



Expediente Tribunal Administrativo del Deporte núm. 65/2019 TAD.

En Madrid, a 31 de mayo de 2019, se reúne el Tribunal Administrativo del Deporte para conocer y resolver la solicitud el recurso formulado por don XXX, en su propio nombre y derecho, contra la resolución formulada por el Director de la Agencia Española de la Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD) de 20 de febrero de 2019, por la que se le impuso la sanción de inhabilitación para obtener licencia federativa por un período de dos (2) años como responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 22.1 f) de la Ley Orgánica 3/2013 (en su redacción anterior a la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2017).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de marzo de 2019 se ha recibido en este Tribunal Administrativo del Deporte el recurso formulado por don XXX contra la resolución formulada por el Director de la Agencia Española de la Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD) de 20 de febrero de 2019, por la que se le impuso la sanción de inhabilitación para obtener licencia federativa por un período de dos (2) años como responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 22.1 f) de la Ley Orgánica 3/2013 (en su redacción anterior a la modificación operada por el Real Decreto Ley 3/2017).

SEGUNDO.- Por la Secretaría del Tribunal se solicitó a la AEPSAD el expediente e informe, que fueron recibidos el 29 de marzo.

TERCERO.- El 30 de abril de 2019, previo traslado del expediente por plazo de die días, se recibió escrito del recurrente reiterando su pretensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal Administrativo del Deporte es competente para conocer de las solicitudes de suspensión cautelar, con arreglo a lo establecido en el artículo 84.1 a) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y 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 está legitimado por ser el destinatario de la sanción impugnada.

TERCERO.- Se ha dado audiencia al interesado y se han cumplido el resto de formalidades legalmente establecidas.

En lo que se refiere al plazo, el recurso se ha interpuesto en el plazo de treinta días exigido por el art. 40.3 de la Ley 3/2013, plazo que debe entenderse como hábiles, conforme al art. 30.1 de la Ley 39/2015. Consta en el expediente que la notificación se produjo el 27 de septiembre y la presentación del recurso en la oficina de Correos el 30 de octubre, dentro por tanto del referido plazo.

CUARTO.- La sanción objeto de este recurso consistió en la inhabilitación para obtener licencia federativa por un período de dos (2) años por considerarse al recurrente responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 22.1 f) de la Ley Orgánica 3/2013 (en su redacción anterior a la modificación dada por el Real Decreto Ley 3/2017, vigente al tiempo de los hechos), que consideraba como infracción muy grave “*f) La posesión por los deportistas o por las personas de su entorno, ya sea en competición o fuera de competición, de sustancias prohibidas en dichos ámbitos o de los elementos necesarios para la utilización o uso de métodos prohibidos, cuando se carezca de una autorización de uso terapéutico para su administración o dispensación, o de otra justificación legal o reglamentariamente calificada como suficiente.*

La tenencia de una autorización de uso terapéutico no excluirá la comisión de la infracción si las personas responsables disponen de una cantidad de sustancias o métodos prohibidos tan superior a la que correspondería al simple uso que ampara las autorización indicada, que pudiera razonablemente suponerse que están dirigidas al tráfico previsto en la letra i) del apartado primero de este precepto.

f) La posesión por los deportistas o por las personas de su entorno, ya sea en competición o fuera de competición, de sustancias prohibidas en dichos ámbitos o de los elementos necesarios para la utilización o uso de métodos prohibidos, cuando se carezca de una autorización de uso terapéutico para su administración o dispensación, o de otra justificación legal o reglamentariamente calificada como suficiente.

La tenencia de una autorización de uso terapéutico no excluirá la comisión de la infracción si las personas responsables disponen de una cantidad de sustancias o métodos prohibidos tan superior a la que correspondería al simple uso que ampara las autorización indicada, que pudiera razonablemente suponerse que están dirigidas al tráfico previsto en la letra i) del apartado primero de este precepto.”

Los hechos por los que la AEPSAD entendió que se había incurrido en dicha infracción se basaron en la documental obrante en el expediente correspondiente a actuaciones de las Diligencias Previas 235/207 seguidas ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Salamanca, que dieron lugar al Juicio Oral 329/2018 seguido ante el

Juzgado de lo Penal número 1 de Salamanca, el cual finalizó con sentencia, dictada de conformidad, en fecha 27 de junio de 2018 por la que se condena a tres personas como autores de un delito contra la salud previsto en el artículo 361 bis del Código Penal y con la absolución de una cuarta persona del mismo delito.

