propuesta de resolución.

La alegación de fondo de la recurrente es que el positivo resultante de las analíticas, que ha determinado la apertura del procedimiento sancionador y la imposición de la sanción, es un positivo falso.

Para demostrar lo que afirma pidió, y se realizó, el análisis de la muestra B, que confirmó el positivo de la muestra A. Pidió También el Informe del análisis de la muestra A, que demostró que el análisis se había hecho conforme a todos los requerimientos legales.

Además de lo anterior, aportó unos trabajos científicos en los que se mantiene el criterio de que, en determinadas condiciones físicas, el cuerpo humano puede producir la sustancia de forma natural.

Junto a lo anterior, planteó que se abriera un periodo de prueba para que la Administración realizase una especie de experimento, que debía consistir en someter a la expedientada a las mismas condiciones físicas referenciadas en uno de los trabajos aportados, para después, hacer una analítica y supuestamente con esos resultados, confirmar que los positivos de las muestras A y B eran falsos.

Y, finalmente, en las alegaciones a la propuesta de resolución, solicitó la apertura de un procedimiento extraordinario de prueba, o un trámite de actuaciones complementarias para realizar el experimento referenciado.

A la vista de lo expuesto, así como del examen del expediente, este Tribunal entiende que no se ha vulnerado el derecho de defensa de la recurrente por las razones que a continuación se expresan.

SEXTO. Lo solicitado, entiende este Tribunal, es manifiestamente improcedente. Lo es, en sí mismo, por falaz. Pues aunque fuera cierto que al realizar el experimento pretendido, un análisis demostrase que, en ese experimento, el cuerpo hubiera producido esa sustancia, ello serviría, como mucho, para apoyar la tesis científica de que en determinadas condiciones puede haber una producción natural de la sustancia. Pero, en ningún caso, para demostrar que los positivos de los análisis de las muestras A y B, realizados en el momento que correspondía, en sus propias condiciones físicas y con arreglo a la ley, son falsos. En definitiva, lo que está proponiendo la expedientada no es una prueba, sino la realización de un experimento que, pudiendo ser útil para sustentar un criterio científico, por sí mismo, no es susceptible de refutar los positivos de las muestras A y B.

Es, además, improcedente por tratarse de un experimento que la AEPSAD no está obligada a realizar, como no lo está a realizar cualesquiera otros que se le pueda ocurrir a cualquier expedientado. Si la expedientada quería hacer un experimento, que lo hubiese hecho, con la presencia y garantías que estimase conveniente. Y una vez realizado, debería haber aportado su resultado como informe pericial, que sí tendría la consideración de prueba, que pudiese servir para demostrar el falso positivo, que afirma, en las dos analíticas realizadas.

El problema de la prueba de los hechos en materia de dopaje esta solventado en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio. Se parte de que, de conformidad con el artículo 39.5, la persona afectada podrá servirse de todos los medios de prueba admisibles en derecho. Y, a continuación, en la letra a/ del apartado 6, del mismo artículo, establece que un resultado analítico adverso en un control de dopaje constituirá prueba de cargo suficiente a los efectos de considerar existentes las infracciones tipificadas en el artículo 22.1 a/ y b/ de esta Ley. Y añade, que se considerará prueba suficiente, entre otras “cuando la muestra B del deportista se analice, aunque el deportista no haya solicitado su análisis y el análisis confirme la presencia de la sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores detectados en la muestra A del deportista”.

Con arreglo a estas disposiciones, al haber dos resultados positivos en las muestras A y B, la AEPSAD ha sancionado con prueba de cargo suficiente y, por tanto, ha probado la comisión de la infracción.

A partir de aquí, tal prueba puede ser destruida por la recurrente por otros medios de prueba estime oportuno aportar. Pero es que, en el presente caso, no está en realidad aportando prueba alguna, sino que está pidiendo la apertura de un periodo de prueba para que la AEPSAD someta a la recurrente a un experimento cuyo resultado, ni siquiera, refutaría la prueba de cargo del expediente.

