

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 2116/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. José Luis Requero Ibáñez
D. Jesús Cudero Blas
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 29 de septiembre de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **272/2015** interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, mediante escrito del Abogado del Estado, contra la Sentencia de 12 de diciembre de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 199/2013. Han comparecido como partes recurridas el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén en representación de don Liam Bette, asistido por el Letrado don Roberto Vallina y la Procuradora doña Blanca Berriatúa Horta en representación de la Real Federación Española de Taekwondo asistido por el Letrado don Manuel Perales Candela.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se interpuso el recurso contencioso-administrativo 199/2013 contra la resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de fecha 13 de marzo de 2013, por la que se concedía a la Federación Española de Taekwondo la autorización prevista en la Disposición adicional segunda de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (en adelante, Ley 19/2007), para impedir la participación de extranjeros en ciertas competiciones.

SEGUNDO.- La citada Sección dictó Sentencia de 12 de diciembre de 2014 cuyo Fallo dice literalmente:

«Que estimando el recurso contencioso-administrativo promovido por D^o Liam Bette, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Argimiro Vázquez Guillén, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de fecha 13 de marzo de 2013, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos y con ella la autorización concedida, con imposición de costas a la demandada.»

TERCERO.- Contra la referida Sentencia preparó recurso de casación la Administración del Estado mediante escrito del Abogado del Estado que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 12 de enero de 2015 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, la recurrente presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en síntesis y tras exponer los antecedentes que consideró de interés y consideraciones generales sobre la sentencia recurrida, en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, los artículos 33.1, 65 y 67.1 de la LJCA, el artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) e infracción de la jurisprudencia respecto de esos requisitos, sentada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2012, recurso 5630/2008; de 24 de enero de 2011, recurso 485/2007; de 24 de marzo de 2010, recurso 8649/2004 y de 3 de febrero de 2010, recurso 5397/2004.

2º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 19/2007 ya citada en relación con la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la sentencia impugnada dice aplicar como la recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2000 (asuntos C51/96 y C-191/97) o la de las sentencias del mismo Tribunal de Justicia de 1 de julio de 1976 (asunto 13/76) y la de 15 de diciembre de 1995 (asunto C-415/93), así como la *Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la Dimensión Europea del Deporte*, citada en la contestación a la demanda, de 18 de enero de 2011.

3º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción de las normas de la sana crítica en la valoración de la prueba llevando a cabo el juzgador una valoración de los datos acreditados en autos, que es arbitraria e irrazonable, por lo que vulnera con ello los artículos 9.3 y 24 de la Constitución. Todo ello en relación con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo según la cual, aunque la valoración de la prueba no puede ser discutida en casación, sí pueden ser objeto de revisión en sede casacional, determinados tema probatorios o relacionados con la prueba como la infracción de las reglas de la sana crítica o cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 14 de mayo de 2015 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizaran sus escritos de oposición, lo que realizaron la procuradora doña Blanca Berriatúa Horta en representación de la Real Federación Española de Taekwondo, adhiriéndose al recurso de casación interpuesto por entender que es

ajustado a derecho.

SEXTO.- En el mismo trámite, el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en representación de don Liam Bette, solicitando la desestimación del recurso con imposición de costas a la recurrente y de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de contemplarse la posibilidad de ampliar la excepción deportiva al principio de no discriminación en razón de la nacionalidad aplicándola a supuestos no previstos en la jurisprudencia actual, se acuerde el planteamiento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las cuestiones prejudiciales que expone en su escrito.

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones, por Providencia de 12 de julio de 2016 se designó Magistrado Ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2016, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El pleito seguido en la instancia trae su causa de la solicitud que la Federación Española de Taekwondo (en adelante FET) dirigió al Consejo Superior de Deportes (en adelante (CSD) para que autorizase una acción positiva – discriminatoria - deportiva a favor de los deportistas nacionales. Se trata de una posibilidad prevista en la Disposición adicional segunda de la Ley 19/2007 ya citada que parte de una regla general: las entidades deportivas deben 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.»* Sin embargo se prevé la excepción litigiosa pues *«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.»*

SEGUNDO.- Lo que interesó la Federación fue que los deportistas extranjeros, residentes legales en España, no participen en Campeonatos de España Absoluto, sub21, Junio y Cadete, y las razones que dio fueron que de esas competiciones nacionales salen los equipos que representan a España en competiciones internacionales para las que sólo son seleccionables los españoles.

