



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte número 23/2019

En Madrid, a 29 de marzo de 2019, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver el recurso formulado por D. XXX contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de 20 de diciembre de 2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de mayo de 2018, el ahora recurrente, D. XXX, fue sometido al correspondiente control antidopaje durante la celebración del Campeonato de España de Triatlón de Media Distancia, disputado en Salamanca. El resultado analítico obtenido fue adverso por detectarse las sustancias “*Efedrina y Oxilofrina, pertenecientes al grupo S.6.B. Estimulante 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.

El ahora recurrente presentó, el 7 de agosto de 2018, escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de 12 de julio anterior, manifestando que la detección de la sustancia Efedrina se corresponde con el uso que hace desde hace años de la crema Hemoal, prescrita por su médico, debido a la “rectorragia por hemorroides” que viene padeciendo. A los efectos de acreditar este extremo presenta informe médico de 11 de agosto de 2015 del sistema público de salud de la Comunidad XXX. Asimismo, ante un nuevo episodio severo producido un mes antes de la competición se le diagnosticó “hemorroide de nuevo trombosada y fisura anal” pautando el facultativo, entre otros, el uso de la pomada en cuestión. A tales efectos presenta informe de médico privado de 24 de abril de 2018.

Declaró, por otro lado, desconocer la presencia de oxilofrina en su organismo y la atribuye a cualquiera de los complementos alimenticios en los que está presente.

Renunció expresamente al análisis de la muestra B, mediante escrito de 31 de julio de 2018, dirigido a la AEPSAD.

SEGUNDO.- El órgano instructor elevó propuesta de resolución, el 16 de octubre de 2018, proponiendo sancionar al Sr. 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 tres años en aplicación de lo previsto en los artículos 23.1 y 27 de la citada Ley Orgánica.

El 9 de noviembre de 2018, el deportista presentó escrito de alegaciones a la propuesta de resolución.

TERCERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2018, la AEPSAD dictó Resolución por la que sancionaba al Sr. 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 tres años en aplicación de lo previsto en el artículo 23.1 del mismo texto legal y en relación con lo prevenido en el artículo 27 de esa misma ley.

CUARTO.- Con fecha 12 de febrero de 2019, D. XXX ha presentado ante este Tribunal recurso frente a la citada Resolución de la AEPSAD de 20 de diciembre de 2018.

El recurrente no comparte la referida Resolución, principalmente, por los mismos argumentos que ya expuso en su escrito de alegaciones presentado cuando se le notificó la propuesta de resolución de la AEPSAD, en esencia, que la presencia de efedrina se debe a la administración de un fármaco prescrito por facultativo y que desconoce el origen de la oxilofrina hallada en el análisis, atribuyendo la presencia a la ingesta de algún complemento alimenticio de los que se venden en herbolarios y/o tiendas dietéticas.

QUINTO.- A requerimiento de este Tribunal la AEPSAD remitió su informe y expediente debidamente foliado. Conferido el 1 de marzo de 2019 plazo de alegaciones al recurrente, éste ha hecho uso de su derecho mediante escrito de alegaciones con fecha de registro ante este TAD el día 27 de marzo 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, en su primer motivo de recurso pretende el recurrente que se le exima de responsabilidad y quede en consecuencia sin efecto la sanción, en virtud del artículo 27.2 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, que dispone que:

“Se considerará circunstancia eximente de la responsabilidad disciplinaria el hecho de que el deportista o persona afectada por el procedimiento sancionador acredite que, para ese caso concreto, no ha existido culpa o negligencia alguna por su parte. Si se diera esta circunstancia, el deportista, para exonerarse de responsabilidad y evitar la sanción, deberá justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su organismo”.

