

En la Villa de Madrid, a trece de octubre de dos mil once.

Visto por la Sección Cuarta, de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, compuesta por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, el recurso contencioso administrativo número 304 de 2010, interpuesto por la Procuradora D^a María del Carmen Hijosa Martínez, en nombre y representación de la Asociación de Ciclistas Profesionales, contra el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica 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. Como Administración demandada compareció la del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El veinte de noviembre de dos mil nueve, se registró en este Tribunal el escrito de interposición del recurso. El día seis de julio de dos mil diez, y por Diligencia de Ordenación se tuvo por presentado el recurso y se designó Magistrado Ponente dándose cuenta de la interposición. En fecha siete de septiembre de dos mil diez, se dictó Providencia por la que se tuvo por personado y parte recurrente a la Asociación de Ciclistas Profesionales entendiéndose con él las sucesivas diligencias. Al tiempo, la Sala requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción, ordenándole la práctica de los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la misma norma y disponiendo la formación de pieza separada para la tramitación de la suspensión solicitada.

SEGUNDO.- El diecinueve de octubre de dos mil diez, se dictó Diligencia de Ordenación, en la que se tuvo por recibido el expediente administrativo y por personado y parte, al Sr. Abogado del Estado en nombre de la Administración demandada, entendiéndose con él, las sucesivas actuaciones.

TERCERO.- El veintidós de noviembre de dos mil diez, la Sala dictó Providencia, teniendo por formalizada en tiempo y forma la demanda y dio traslado al Sr. Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que formule la contestación a la demanda en el plazo legalmente establecido.

CUARTO.- Contestada la demanda en legal forma y habiendo solicitado la parte recurrente en su escrito de demanda el recibimiento a prueba del pleito, acordando la Sala por Auto de uno de marzo de dos mil once, recibir el proceso a prueba, pudiendo las partes proponer, durante quince días, los medios de prueba procedentes sobre los siguientes puntos de hecho: Los referidos por el recurrente en su escrito de demanda. Por providencia de once de abril de dos mil once, se admite la prueba documental propuesta por la Procuradora Sra. Hijosa Martínez, en nombre y representación de la Asociación de Ciclistas Profesionales, teniendo por reproducido el expediente administrativo y los documentos aportados con el escrito de demanda, concediéndose

a la parte demandante el término de diez días para que presente escrito de conclusiones sucintas de los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye. Por Diligencia de ordenación de diez de mayo de dos mil once, se tiene por evacuado el trámite de conclusiones conferido a la parte recurrente y se hace entrega de las copias a la parte recurrida, Administración del Estado, otorgándole el plazo de días para que presente las suyas. Por diligencia de ordenación de veintitrés de mayo de dos mil once, se tienen por evacuados los escritos de conclusiones, dejando pendientes los Autos para votación y fallo, para cuando por turno les corresponda.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día cinco de octubre de dos mil once, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación de Ciclistas Profesionales por medio de su representación procesal, recurre el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica 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.

La suplica de la demanda pretende que esta Sala del Tribunal Supremo dicte sentencia estimando el recurso contencioso administrativo y declare nulo el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica 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.

La modificación del Real Decreto que se cuestiona se produce en relación con el apartado primero del artículo 47 del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, que quedó redactado en los siguientes términos:

“De conformidad con la normativa internacional antidopaje y en especial el Código Mundial Antidopaje y sus normas de desarrollo, los controles de dopaje fuera de competición y los controles de salud que no se justifiquen por causas médicas, incluidas todas las relacionadas con el antidopaje, se realizarán en la franja horaria comprendida entre las seis de la mañana y las once de la noche.

Para facilitar el descanso nocturno del deportista, fuera de la franja horaria determinada en el párrafo anterior no se deberán realizar controles de dopaje fuera de competición ni controles de salud que no se justifiquen por causas médicas, incluidas todas las relacionadas con el antidopaje”.

A su vez se modifica la letra a) del artículo 48.2 del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, cuya redacción queda establecida en los siguientes términos:

“Salvo disposición en contrario a tal efecto en las normas de la Federación Internacional o del organismo antidopaje en cuestión, un control en competición es aquel al que se somete a un determinado deportista en el marco, o con ocasión de una competición”.

Se modifica también la definición del término “Control en competición” del anexo “Definiciones” del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, cuya redacción queda establecida en los siguientes términos:

“Salvo disposición en contrario a tal efecto en las normas de la Federación Internacional o del organismo antidopaje en cuestión, un control en competición es aquel al que se somete a un determinado deportista en el marco de una competición, es decir, desde 12 horas antes de celebrarse una competición en la que el deportista tenga previsto participar hasta el final de dicha competición y el proceso de recogida de muestras relacionado con ella”.

Y “se suprime la definición del término “Horas de descanso nocturno” del anexo “Definiciones” del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril”.

SEGUNDO.- Antes de iniciar el examen de las cuestiones que plantea el recurso conviene hacer determinadas precisiones en torno a las razones por las que el Ministerio de la Presidencia abordó por medio de la elaboración del Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, la modificación del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, que regula 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.

A estos efectos es esclarecedor el preámbulo de esa disposición general. El mismo se refiere al hecho de que la ciudad de Madrid, capital del Reino de España, en el momento en que se promulga la modificación del Real Decreto era candidata junto con el Comité Olímpico Español, para organizar los Juegos de la XXXI Olimpiada en el año 2016. Candidatura respaldada por todas las instituciones del Estado que habían unido sus esfuerzos para convertirla en un motivo de orgullo para nuestro país y para todo el mundo. Como consecuencia de lo anterior el Gobierno de España aprobó en su día las correspondientes garantías exigidas a la candidatura para poder ser sede de los juegos.