Por tanto – añadía - si los extranjeros ganan en competiciones nacionales quedarían excluidos los españoles y no habría seleccionables, luego la eliminación de españoles en esos campeonatos nacionales ocasionaría un grave perjuicio. A estos efectos expone cómo se desarrollan estos campeonatos nacionales de taekwondo: es un deporte individual, hay eliminación mediante enfrentamiento directo y sin repesca.

TERCERO.- El CSD estimó la solicitud mediante el acto impugnado en la instancia en el que sostuvo que, con base en un informe de la Subdirección General de Alta Competición, esos campeonatos de España individuales *«se han utilizado tradicionalmente por los seleccionadores para confeccionar equipos nacionales»* para participar en competiciones internacionales. Añadió que la participación de extranjeros *«puede adulterar la clasificación de karatecas españoles con derecho a representar a España en competiciones internacionales»* y, además, el CSD entiende que la medida es compatible con el Derecho de la Unión Europea, para lo que se remite al documento “Deporte y libertad de movimiento”.

CUARTO.- Tal acuerdo lo recurrió don Liam Bette, de nacionalidad francesa y residente en España, que en 2013 fue campeón de Andalucía, categorías Junior y Senior, por lo que podía participar en los campeonatos de España de esas categorías. La Audiencia Nacional estimó la demanda en la sentencia ahora y cuyo contenido puede resumirse en los siguientes términos:

1º La regla general de no discriminación antes expuesta admite la excepción autorizada y litigiosa, lo que permite una restricción a la participación de extranjeros, algo que debe ser excepcional y justificado.

2º Se remite a jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la que se deduce que esas medidas deben estar justificadas en su objeto y no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo.

3º Lo determinante del Fallo estimatorio es la prueba testifical y documental practicada en autos, de la que se deduce que los criterios establecidos por la Comisión Técnica de la FET no determinan como requisito para formar parte de los equipos que representan a España ser campeón de España. Así haber ganado el campeonato de España es uno de los criterios de selección de deportistas pero, aun cuando no se haya ganado, un deportista puede integrar el equipo nacional si la comisión técnica considera que es necesario.

4º De esta manera concluye que la restricción autorizada no es necesaria para alcanzar el objeto (formar los equipos deportivos nacionales), que es lo que se alegó para su justificación, por lo que se ha aplicado incorrectamente la Disposición adicional segunda de la Ley 19/2007, a lo que añade que al tratarse en este caso de un nacional europeo, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos ya expuestos.

QUINTO.- La sentencia es recurrida ante esta Sala por la Abogacía del Estado con base en los motivos de impugnación expuestos en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia. Pues bien, antes de enjuiciarlos debe tenerse presente que en esos motivos plantea, insistentemente, el mismo razonamiento del que deriva todas las razones para integrar los distintos motivos de casación. Ese telón de fondo común a los tres motivos de casación se resume en estos términos:

1º Según la Abogacía del Estado, la sentencia impugnada confunde lo litigioso y juzga una causa de justificación distinta de la tenida en cuenta por el CSD; la que juzga es, por tanto, inexistente y no deducible del expediente.

2º Según la Abogacía del Estado la sentencia entiende que se ha justificado la excepción autorizada - excluir a extranjeros - porque se venía utilizando tradicionalmente para confeccionar los equipos nacionales de dichas categorías si es que esas competiciones sirven para formar equipos nacionales.

3º Sin embargo - añade la Abogacía del Estado - lo litigioso es otra cosa: si la participación de extranjeros, que por tal condición no son seleccionables, podía determinar la eliminación de deportistas españoles de valía que no serían seleccionados y podrían quedar así fuera del equipo nacional correspondiente.

4º Lo litigioso, por tanto, es la justificación ofrecida por el CSD: el grave perjuicio que puede causar la participación de deportistas extranjeros en tales campeonatos por no ser seleccionables; que esa participación puede adulterar la clasificación de los karatekas españoles y con ello la formación de los equipos nacionales que representen a España en competiciones internacionales oficiales y todo porque es un deporte individual de eliminación por enfrentamiento directo y sin repesca.