Afirma el recurrente que la aplicación del citado precepto se ajusta a su supuesto al haberse limitado, en el caso de la efedrina, a seguir el tratamiento pautado por el médico para paliar los efectos de las dolencias hemorroidales sufridas. Así quedaría acreditado que dicha sustancia ha sido introducida en su organismo como consecuencia de la aplicación de una pomada. En el caso de la oxilofrina señala que su ingesta se produjo *“de forma completamente desconocida al consumir algún complemento alimenticio, pero nunca como consecuencia de la toma de un producto destinado a la mejora del rendimiento deportivo”.*

Abunda en que no ha existido culpa o negligencia al tratarse de un deportista amateur que no percibe ingresos por la participación en competiciones y que desconoce, por su condición de aficionado, los estrictos requisitos del Código Mundial Antidopaje y la lista de sustancias prohibidas, dado que no dispone de asesoramiento médico, por lo que reconoce que *“...como consecuencia de ello, y de un error por su parte, introdujo en su cuerpo sustancias prohibidas sin intención alguna de mejorar el rendimiento deportivo...”*.

Manifiesta asimismo que *“...desconocía por completo incluso la posibilidad de solicitar autorizaciones médicas para continuar con el tratamiento mientras participaba de competiciones.”*

Sin embargo, frente a lo alegado, en primer lugar, y de acuerdo con la AEPSAD, el hecho de que el recurrente sea deportista amateur, que no perciba ingresos o que carezca de asesor médico 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 mínima diligencia exigible tanto en la presencia de la efedrina como de la oxilofrina. En el caso de la primera sustancia, porque si su presencia se debe a la aplicación de una pomada por prescripción médica, el deportista debió solicitar, 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. Y en el caso de la oxilofrina, debe alcanzarse idéntica conclusión de falta de diligencia porque en sus propias contradictorias palabras, por un lado, se manifiesta que desconoce completamente el origen de la ingesta, por otro lado, se atribuye vagamente a algún complemento alimenticio de los que se venden en herbolarios y/o tiendas dietéticas, para finalizar imputándolo a un error por su parte.

Alega asimismo, a favor de la exoneración de responsabilidad, el hecho de que las sustancias detectadas son estimulantes que podrían incidir en pruebas de corta duración pero no en competiciones de larga duración como la prueba de triatlón en la que se le realizó el análisis. Eso acredita a su juicio la ausencia de intención de doparse ya que las sustancias encontradas en su organismo no le ofrecían ventaja competitiva alguna.

Abunda sobre la falta de intencionalidad al subrayar su actitud de máxima colaboración con los agentes de control puesto que pudo eludir el mismo al no disponer de documento de identificación cuando fue requerido para la toma de muestras, pero que solicitó a su esposa que le remitiera foto de su carnet de identidad para identificarse y pasar el control.

Sin embargo, de acuerdo con la AEPSAD, ninguna de estas circunstancias sirven para desvirtuar la falta de diligencia del deportista, sino que en todo caso fueron tenidas en

consideración para reducir de cuatro a tres los años de suspensión de licencia, por lo que no cabe acceder a este primer motivo ni eximir de responsabilidad al recurrente.

SEXTO.-Subsidiariamente, en el segundo motivo de recurso, pretende de este TAD que se califique la tipificación realizada por la AEPSAD como errónea, al entender el recurrente que lo que correspondería, en su caso, sería la integración de los hechos como falta grave en el artículo 22.2.b) de la Ley Orgánica 3/2013 y no en el 22.1.a) como falta muy grave. Por la relevancia de los citados preceptos para la resolución del debate conviene reproducir textualmente los mismos.

El artículo 22.1.a) dispone lo siguiente:

1. A los efectos de la presente Ley, se consideran como infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones a que hace referencia el artículo anterior, que dé lugar a la detección de la presencia de cualquier cantidad de una sustancia prohibida, o de sus metabolitos o marcadores, en las muestras físicas de un deportista.

Sin perjuicio de lo anterior, la lista de sustancias y métodos prohibidos prevista en el artículo 4 de la presente Ley podrá prever un límite de cuantificación para determinadas sustancias o criterios especiales de valoración para evaluar la detección de sustancias prohibidas.