En el prefacio de ese texto de la parcial modificación del Real Decreto se leía, también, que entre esas garantías la 12.15 aseguraba textualmente que “El Gobierno de España garantiza que, en caso de que Madrid sea nombrada ciudad anfitriona de los Juegos de la XXXI Olimpiada en 2016, instará los procedimientos oportunos y adoptará las iniciativas legislativas apropiadas para que (...) (... en el caso de que la normativa antidopaje española en el momento de la celebración de los Juegos entrase en

conflicto con el Código Mundial Antidopaje y la normativa antidopaje del Comité Olímpico Internacional vigentes en ese momento, de acuerdo con lo establecido en el punto (...) anterior, la legislación aplicable sea la del Código Mundial Antidopaje y la normativa antidopaje del Comité Olímpico Internacional". Esta garantía se aprobó plenamente de acuerdo con la normativa vigente.

Más adelante en el texto de introducción de la modificación que se iba a producir del Real Decreto 641/2009, se hacía constar que en el mes de mayo pasado (la modificación del Real Decreto se publicó en el BOE de 19 de septiembre de 2009) la Comisión de evaluación 2016 del Comité Olímpico Internacional visitó la ciudad de Madrid para conocer in situ el proyecto de la candidatura, y a raíz de una pregunta de la Comisión sobre la adaptación al Código Mundial Antidopaje del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, en lo relativo a la disponibilidad de los deportistas para los controles, el Consejo Superior de Deportes de España envió, con posterioridad, las pertinentes aclaraciones.

Seguidamente indica el prólogo del Real Decreto objeto de recurso que a fecha de 28 de agosto de 2009, la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) incluyó a las autoridades deportivas españolas en el grupo de las que cumplen totalmente el Código Mundial Antidopaje, y a las autoridades antidopaje españolas en el selecto grupo de países que disponen y ejecutan un programa de controles antidopaje fuera de competición.

A lo que añade el exordio del Real Decreto al que nos referimos que no obstante, tras la publicación del Informe de la Comisión de Evaluación del Comité Olímpico Internacional el día 2 de septiembre de 2009, se considera oportuno solventar definitivamente las dudas suscitadas en todo lo relativo a la disponibilidad de los deportistas para los controles a fin de reforzar la Candidatura de Madrid 2016. Para ello, por medio del presente real decreto se modifican los correspondientes artículos del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, con el objetivo de aclararlos totalmente de conformidad con el informe de la Comisión. En este sentido, la franja horaria para la localización de los deportistas se ajustará a lo dispuesto en la normativa internacional antidopaje y en especial el Código Mundial Antidopaje y sus normas de desarrollo, es decir, entre las seis de la mañana y las once de la noche.

Y concluye ese prólogo afirmando el compromiso del Gobierno de España de impulsar las adaptaciones y actualizaciones necesarias como consecuencia de esta modificación, en permanente diálogo con los agentes internacionales implicados en la lucha contra el dopaje en el deporte, para mantener a España como país a la cabeza en la lucha contra el dopaje.

Por lo tanto junto a esas loables intenciones de reforzar la candidatura de Madrid como sede de los XXXI Juegos Olímpicos en 2016 en total sintonía con el Comité Olímpico Español, se trataba por medio de la modificación del Real Decreto de satisfacer cuanto antes las exigencias del Comité Olímpico Internacional, y disipar cualquier duda que sobre la implicación de las autoridades deportivas españolas en la lucha contra el dopaje pudiera albergar ese Comité así como la Agencia Mundial Antidopaje,

garantizando de ese modo el cumplimiento de lo dispuesto en el Código Mundial Antidopaje.

Todo ello era consecuencia de lo expuesto en el informe de la Comisión de Evaluación del Comité Olímpico Internacional que valorando el Real Decreto 641/2009 expresó que “no puede determinar si con la nueva regulación las autoridades deportivas y antidopaje españolas cumplen totalmente con el Código Mundial Antidopaje de la AMA” y concluía “es importante que esta cuestión resuelva”.

TERCERO.- Partiendo de esa realidad conviene ahora conocer el modo en que se produjo la aprobación del Real Decreto que modificó la disposición general de igual rango normativo de abril de 2009. Aprobado el inicial Real Decreto de 17 de abril, se produce de inmediato en mayo, la visita a Madrid de la Comisión de Evaluación del Comité Olímpico Internacional que elabora su informe que se da a conocer el día 2 de septiembre con la advertencia conocida. Previamente el 28 de agosto, como ya anticipamos, la Agencia Mundial Antidopaje había incluido a las autoridades deportivas españolas en el grupo de las que cumplían totalmente el Código Mundial Antidopaje, y a las autoridades antidopaje españolas en el selecto grupo de países que disponen y ejecutan un programa de controles antidopaje fuera de competición.

Recordemos que tras esos acontecimientos la elaboración de la reforma del Real Decreto confiesa en el final del preámbulo que “se modifican los correspondientes artículos del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, con el objetivo de aclararlos totalmente de conformidad con el informe de la Comisión. En este sentido, la franja horaria para la localización de los deportistas se ajustará a lo dispuesto en la normativa internacional antidopaje y en especial el Código Mundial Antidopaje y sus normas de desarrollo, es decir, entre las seis de la mañana y las once de la noche”. Y de esa afirmación podría deducirse que inicialmente el cambio no iría más allá de la ampliación de la franja horaria que se iniciaría a las 6 de la mañana y no a las 8 y concluiría a las 23 horas.