SEXTO.- Como se ha dicho, sobre esa idea - se ha confundido lo litigioso - pivotan los tres motivos de casación pues como la Sala de instancia se equivoca

en identificar lo litigioso (la justificación de la excepción autorizada), a efectos del primer motivo ex artículo 88.1.c) de la LJCA, la sentencia adolece de incongruencia interna y carece de motivación (es incompleta, errónea e incoherente). A efectos del Segundo motivo ex artículo 88.1.d) de la LJCA infringe la Disposición adicional segunda de la Ley 19/2007 más jurisprudencia que invoca porque no juzga la verdadera causa de justificación de acción positiva autorizada y, en fin, a efectos del tercer motivo, también ex artículo 88.1.d), incurre en una errónea valoración de la prueba.

SÉPTIMO.- Que en los tres motivos haya un trasfondo común plantea – así lo hace el recurrido - la posible inadmisibilidad de este recurso y a tal efecto es jurisprudencia de esta Sala que una misma infracción no puede integrar varios motivos de casación (cf. entre otras, sentencias de 28 de junio de 2011 y de 29 de junio de 2012, recursos de casación 1572/2009 y 830/2009 respectivamente). En concreto no cabe plantear motivos articulados conjuntamente al amparo de los apartados c) y d) y no cabe formular motivos de casación con un carácter disyuntivo o acumulativo (*ad cautelam*). Así las cosas se rechaza inadmitir el recurso por las siguientes razones:

1º Es manifiesta la habilidad, la pericia procesal de la Abogacía del Estado para sortear una sentencia en la que lo litigioso – como se verá - se plantea en el terreno de los hechos y, en definitiva, en la valoración de la prueba.

2º Es también manifiesto que la Sala de instancia – también se verá - conoce y no contradice la norma aplicable, su alcance y la jurisprudencia aplicable.

3º Los motivos que invoca son distintos, no se plantean de forma cumulativa o disyuntiva y lo que la Abogacía del Estado intenta es sostener que la sentencia incurre en un fallo estructural - error en identificar qué es lo litigioso - lo que irradia a efectos casacionales a los motivos c) y d) del artículo 88.1. de la LJCA.

OCTAVO.- En cuanto al primer motivo planteado al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA, se imputa a la sentencia que incurre en incongruencia omisiva e interna, es incoherente y carente de motivación, lo que se relaciona con los preceptos procesales citados en el Antecedente de Hecho Cuarto.1º de esta sentencia. Al respecto cabe aceptar que la sentencia es breve, parca - lo dice incluso el favorecido por ella - y de su lectura es difícil comprender en qué consiste el pleito. La redacción era mejorable. Ahora bien, lo exigible a una sentencia es

que las partes sepan la razón de lo decidido y que sea posible su control externo, ahora por este tribunal. Ciertamente, tras su lectura, a un tercero ajeno al pleito le sería difícil entenderla y captar qué es lo litigioso, lo que no ocurre a quien conoce el pleito a la vista del expediente y de los escritos procesales de las partes: desde esa premisa tiene sentido y se sabe la razón de lo decidido.

NOVENO.- A partir de lo dicho debe recordarse que el objeto de este recurso no es juzgar el acto impugnado en la instancia, sino la sentencia y tras su lectura se desprende que su estructura argumentativa es la siguiente, en lo que interesa a este recurso:

1º En el Fundamento de Derecho Primero, párrafo tercero, concreta que la medida impugnada *«se justificó porque esas medidas se han utilizado tradicionalmente en esos campeonatos para confeccionar los equipos nacionales que representan a España en las competiciones relevantes de la temporada»*.

2º En el Fundamento de Derecho Segundo, párrafo segundo, vuelve sobre qué justificación se ha ofrecido y dice que el acto impugnado *«Justifica la restricción en su necesidad para confeccionar los equipos que representen a España en competiciones relevantes»*.

3º En el Fundamento de Derecho Tercero párrafo primero, tras exponer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual esas medidas deben estar justificadas por razón del objeto, plantea si las competiciones nacionales a las que se aplica la medida sirven para confeccionar los equipos que representan a España.

4º En ese mismo Fundamento de Derecho, párrafo segundo, entra a valorar el resultado de las pruebas testifical y documental y expone su resultado: no necesariamente ganar un campeonato es criterio de selección para campeonatos internacionales. Y en los párrafos tercero y sexto concluye esa valoración diciendo que la restricción no es necesaria para alcanzar el objeto declarado: formar los equipos deportivos nacionales.