Tal improcedencia sería aplicable, tanto a la petición que formula en las alegaciones al acuerdo de incoación, como en las alegaciones a la propuesta de resolución.

SÉPTIMO. Es cierto que en la propuesta de resolución no hay una oración que diga “Se deniega el periodo de prueba”. Y es posible que se pueda pensar que ello sería más correcto. Pero a pesar de tal posibilidad, lo que es cierto es que, por ello, no se vulnera el derecho de defensa. Pues existe una motivación cuando, contestando a la recurrente, se le explica lo que debería aportar para refutar la prueba de comisión de la infracción. La propia recurrente lo recoge en su recurso cuando señala que en la propuesta de resolución se dice que “lo que debía

acreditarse era una patología por parte de la deportista, y su producción por el propio cuerpo clínicamente diagnosticada”.

En todo caso, la vulneración del derecho de defensa tampoco se hubiera producido porque en la Resolución sancionadora que se recurre, contestando a la alegación, en este sentido, de la recurrente, se explica la improcedencia de la prueba.

De la misma manera, no puede entenderse vulnerado el derecho de defensa en la resolución por la negativa a la apertura de un periodo extraordinario de prueba, una vez concluida la instrucción, según la motivación que contiene la propia resolución.

A todo ello hay que añadir que ya en el acuerdo de incoación, se señalaba a la recurrente que disponía de un plazo común e improrrogable de diez días para formular alegaciones y proponer los medios de prueba que estimase pertinentes. Plazo que fue ampliado. Si tenía alguna prueba con la que pudiera demostrar el falso positivo, podía haberla aportado. Y no solo reservarse el derecho a hacerlo en un momento posterior.

Lo único que pidió la recurrente fue, como se ha señalado más arriba, el informe analítico de la muestra A (respecto del que nada se cuestiona, salvo el resultado); el análisis de la muestra B (que confirmó el positivo de la muestra A); y, además, aportó unos artículos científicos. Tales, a juicio de este Tribunal, no son sino meras opiniones científicas acerca de que el cuerpo humano puede producir la sustancia de forma natural. Distinto hubiera sido, por ejemplo, un informe pericial aportado por la recurrente, la documentación que se le indicó por el instructor o alguna prueba que refutase que los análisis se habían realizado con el cumplimiento de todas las garantías necesarias.

En realidad, prácticamente, lo único que ha hecho la recurrente, y por dos veces, es reservarse su derecho a presentar prueba.

OCTAVO. Mención aparte merecen las actuaciones complementarias solicitadas por la recurrente en sus alegaciones.

El artículo 87 de la Ley39/2015 establece:

“Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento...”

El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndoseles un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes tras la finalización de las mismas”.

Entiende este Tribunal que la recurrente no ha comprendido el significado del trámite que solicita. Y que la AEPSAD no le ha dado la respuesta que debía.

Las actuaciones complementarias son un trámite regulado, en la Ley 39/2015, en los preceptos dedicados a la finalización del procedimiento, en la Sección dedicada a la “Resolución”. Supone un conjunto de diligencias encaminadas a obtener una información necesaria o a aclarar o completar la disponible, con la finalidad de resolver de la mejor manera posible. Pero no son actos de instrucción, pues se encargan al órgano competente para

resolver. Es decir, corresponden a la fase de resolución y las decide el órgano competente para resolver.

Se trata, en definitiva, del ejercicio de una potestad discrecional, en la que el órgano deberá motivar, de acuerdo con el párrafo primero del 87, la indispensabilidad de tales actuaciones.

El acuerdo de realización de las mismas se deberá notificar a los interesados del procedimiento, y una vez practicadas, los interesados tiene un plazo de siete días para alegar lo que estimen oportuno, a la vista de su resultado. Es decir, los interesados, ni pueden solicitarlas, ni pueden oponerse a la realización de las mismas, sino solo a su resultado.