En los hechos probados por conformidad de las partes se hace constar que uno de los acusados, condenados, *“exciclista profesional y trabajador de un gimnasio de esta ciudad, también se dedicaba – por lo menos hasta el año 2015 – a entrenar y asesorar a deportistas. En el curso de estas actividades, vendía a clientes y amigos deportistas, sustancias medicamentosas dopantes, entre otros a ..., ..., XXX, etc.”*

A continuación, la sentencia, igualmente dentro de los hechos probados por conformidad, relata que como consecuencia de la investigación realizada se llevó a cabo una entrada y registro en el domicilio del acusado a que se refiere el párrafo anterior, llevado a cabo el 27 de marzo de 2015, ocupándose las siguientes sustancias – en distintas cantidades y composiciones: ADRENALINA LEVEL, SOMATROPE, CICLOSTAZOL CINFA, WINSTROL, TESTOSTERONA ANDRODERM, TRIGON DEPOT, EFEDRINA LEVEL, EPINEFRINA, FERLIXIT, VIFORTAN, CAFEINA, NITRO-DUR5, DHEA, HYGETROPIN, PROTOPIHIN, ARANESP Y ERITROPOYETINA RECORMON. Haciéndose constar que se trata de sustancias *“que quería para entregar y vender a sus clientes y para autoconsumo”* y añadiéndose que *“según informe de la Agencia de Medicamentos y Productos Sanitarios, el uso de estos medicamentos está prohibido en competiciones deportivas y su consumo produce resultados positivos en controles de dopaje y o no están autorizados en España, por lo que su comercialización es clandestina, o los autorizados como: RECORMON, WISTROL, DEPOT, ADRENALINA LEVEL, EFEDRINA LEVEL, se encuentran fuera del canal autorizado, por lo que puede verse comprometida la calidad, seguridad y eficacia de estos preparados, con riesgo para la salud.”*

Además de la sentencia, en relación con el procedimiento penal citado, en el expediente remitido por la AEPSAD, correspondiente al expediente sancionador respecto de cuya resolución se ha interpuesto recurso, figura la siguiente documentación:

- Escrito de ahora recurrente, presentado en la Ejecutoria penal de la sentencia (Ejecutoria 300/2018) por el que don XXX solicita, para aportar al expediente sancionador que en aquel momento se le había incoado ya por la AEPSAD, el atestado policial completo; si lo hubiere, la cumplimentación del oficio del Director de la AEPSAD al Juzgado instructor, con lista de deportistas y sustancias dopantes decomisadas o incautadas en lo que se refiera al aquí recurrente; las declaraciones de D. XXX ante la Policía y el Juzgado de instrucción así como los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado (personado por la AEPSAD); y la declaración del que denomina presunto vendedor y condenado por conformidad que cita al recurrente como comprador de las sustancias, que según palabras del

recurrente no le había mencionado en ningún momento, salvo en el de la conformidad.

- Providencia de fecha 26 de octubre de 2018, por el que se da traslado a las partes personadas por tres días, para alegaciones, del escrito anterior de don XXX.
- Resolución que deniega la entrega de la citada documentación.
- Recurso gubernativo de alzada y auto que lo resuelve, estimándolo.
- Diligencia de constancia de entrega de la siguiente documentación:
 - o Testimonio de Atestado Policial y transcripciones de llamadas en las que consta XXX de fecha 2 de marzo de 2015, de las que en lo que aquí interesa se refleja la conversación telefónica en la que interviene el recurrente, transcrita en el atestado y que figura en el Expediente:

“Hora de inicio del producto: 02/03/2015 15:24

Llamando: 659442860

ID del producto: 11837066

Hora de fin del producto: 02/03/2015 15:32

Llamado: 665136375

Redireccionar número:

Anotación:

(S) XXX llama a XXX, éste le pregunta que cómo está su padre. XXX le dice ahí está liado con el trombo. Continúan hablando de la perra XXX le dice que le estuvo contando lo de la perra al XXX y que le dijo que a ver si la llevaba para darle unas directrices y corregir ese comportamiento. XXX se queja de que le va a destrozarse la casa.

Literal a partir del momento 15:29:09

(A) XXX

(J) XXX

J: De lo otro lo que te decía, nada eso, no es que sea media o sea lo que era la la ...

A: La que te traje antaño.

J: Eso que eran treinta mil (30.000) no?

