

Sentencia de 10 de noviembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)

S E N T E N C I A N º 1 6 4

Ilmo. Sr. Presidente Don Ángel Acevedo Campos

Ilma. Sra. Magistrada Doña María del Pilar Alonso Sotorrío

Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Alonso Dorronsoro (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife a 10 de noviembre de 2009, visto por esta Sección Primera de la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Señores Magistrados anotados al margen, el RECURSO DE APELACIÓN seguido con el nº 3/2009, interpuesto por Don Arturo , representado y dirigido por el Abogado Don Josué Medina Hernández, habiendo sido parte como Administraciones demandadas y apeladas, la FEDERACIÓN CANARIA DE BALONCESTO, representada y dirigida por el Abogado Don José Antonio Negrín Hernández, y la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BALONCESTO, representada por la Procuradora Doña Ana Isabel Schwartz Gutiérrez y dirigida por el Abogado Don Tomás González Cueto, habiendo sido parte también el MINISTERIO FISCAL, se ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Pretensiones de las partes y hechos en que las fundan

A.- Por el Juzgado nº 1 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife se dictó Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2008 con el siguiente fallo: "1º Desestimar el recurso interpuesto; 2º Sin expresa imposición de costas."

B.- La representación de la parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha resolución interesando que, estimando en todas sus partes el recurso, se dictase Sentencia por la que se revocase parcialmente la resolución apelada y se diera, en su lugar, pronunciamiento favorable a la totalidad de las pretensiones ejercitadas en la demanda contenciosa.

C.- La representación procesal de la Federación Canaria de Baloncesto se opuso al recurso interpuesto e interesó que, previos los trámites oportunos, se dictase resolución por la que se desestimase el recurso de apelación y se confirmase la sentencia dictada por ser ajustada a Derecho, con imposición de costas a la parte apelante.

D.- La representación procesal de la Federación Española de Baloncesto se opuso al recurso interpuesto e interesó que, previos los trámites oportunos, se dictase sentencia por la que se desestimase en su integridad el recurso de apelación interpuesto de contrario y, consecuentemente, se confirmase la Sentencia de 26 de septiembre de 2008 del Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife .

E.- El Ministerio Fiscal se opuso igualmente al recurso de apelación interpuesto e interesó que se dictase sentencia inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo y, en su defecto, desestimándolo.

SEGUNDO: Conclusiones, votación y fallo

No siendo necesaria la práctica de prueba ni la celebración de vista, se señaló día para la votación y fallo, teniendo lugar la reunión del Tribunal, habiéndose observado las formalidades legales en el curso del proceso, dándose el siguiente resultado y siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Alonso Dorronsoro

que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

Objeto del recurso

La Sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la vía del **procedimiento especial de Protección de Derechos Fundamentales**, frente a la **denegación** por parte de la Federación Canaria de Baloncesto **de las licencias** que el Club Baloncesto Unelco había solicitado con relación a **dos menores de edad de nacionalidad marfileña** por medio de su tutor Don Arturo, **para participar en el campeonato de baloncesto amateur** en el que participa el citado equipo, **siendo denegada la licencia federativa por falta del "transfer" correspondiente y recurriéndose dicho acto por infracción del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.**

La representación procesal de la parte actora recurre en apelación la sentencia dictada por las consideraciones siguientes:

1º Por entender que el **derecho a la práctica del deporte** se encuentra entre los derechos y libertades de que pueden ser titulares los extranjeros en la medida y condiciones que establezcan los tratados y las leyes, quedando recogido en el Capítulo III del Título I **de la Constitución, art. 43.3** y siendo **equiparable al supuesto de la seguridad social y a la sanidad** a que se refiere una de las sentencias del constitucional citadas en la sentencia apelada, fundamento jurídico quinto .

2º Porque no cabe excluir de este ámbito la **aplicación de la Ley 19/2007**, de 11 de julio , contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte y porque **no cabe superponer y otorgar preeminencia a las normas federativas respecto a las normas imperativas contenidas en Leyes estatales**, todo lo cual determina la infracción del derecho fundamental a la igualdad con base en los arts. 13 y 14 de la Constitución.

Las Federaciones de Baloncesto demandadas y el Ministerio Fiscal contestan al recurso de apelación oponiéndose al mismo y solicitando su desestimación por entender que no dan los requisitos necesarios para entender vulnerado el principio de igualdad.

SEGUNDO

Lo primero que no queda más remedio que reseñar es el hecho de que ninguna de las Federaciones demandadas, ni el Ministerio Fiscal, apelaron la sentencia dictada o se adhirieron al recurso de apelación interpuesto, razones por las que en estos momentos todas las alegaciones sobre la **inexistencia de acto administrativo** recurrible o que según dichos intervinientes debieran conducir a la inadmisión del recurso con base en lo dispuesto en el art. 69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, **no pueden ser tomadas en consideración** en esta sentencia a efectos de declarar la inadmisión del recurso, a efectos de derivar en una desestimación del mismo si es posible.

