

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 2 Nov. 2011, Rec. 907/2009

Ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel.

Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 206004/2011

ECLI: ES:TS:2011:6941

PESCA MARÍTIMA. CA Canarias. Competencia en materia de ordenación del marisqueo. Confirmación de la sentencia impugnada que declara la nulidad de varios preceptos de la Orden impugnada, por la que se establece un plan de pesca con artes de trampa en aguas exteriores. Correcta apreciación en la instancia de que la Administración del Estado, al regular determinados aspectos relacionados con las nasas de camarón, ha invadido la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de marisqueo, conforme a lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía, que establece que dicha Comunidad tiene competencia exclusiva en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, y de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado en materia de ordenación del sector pesquero. Adecuada aplicación por el juzgador a quo de la doctrina constitucional en orden a la delimitación de competencias en materia de pesca marítima, según la cual, excepcionalmente las Comunidades Autónomas pueden ejercer competencias en el mar territorial, dependiendo de su explícito reconocimiento estatutario, o bien, atendiendo a la naturaleza de la materia competencial analizada.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que declaró nulos varios preceptos de la Orden impugnada, por entender que la Administración del Estado había invadido las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de marisqueo.

**A Favor: ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.
En Contra: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.**

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil once.

SENTENCIA

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número 907/2009, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2008 (LA LEY 178256/2008) , que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS contra la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 334/2007, de 14 de febrero, por la que se establece un plan de pesca con artes de trampa en aguas exteriores de la isla de Fuerteventura. Ha sido parte recurrida el GOBIERNO DE CANARIAS, representado y defendido por la Letrada del Servicio Jurídico del mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 314/2007, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 12 de noviembre

de 2008 , cuyo fallo dice literalmente:

« 1. Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS contra la Orden reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que son nulos los artículos 2.1.c), 4.1ºc) y 5.2 .c) referidos a las nasas para camarones.

2. Firme esta sentencia, publíquese en el Boletín Oficial del Estado.

3. No se hace imposición de costas.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de 14 de enero de 2009 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el Abogado del Estado recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 6 de abril de 2009, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, en unión de las actuaciones y expediente administrativo que se devuelve en este mismo trámite, se sirva admitirlo, tener al Abogado del Estado, en la representación que ostenta, por personado y parte en los autos y por interpuesto recurso de casación contra la sentencia referida, seguir el procedimiento por sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que SE ESTIME EL RECURSO, casando y anulando la sentencia recurrida para en su lugar resolver desestimando el recurso interpuesto contra la Orden APA/334/2007, de 14 de febrero, y declarando su conformidad a derecho.» .

CUARTO.- La Sala, por providencia de 7 de julio de 2009, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de fecha 22 de septiembre de 2009, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (el GOBIERNO DE CANARIAS) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse a los recursos, lo que efectuó la Letrada del Servicio Jurídico del mismo, en escrito presentado el día 19 de noviembre de 2009, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se digne admitirlo, teniendo por formulada en tiempo y forma la OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto contra la Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2008, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de Madrid, previos los trámites oportunos a ésta SUPLICO que, en méritos de lo expuesto dicte Resolución confirmando la Sentencia recurrida, desestimando el Recurso de Casación interpuesto, con expresa imposición de costas al demandante se sirva tener por hechas las anteriores manifestaciones y por formulada oposición al recurso de casación contra la mencionada, de acuerdo con lo previsto en el art. 94 de la L.J.C.A . ». .

SEXTO.- Por providencia de fecha 29 de septiembre de 2010, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, acordó, de conformidad con las normas de reparto que operan en la Sala, remitir las actuaciones a la Sección Tercera.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Tercera, por providencia de fecha 12 de julio de 2011, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 25 de octubre de 2011, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpone por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2008 , que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS contra la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 334/2007, de 14 de febrero, por la que se establece un plan de pesca con artes de trampa en aguas exteriores de la isla de Fuerteventura.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la declaración de nulidad de los artículos 2.1 c), 4.1 c) y 5.2 c) de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 334/2007, de 14 de febrero, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

«[...] Desde el punto de vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, su sentencia 56/89 señaló que la pesca es el género y el marisqueo la especie, es decir, una modalidad de actividad extractiva pesquera, pero no fue sino hasta STC 9/2001 (LA LEY 745/2001)(FJ 9º) cuando se perfilaron más esas diferencias al señalar que la pesca marítima se desarrolla sólo en aguas exteriores, mientras que el marisqueo se practica en playas, aguas interiores, zona marítimo-terrestre, mar territorial y adyacente. En este sentido la Ley canaria prevé su práctica en el mar territorial y zona económica exclusiva [cf. artículo 3 .b lo que en la Ley estatal coincide con las aguas exteriores [cf. artículo 4.1.a).1º en relación con el artículo 2]; además -continúa la STC 9/2001 (LA LEY 745/2001)- el marisqueo no tiene que practicarse necesariamente con artes tradicionales; en la pesca marítima cabe extracción tanto de peces como de marisco mientras que el marisqueo se refiere sólo a la extracción selectiva de marisco por lo que su especificidad como actividad material a efectos de reparto competencial radica -y aquí está la clave-, en el empleo de artes o técnicas propias o específicas.