Siguiendo el relato que efectúa la demanda, y cuya veracidad comprueba la Sala examinando el expediente administrativo, seis días después de conocerse el informe de la Comisión de Evaluación del Comité Olímpico Internacional, por tanto, el día 8 de septiembre, desde el Ministerio de la Presidencia se elabora la memoria justificativa del Real Decreto que ha de modificar el aprobado en abril con el número 641/2009. Esa memoria que cita las recomendaciones efectuadas por la Agencia Mundial Antidopaje recibidas el día 4 de septiembre, cuatro días antes, se limita a modificar la franja horaria para la localización de los deportistas y a definir qué se ha de entender por “control en competición”.

Esa memoria que iniciaba el procedimiento, venía precedida por el informe preceptivo fechado el día anterior, 7 de septiembre, por el Director de la Agencia Estatal Antidopaje, que daba cumplimiento de ese modo a lo establecido en el artículo 5.1.e) del Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, que aprobó el Estatuto de la Agencia. Ese informe mostraba la conformidad de la Agencia con el proyecto que se le sometía

porque a su juicio fijaba con mayor precisión los controles de dopaje fuera de competición y los controles de salud haciendo compatibles los mismos con las garantías imprescindibles de descanso y privacidad nocturna del deportista, estableciendo la misma franja horaria para la localización de los deportistas en horario idéntico al dispuesto en la normativa internacional antidopaje y definiendo con claridad el concepto y alcance del término “control en competición”.

De esa misma fecha 8 de septiembre, eran la memoria económica y el informe sobre el impacto por razón de género, que precisaban, la primera, que la norma propuesta no implicaba gastos adicionales a los que llevaba consigo la norma que se pretendía modificar al ser aclaratoria de la anterior, careciendo de repercusión económica y no incidiendo sobre los medios materiales y personales para la realización de las actuaciones correspondientes; y el segundo que las medidas que incluía el proyecto no conllevaban tratamientos diferenciados que supusieran ningún impacto por razón de género.

Con fecha del día siguiente 9 de septiembre, la Secretaría General Técnica cumpliendo el mandato del artículo 24.2 de la Ley de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, informó el proyecto de reglamento, afirmando que lo hizo sobre el texto íntegro y definitivo del proyecto, punto III del documento, y formulando sobre el mismo una serie de observaciones referidas casi todas ellas al cumplimiento de las directrices de técnica normativa, o aspectos accesorios relativos a la redacción del Proyecto. Advertía ese informe que el expediente debía ser sometido a dictamen preceptivo del Consejo de Estado, al tratarse de la modificación de un reglamento ejecutivo de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra la violencia en el deporte.

Ese mismo día, o el siguiente, se remitió el proyecto al Consejo de Estado que lo registró de entrada el día de 10 de septiembre. El Consejo de Estado en su informe y en los antecedentes, alude en el 1 al proyecto y constata que el apartado 1 del artículo único del mismo se refiere al horario en que podrán realizarse los controles de dopaje fuera de competición y los controles de salud que no se justifiquen por causas médicas. Señala también que el apartado segundo define que se entiende por un control de competición y en el siguiente apartado el tercero, modifica la definición de control en competición del anexo de definiciones del Real Decreto 641/2009.

El apartado 2 del Dictamen del Consejo de Estado se dedica al contenido del expediente que se le remite, y en él examina en 6 apartados, el contenido tanto de la memoria justificativa, como la económica, el informe sobre impacto de género, el primer texto del proyecto, el informe favorable del Director de la Agencia Estatal Antidopaje y el informe de la Secretaría General Técnica. Y añade un apartado 7 en el que hace constar que “con fecha de 14 de septiembre de 2009 se remite al Consejo de Estado por el Subsecretario del Ministerio de la Presidencia un último texto del proyecto de Real Decreto, cuyo objeto es adicionar en el artículo 47.1 del Real Decreto 641/2009, por referencia a las causas médicas justificativas de los controles de salud, el inciso

“incluyendo todas las relacionadas con el antidopaje” (la adición se hace tanto al párrafo primero como al segundo del citado artículo 47.1).

El dictamen que se emite con carácter de urgencia por la Comisión Permanente del Consejo de Estado en la sesión celebrada el 17 de septiembre, en el apartado II afirma que en la tramitación del expediente se ha respetado, en lo sustancial, el procedimiento para la elaboración de la disposiciones generales establecido por el artículo 24 de la Ley 50/1997.

Y en cuanto al fondo del Dictamen en él nada se dice en relación con la modificación introducida en el último momento, cuando ya el proyecto se encontraba en el Consejo de Estado, en los párrafos 1 y 2 del artículo 47.1 del Real Decreto 641/2009, añadiendo el inciso “incluyendo todas las relacionadas con el antidopaje”, excepción hecha de la advertencia contenida en el Dictamen acerca de ese inciso, en el sentido de advertir que resultaría más fácilmente inteligible si dijera “incluidas” en lugar de “incluyendo”, admonición que fue aceptada, quedando redactado de ese modo en el texto publicado.

El siguiente día 18 de septiembre la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, y por suplencia de la misma el Ministro de Justicia, dispuso la publicación del Real Decreto que fue aprobado en esa fecha de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, publicándose el mismo en el Boletín Oficial del Estado del día 19 de septiembre y entrando en vigor el día siguiente de su publicación.

CUARTO.- Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto es conveniente efectuar ahora algunas precisiones en torno a la trascendencia que el ejercicio de la potestad reglamentaria posee, y el papel que en la misma juega el procedimiento de elaboración de esas normas.

En palabras de la STS de 28/6/2004, recurso núm. 74/2002:

“El ejercicio de la potestad reglamentaria, para ser legítimo, debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los Tribunales. Así, además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105.1.a) CE y regulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno”.

