



motivación suspensión provisional licencia

Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 162/2018

En Madrid, a 21 de septiembre de 2018, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver el recurso presentado por Doña XXXXX en nombre y representación de D. XXXXX contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador del Director de la AEPSAD, de 18 de junio de 2018, recaído en el expediente 24/2018 de esa Agencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de julio de 2018, ha tenido entrada en este Tribunal el recurso presentado por Doña XXXXX en nombre y representación de D. XXXXX contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador del Director de la AEPSAD, de 18 de junio de 2018, recaído en el expediente 24/2018 de esa Agencia.

SEGUNDO.- El día 19 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 fecha de entrada en el Tribunal Administrativo del Deporte de 2 de agosto de 2018 .

TERCERO. Mediante providencia de 3 de agosto 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 tuvo entrada en el Tribunal el 7 de agosto 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, se refiere la Sra. XXXX, en el inicio de su escrito, al acuerdo de incoación adoptado por el Director de la AEPSAD en el expediente 24/2018.

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 petitem, hay que partir de 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 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 apartado 1 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”.

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 el hecho como susceptible 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 f/ de la LOPSD, en la redacción anterior a la aprobación del Decreto Ley 3/2017, que tiene naturaleza de muy grave.

SEXTO. La Sra. XXXXX solicita alzar la medida de suspensión provisional de licencia adoptada.

En cuanto a las alegaciones que presenta al acuerdo de suspensión provisional no puede acogerse la de una supuesta situación de indefensión porque el órgano instructor no le ha trasladado, dice, la documentación del Juzgado. La situación de indefensión no se acierta a ver, en la medida que puede deducirse del expediente que por la AEPSAD se ha trasladado la Sentencia en la que funda la apertura del expediente, así como el resto de los documentos que lo integran. En todo caso, en cualquier momento tiene derecho de acceso al expediente, sin que conste que este derecho le haya sido negado, sino lo contrario. Habiendo formulado las alegaciones que ha estimado oportunas, así como el presente recurso.

Tampoco puede acogerse, por los argumentos que esgrime, la de que la medida de suspensión provisional sea manifiestamente desproporcionada. El presente se trata de un recurso contra una suspensión provisional de licencia y los argumentos que se esgrimen para decir que misma no es proporcional tienen un contenido que es propio de las alegaciones al acuerdo de incoación y habrán de ser valorados por los órganos sancionadores a lo largo del expediente. Así, lo manifestado por la recurrente en relación con que el hecho imputado viene recogido en una sentencia de conformidad,

explicando una serie de circunstancias que afectan a dicha sentencia. En cuanto a la alegación de que la misma vulnera la presunción de inocencia, basa tal afirmación en que “la AEPSAD incoa el expediente disciplinario basándose en manifestaciones recogidas en una sentencia de conformidad, en la que el acusado alcanza un acuerdo con el Ministerio Fiscal y establece un relato de hechos, a cambio de eludir la entrada en prisión”. Añade que las especiales circunstancias que concurren en esa sentencia de conformidad impiden la vinculación de la administración de sus hechos probados y otras consideraciones similares. También explica que el expedientado no está denunciado en los procedimientos penales a los que sea hecho referencia en el acuerdo de incoación.

SÉPTIMO. Cuestión diferente es la referencia a la falta de motivación que, a la vista de las circunstancias del presente expediente, ha de ser objeto de un análisis más detenido.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución de 6 de junio de 2014, : “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”.

En el presente caso, la AEPSAD ha decidido acordar la suspensión provisional en el momento de incoar el procedimiento, lo cual es perfectamente posible al permitírsele el artículo 38.2. Pero si lo hace, uno de los requisitos que exige dicho artículo es la motivación. Y como el acuerdo de suspensión es autónomo exige su propia motivación. La que en cada caso sea necesaria. En algunos casos, es posible que la motivación del acuerdo de incoación con poco más sea suficiente, pero en otros, el órgano sancionador deberá realizar un esfuerzo mayor para que la suspensión pueda considerarse válida.

Pues bien, en el presente expediente hay que poner la motivación en relación con dos cuestiones, alegadas por la recurrente. Los hechos y la tipificación de los hechos.

OCTAVO. En cuanto a los hechos, hay que partir de la consideración de que la prueba de los hechos es una cuestión que habría de valorarse, en su caso, en la revisión de una eventual sanción, una vez tramitadas todas las fases del procedimiento. Pero también es cierto que adoptar una medida tan gravosa como una suspensión de la licencia, en base a unos hechos, debe de tener alguna justificación en un caso en el que concurren unas circunstancias como las que se dan en el que nos ocupa.

De lo expuesto por la AEPSAD, en su informe, así como del acuerdo de incoación, se deduce que el procedimiento se asienta en un hecho declarado en una sentencia judicial. Se trata de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Santander relativa al Procedimiento Abreviado NNN/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado NNNN/2013, tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander. En concreto, en lo afecta al recurrente, el hecho probado en la Sentencia se refiere a una persona que: “ha remitido este tipo de sustancias a los siguientes deportistas a través del envío de paquetería diversa remitida desde Torrelavega, Santander y Maliaño: F/ XXXXX, atleta con domicilio en Toledo”.