A: Eso es, eso es

J: Viene precargado

A: Eso es

J: Y nada y lo otro lo que me habías comentado que había una que eso eran 180 me parece que me has dicho

A: Sí, es la que me dijo a mi otro día este y me dijo ¡padre! Esta a lo mejor te interesa. Pues yo pensando un poquito, porque no puedo tomar NADA NADA, y yo ya pero esto que hay, me dicen no no esto es lo que están tomando los Pros y vienen a muy buen precio por eso te lo he dicho a ti porque me pedía trescientos y pico por (inteligible) tío yo lo sentía mucho pero que no ni de coña, y me llamó por eso se acordó de mí y me dijo mira pues esta... pero bueno ya te digo otro día XXX no tengo ni idea tío

J: ¿Y esa son 180 no?

A: Sí, 180 euros y 16 unis que eso son ocho tomas que al final es un mes porque día sí y día no es un mes

J: Sí. Vale. Peor que es exactamente eso? Es OXA es...? O que es o no

A: No, no, no, eso del CRECIMIENTO

J: Ahhh vale vale perfecto vale pues nada pues habla por ahí y dime lo que sea y ya está.

A: Vale, tengo que ver el ordenador porque me envió el otro día los precios y todo, porque le dije tú me los puedes enviar y tal, porque no sé lo que es

J: Cuando lo veas con calma me mandas un Whatsapp, me dices XXX ya lo he visto esto y tal.

A: Ya te dijo porque a que sí que te dijo que es fijo es la de 180 porque esa me quede yo con el toque.

J: Vale

A: Sabes

J: Pues lo miras con calma y me lo mandas un Whatsaap y me dices lo que sea.

A: Esta noche lo miro, ahora voy a empezar a currar.

Continúan hablando de la perra. ~~XXX~~ le dice que vayan donde el ~~XXX~~

- Oficio del Juzgado de Instrucción nº4 de Salamanca de 2 de julio de 2015.
- Declaración, parcial, de don ~~XXX~~ en la Comisaría de Policía de Salamanca, de fecha 27 de octubre de 2015, en la que procede a “*ser oído en declaración voluntaria*” y declara “*que practica ciclismo en la categoría Master cuarenta*” “*que de manera consciente únicamente consume TRIGON DEPOT, a causa de una enfermedad llamada espondilitis anquilosante*” y “*que PREGUNTADO para que diga si se ha puesto en contacto con ... para conseguir sustancias dopantes MANIFIESTA que no, que únicamente habla con ... para conseguir FERLIXIT (hierro).*” “*que cuando hablan de 30.000 en la conversación...se refiere a la cantidad de medicamentos que le trajo antaño, como el TATIONIL, siendo éste un recuperador*”, “*cuando le pregunta por OXA y el precio del mismo...que cree que es hormona o testosterona y quería saber los precios de la misma, solo de manera informativa*”, “*si quedan para ponerse en contacto para concretar precios y sustancias RESPONDE que sí, que para saber qué productos dopantes son a los que él se refiere y el precio de los mismos*”; “*PREGUNTADO acerca de cuál es el motivo por el cual le pregunta a ... sobre estas sustancias DICE porque ha sido exciclista profesional y supone que conoce el mundo de dichos medicamentos que favorecen el rendimiento deportivo.*”; “*PREGUNTADO para que diga si tiene conocimiento acerca de que ... consigue, suministra o vende alguna sustancia dopante MANIFIESTA que no lo sabe*” y “*si es conocedor de que ... obtiene beneficios económicos derivados de la venta de éstas sustancias dopantes DICE que no lo puede afirmar, pero que supone que conoce el mundo.*”
- Testimonios de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y Abogado del Estado. En lo que aquí respecta, el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, menciona en el relato de hechos al ahora recurrente entre los clientes y amigos del exciclista profesional frente al que formula acusación por venta de sustancias dopantes, a los que vendería dichas sustancias. La misma mención se contiene en el escrito de la Abogacía del Estado, al formular acusación en nombre de la AEPSAD.
- Declaraciones judiciales del acusado condenado, en relación con el cual en la Sentencia aparece mencionado el ahora recurrente, quien afirma “*que no es cierto que está distribuyendo estas sustancias a otras personas como ~~XXX~~ o...*” y “*que es cierto que ha suministrado sustancias a otras personas como ...*”. En la segunda de las

declaraciones, ampliatoria de la primera y solicitada por el acusado afirma “*que es cierto que he solicitado sustancias para facilitarlas a unos buenos amigos, no para enriquecerme con ellas. Que los tres amigos a los que me refiero son ..., ... y XXX.*”