Y en relación con el trámite de audiencia dentro de ese procedimiento la razón última de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de los reglamentos la encuentra el Tribunal Supremo sentencia de 16 de septiembre de 2010, recurso número 182/2007, que se inspira en otras anteriores que mantienen esa idea, en que ese trámite “cumple la finalidad de contribuir al acierto y legalidad del texto que

se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación pueda ser analizada, enriqueciendo, en definitiva, la disposición general, mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas”.

La doctrina, por su parte, ha mantenido que la levedad con la que se trata el procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un incentivo para la emisión masiva de normas, propicia la aprobación precipitada de éstas, impide la depuración de numerosos defectos en los que un texto no debidamente madurado incurre, no garantiza la adecuada valoración y ponderación de los distintos intereses públicos afectados por la norma, e, invita a la unilateral y exclusiva visión política o burocrática de los problemas, por el escaso nivel de participación que se confiere a los potenciales destinatarios privados de la norma que se trata de acometer.

Y es que, como recuerda también la doctrina, en la elaboración de las disposiciones reglamentarias, la observancia del procedimiento tiene un carácter formal “ad solemnitatem”, de modo que la omisión o defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte, según jurisprudencia reiterada. El procedimiento constituye así un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria.

En esa línea es preciso tomar en consideración la regulación que en el derecho español ha introducido el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, (que no es de aplicación en este supuesto al no estar en vigor en el momento de la elaboración del Real Decreto 1462/2009) por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, y que se dicta según expresa su preámbulo “siguiendo la recomendación contenida en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”, en la que la Comisión recomienda a todos los Estados miembros que establezcan estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitan determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales”.

Esta digresión cobra pleno sentido en el supuesto que examinamos, en el que se modifica una norma elaborada cinco meses antes, en un tiempo insólitamente breve (12 días desde que se abre el proceso de elaboración y el de la promulgación de la norma en el Boletín Oficial del Estado), y desatendiendo trámites esenciales como el de audiencia, en función de satisfacer determinados intereses que de algún modo ya lo estaban, (en el preámbulo de la norma se afirmaba que “a fecha de 28 de agosto de 2009, la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) ha incluido a las autoridades deportivas españolas en el grupo de las que cumplen totalmente el Código Mundial Antidopaje, y a las autoridades antidopaje españolas en el selecto grupo de países que disponen y ejecutan un programa de controles antidopaje fuera de competición) y para cuya consecución había plazo más que suficiente, puesto que esas obligaciones debían estar cumplidas, también según expresaba el prólogo de la norma, antes del momento

en que Madrid habría podido ser nombrada ciudad anfitriona de los Juegos de la XXXI Olimpiada en 2016, hecho que estaba previsto para el 2 de octubre siguiente.

QUINTO.- La demanda denuncia varios vicios de forma en los que incurrió la Administración al elaborar la modificación del Real Decreto. Por razones de sistemática en la redacción de la sentencia nos ocupamos del que se cita en segundo lugar, y que se refiere a la vulneración del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Afirma el recurso que:

“El artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno prevé que a lo largo del proceso de elaboración de los reglamentos se recaben todos los informes, dictámenes y aprobaciones previas que sean preceptivas. Siendo la modificación aprobada una norma que afecta a los derechos fundamentales de los deportistas, especialmente a su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, se debería haber recabado el preceptivo informe de la Agencia Española de Protección de Datos, según se establece en el artículo 37.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y en el artículo 3 del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

Llama la atención que se solicitara el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos durante la elaboración del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril modificado por el Real Decreto ahora impugnado, pero no en la elaboración de este Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, cuando no cabe ninguna duda que afecta al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Según aparece en el Informe del Consejo de Estado al Real Decreto 641/2009, antecedente primero:

“El expediente contiene una memoria justificativa, una memoria económica, el informe sobre impacto por razón de género, los informes evacuados por diversos órganos (incluyendo el Ministerio de Economía y Hacienda), el informe de la Agencia de Protección de Datos, los documentos que acreditan la audiencia dada a diversos interesados y los escritos de alegaciones presentados por algunos de ellos, el informe evacuado por las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Educación, Política Social y Deporte y de Sanidad y Consumo, y la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas”.

La afectación al derecho fundamental a la protección de datos por parte del Real Decreto impugnado se produce porque para la realización de controles de dopaje fuera de competición y los controles de salud, se tratarán datos especialmente protegidos de los deportistas, como son todos los relacionados con la salud (art. 7.3 de la Ley Orgánica de protección de Datos).

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, afirmó que “el objeto de la protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puedan afectar a sus derechos, sean o no fundamentales”.

Para la realización de controles de dopaje fuera de competición y para la realización de controles de salud es inevitable tratar datos de carácter personal de los deportistas, incluidos los datos médicos, que se consideran especialmente protegidos por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

En este caso, el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, afecta al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los deportistas, y de hecho está desarrollando un precepto, el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 7/2006, que tiene carácter orgánico, lo que demuestra que el Real Decreto 1462/2009 está desarrollando el contenido de los derechos fundamentales de los deportistas.

La ausencia de este trámite esencial es motivo de nulidad al haberse vulnerado lo dispuesto en el artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”.

Responde a estos argumentos la contestación de la Abogacía del Estado afirmando su discrepancia con “la interpretación que realiza la demandante sobre el significado de lo dispuesto en el artículo 37.1.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. Dicho artículo establece la obligatoriedad de recabar el informe de la Agencia Española de Protección de Datos en “los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la presente Ley”, es decir, la propia Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, no cualesquiera otra en la que directa o indirectamente pudieran verse afectados tales datos de carácter personal”.

