



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 17/2023 TAD.

En Madrid, a 9 de febrero de 2023, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para para conocer y resolver la solicitud de suspensión cautelar formulada por D. XXX , actuando en su propio nombre y derecho contra la resolución de la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte, de fecha 21 de diciembre de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha de 3 de febrero de 2023, se ha recibido en este Tribunal Administrativo del Deporte el recurso interpuesto por D. XXX , actuando en su propio nombre y derecho contra la resolución de la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte, de fecha 21 de diciembre de 2022 (en adelante CELAD), en cuya virtud se acuerda «[s]ancionar a D. XXX como responsable de una infracción muy grave en materia de dopaje, tipificada en el artículo 22.1.f) de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, con la suspensión de licencia federativa por un periodo de DOS AÑOS, en aplicación de lo prescrito en el artículo 23.1 de la citada Ley Orgánica, en relación con lo prevenido en el artículo 27 de la mencionada Ley. El periodo de suspensión impuesto como sanción en esta Resolución comenzará en la fecha de la presente Resolución, es decir, el día 20 de diciembre de 2022, y concluirá el día 20 de diciembre de 2024. Anular los resultados que el deportista hubiera obtenido por su participación en cualquier competición desde la fecha de producción de los hechos constitutivos de infracción, es decir, 22 de junio de 2021».

Tras exponer cuanto tiene por conveniente en defensa de su derecho, el recurrente solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, en los siguientes términos «se solicita que previamente a la resolución del fondo del asunto, y hasta que ese no se resuelva con carácter de firmeza se pronuncie sobre la solicitud de la ADOPCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR de la SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE LA SANCIÓN impuesta atendiendo a lo alegado en este mismo escrito.».



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal Administrativo del Deporte es competente para conocer este recurso con arreglo a lo establecido en el artículo 84.1 a) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y en los artículos 6.2 c) y f), y 52.2 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva, así como en el artículo 1.a) del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte. Todo ello en relación con la Disposición Adicional Cuarta, 2 de la derogada Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, en virtud de lo dispuesto en la disposición Transitoria primera de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte.

SEGUNDO.- El recurrente está legitimado activamente para plantear este recurso, por ser titular de derechos e intereses legítimos afectados por ella, en los términos exigidos por el artículo 33.4 del Real Decreto 1591/1992.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 81 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, las sanciones impuestas a través del correspondiente expediente disciplinario serán inmediatamente ejecutivas sin que las reclamaciones y recursos que procedan contra las mismas paralicen o suspendan su ejecución, todo ello sin perjuicio de las facultades que corresponden a los órganos disciplinarios de las distintas instancias de adoptar, a instancia de parte, las medidas cautelares que estime oportunas para el aseguramiento de la resolución que, en su día, se adopte.

CUARTO.- La tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, como señala el Tribunal Supremo, en su Auto de 12 de julio de 2000, la adopción de medidas cautelares durante la sustanciación del proceso forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE. En este precepto tiene su engarce y dimensión constitucional la llamada justicia cautelar, porque la potestad jurisdiccional no se agota en la declaración del derecho, sino que se consuma en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar las medidas o garantías precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto.

Así las cosas, para la resolución de la medida cautelar solicitada es necesario partir, en primer lugar, de la concurrencia del primer requisito que exige la jurisprudencia, esto es, el llamado *periculum in mora*, que concurre cuando la inmediata ejecución del acto impugnado haría perder su finalidad y sentido al recurso, por consolidar una situación fáctica irreparable o por ocasionar perjuicios de muy difícil enmienda. Este requisito ha de ser invocado y probado por la parte recurrente que pretende la paralización de dichas actividades, no bastando meras alegaciones o



simples indicios, sino que es necesaria una prueba cumplida de los daños y perjuicios invocados (Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997).

En tal sentido debe precisarse, acordemente a la jurisprudencia, que el requisito de *periculum in mora* consiste en el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. Es necesario que el solicitante justifique el *periculum*, es decir, que se acredite que en el caso concreto puedan producirse daños de imposible o difícil reparación durante la pendencia del proceso. De modo que «(...) la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro» (Auto del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002).