TERCERO

En todo lo demás son plenamente aceptables y esta Sala los comparte casi en su integridad, los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, dándolos por reproducidos y señalando que, **claramente, la denegación del permiso para ejercer el deporte federado no atenta contra el art. 43,3 de la Constitución, que en cualquier caso no es derecho fundamental que pueda alegarse como objeto de protección en este procedimiento, cabe la práctica del deporte pero no dentro de las federaciones a las que se ha solicitado autorización expresa**, autorización que de momento sólo constaba dirigida a través de los trámites oportunos a la FIBA Mundial; las Federaciones que aparecen

en estas actuaciones como demandadas y apeladas, lo que hicieron fue dar trámite a la **solicitud formulada por un supuesto tutor legal, cuya legitimación desde el punto de vista civil es más que dudosa en cuanto a su actuación como representante y tutor de los menores**; las Federaciones, tanto en su vertiente pública, como privada, están vinculadas por los pactos expresos que regulan sus relaciones internacionales, de forma que **deben recabar la autorización expresa de la FIBA en relación con unos menores, que, dadas sus características físicas y su alegada estancia actual en Lleida, sin conexión alguna con su tutor, no cabía estimar en su momento, cuando la FIBA denegó el transfer, por no existir agrupamiento familiar, lo que supone el desarraigo de los menores respecto a sus familias de origen, de forma que no parece que existieran realmente las razones que pretende esgrimir la parte recurrente para justificar su estancia y residencia legal en España para realizar estudios, estudios que no constan acreditados más que de una forma muy somera**; vinculadas las dos Federaciones demandadas por sus pactos con la FIBA no pueden otorgar la autorización solicitada por el Club Deportivo Unelco en contra de la negativa expresa de dicho organismo; si la normativa al respecto se ha modificado, lo que tiene que hacer la parte interesada, bien sea el Club de origen u otro, es tramitar nuevamente la solicitud y no alegarlo así, sin acreditarlo, dentro de este proceso.

Igualmente, coincide esta Sala en la **inaplicación al caso concreto de la Ley 19/2007**, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, su finalidad y **ámbito de aplicación** no es el pretendido por la parte recurrente y, ciertamente, su **interpretación** de la misma es, al menos, sesgada y parcial. Aunque no puede menos que señalarse que la parte apelante sí tiene razón en muchas de sus afirmaciones sobre las posibilidades de aplicar dicha Ley al caso concreto que se plantea en este supuesto. Así, de la mencionada Ley hay que destacar las siguientes menciones:

- en su Preámbulo: "Para garantizar la convivencia en una sociedad democrática como la española, integrada por personas de orígenes distintos y a la que seguirán incorporándose personas de todas las procedencias, es preciso luchar contra toda manifestación de discriminación por el origen racial o étnico de las personas. Uno de los ámbitos que debe abarcar la actuación contra la discriminación por estos motivos es el del deporte, por su papel educativo y su capacidad de transmitir valores de tolerancia y respeto.

Si las personas que practican el fútbol profesional no saben desde hace años de razas, de fronteras, de lenguas o del color de piel, por entender que son factores de enfrentamiento y de discriminación ajenos al deporte, sería muy injusto e irresponsable asistir impasibles a cómo se reproducen esas mismas barreras entre los aficionados."

- en su artículo 1 : "Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley

1. El objeto de la presente Ley es la determinación de un conjunto de medidas dirigidas a la erradicación de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. A este fin la Ley tiene como objetivo:

e) Eliminar el racismo, la discriminación racial así como garantizar el principio de igualdad de trato en el deporte. A estos efectos se entiende por racismo y discriminación racial directa e indirecta, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública."

- en su art. 16 : "Artículo 16 . Medidas de fomento de la convivencia y la integración por medio del deporte

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

1. Sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado asume la función de impulsar una serie de actuaciones cuya finalidad es promover la convivencia y la integración intercultural por medio del deporte en el ámbito de la presente Ley.

A este fin, en función de las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio, adoptará las siguientes medidas: (...)

g) La eliminación de obstáculos y barreras que impidan la igualdad de trato y la incorporación sin discriminación alguna de los inmigrantes que realicen actividades deportivas no profesionales."

- en su **Disposición Adicional Segunda** : "Disposición Adicional Segunda . Habilitaciones reglamentarias a las entidades deportivas y normas de aplicación inmediata

1. En el plazo de seis meses, las entidades deportivas dictarán las disposiciones precisas para la adecuación de sus reglamentos a la presente Ley. En tanto que esta adaptación tenga lugar, serán de directa aplicación desde su entrada en vigor los tipos de infracción y las sanciones que la presente Ley contempla como mínimos indisponibles, aún cuando no se encuentren expresamente contemplados en las reglamentaciones deportivas vigentes.