Esta alegación no puede prosperar. Si bien es cierto que puede afirmarse que la modificación de una disposición general debe, en principio, llevarse a cabo cumpliendo el mismo procedimiento que prevé el artículo 24 de la Ley 50/1997, no lo es menos que ello será así en los supuestos en que el trámite que se pretenda que debió efectuarse sea de los que como preceptivos exija a la Ley, o de los que siendo de aquellos que discrecionalmente puede o no acordar la Administración que dio la orden de proceder a la elaboración del reglamento, se estime conveniente para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En este caso, y aún siendo cierto que cuando se elaboró el Real Decreto 641/2009 tal y como consta en el antecedente antes citado del Dictamen del Consejo de Estado emitido en aquella ocasión, se solicitó informe de la Agencia de Protección de Datos, en esta ocasión no ocurrió así, y al no tratarse de un informe preceptivo no puede aceptarse que su ausencia pueda considerarse como una causa de nulidad de pleno derecho del Real Decreto recurrido.

La razón de lo que afirmamos hay que buscarla en la propia literalidad de la Ley Orgánica de Protección de Datos, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que en su artículo 37.1.h) dispone que:

“Son funciones de la Agencia Española de Protección de Datos: Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley”.

Es obvio que la disposición general aquí recurrida no desarrolla la Ley de Protección de datos sino la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.

Pero es que, además, la solicitud de informe a la Agencia de Protección de Datos en este supuesto resultaba innecesaria, porque ya el Real Decreto que se modificaba, pero que en ese punto permanecía inalterable, regula en el artículo 3 esa cuestión, y dispone que “el tratamiento y cesión de los datos de carácter personal a que se refiere el presente real decreto se ajustará a las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y será conforme a lo dispuesto en el capítulo V del título I de la Ley Orgánica 7/2006 y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

De modo que la pretendida petición de un nuevo informe era innecesaria porque ya el Real Decreto regulaba suficientemente ese asunto.

SEXTO.- Una tercera vulneración de carácter formal que se denuncia en la demanda en relación con la elaboración del Real Decreto impugnado, que tratamos en segundo lugar, es la relativa a la infracción del artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, en relación con el artículo 105.1.a) de la Constitución.

La demanda utiliza el contraste que resulta del informe del Consejo de Estado que cita la amplia audiencia que se dio a Organismos y asociaciones en la elaboración del Real Decreto 641/2009 con lo ocurrido con este trámite en la confección del Real Decreto objeto del recurso, y afirma que en este supuesto “no se dio audiencia ni a los deportistas, en cuanto ciudadanos afectados directamente por ese Real Decreto, ni a través de las organizaciones o asociaciones que les representan”.

Añade a lo anterior que se incumplió por el Consejo Superior de Deportes el Convenio Marco suscrito con las asociaciones de deportistas de España; cita el artículo 2 de ese Convenio, y añade que:

“En el expediente administrativo remitido a este Tribunal Supremo, puede comprobarse que no se dio trámite de audiencia ni a los deportistas ni a sus representantes en materia de lucha contra el dopaje y protección de su salud. Entre esos representantes están las distintas asociaciones de deportistas, entre ellas la Asociación de Ciclistas Profesionales, según reconoció el Consejo Superior de Deportes en el Convenio Marco

(documento núm. 1) y se desprende de sus propios actos nombrando para las distintas comisiones a sus representantes (documentos núm. 3 y 4)".

Invoca en apoyo de esa postura Sentencias de esta Sala como las de 12 de febrero de 2002, 19 de abril de 2004 y 30 de abril de 2010 que cita la de 16 de marzo de 2005.

Mantiene en consecuencia que en "la tramitación del Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, ni se dio audiencia directa a los afectados, ni audiencia a través de asociaciones u organizaciones representativas, ni se solicitaron a éstas informes o estudios y ni siquiera se sometió el proyecto de disposición a información pública; tampoco se adujeron ni motivaron graves razones de interés público que obligaran a no cumplir con el trámite de audiencia, lo que vicia de nulidad ese Real Decreto.

Añade a lo anterior que la Asociación de Ciclistas Profesionales es una organización legal, creada al amparo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, representa a los ciclistas profesionales y al resto de deportistas que se ven directamente afectados por el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, está reconocida por el Consejo Superior de Deportes y la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje como representante de los deportistas en esa Comisión, que precisamente regula la materia de lucha contra el dopaje y protección de la salud de los deportistas, que es la misma materia sobre la que versa el Real Decreto 1462/2009, firmó el Convenio Marco en virtud del cual el Consejo Superior de Deportes se comprometió, entre otras, con la Asociación de Ciclistas Profesionales a hacerla partícipe del desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 7/2006 y, aún así, no participó en el proceso de tramitación reglamentaria.

La falta de audiencia a los deportistas, directamente o a través de las asociaciones u organizaciones representativas, entre ellas la Asociación de Ciclistas Profesionales, la ausencia de informes o estudios solicitados a estas asociaciones u organizaciones representativas o, en su defecto, la falta del trámite de información pública, provoca que el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, deba considerarse nulo de pleno derecho por infracción del artículo 24 de la Ley del Gobierno".

