



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte número 83/2019

En Madrid, a 28 de junio de 2019, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver el recurso formulado por Dña. XXX, contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de 28 de marzo de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2018, la ahora recurrente, Dña. XXX, fue sometida al correspondiente control antidopaje durante la celebración del Campeonato de España Senior de Kickboxing, celebrado en Guadalajara. El resultado analítico obtenido fue adverso por detectarse las sustancias “*CLORTALIDONA, perteneciente al grupo S.5. Diurético y agentes enmascarantes. Específico*”.

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, 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 conformidad con el artículo 23 del referido cuerpo legal, 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 cuatro años y multa de 3.001 a 12.000 euros.

Notificado a la ahora recurrente el acuerdo en fecha 14 de noviembre de 2018, ésta presentó, el 23 de noviembre de 2018, escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, reconociendo expresamente los hechos y manifestando que la detección de la sustancia clortalidona se corresponde con el uso del diurético llamado Higrotona, que acostumbra a usar habitualmente en su período menstrual debido a la “gran retención de líquidos” que padece, manifestando asimismo que se trata de un medicamento de venta sin receta médica de cuyo uso no pensó que pudiese arrojar un positivo, motivo por el cual no lo comunicó en el formulario de control de dopaje. Igualmente manifestó contar con una AUT debido a que es asmática y si no la solicitó para el diurético fue por despiste.

SEGUNDO.- El órgano instructor elevó propuesta de resolución, notificada el 6 de febrero de 2019, proponiendo sancionar a Dña. XXX por una infracción en materia de

dopaje, tipificada en el artículo 22.1.a) de la citada Ley Orgánica 3/2013 con la suspensión de licencia federativa por un período de un año y multa de 3.000 euros, en aplicación de lo previsto en los artículos 23.9 y 27 de la citada Ley Orgánica.

La deportista no presentó escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

TERCERO.- Con fecha 28 de marzo de 2019, la AEPSAD dictó Resolución por la que sancionaba a Dña. XXX como responsable de una infracción en materia de dopaje, tipificada en el artículo 22.1.a) de la Ley Orgánica 3/2013, con la sanción de suspensión de licencia federativa por un periodo de un año y 3.000 euros de multa, en aplicación de lo previsto en el artículo 23.9 del mismo texto legal y en relación con lo prevenido en el artículo 27 de esa misma ley.

La resolución fue notificada con fecha 4 de abril de 2019 a doña XXX.

CUARTO.- Con fecha 16 de mayo de 2019, Dña. XXX ha presentado ante este Tribunal recurso frente a la citada Resolución de la AEPSAD de 28 de marzo de 2019.

QUINTO.- A requerimiento de este Tribunal la AEPSAD remitió su informe y expediente debidamente foliado. Conferido el 4 de junio de 2019 plazo de alegaciones a la recurrente, ésta ha hecho uso de su derecho mediante escrito de alegaciones con fecha de registro ante este TAD el día 17 de junio de 2019.

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; 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 se halla legitimado activamente para interponer el recurso contra la resolución objeto de impugnación, por ser titular de derechos o intereses legítimos afectados por ella.

TERCERO.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de treinta días, contados a partir del siguiente a la notificación de la resolución impugnada, conforme a lo establecido en el art. 40.3 de la Ley Orgánica 3/2013.

CUARTO.- En la tramitación del recurso se han observado las exigencias de remisión del expediente y emisión de informe, así como de vista del expediente y audiencia del interesado.

QUINTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, y por tanto en los motivos del recurso, la recurrente no comparte la referida Resolución, alegando como primer motivo, la desproporción de la sanción. Aunque bajo el título de la desproporción, en su primer motivo de recurso pretende la recurrente que se minimice su responsabilidad y quede la sanción en amonestación.

Reprocha a la resolución recurrida imputarle culpa sobre la base del conocimiento de la necesidad de disponer de una AUT para la aplicación y/o ingesta de determinados fármacos, obviando que cuando la ahora recurrente tuvo el convencimiento de que era necesaria la autorización sí la solicitó la correspondiente autorización de uso terapéutico, constituyendo un error material de la resolución reflejar que no solicitó ninguna autorización. Estima la recurrente que el que reconozca la resolución que efectivamente la sustancia por la que el resultado fue adverso tiene por finalidad aliviar la presión menstrual debe ser interpretado favorablemente a la recurrente, por coincidir con su versión, viéndose imposibilitada para aportar justificación documental de la prescripción del medicamento o su necesidad, por tratarse de una sustancia que se vende sin receta.

Sin embargo, frente a lo alegado, en primer lugar, y de acuerdo con la AEPSAD, este Tribunal considera que el hecho de que la recurrente manifieste que desconocía que para el consumo de ese medicamento debía solicitar una autorización, cuando tal y como acredita documentalmente sí la solicitó para otro medicamento, no le exime de la obligación legal general prevista en el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/2013, en lo concerniente a la responsabilidad que tiene, todo deportista, en todo momento, de asegurarse que ninguna sustancia prohibida entre en su organismo, respondiendo por tal incumplimiento salvo que en los términos del artículo 27.2 de la misma ley orgánica, transcrito arriba, se acredite que no ha existido culpa o negligencia.