DÉCIMO.- Si volvemos a la razón instada por FET y a la autorización CSD ya expuestas en los Fundamentos de Derecho Primero a Tercero de esta sentencia, cabe concluir que Administración deportiva y sentencia impugnada emplean diferentes palabras pero vienen a plantear lo mismo, aquella para justificarlo y ésta para juzgarlo: la necesidad de excluir a los extranjeros de

aquellas competiciones nacionales de las que los entrenadores “sacan” a los seleccionados para integrar los equipos que representen a España en competiciones internacionales.

UNDÉCIMO.- La consecuencia de lo expuesto es que se desestima el primer motivo de casación por las siguientes razones:

1º No cabe imputar a la sentencia impugnada incongruencia interna ni incoherencia, porque no se contradice en sus razonamientos ni éstos con el Fallo; ni tampoco falta de motivación porque será parca, pero es clara cuando da razón de lo que decide; es más - como señala el recurrido - no es coherente imputar falta de motivación cuando en los dos motivos siguientes se atacan sus razonamientos.

2º Tampoco incurre en incongruencia omisiva. En este submotivo se imputa a la sentencia que plantea de forma incompleta lo litigioso y no resuelve todos los motivos de oposición que se alegaron (jurisprudencia europea y alcance de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europea, de 18 de enero de 2011, con el documento que la acompaña titulado *Deporte y libertad de circulación*). Así debe recordarse que tal modalidad de incongruencia se predica de aquellas sentencias que dejan sin resolver alguna pretensión o cuestiones planteadas en la demanda y opera con menor intensidad si se refiere a las alegaciones, pues no es necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación pormenorizada y explícita a todas y a cada una de ellas.

3º En el caso de autos la sentencia cita la jurisprudencia y lo que cita basta para enjuiciar legalidad de la medida instada y a partir de esa premisa el pleito se reconduce a una cuestión de hecho y la *ratio decidendi* se basa en la valoración de la prueba de cuál es la práctica habitual en formación de selecciones.

4º En cuanto al Documento antes citado resulta irrelevante respecto de una cuestión de hecho.

DUODÉCIMO.- En cuanto al segundo motivo planteado al amparo del artículo 88.1.d) y en los términos reseñados en el Antecedente de Hecho Cuarto 2º de esta sentencia, de entrada se excluye de toda consideración como infringido el Documento antes citado pues no cabe integrarlo ni en el concepto de “ordenamiento jurídico” ni de “jurisprudencia” a efectos de su infracción. Hecha esta salvedad tal motivo se desestima por las siguientes razones:

1º En él se insiste en esa idea que estructura todo el recurso: que la sentencia impugnada equivoca la cuestión litigiosa y confunde la justificación de la excepción deportiva.

2º Sin embargo la sentencia parte de la jurisprudencia y de la normativa aplicable, deja claro que se trata de medidas permitidas pero cuya regularidad depende que se apliquen restrictivamente y estar justificadas.

3º A partir de tales premisas lleva lo litigioso a una cuestión de hecho: se ha probado que es práctica habitual para la formación de selecciones que no es criterio determinante ser ganador en un campeonato nacional. A tal efecto se basa en el parecer de la Comisión técnica de la FET y, en concreto, valora tanto la prueba documental aportada como el testimonio de quien fue seleccionador nacional de 2005 a 2014, Director de Alta Competición y miembro de la Comisión Técnica.

DÉCIMO TERCERO.- Como tercer motivo ex artículo 88.1.c) de la LJCA se impugna la sentencia por razón de la valoración de la prueba, lo que se desestima pues la Abogacía del Estado no plantea qué precepto procesal se ha infringido ni razona qué de irracional, ilógico o arbitrario hay en esa valoración ni va siguiendo el contenido de la documental ni lo declarado por el testigo para deducir que la sentencia haya llegado a unas conclusiones que escapan a esa lógica valorativa. Son esas patologías que darían base a este motivo, pero en este caso la recurrente las predica no de ese juicio lógico valorativo, sino de lo ya visto: se hace una valoración errónea porque hay error en la concreción de lo litigioso y en la determinación – luego enjuiciamiento - de la justificación dada a la acción positiva autorizada.

DÉCIMO CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA se imponen las costas a la recurrente. Y, al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4.000 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** contra la Sentencia de 12 de diciembre de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 199/2013, sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