[...] Conforme a lo expuesto, es supuesto de hecho del plan de pesca regulado en la Orden, y en lo que ahora interesa, el uso de artes de trampa para la pesca y prevé que se haga mediante tres tipos de artes: tambores para morenas, nasas para peces y nasas para camarón. Del Expediente que documenta el procedimiento de elaboración de la Orden se deduce que las nasas camaroneras no figuraban en el proyecto y se introdujeron a sugerencia del propio Gobierno canario ahora recurrente (cf. Punto 1º de su escrito de alegaciones, documento 3 del Expediente), pese a lo cual demanda ahora su anulación; también lo interesó la Asamblea de Cofradías de Pescadores de Fuerteventura pero su escrito es de solicitud y hace referencia al «borrador del nuevo Real Decreto», ignorando la Sala si se refiere a lo que luego fue la Orden impugnada o a otro texto.

[...] Al margen de tal dato lo cierto es que el RD 2200/1986 (LA LEY 2158/1986) regula el uso de la nasa camaronera (artículo 4.2) como también el Anejo de la OM de 28 de mayo de 1991 que al regular zonas de protección, recoge como artes de trampa las nasas camaroneras. Se trata de normas anteriores a la STC 9/2001 (LA LEY 745/2001)de ahí que el Reglamento de desarrollo de la Ley canaria 17/2003 aprobado por Decreto 182/2004 , al regular la pesca de competencia autonómica, se refiera a la practicada en aguas interiores con las artes reguladas en el artículo 10 , entre las que están las de trampa [apartado c)] y considera de trampa sólo el tambor para morenas y las nasas de peces (artículo 13.2), pero no las camaroneras. Éstas se regulan como artes para el marisqueo al decir el artículo 49 que «para el ejercicio del marisqueo profesional... se autoriza el uso de la nasa camaronera, así como el de aquellas otras artes específicas para la captura de determinadas especies marisqueras».

[...] No obstante la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura en su Informe al proyecto de Orden (observaciones "Al proyecto" apartado 1, folio 3) manifiesta que se regula la pesca con tres artes de trampa y cita el Reglamento autonómico cuando lo cierto es que para éste, tal y como se ha

dicho, son de trampa y para pesca sólo el tambor para morenas y las nasas de peces; sin embargo la Secretaría General es consciente del problema y advierte (apartado 2) que debería revisarse si las tres artes de trampa pueden ser usadas para capturar marisco -es evidente en la nasa camaronera- de ahí que sugiera que se excluyan de la Orden «las artes de trampa que se utilicen de forma selectiva y exclusiva para la captura de moluscos y crustáceos».

[...] Llegados a este punto la cuestión es si la nasa camaronera es un arte que se utiliza de forma "específica", "selectiva" y "exclusiva" (cf también el artículo 7.2 Ley 17/2003, de 10 de abril (LA LEY 1171/2003) de Pesca de Canarias) para capturar marisco o si puede emplearse, además, para capturar peces lo que permitiría al Ministerio regular su uso a tenor de lo ya dicho respecto de qué es "pesca marítima" como actividad material que integra la competencia estatal. En este sentido el artículo 49.1 del Decreto autonómico 182/2004 , ya trascrito, es aparentemente equívoco pues la expresión "artes específicas" que emplea parece referirlas a esas "otras" distintas e innominadas respecto de la nasa camaronera, lo que daría pie para que de su mera lectura se concluya que esta nasa no es empleada de manera selectiva y exclusiva para el marisqueo. Ahora bien, su apartado 2 al describirla señala que «la nasa camaronera es un armazón revestido de un red o forro, pudiendo presentar una o varias entradas o mataderos propios para camarón», luego tiene unos elementos que sirven sólo -de ahí que diga "propios"- para camarón. Esto lleva a la conclusión de que se trata de un arte exclusivo del marisqueo, luego no es propio de la pesca marítima que engloba la captura de marisco pero con artes de pesca.