Por su parte, la literalidad del artículo 22.2.b) es la siguiente:

2. Se consideran infracciones graves:

b) Las conductas descritas en el apartado 1, a), b) y f), cuando afecten, versen o tengan por objeto sustancias identificadas en el artículo 4.2.2 del Código Mundial Antidopaje y en la lista prevista en el artículo 4 de la presente Ley como “sustancias específicas”.

Para que pueda considerarse que estas conductas son infracciones graves será necesario que el infractor justifique cómo ha entrado en su organismo la sustancia o la causa que justifica la posesión de la misma y que proporcione pruebas suficientes de que dicha sustancia no tiene como fin mejorar el rendimiento deportivo o enmascarar el uso de otra sustancia dirigida a mejorar dicho rendimiento. El grado de culpa del posible infractor será el criterio que se tenga en cuenta para estudiar cualquier reducción del período de suspensión.

Para que se pueda considerar que las pruebas son suficientes será necesario que el infractor presente pruebas que respalden su declaración y que generen la convicción al órgano competente sobre la ausencia de intención de mejorar el rendimiento deportivo o de enmascarar el uso de una sustancia que lo mejore.

Entiende el recurrente que perteneciendo las dos detectadas en su organismo, efedrina y oxilofrina, al grupo de las “*sustancias específicas*”, debe aplicarse el art.22.2.b), que tipifica la infracción como grave, de donde debe concluirse, a su juicio, la sanción de hasta un máximo de dos años de suspensión de licencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 23.9 de la Ley Orgánica 3/2013 (aunque cita el recurrente el artículo 23.2.b, inexistente después de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2017, de 17 de febrero).

Sin embargo, de la lectura del transcrito artículo 22.2.b) se desprende que, para calificar la presencia de sustancias prohibidas como grave, el citado precepto requiere, más allá de que se trate de “sustancias específicas”, otros dos requisitos adicionales, por un lado, que el deportista acredite “*cómo ha entrado en su organismo la sustancia*” y, por otro lado, que “*proporcione pruebas suficientes de que dicha sustancia no tiene como fin mejorar el rendimiento deportivo*”.

Y en este punto concerniente a la acreditación de los requisitos adicionales difieren sustancialmente la resolución de la AEPSAD y el recurrente, en particular en lo relativo a la sustancia oxilofrina.

En relación a la efedrina, cuya administración a lo largo del tiempo por prescripción facultativa queda probada en el expediente, la AEPSAD opone que resulta inverosímil que la concentración hallada en la muestra del deportista (28 u/mL) se corresponda sólo y exclusivamente con la aplicación terapéutica pautada ya que más que duplica el límite de decisión contemplado en los documentos técnicos de la WADA (11 u/mL). Así entiende que la única rocambolesca y poco creíble explicación posible es que el deportista se hubiera aplicado cantidades elevadas de pomada contraviniendo la posología del medicamento, con la intención de mejorar el rendimiento deportivo.

El recurrente insiste precisamente en que la concentración hallada se explica por la aplicación continuada de la pomada a lo largo de los años y en particular durante el último mes en el que sufrió un episodio agudo, sumado a que en la fecha de la competición se aplicó la pomada antes, durante y después de la prueba dado el constante dolor que sufría.

En cualquier caso, la AEPSAD concluye que la conducta del deportista fue como mínimo negligente en relación con la presencia de esta sustancia en su organismo, y añade que “más allá de las razonables dudas que presenta la explicación del deportista en relación a la ingesta de efedrina, es un hecho incontrovertido que en la misma muestra tomada al expedientado se encontró otro estimulante, la Oxilofrina, respecto de la que el deportista se limitó en las alegaciones presentadas al Acuerdo de Incoación a recalcar el *desconocimiento* de la existencia de dicha sustancia en su organismo...”.

Precisamente es en relación a esta segunda sustancia, la oxilofrina, respecto de la que sin género de duda este Tribunal, de acuerdo con la AEPSAD, considera que en

ningún caso el deportista acredita cumplidos los requisitos exigidos por la norma para integrar el supuesto en el artículo 22.2.b) ya que, en particular, ninguna prueba se aporta sobre *“cómo ha entrado en su organismo la sustancia”*.