QUINTO.- La resolución objeto de recurso, acogiendo lo reflejado en la propuesta sancionadora y sobre la base de la documentación mencionada en el motivo precedente – aportada por don XXX tras el acuerdo de incoación – consideró que existía carga de prueba suficiente para acreditar la posesión de sustancias no específicas por el expedientado, estimando que existe soporte indiciario suficiente “*al traer su causa de la sentencia de conformidad nº235/2018, dictada por el Juzgado de lo Penal nº1 de Salamanca*” y “*La AEPSAD, partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia de conformidad... ha demostrado que los hechos inicialmente imputado a D. XXX consisten en la posesión de sustancias prohibidas en el deporte*”. La AEPSAD considera acreditado “*que ha mantenido conversaciones telefónicas con D. ..., acerca de cómo obtener sustancias dopantes no específicas y precio de las mismas; (iii) que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, en sus respectivos escritos de acusación, manifiestan que D. ... vendió a D. XXX sustancias medicamentosas dopantes; (iv) que la única sustancia medicamentosa dopante por la que se interesa D. XXX es la hormona de crecimiento, sustancia no específica.*”

El sancionado en el recurso interpuesto ante este Tribunal, de forma muy concisa, reitera los motivos esgrimidos a lo largo de expediente, los cuales se dirigen a combatir la existencia de prueba suficiente para sancionar, al estimar que los hechos contenidos en la sentencia de conformidad no pueden utilizarse más allá d del citado proceso y frente a quienes no fueron parte en el mismo. Denuncia asimismo la vulneración del principio de tipicidad y la presunción de inocencia, imputando la existencia de una indebida inversión de la carga de la prueba.

SEXTO.- La primera cuestión a tratar para la resolución del recurso es, por tanto, la de la trascendencia de los hechos reflejados en la sentencia de conformidad, en la que el sancionado figura en el relato de hechos, como comprador de sustancias prohibidas. Ello nos lleva a la necesidad de exponer cuál es la trascendencia del instituto de la cosa juzgada y si la misma puede trascender del propio procedimiento y a quienes han sido parte, afectando los hechos declarados probados en una sentencia penal firme a terceros con dicha fuerza inatacable.

La cosa juzgada es el efecto más trascendente de una sentencia penal firme, que por razones elementales de seguridad jurídica impide que lo en ella resuelto, por entenderse irrevocable, pueda ser atacado dentro del mismo proceso, caso de la cosa juzgada formal, o en otro diferente, caso de la cosa juzgada material. La firmeza de la sentencia es el presupuesto indispensable para que se despliegue el efecto de la cosa juzgada material, verdadera cosa juzgada para la doctrina en el ámbito penal. El efecto procesal al sólo existir en puridad en el Derecho Penal el efecto negativo, preclusivo o

excluyente, y no el positivo o prejudicial, la cosa juzgada comporta el cierre de toda posibilidad de que se emita por vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a lo resuelto en uno anterior.

Es cierto, que en la doctrina existen voces discrepantes en relación a que la cosa juzgada material también contempla, excepcionalmente, efectos positivos o perjudiciales, vinculando en el posterior proceso lo resuelto en el anterior, cuando constituya su antecedente lógico, caso de supuestos de coparticipación cuando el anterior pronunciamiento declara la inexistencia del hecho o la extinción de la acción penal, o la vinculación para la jurisdicción civil de los hechos probados en una sentencia penal condenatoria, como determina la STS, de la Sala Primera, de 15 de junio de 1981. No obstante, es común aceptación en la doctrina que las sentencias penales no determinan prejudicialmente el contenido de segundas sentencias, ni aun siquiera en el supuesto de delitos en los que pudo haber conexión delictiva, cometidos tanto por varios sujetos como sólo una persona. La negación de la función positiva o prejudicial llega hasta el extremo, que en caso de delitos con pluralidad de partícipes, si el procedimiento no pudiera dirigirse contra todos ellos, la sentencia dictada en el primer proceso carecería de efecto alguno sobre los procesos posteriores sobre los mismos hechos, aún en lo referente a la declaración objetiva del acto.

Esto supone que el hecho de que figure en la sentencia firme de conformidad, en el relato de los hechos el sancionado como comprador de sustancias prohibidas no constituye hecho probado inatacable respecto del aquí recurrente. Por ello, las afirmaciones contenidas en la resolución sancionadora, que aluden a la constancia del hecho como hecho probado, no son suficientes ni le otorgan a lo en ella relatado respecto del sancionado la fuerza de cosa juzgada.

Sin embargo tampoco son irrelevantes, sino que lo reflejado en la sentencia, fruto del resultado de la instrucción practicada, puede tener la consideración de indicios a los efectos de acreditar la realidad de unos hechos, en este caso la conducta imputada al recurrente, de posesión de sustancias prohibidas, lo que nos lleva al análisis del siguiente motivo del recurso, el relacionado con la virtualidad de los indicios para tener por acreditados los hechos en que consiste la conducta sancionada, sin que ello constituya vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como alega el recurrente.