Transcurrido el plazo citado en el párrafo anterior, serán nulos de pleno derecho los preceptos contenidos en los Estatutos, Reglamentos y demás normas federativas que contengan algún mecanismo discriminatorio en función de la nacionalidad u origen de las personas.

2. Asimismo, las citadas entidades deberá modificar, en el mismo plazo previsto en el apartado anterior, su normativa y eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación en actividades deportivas no profesionales de los extranjeros que se encuentren legalmente en España y de sus familias. Excepcionalmente, se podrá autorizar por el Consejo Superior de Deportes medidas de acción positiva basadas en exigencias y necesidades derivadas del deporte de alto nivel y de su función representativa de España.

3. La participación de extranjeros en la actividad deportiva profesional se registrará por su normativa específica."

- en su Disposición Adicional Quinta : "Disposición Adicional Quinta . Modificación del art. 32.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte

El apartado 2 del art. 32 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte EDL1990/14774 queda redactado de la siguiente forma:

2. Los estatutos de las federaciones deportivas españolas incluirán los sistemas de integración y representatividad de las federaciones de ámbito autonómico, según lo establecido en las disposiciones de desarrollo de la presente Ley. A estos efectos, la presidencia de las Federaciones de ámbito autonómico formarán parte de las Asambleas generales de las Federaciones deportivas españolas, ostentando la representación de aquéllas.

En todo caso, para que las federaciones de ámbito autonómico puedan integrarse en las federaciones deportivas españolas o, en su caso, mantener esa integración, deberán eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de extranjeros que se encuentren legalmente en España y de sus familias en las actividades deportivas no profesionales que organicen."

Ello hubiera determinado que las actuaciones de las dos Federaciones demandadas que hubieran impedido a los dos menores el acceso al deporte amateur, si podrían considerarse nulas y atentatorias al derecho a la no discriminación y al principio de igualdad, conforme a lo previsto en los arts. 13 y 14 de la Constitución.

Pese a lo anterior, también hay que tener en cuenta, en relación con la

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

mencionada Ley, la fecha de su publicación en el BOE, BOE 166/2007, de 12 de julio de 2007 , y su Disposición Final Segunda , conforme a la cual: "Disposición Final Segunda . Entrada en vigor

La presente Ley entrará en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado."; de tal manera que **la Ley entró en vigor el 16 de febrero de 2008 , es decir, con posterioridad al trámite dado por las dos Federaciones a las solicitudes presentadas en enero, sólo ello basta para determinar que por parte de las Federaciones no hubo aplicación alguna de preceptos que fueran nulos de pleno derecho.**

CUARTO

La realidad es que, tal y como consta en las actuaciones, **las Federaciones de Baloncesto Canaria y Española, no se opusieron a la intervención de los menores en la liga amateur para la que se había solicitado su autorización, antes al contrario, si lo autorizaron, y, ni siquiera por vías de hecho, puede afirmar la parte o, al menos no lo ha acreditado, que se les impidiera jugar en la liga canaria amateur; otra cosa es que pudieran participar en las competiciones de ámbito nacional y, por supuesto, muy distinto sería que actuaran en la liga profesional o como tales profesionales.**

Pero no sólo existe esa realidad, existe otra, el **evidente fraude de ley pretendido con la importación de menores de edad desagrupándolos de su familia por sus facultades especiales para la práctica del baloncesto o de un determinado deporte, si lo que se pretendía era mejorar las condiciones de vida de toda la familia, por qué no se produjo la inmigración de toda ella, se trata de una operación de montaje que a quien discrimina no es a los dos menores afectados por esta cuestión, es, desde otro punto de vista a los menores nacionales que quieren jugar a ese mismo deporte federados, sean de la raza, religión o sexo que se quiera; el espíritu de la ley no es precisamente el de amparar este supuesto concreto, sino el de impedir que se discrimine a los extranjeros residentes en territorio nacional, por cualquier excusa o pretexto, mientras que lo que aquí se pretende por la parte es importar deportistas de alto nivel y baja edad con propósitos claramente lucrativos; no cabe dar amparo constitucional a dicha actuación, ni cabe pensar que se ha producido una actuación administrativa por motivos discriminatorios hacia los menores por el hecho de ser extranjeros y aunque tienen permiso de residencia para estudios; falta claramente un elemento subjetivo para apreciar la existencia de discriminación alguna.**

Todo lo anterior determina la íntegra desestimación del recurso interpuesto ya que ni siquiera cabe señalar con efectos meramente declarativos que hubo una actuación discriminatoria por parte de las dos Federaciones demandadas, no la hubo o no se ha acreditado que la hubiera.

QUINTO

Sobre las costas procesales. De conformidad con lo previsto en el art. 139-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas a la parte recurrente puesto que no se aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

F A L L O

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Don Arturo contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2008 dictada por el Juzgado nº 1 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife , resolución que se confirma en todos sus términos por ser plenamente ajustada a Derecho, sin que haya lugar a ninguno de los pedimentos contenidos en el recurso cuyas costas se imponen a la parte recurrente.