Esta configuración legal determina que se trata de una decisión que le compete, en exclusiva, al órgano competente para resolver, sin que quepa su planteamiento por los interesados.

En el presente caso, la interesada pretende utilizar un trámite en el que carece de facultad de iniciar y de alegar sobre su acuerdo. Y lo hace, además, para insistir en la realización de un experimento, cuya manifiesta improcedencia ya se ha explicado en la presente Resolución. Sorprendentemente, la resolución de la AEPSAD, no aclara estos extremos y lo que hace es motivar su no realización.

NOVENO. Otra alegación de la recurrente es que se han integrado en la resolución datos técnico-fácticos, así como una abundante información científica que no obraba hasta ese momento en el expediente.

En realidad, lo que se contiene en la Resolución es la motivación de la denegación de las actuaciones complementarias. Motivación que ni siquiera se tenía que haber producido. O mejor, debería haberse explicado que no había lugar a tales actuaciones porque se trata de un trámite cuya competencia exclusiva pertenece al órgano que resuelve, que solo tiene que motivar la indispensabilidad de las que adopte de oficio (según establece el artículo 87 de la Ley 39/2015).

Sentado lo anterior, no se aprecia que el órgano que resuelve haya introducido nada nuevo, sino que contesta a lo que pide, y ha introducido en el procedimiento, la propia recurrente. Y la aportación de literatura científica para apoyar la denegación de las actuaciones complementarias para realizar una prueba improcedente no constituye ninguna actividad instructora.

Tampoco el hecho mismo de que el órgano que resuelve niegue unas actuaciones complementarias es actividad instructora. Pues, como se ha señalado, es una fase distinta del procedimiento a la instrucción. Las actuaciones complementarias se sitúan en la fase de resolución, que le compete al quien resuelve, y no al instructor.

En definitiva, leída la resolución, no se incorporan nuevos hechos, ni nuevas pruebas, ni nuevos fundamentos a la resolución, como afirma la recurrente en su recurso, e insiste en el escrito de ratificación y alegaciones. Este Tribunal entiende que la aportación de literatura científica solo constituye una manera en la que la AEPSAD intenta explicar a la recurrente que, frente a los criterios y teorías científicas que aporta, la Agencia conoce otros. Pero en

realidad, desde el punto de vista del derecho sancionador, en el presente expediente, todo ello goza de irrelevancia, a la vista de la prueba de cargo existe en el mismo.

NOVENO. Tampoco se ha vulnerado el derecho de audiencia, que no existe en las actuaciones complementarias. Como consta en el artículo 87, los interesados solo tienen derecho de alegaciones en el plazo de 7 días, una vez finalizadas las actuaciones. Que aquí no han existido.

Y en cuanto al del procedimiento sancionador, que es al que se refiere el artículo 82 de la Ley 39/2015, el trámite de audiencia está cumplido mediante providencia del instructor de fecha 29 de marzo de 2019, que consta en el expediente. El apartado segundo de esta providencia dice: “Conceder a la interesada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82.1 de la ley 39/2015, trámite de audiencia previa a la Propuesta de Resolución para que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes por un plazo improrrogable de 10 días contados desde la notificación de la presente providencia”. Tal trámite, incluso fue ampliado, a petición de la interesada, mediante acuerdo del instructor el 23 de abril de 2019.

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

ACUERDA

DESESTIMAR el recurso presentado por Dña. XXX, contra la resolución de 29 de agosto de 2019, del Director de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, que sancionó a la recurrente como responsable de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 22.1 a/ de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, con la suspensión de licencia federativa por un periodo de cuatro años, en aplicación de lo prescrito en el artículo 23.1 /, en relación con lo prevenido en el artículo 27 de la misma Ley.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa, y contra la misma podrá recurrir 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



EL SECRETARIO