SÉPTIMO.- La Ley Orgánica 3/2013 encomienda a la AEPSAD el ejercicio de la potestad sancionadora para la represión del dopaje en el deporte. Con ello se busca la prevención de la salud y la lucha contra el dopaje en el ámbito de la práctica deportiva, con el propósito de que predominen el juego limpio, la superación personal y la realización saludable del deporte. (art.1 de la Ley Orgánica 3/2013). Sin embargo, su actuación, como la de todos los poderes públicos, “*está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*” (art. 9.1 CE); y como órgano administrativo, debe actuar “*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*” (art. 103.1 CE).

En dicho marco, adquiere una especial relevancia el principio de presunción de inocencia que recoge expresamente el artículo 53.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas - de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto en el artículo 39.11 de la Ley Orgánica 3/2013- como el “*derecho a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario*”. Y por ello procede valorar la trascendencia de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa.

Es de significar que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en doctrina reiterada y constante vienen manteniendo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial se forme sobre la base de una prueba indiciaria o presuntiva, ya que no siendo siempre posible disponer de las pruebas directas, prescindir del valor de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de muchos delitos e infracciones, lo que provocaría una grave indefensión social. Si bien esta prueba indiciaria, debe reunir, no obstante una serie de caracteres o garantías para que se le reconozca eficacia desvirtuadora de la presunción de inocencia, esto es: a) no debe tratarse de un solo indicio aislado, sino que deben ser varios, aunque no pueda precisarse de antemano y en abstracto su número; b) los hechos indiciarios ha de estar absolutamente probados en la causa y relacionados directamente con el hecho criminal o infracción; c) es preciso que entre ellos y en consecuencia - la convicción sobre la culpabilidad- exista una armonía o concomitancia que descarte toda irracionalidad o gratuidad en la génesis de la convicción. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 17-2-95 señala que la convicción lógica que exige la prueba de indicios solo existe cuando no hay otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable y compatible con los hechos que se declaran probados. Puede ser también fuente de prueba presuntiva los que se denominan por la doctrina científica “contra-indicios”, toda vez que si el acusado no ha de soportar, en modo alguno, la carga de probar su inocencia, si puede sufrir las consecuencias negativas de que se demuestre la falsedad de sus alegaciones exculporias, y a que tal evento acaso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad.; d) finalmente, debe expresarse en la motivación del cómo se llegó a la inferencia, pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida en el artículo 120 C.E cabe el control representado por el recurso.

Conforme a la doctrina expuesta, hemos de considerar correcta la resolución objeto de recurso en cuanto alude expresamente a los indicios que toma en consideración para inferir de los mismos la convicción razonablemente de la realización de la conducta por la que sanciona al recurrente. Además de la sentencia obrante en autos – por si sola insuficiente para acreditar la conducta – existen otros elementos probatorios que constituyen indicios suficientes para extraer la posesión – sino incluso el consumo – por parte del recurrente. La conversación telefónica transcrita es sumamente reveladora y junto con las declaraciones en sede policial y judicial del sancionado y

del propio condenado, permiten extraer como única convicción lógica la de la posesión de sustancias prohibidas sin que de tal conversación, literalmente transcrita, pueda haber lugar a otra explicación razonable exculpatoria del recurrente.

La AEPSAD, a la vista de los datos obrantes en el procedimiento judicial – aportados por el propio sancionado durante la instrucción – concluye que existen indicios suficientes para tener por acreditada esa posesión. Por ello ha de entenderse suficientemente acreditado por la autoridad sancionadora que efectivamente se ha producido la posesión que tipifica la norma.

Las explicaciones dadas por el sancionado en relación con la adquisición de las sustancias prohibidas resultan vagas, inconcretas e irrazonables y la lucha contra el dopaje exige en ocasiones valorar indicios y realizar presunciones, lo que viene amparado constitucionalmente.

En consecuencia, al haber acreditado suficientemente la autoridad sancionadora que el recurrente haya incurrido en el tipo sancionador previsto en el artículo 22.1 f) de la Ley Orgánica 3/2013, no se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, por lo que procede desestimarse el recurso y confirmarse la resolución impugnada.

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

ACUERDA

DESESTIMAR el recurso interpuesto frente a la resolución del Director de la Agencia Española de la Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD) de 20 de febrero de 2019 objeto de este expediente.

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