En el presente recurso, al igual que a lo largo del expediente, alude a que dicha sustancia *“es un compuesto que se puede encontrar en suplementos alimenticios que se venden en herbolarios y/o tiendas dietéticas sin control alguno...por lo que en cualquiera de los suplementos alimenticios legalmente vendidos y que ha ido tomando el compareciente (para una mejor recuperación, para mejorar la circulación sanguínea y evitar las hemorroides...) que se venden como naturales, pudo estar la oxilofrina detectada.”*

En definitiva, en las manifestaciones del recurrente no se encuentra prueba sólida ni explicación concreta alguna sobre el modo en que ingirió la sustancia, no aporta detalle de marca de producto, no singulariza el tipo de complemento, no aporta tickets de compra de los productos –a diferencia de lo que sí hizo cumplidamente con la pomada Hemoal- sino que de forma vaga desliza una posible explicación genérica sobre la ingesta, sin llegar a generar convicción ante este Tribunal sobre el modo en el que la oxilofrina alcanzó su organismo.

Por lo anterior este TAD no accede a su pretensión de entender que la calificación sea errónea y debe confirmar la tipificación como muy grave mantenida en la resolución de la AEPSAD.

SÉPTIMO.-En tercer lugar plantea el recurrente que en todo caso deberá ser de aplicación la atenuante relativa a la inexistencia de culpa o negligencia grave del artículo 27.3 a), debiendo tenerse en consideración, además, que desde el primer momento ha admitido la existencia de sustancias prohibidas, que ha reconocido que ha incurrido en un error y que la colaboración para la realización del control ha sido completa.

Sobre la atenuación de la sanción, en su Informe, señala la AEPSAD que el carácter amateur y las circunstancias personales del deportista ya fueron considerados al rebajar la sanción de cuatro años a tres, sin que quepa estimarse ninguna del resto de las circunstancias adicionales.

En concreto, entiende, y este TAD acoge tal razonamiento, que ni el desconocimiento de la normativa ni la sumisión voluntaria -que constituye una obligación del deportista- pueden ser tenidas en consideración.

Así, la AEPSAD impuso la sanción con sujeción al principio de proporcionalidad y de acuerdo a las circunstancias del caso.

OCTAVO.-Finalmente, el recurrente suscita 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 20 de diciembre de 2018 y concluirá el 20 de diciembre de 2021”*.

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 26 de mayo de 2018 y finalice el 26 de mayo de 2021, extremo al que ha de acceder este Tribunal puesto que del expediente se desprende que una vez comunicado el acuerdo de incoación, en dos ocasiones, el recurrente admitió los hechos. Primero, en escrito de 31 de julio de 2018 en el que, haciendo renuncia expresa al análisis de la muestra B, se reconoce la existencia de la sustancia detectada efedrina, al igual que en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación el 3 de agosto de 2018, donde reitera lo referido la efedrina y acepta la presencia de la oxilofrina, atribuyendo su ingesta a algún complemento alimenticio.

Finalmente, también se concluye del expediente que desde el reconocimiento de los hechos no ha vuelto a competir ya que según se desprende de certificado de la Federación Española de Triatlón, la última prueba en la que consta su participación es aquella en la que se le realizó el control de dopaje.

Adicionalmente, en su escrito de alegaciones finales de 27 de marzo el recurrente aporta nuevos certificados de las Federaciones Española y de la Comunidad ~~XXX~~ de Triatlón, confirmando que hasta la fecha no ha dispuesto de su licencia para competir en el marco de las competiciones oficiales de estas entidades.

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

ACUERDA

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por D. ~~XXX~~ contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), de 20 de diciembre de 2018, confirmando la sanción de suspensión de licencia federativa por periodo de TRES AÑOS cuyo cómputo se extenderá entre el 26 de mayo de 2018 y el 26 de mayo de 2021.

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