La contestación de la demanda reitera en este punto lo que afirmó al contestar el primero de los vicios denunciados en relación con la circunstancia de que la modificación del proyecto no resulte sustancial y el valor no vinculante de los informes que han de aparecer en el expediente. Y en cuanto a la audiencia manifiesta que "en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha señalado que el de audiencia a que se refiere el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno no resulta preceptivo respecto de las organizaciones o asociaciones de carácter voluntario (SSTS 3ª de 11 de mayo de 2004, de 21 y 22 de junio de 2004). Y ello porque el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general "preceptivamente impuesta" y que "requiere en el órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las asociaciones que necesariamente deben quedar convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado". Es decir, cuando el artículo 24 de la Ley del

Gobierno obliga a oír a las “asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”, debe considerarse que sólo será preceptivo cuando tales asociaciones ostenten “por Ley” la representación de tales derechos e intereses legítimos.

Si la Asociación de Ciclistas Profesionales, es una entidad sin ánimo de lucro, que no ha acreditado que ostente por “Ley”, la representación de los derechos e intereses legítimos de los ciclistas profesionales, entonces cabe colegir que tal trámite de audiencia debe tener la consideración de no preceptivo y, en consecuencia, resultar de aplicación lo establecido en el artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno, en el sentido de que, las consultas no preceptivas se solicitarán “si se estiman convenientes”, dejando por tanto cierta discrecionalidad al órgano proponente para solicitarlas o no.

Y ello porque lo contrario significaría transformar el trámite de audiencia en una intervención en el proceso de elaboración reglamentaria que haga a quien se concede, copartícipe de una potestad que constitucionalmente sólo corresponde al Gobierno (Sentencias Sala 3ª TS de 21 de junio de 2004, ya citada y de 16 de diciembre de 2008”).

Pues bien a diferencia de lo resuelto en relación con la cuestión decidida en el fundamento de Derecho anterior, en este supuesto procede estimar la alegación deducida.

De la jurisprudencia de esta Sala que esgrime el Sr. Abogado del Estado acerca de que el trámite de audiencia se exige con exclusividad en relación con las entidades que como dice el precepto, artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, “por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, habiéndose llegado a diferenciar entre las entidades de afiliación obligatoria y las que responden a un principio de libre asociación para excluir la exigencia del precepto legal en el caso de las últimas” es exponente la sentencia de 24/4/2004, recurso de casación núm. 1144/2001.

Y este criterio resulta con toda claridad de la STS de 10/10/2005, recurso núm. 69/2003, que se inspira en otras anteriores que cita, y que expresa que se debe “distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto”.

Sin embargo, no son escasas las sentencias de esta misma Sala del Tribunal Supremo que matizan esa jurisprudencia. Así la sentencia de 6 de octubre de 2005, recurso de casación núm. 31/2003, afirma que “las (asociaciones voluntarias) que personándose en el procedimiento invoquen -y pertenezca a su ámbito socialmente legítimo- que la disposición por su objeto afecta a intereses directos, a cuya defensa se ordene la asociación, podrán comparecer en el expediente y en él tener la participación y

garantía que es propia de la audiencia articulada en los arts. 105. a) de la C.E. y 130. 4 de la L.P.A". En idéntico sentido se manifiesta la STS de 12/6/2008 recurso de casación núm. 3215/2004. Y en esta misma posición se sitúa entre otras varias la STS de 31/5/2004, recurso de casación núm. 1557/1999 cuando manifiesta "que, es verdad, (que) las recurrentes son asociaciones voluntarias que no tienen conferida por la Ley la representación de intereses generales. No obstante, los suyos, se ven directamente afectados por el Decreto impugnado. Y aunque, ciertamente, estas entidades surgen al amparo del artículo 22 de la Constitución, no puede desconocerse que, como a los sindicatos, su artículo 7 les atribuye una especial posición y que la participación en el proceso de formación de los reglamentos es una forma cualificada de hacer valer los intereses que representan". A lo que añade que "no debe suponer especial dificultad para la Administración autonómica (en ese caso) conocer cuáles son las entidades que tienen, no un interés cualquiera, sino uno especial y directo en la materia objeto de regulación, como ocurre con las formadas por quienes se dedican a prestar privadamente un servicio de evidente interés público".

Atendiendo ya al supuesto que nos ocupa las modificaciones que el Real Decreto 1462/2009 introdujo en el precedente Real Decreto 641/2009 en el apartado primero del artículo 47, en la letra a) del artículo 48.2, así como la modificación del concepto control en competición en el anexo de definiciones, y la supresión del término horas de descanso nocturno del mismo anexo, afectaban de modo directo y esencial a los destinatarios del mismo, a los que debió oírse, como con toda amplitud y buen sentido, la Administración hizo al elaborar el Real Decreto inicial 641/2009.

Ya nos referimos a esta cuestión al examinar lo que ocurrió en la ocasión precedente, donde la audiencia se extendió a numerosas asociaciones voluntarias no solo de deportistas sino también a otras de muy variada índole, todas relacionadas de un modo u otro con el mundo del deporte y la salud en el deporte y en la lucha contra el dopaje en el deporte.

En modo alguno puede justificarse ese distinto modo de proceder en este supuesto en el que resultaba obligado el mismo comportamiento, ya que los cambios en el Real Decreto eran trascendentes, como razonaremos más adelante, y afectaban a cuestiones sobre las que debía oírse a los representantes de los directamente interesados.

Pero es que si eso debe hacerse en todos los casos en que estemos en una situación semejante a la que aquí nos ocupa, tanto más era obligatorio o vinculante para la Administración que impulsaba la reforma del Real Decreto en esta ocasión, ya que había asumido un compromiso concreto que no podía eludir en ese momento.