En el caso que nos ocupa, el actor invoca el *periculum in mora* como causa justificativa de su pretensión de que se suspenda cautelarmente la ejecución de la sanción impuesta, arguyendo que la eficacia de la resolución recurrida i) le impediría participar en carreras que se convoquen hasta el 20 de diciembre de 2024, acompañando una relación de carreras ya convocadas a disputar durante el primer semestre de 2023 a las que no podrá acudir y ii) le imposibilitaría la obtención de becas y ayudas públicas afectadas a fines relacionados con la competición.

Alegación esta que, a juicio de este Tribunal, sí justifica la existencia de perjuicios irreparables o de difícil reparación.

QUINTO.- Sentado lo anterior, a fin de dilucidar si esos perjuicios irreparables deben ser fundamento de la concesión de la suspensión, procede analizar el perjuicio irrogado al interés general como consecuencia de la suspensión de la eficacia de la resolución recurrida y el perjuicio causado al interés particular para el caso de que se mantenga la ejecutividad de la sanción. Y, a fin de efectuar dicha ponderación y determinar cuál de los dos ha de prevalecer –si el interés general o el particular-, debe analizarse la existencia de *fumus boni iuris*.

Y es que, siguiendo una consolidada línea jurisprudencial ha de decirse que, si el *periculum in mora* constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar, también es cierto que en modo alguno es el único, «(...) ya que debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración (...) y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional» (STS de 24 de marzo de 2017).

Esto nos lleva al examen de la concurrencia de una apariencia de buen derecho -*fumus boni iuris*- que pudiera justificar la adopción de la medida cautelar solicitada. A tan fin, como se ha dicho, alega el actor que la sanción impuesta no es conforme a derecho, interesando «(...) la nulidad de pleno derecho de esa resolución ». En este sentido, debe significarse que de la simple lectura de la resolución combatida puede colegirse que las evidencias (en particular, acta de entrada y registro en la vivienda



habitual del recurrente) que sustentan la sanción que impone, refieren –entre otros- al derecho fundamental a la intimidad, contenido en el artículo 18 de la Constitución.

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la obtención y utilización de pruebas que restringen derechos fundamentales debe llevarse a cabo respetando una serie de garantías. De hecho, Ley Orgánica 3/2013 recoge en su artículo 33 la regulación de los mecanismos de cooperación con las autoridades judiciales, así como la utilización de las pruebas obtenidas en el ámbito de la jurisdicción penal en el procedimiento administrativo sancionador.

Así las cosas, es lo cierto que a la vista de la documentación del expediente que nos ocupa, consta al folio 13 correspondiente Oficio Urgente del Letrado de la Administración de Justicia de fecha de 19 de enero de 2022 en cuya virtud se acuerda officiar *“a través de la CNP-COMISARÍA GENERAL DE LA POLICÍA JUDICIAL-UDEV, BRIGADA CENTRAL DE DELITOS CONTRA LAS PERSONAS, SECCIÓN CONSUMO, MEDIO AMBIENTE Y DOPAJE.- GRUPO II comuníquese de inmediato a la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL DEPORTE (AEPSAD) actualmente AGENCIA ESTATAL COMISIÓN ESPAÑOLA PARA LA LUCHA ANTIDOPAJE EN EL DEPORTE, de los resultados sobre los productos medicamentosos localizados o relacionados en la presente causa con relación al atleta D. XXX a los efectos oportunos.”*

Sin embargo, no se advierte en el expediente administrativo la existencia de resolución judicial en cuya virtud se pase el tanto de culpa a la CELAD en los términos exigidos en el artículo 33.6 de la Ley Orgánica 3/2013, cuando refiere lo siguiente: *“Tan pronto como cualquier Juez o Tribunal tenga conocimiento de la posible existencia de una infracción administrativa en materia de dopaje pasará el correspondiente tanto de culpa a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. (...)”*

Dicho esto, sobre la base de tales consideraciones expuestas no pueda dejarse de llamar la atención respecto del hecho de que, en un asunto muy similar al que ahora centra nuestra atención, este Tribunal subrayó que,

«(...) la regulación de los mecanismos de cooperación con las autoridades judiciales regulados en el art. 33 de la LO 3/2013 y actualmente en el art. 31 de la LO 11/2021 y sobre todo en lo relativo al uso de las pruebas obtenidas en el seno del proceso penal en el ámbito administrativo sancionador han sido objeto de concretas referencias en los dictámenes del Consejo de Estado sobre los anteproyectos de Ley de 2013 y 2021 y en el dictamen del CGPJ sobre el anteproyecto de ley del año 2013.