Y en el caso, es evidente la falta de la debida diligencia exigible en la presencia de la clortalidona. Porque si su presencia se debe a la ingesta de un medicamento para paliar la presión menstrual, se venda dicho fármaco con o sin receta, la deportista debió solicitar y obtener con carácter previo, para la exención de responsabilidad, la correspondiente autorización de uso terapéutico (AUT) regulada en el invocado artículo 27.2 de la Ley Orgánica 3/2013.

Ninguna de las circunstancias alegadas, sirven para desvirtuar la falta de diligencia del deportista, sino que en todo caso fueron tenidas en consideración para imponer la sanción en un año, por tanto en su duración mínima la sanción de suspensión de licencia, por lo que no cabe acceder a este primer motivo para reducir la sanción a la mera amonestación, lo que carecería de justificación legal.

SEXTO.- Junto con los anteriores argumentos, más dirigidos a combatir el elemento de la culpa, dentro de la alegación que titula desproporcionalidad, alega la recurrente dos argumentos sí relacionados con dicho motivo. Por una parte hace mención al

reconocimiento de culpa y el error padecido no habiendo solicitado una AUT mostrando su arrepentimiento tan pronto le fue notificado el acuerdo de incoación. Y por otra parte hace mención a lo que denomina “inusual dilación” del procedimiento, no imputable a la sancionada.

El esfuerzo argumentativo en este punto parece dirigirlo la recurrente a que se deje sin efecto la sanción de suspensión de licencia federativa de un año impuesta y a que sea sustituida por la sanción de apercibimiento o se reduzca a un máximo de seis meses de duración.

La sanción objeto de recurso se impuso por la comisión de la infracción prevista en el artículo 22.2.b) y por dicha infracción, según refleja la resolución del director de la AEPSAD, se impuso la sanción en base a lo dispuesto en el artículo 22, en su apartado 9º, lo siguiente:

“9. La comisión de la infracción grave prevista en el artículo 22.2.b) se sancionará, siempre que el deportista acredite la ausencia de culpa o negligencia significativa, con un apercibimiento o con la imposición de la suspensión de licencia federativa por un período de hasta dos años, y multa de 3.001 a 12.000 euros. La misma regla se aplicará a los casos en que se demuestre que la sustancia prohibida procedía de un producto contaminado.”

Este es el punto de partida de la propia resolución, es decir, es la propia AEPSAD la que admite cuanto menos la ausencia de negligencia significativa, circunstancia que no puede ser revisada por este Tribunal – so pena de incurrir en la prohibida reformatio in peius – y por tanto partiendo de esa inexistencia de una significativa negligencia ha de valorarse si la sanción de suspensión de un año cumple el requisito de proporcionalidad.

Debe dejarse fuera de la valoración el mero apercibimiento, puesto que ha de entenderse reservado para supuestos límites o muy leves y en el presente supuesto si bien estamos ante el reconocimiento de los hechos y ante una actitud de arrepentimiento así como ante la administración de una sustancia específica que se prescribe para los síntomas menstruales que refiere la recurrente, no es menos cierto que en el momento de toma de muestras no se manifestó en el formulario de recogida la administración de dicho medicamento y que la deportista era conocedora del sistema legal existente de autorizaciones, por haber solicitado una anteriormente para otro medicamento. La especialísima diligencia y cuidados que impone a los deportistas la normativa de lucha contra el dopaje hacen que no se den las circunstancias para que la sanción sea el apercibimiento. Pero sí es cierto que la duración de la suspensión de licencia federativa puede imponerse con una duración de hasta dos años, lo que nos sitúa en un período de veinticuatro meses para la fijación de la duración de la sanción de suspensión.

Y la duración más acorde y proporcionada a los hechos este Tribunal considera que es la de seis meses de suspensión, coincidiendo con el petitum subsidiario del recurso,

máxime teniendo en cuenta que pese al reconocimiento de los hechos – al margen de la búsqueda de la minoración de las consecuencias – y pese a que no se formularon alegaciones a la propuesta por parte de la deportista, el procedimiento tuvo una duración comprendida entre el 25 de octubre de 2018, fecha de incoación, y el 28 de marzo de 2019, fecha de resolución, transcurriendo dos meses desde la notificación de la propuesta a la deportista, sin formular nuevas alegaciones, y el dictado de la resolución sancionadora.

SÉPTIMO.- La recurrente plantea asimismo su desacuerdo con la forma de cómputo de la sanción impuesta por la AEPSAD.

En la resolución se acuerda que *“el cómputo del periodo de suspensión comenzará desde la fecha de la presente resolución, es decir 28 de marzo de 2019 y concluirá el 28 de marzo de 2020”*.

Entiende sin embargo el deportista que al caso resulta aplicable el artículo 39.9 de la Ley Orgánica 3/2013, que en lo que aquí interesa dispone que:

“...si el sujeto afectado admite los hechos constitutivos de infracción desde el momento de la comunicación de la resolución de incoación por el órgano competente, y en todo caso antes de haber vuelto a competir, el cómputo del período de suspensión podrá comenzar desde la fecha del control de dopaje o de producción de los hechos.”