Como denuncia la demandante el 21 de marzo de 2006 el Consejo Superior de Deportes representado por su Presidente, suscribió un Convenio Marco de colaboración con las asociaciones de deportistas de España para el asesoramiento del desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte. Entre las distintas asociaciones firmantes todas muy

representativas, se hallaba la demandante. El Convenio contiene, puesto que está en vigor al no haberlo denunciado ninguna de las partes, una exposición previa que reseña las razones por la que se concertó, y ya en las cláusulas, y en la segunda de ellas, que se titula actuaciones, se afirma que las “actividades que ambas partes se comprometen a desarrollar en el marco de este Convenio se centran en los siguientes aspectos: Primero La efectiva participación y asesoramiento de las Asociaciones de Deportistas en el proceso de elaboración de cuantas disposiciones reglamentarias se promulguen en el desarrollo de la futura Ley Orgánica de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte y, en especial, en aquellas que regulen materias relacionadas con el ejercicio de la actividad de los deportistas o que directamente o indirectamente pudieran afectar a sus derechos”.

Es claro, por tanto, que siendo el Real Decreto 1462/2009, modificación del Real Decreto 641/2009, regulador de los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen las medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte, y tratarse por ello de un reglamento ejecutivo de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, sobre sus importantes modificaciones se debió de abrir un trámite de audiencia a las asociaciones firmantes con el Consejo Superior de Deportes del Convenio Marco de Colaboración suscrito en 21 de marzo de 2006, cumpliendo de ese modo el compromiso contraído por la Administración con las mismas. Y no solo eso, sino que debió extender ese trámite de audiencia a los interesados, bien directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, cumpliendo de ese modo con lo dispuesto en el apartado c) del número 1 del artículo 24 de la Ley del Gobierno. Audiencia que de conformidad con ese precepto se producirá durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, si bien ese trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. En ese mismo artículo la Ley del Gobierno solo excusa la omisión de la audiencia cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan, y obliga a quien decida la audiencia a motivar el procedimiento escogido para realizarla.

La Administración pudo cumplir ese trámite simplemente dando traslado a las Asociaciones firmantes del Convenio Marco, así como al resto de las Corporaciones y asociaciones a las que oyó cuando tramitó el Real Decreto 641/2009, abreviando el plazo de la audiencia hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen, previsto en el párrafo tercero del apartado c) del número 1 del artículo 24 de la Ley 50/1997, o incluso pudo hacerlo convocando una reunión de las asociaciones firmantes del Convenio y conociendo su opinión para posteriormente decidir del modo que considerase conveniente.

Nada de esto consta en el expediente administrativo en el que quedó reflejado el procedimiento seguido para elaborar el Real Decreto recurrido. La ausencia por tanto

de ese trámite de audiencia constituye una causa de nulidad de pleno derecho que nos conduce a anular el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre.

SÉPTIMO.- El primero de los vicios formales que la demanda denuncia y sobre el que ahora nos pronunciamos, es el de la vulneración del artículo 24 de la Ley de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y del artículo 4.2 de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre.

Sobre esa cuestión expresó la demanda que:

“El artículo 24 de la Ley del Gobierno regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos. Este artículo impone la obligación de solicitar todos aquellos informes, dictámenes y aprobaciones previas que sean preceptivas. Así, en la tramitación del Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, el artículo 5.1.e) del Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje, aprobado mediante el Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, en relación con el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, considera necesario un informe preceptivo emitido por la Agencia Estatal Antidopaje; asimismo el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno exige que el proyecto de reglamento sea informado por la Secretaría General Técnica.

Pues bien, a pesar de que en relación con el primer proyecto de Real Decreto se cumplió con esos trámites, posteriormente, cuando ese borrador fue modificado sustancialmente, no se dio traslado nuevamente a estos organismos para que volvieran a emitir sus preceptivos informes. Como consta en el dictamen del Consejo de Estado (folio 19), el texto del proyecto de Real Decreto remitido al Consejo de Estado adicionaba en el artículo 47.1 del Real Decreto 641/2009, por referencia a las causas médicas justificativas de los controles de salud, el inciso “incluyendo todas las relacionadas con el antidopaje”. Como veremos posteriormente este cambio es sustancial.

En el expediente administrativo remitido por la Administración General del Estado no consta cuáles fueron las causas por las que el proyecto de Real Decreto fue modificado antes de enviar el mismo al Consejo de Estado para que emitiera su dictamen, pero lo cierto es que esas modificaciones no se produjeron ni a iniciativa de la Agencia Estatal Antidopaje ni a iniciativa de la Secretaría General Técnica, ni siquiera consta que fuera una modificación introducida como consecuencia de las aportaciones o sugerencias recibidas durante el trámite de audiencia que no existió, ni consta que esas modificaciones fueran introducidas como consecuencia de ninguna intervención a lo largo de su tramitación.

El cambio es sustancial porque modifica el régimen previsto en el proyecto de Real Decreto informado por la Agencia Estatal Antidopaje y por la Secretaría General Técnica, ya que, en contra de lo previsto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, introduce la posibilidad de que causas relacionadas con la lucha

contra el dopaje se consideren causas médicas justificativas de los controles de salud que, además, pueden realizarse en horario nocturno”.

Y continúa la demanda diciendo:

“Es más, el informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto de Real Decreto menciona que los únicos cambios exigidos por la Agencia Mundial Antidopaje, en relación con este punto, se refiere al cambio en los horarios para exigir la localización de los deportistas, determinando una franja horaria entre las seis de la mañana y las once de la noche (folio 5).

La modificación introducida en el proyecto de Real Decreto es sustancial porque permite que durante ese horario se puedan realizar controles antidopaje fuera de competición, cuando esté justificado por razones médicas, a pesar de que el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 7/2006 prohíbe categóricamente la realización durante ese horario de controles de dopaje, aunque estuvieran justificados por razones médicas. Si bien el texto de ambos proyectos del Real Decreto es casi idéntico, el inciso introducido que considera como causa médica la lucha contra el dopaje, hace variar sustancialmente el contenido de ese proyecto”.