La AEPSAD se refiere también, en su informe, al tanto de culpa que declara haber pedido, pero no haber recibido, a pesar de la petición, ni consta en el expediente. De donde se deduce que el único hecho imputado deriva de la sentencia referenciada.

Por su parte, la recurrente alega otra resolución judicial (que consta en el expediente) que concluyó con el sobreseimiento provisional respecto del expedientado en relación con un delito contra la salud pública y en cuyo fundamento tercero se dice:
“El segundo polo de investigación, estaría centrado en XXXXX y su supuesto suministrador....”

No obstante, al igual al igual que en el caso de, no constan elementos de juicio que permitan afirmar con la debida probabilidad indiciaria que esta persona dispensaba medicamentos a terceros, no habiéndose intervenido paquete alguno ni resulta claramente de las conversaciones....

Lo mismo respecto de XXXXXX, formador de atletas, en donde no consta en absoluto que reciba medicamentos de éste o que los suministre a terceros”.

Como se ha señalado, el procedimiento al que se refiere esa resolución, es el de Diligencias previas del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander (4135/2013), que concluyó con el sobreseimiento provisional respecto de quien hoy es el expedientado en el expediente nº 24 de la AEPSAD, D. XXXXX y continuó por los trámites del procedimiento abreviado para otras personas.

Pues bien, no consta en el acuerdo de suspensión provisional consideración alguna en relación con esta circunstancia del presente expediente, ni de cómo puede afectar al mismo, ni de cómo puede afectar el hecho de que en las diligencias previas el expedientado haya sido parte y no en el procedimiento del que emana la sentencia. Porque si bien son cuestiones vinculadas directamente a la prueba de los hechos y, por tanto, al conjunto del procedimiento (y tendrá la AEPSAD la oportunidad de justificarlas), también son determinantes para la imposición de una eventual sanción y, por tanto, deben quedar, sino debidamente justificadas en la imposición de un acto de gravamen como es una suspensión provisional de licencia, si, al menos, tomadas en consideración y valoradas.

NOVENO. En relación con la falta de motivación es preciso analizar todavía otra cuestión. En la que la recurrente denomina “alegación previa” se remite a las alegaciones formuladas frente al acuerdo de incoación en el seno del expediente. De entre éstas, en la sexta se dice: “He de dejar constancia de mi oposición a las medidas cautelares que se adoptan en el acuerdo de incoación del expediente disciplinario, por los motivos que se indican en el cuerpo del presente escrito...” Y, dentro de dichos motivos que expone, se encuentra la de la ausencia de tipificación.

Y no se trataría de decidir en la presente resolución si hay o no una correcta tipificación de los hechos, cuestión que también habrá de justificarse por el órgano sancionador en la eventual imposición de una sanción, una vez tramitado el procedimiento. Sino de examinar la cuestión, reiteramos, a la luz del artículo 38.2 de la Ley Orgánica.

A este respecto, hay que tener en cuenta que el hecho imputado es que una persona ha remitido sustancias al expedientado. Y el hecho tipificado es la posesión de sustancias. Por otro lado, el artículo 38.2 exige motivación, así como que la suspensión provisional se fundamente, “exclusivamente”, en hechos constitutivos de infracción muy grave.

La AEPSAD ha identificado que el hecho de que a alguien le envíen algo, es posesión. Pero no explica por qué esto es así.

Por otro lado, la suspensión provisional constituye un acto limitativo de derechos. Supone un adelanto de sanción que en su día podría imponerse. Pero, precisamente, por esa naturaleza de gravamen para el afectado, al dejar un margen de apreciación al órgano sancionador, la Ley rodea el acto de una serie de garantías. Entre ellas y, a modo restrictivo, exige que sea, exclusivamente, en infracciones muy graves. La tipificación de la infracción juega, así, un papel fundamental en la imposición de una suspensión provisional. Si la infracción no está tipificada como muy grave, no puede adoptársela suspensión. Luego la tipificación es un elemento de los que hay que motivar. Y mucho más en un supuesto en el que la acción que se considera infracción, no coincide en el termino empleado en la norma ni, necesariamente, con la realidad física a que se refiere. A este respecto cabe señalar que el que a alguien le envíen alguna cosa, no significa necesariamente que la posea. Pueden existir muchas razones para que esto sea a así, pero también otras muchas para que no lo sea. Y en el presente caso, no se ha explicado ninguna.



Por lo tanto, si bien para la imposición de la sanción, como se ha señalado más arriba, queda un procedimiento donde el órgano sancionador tendrá la oportunidad de justificar la identificación de envío de sustancias a alguien y posesión por este alguien, al estar en el presente caso en un recuso contra la medida de suspensión, dada la naturaleza de acto limitativo de derechos en el seno de un procedimiento sancionador, y no estando debidamente justificada la tipificación, no puede darse por motivado suficientemente el acuerdo de suspensión.

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

ACUERDA

ESTIMAR el recurso presentado por Doña XXXXX en nombre y representación de D. XXXXX contra el acuerdo de incoación del expediente sancionador del Director de la AEPSAD, de 18 de junio de 2018, recaído en el expediente 24/2018 de esa Agencia y anular el acuerdo de suspensión provisional de la licencia.

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