En consecuencia pretende que el cómputo de la sanción comience el 22 de julio de 2018, extremo al que ha de acceder este Tribunal puesto que del expediente se desprende que una vez comunicado el acuerdo de incoación, la recurrente admitió los hechos. En su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, el 23 de noviembre de 2018, donde acepta la presencia de la sustancia y pone de manifiesto de forma detallada el origen de tal presencia.

Finalmente, también se concluye del expediente que desde la incoación del expediente (25 de octubre 2018) e incluso antes del reconocimiento de los hechos no ha vuelto a competir ya que según se desprende de certificado emitido por el Subdirector General de Alta competición del CSD, la última prueba en la que consta su participación tuvo lugar entre el 15 y el 23 de septiembre de 2018.

Esto determina que la sanción de suspensión de seis meses – por estimación del motivo precedente – haya de computarse como prevé el artículo 39.9 y como solicita la recurrente desde la fecha del control de dopaje, 22 de julio de 2018, si bien teniendo en cuenta que el precepto establece que asimismo que *“en todo caso, al menos la mitad del período de suspensión deberá cumplirse desde la fecha de la resolución del procedimiento por la que se impone la sanción”* con lo que de los seis meses de suspensión, la mitad deberá cumplirse desde la fecha de la resolución, en este caso, de 28 de marzo de 2019.

OCTAVO.- Por último, debemos analizar la alegación presentada por la recurrente referida a la sanción económica. Junto con la sanción de suspensión, se impuso a la recurrente la sanción económica de tres mil euros (3.000,00 €). Se opone la recurrente a la imposición de tal sanción sobre la base de que los únicos ingresos que le constan son ayudas por importe de 750 € en 2017, siendo dicha cantidad de 988,00 € para el año 2018, según documento federativo que se presentó con el recurso.

La AEPSAD se atuvo a la literalidad de la norma, al prever el artículo 29.1 que las sanciones pecuniarias *“podrán imponerse cuando éstos obtengan o hayan obtenido ingresos que estén asociados a la actividad deportiva desarrollada”* e impone la sanción pecuniaria en su importe mínimo.

Sin embargo, no puede obviarse que la sanción pecuniaria asciende al cuádruple del importe de las ayudas percibidas en 2017 y al triple de las de 2018. Esta realidad y desproporción en el caso concreto, lleva a que haya de plantearse en este caso si estamos ante la percepción de ingresos que permitan la imposición de la sanción pecuniaria.

Tal y como este Tribunal ha mantenido en otras ocasiones, confirmando el criterio de la AEPSAD, el concepto previsto en el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/2013 de 20 de junio, no puede limitarse única y exclusivamente a compensación o retribuciones que se perciban por la participación en competiciones oficiales ya que el apartado 1 del artículo 29 no hace distinción alguna sobre si la retribución o compensación económica provenga o no de unas u otras actividades deportivas. Limitar la percepción de la compensación económica a la que derive única y exclusivamente de la propia competición oficial, dejaría fuera la percepción de ingresos (no menores) de un deportista de los patrocinadores, o de ligas privadas, etc. No hay duda alguna que el artículo debe ser interpretado cuando los deportistas obtengan o hayan obtenido ingresos que estén asociados a la actividad deportiva desarrollada, provengan de donde provengan y estén vinculados o no a una competición oficial.

Pero no es menos cierto que junto con esa interpretación en relación con la fuente de procedencia de los ingresos, debe tenerse en cuenta el sentido de la norma, *“el sentido propio de sus palabras”*, según dicción del artículo 3 del Código Civil, *“atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

La finalidad de la norma al exigir la percepción de ingresos para la imposición de sanciones económicas no es otra que establecerlas para quienes la práctica del deporte y la competición supone además de la actividad estrictamente deportiva una fuente de ingresos, una actividad económica. Y ello no puede predicarse de la deportista recurrente.

Debe concluirse que la imposición de una multa económica de 3.000 euros a una deportista que, esporádica y excepcionalmente, recibió una Ayuda de 750,00 euros del

CSD en 2017 y a la que le correspondería otra de 988,00 euros en 2018, en primer lugar no se ajusta al principio de proporcionalidad, y en segundo lugar, no se corresponde con el espíritu de las normas transcritas que tienen por objeto el sujetar a las mismas a aquellas personas que perciban ingresos regularmente por su actividad. Por ello, procede la estimación del motivo, procediendo dejar sin efecto la multa pecuniaria.

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

ACUERDA

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por Dña. XXX contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de 28 de marzo de 2019, reduciendo la sanción de suspensión de licencia a seis meses, anulando la sanción consistente en multa económica, y por otro, fijando el período de cumplimiento de la mitad de la sanción, tres meses, desde la fecha del control (22 de julio de 2018) y la otra mitad, los otros tres meses, tras el dictado de la resolución sancionadora (28 de marzo de 2019).

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