Estas referencias se centran en la necesidad de salvaguardar el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y la necesidad de un conocimiento por el interesado de las pruebas que van a ser trasladadas, así como un juicio de proporcionalidad por el juez a la hora de acordar el traslado.

Así el Dictamen del CGPJ de 11 de octubre de 2012 señala: *“(...) la obtención de determinadas pruebas que pueden comprometer los derechos fundamentales de los sujetos investigados (v. gr. intervención de las comunicaciones, entrada y registro domiciliarios, extracción de muestras biológicas). De ahí que esta clase de pruebas no pueda realizarse cuando se trate de la instrucción de un expediente sancionador o disciplinario, a menos que se dé la intervención autoritativa de un Juez, pues se entiende que el bien jurídico a preservar (potestad disciplinaria o sancionadora de la Administración), a diferencia del ius puniendi, no justifica su realización (falta de proporcionalidad). Por eso, el trasvase sin más de la totalidad del material*



probatorio recabado durante la instrucción penal a la entidad con potestad sancionadora administrativa en esa misma área no es posible. La alusión del precepto al necesario respeto del principio de proporcionalidad parece querer superar este obstáculo, pero mejor que indicar que el Juez instructor no podrá remitir ningún material probatorio cuya entrega pudiese vulnerar dicho principio, sería establecer de forma explícita que el Juez no podrá facilitar ningún material probatorio que, por su naturaleza, pudiera afectar a los derechos fundamentales del sujeto investigado, ya que el hecho de que esas pruebas se hayan obtenido en el curso del proceso penal bajo el oportuno control judicial no las hace aptas para ser trasladadas a un proceso de naturaleza distinta, como es el administrativo sancionador. A este respecto es ilustrativa la doctrina de la STS, Sala 3ª, de 30 de abril de 2012 (...).

Todo ello determina que esta materia hay que ser especialmente respetuoso del procedimiento y de los derechos fundamentales implicados, en concreto de dos garantías, audiencia del interesado y proporcionalidad» (Resolución 106/2022 TAD).

SEXTO.- A partir de aquí, y como ha quedado dicho en el Fundamento anterior, el criterio del *fumus boni iuris*, aun siendo enormemente controvertido, no puede ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Así, desde luego, ha venido explicitándolo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que «(...) en presencia de una “fuerte presunción” o “manifiesta fundamentación” de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del *fumus boni iuris*, sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable» (SSTS de 7 de abril, 10 de junio y 24 de noviembre de 2004; de 19 de octubre de 2005).

Resulta ser, todavía, más paradigmática al respecto la STS de 24 de marzo de 2017, al enfatizar cómo la jurisprudencia,

«(...) admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda. (...) En efecto, nuestra jurisprudencia advierte (...) que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito”.

En definitiva, no es la pieza de suspensión el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien, la doctrina de que se trata permite valorar la existencia del derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, a los meros fines de la tutela cautelar.

Y es que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión cautelar, debe ponderarse el posible resultado del asunto



principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado» (FD. 4).

En suma, sin entrar ahora a resolver el fondo del asunto relativo a la resolución ahora combatida, las circunstancias expuestas del asunto que nos ocupa permiten su conjugación con la apariencia de buen derecho, en cuanto que -en los términos que postula la precitada STS de 24 de marzo de 2017-, se ajustan a esos «supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que (...) debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado» (FD.4).

Como consecuencia de ello, la ponderación entre el perjuicio causado al interés general por la suspensión de la ejecutividad del acto y el perjuicio causado al interés particular por su eficacia debe resolverse a favor de este último, acordando así la suspensión de la eficacia de la resolución recurrida, máxime si se tiene en cuenta lo establecido por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 8 en Sentencia número 21/2023, de 24 de enero, por la que se confirma la Resolución de este Tribunal de 28 de julio de 2022 en un supuesto similar al que ahora nos ocupa.

En su virtud, este Tribunal Administrativo del Deporte

ACUERDA

CONCEDER la solicitud de suspensión cautelar formulada por D. XXX , actuando en su propio nombre y derecho contra la resolución de la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte, de fecha 21 de diciembre de 2022.

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

EL SECRETARIO