Cita la demanda para corroborar esa idea la sentencia de 21 de octubre de 2009, Sección Tercera de esta Sala.

Y concluye que “cuando el proyecto de Real Decreto es modificado sustancialmente, debe mantenerse igualmente para el resto de trámites preceptivos previstos en la ley, entre ellos los informes de la Agencia Estatal Antidopaje y de la Secretaría general Técnica, sobre todo teniendo en cuenta que del expediente administrativo es imposible conocer cuando ni como se introdujo esa modificación, de tal manera que el hecho de no haber devuelto el proyecto de Real Decreto modificado sustancialmente, para que fuera informado por la Agencia Estatal Antidopaje y la Secretaría general Técnica, supone una vulneración del artículo 24 de la Ley del Gobierno y del artículo 4.2 de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, en relación con el artículo 5.1.e) del Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje, aprobado mediante el Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, lo que provoca la nulidad del Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre”.

A lo anterior opone la defensa del Estado que:

“El Tribunal Supremo ha manifestado en varias ocasiones que cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo de una disposición general no sean sustanciales resulta innecesaria una nueva audiencia de las asociaciones, corporaciones o entidades representativas de intereses legítimos, que guarden relación directa con el objeto de la disposición, o un nuevo informe de la Secretaría General Técnica del Departamento ministerial o dictamen del Consejo de Estado.

Entre otras razones, porque el parecer de las entidades u órganos informantes no resulta vinculante; de manera que, sí contemplada la modificación tanto desde una perspectiva relativa, por la invocación en el texto informado, como absoluta, por su importancia intrínseca, no representa una alteración sustancial en el ordenamiento previamente sometido al trámite de audiencia o informe, la falta de éstos, respecto de la reforma introducida, no acarrea su nulidad radical, al haber contado quien ostenta la potestad para redactar definitivamente la disposición con el criterio o ilustración de las entidades, corporaciones, asociaciones y organismos consultados que, en definitiva, es el fin perseguido por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al establecer un procedimiento para la elaboración de los reglamentos. (STS 3ª de 16 de diciembre de 2008)".

Y apoya lo anterior con la cita de la sentencia de 12 de febrero de 2002, para concluir que "cabe remitirse al contenido del dictamen emitido por el Consejo de Estado en su dictamen número 1554/2009, relativo al proyecto de modificación del Real Decreto 461/2009, que en el punto 7 de los antecedentes señala que "con fecha 14 de septiembre se remite (...) un último texto del proyecto del Real Decreto, cuyo objeto es adicionar en el artículo 47.1 del Real Decreto 641/2009, por referencia a las causas médicas justificativas de los controles de salud el inciso "incluyendo todas las relacionadas con el antidopaje". Asimismo, en el Fundamento Jurídico II del dictamen se señala que "en la tramitación del expediente se ha respetado, en lo sustancial, el procedimiento para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general".

Sobre esta cuestión la conclusión de la Sala es idéntica a la anterior en el sentido de estimar el recurso. La razón esencial para ello radica en que como dice la asociación demandante la adición que se efectúa en el artículo 47.1 del Real Decreto 641/2009 por el Real Decreto 1462/2009, cuando incluye en sus dos párrafos tras la mención en los mismos de la expresión "ni controles de salud que no se justifiquen por causas médicas", el inciso "incluidas todas las relacionadas con el antidopaje" constituye una modificación sustancial del Real Decreto.

Y tiene esa naturaleza porque ese inciso posee importante relevancia en la dicción de ese precepto, al asimilar sin más a un control de salud que se justifique por causas médicas a las que se realicen relacionadas con el antidopaje. Y ello porque esa equiparación de los controles antidopaje a los controles de salud que se justifiquen por causas médicas, asunto que la asociación recurrente cuestiona, posee evidente trascendencia en una cuestión tan sensible como la de la salud de los deportistas y el control del dopaje en la competición y fuera de ella para garantizar adecuadamente la salud de quienes practican cualquier deporte y asegurar la limpieza de la competición deportiva en cualquiera de sus manifestaciones y niveles. Sobre ese extremo se debió debatir y oír a los interesados y al resto de las Corporaciones y Asociaciones a las que se oyó al redactar el Real Decreto que se modificaba.

Como además en el expediente no consta que esa inclusión fuera consecuencia de una indicación o sugerencia que dimanase de los informes preceptivos que realizaron

la Agencia Estatal Antidopaje ni la Secretaría General Técnica, sino que su introducción en el texto final del Real Decreto se produjo, según consta en el antecedente 7 del Dictamen del Consejo de Estado, por el envío que efectúa a ese alto órgano consultivo del Gobierno el Subsecretario del Ministerio de la Presidencia, es evidente que se debió de proceder a recabar de nuevo el informe preceptivo tanto de la Agencia como de la Secretaría General Técnica antes de aprobar definitivamente el texto del Real Decreto.

De acuerdo con lo expuesto también por este motivo procede anular el Real Decreto citado, al haber incurrido la Administración en el procedimiento de elaboración del mismo en un vicio de nulidad de pleno derecho.

OCTAVO.- No procede hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción al no apreciar este Tribunal que las mismas sostuvieron su acción o interpusieron el recurso con mala fe o temeridad.

en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Estimamos el recurso contencioso administrativo número 304/2010, interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Ciclistas Profesionales, contra el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica 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, que declaramos nulo. No hacemos expresa condena en costas.

Publíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción este Fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.