[...] La consecuencia de lo dicho es que la Orden atacada en su artículo 2.2 . c) y, por tanto, artículos 4.1ºc) y 5.2 .c), al regular un arte exclusivo del marisqueo en el sentido deducible de la STC 9/2001 (LA LEY 745/2001), es contraria al artículo 7.2 de la Ley canaria 17/2003 en relación con el artículo 49.1.y 2 del Reglamento de desarrollo y en relación a esa sentencia. Esta anulación no supone que deban dejar de adoptarse las medidas previstas en el plan de pesca en cuanto al marisqueo en aguas exteriores con nasas camaroneras, pues siempre podrá la Comunidad canaria asumirlas en ejercicio de su competencia y en la forma jurídica que sea procedente, lo cual no es novedoso: así ocurrió con el ya citado RD 2200/86, de 9 de septiembre, del gobierno central cuya regulación referida a las aguas exteriores fue reproducido para las aguas interiores por el Decreto autonómico 154/1986, de 9 de octubre .».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación, interpuesto por el Abogado del Estado, se articula en la formulación de un único motivo, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, por vulneración del artículo 149.1.19 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En el desarrollo argumental del motivo de casación se aduce que la sentencia recurrida, al estimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, infringe el mencionado artículo 149.1.19 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), que atribuye al Estado competencias exclusivas en materia de pesca marítima, que comprende, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 9/2001 , la regulación del régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros y, en consecuencia, habilita al Estado para adoptar medidas de protección del camarón, que se incluyen en la Orden impugnada.

CUARTO.- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.

El recurso de casación, en los estrictos términos planteados, no puede prosperar, en cuanto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación del artículo 149.1.19 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), acorde con su significado constitucional , ya que fundamenta la

decisión de anulación de los artículos 2.1 c), 4.1 c) y 5.2 c) de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 334/2007, de 14 de febrero, por la que se establece un plan de pesca con artes de trampa en aguas exteriores de la isla de Fuerteventura, en la apreciación de que la Administración del Estado, al regular determinados aspectos relacionados con las nasas de camarón, ha invadido la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de marisqueo, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto (LA LEY 2232/1982) , de Estatuto de Autonomía de Canarias.

En efecto, en contra de la tesis argumental que postula el Abogado del Estado en la formulación del motivo de casación, sostenemos que la Sala de instancia, al declarar la incompetencia del Estado para regular características técnicas y condiciones de utilización de las nasas de camarón, no ha realizado una aplicación incorrecta de la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 9/2001, de 18 de enero , en orden a la delimitación de competencias en materia de pesca marítima, ya que su pronunciamiento se sustenta en la mencionada sentencia constitucional, que determina con precisión el alcance y significado de los títulos competenciales «pesca marítima» y «marisqueo», estableciendo como criterio delimitador entre ambas materias, las características de las artes o técnicas que se utilizan en la actividad extractiva de las diversas especies, de modo que quedan comprendidas en el arte del marisqueo aquellas técnicas propias o específicas para la captura de mariscos que tienen un carácter selectivo, y que, por tanto, excluyen la captura de otras especies marinas.

En este sentido, cabe poner de relieve que en la citada sentencia constitucional 9/2001, de 18 de enero , se interpreta el título competencial de marisqueo en un sentido más amplio que el que se deriva de su identificación con el ejercicio de artes tradicionales en el ámbito de las aguas interiores, en los siguientes términos:

«En conclusión, del mismo modo que la delimitación entre las materias de «marisqueo» y «pesca marítima» no puede realizarse circunscribiendo la primera a su ejercicio con artes tradicionales en el ámbito de las aguas interiores, pues ello implicaría una restricción cierta de su ámbito material, tampoco se compadece con la materia de «pesca marítima» la exclusión absoluta de su esfera propia de la actividad extractiva de mariscos, de modo que esta última haya de ser configurada siempre y de modo necesario como «marisqueo».

El criterio delimitador entre ambas materias, y que habrá de presidir nuestro enjuiciamiento, debemos situarlo en las artes o técnicas que les resultan propias a cada una de ellas. Las artes de la pesca marítima permiten la actividad extractiva de especies diversas, entre ellas también de mariscos, mientras que las artes del marisqueo, sin desconocer su evolución, perfeccionamiento o innovación, han de ser específicas para la captura de mariscos y, además, de carácter selectivo, que, por ello, excluyan la de otras especies marinas, pues ya en nuestra STC 56/1989 (LA LEY 877/1989), F. 2, llegamos a la conclusión, tras la exégesis realizada, de «que la pesca es un "genus" y el marisqueo una "species", por lo demás no diferenciada por el Derecho de la CEE» .».

Asimismo, cabe significar que la Sala de instancia, con convincente rigor jurídico, atiende, para determinar si es admisible la queja formulada en la instancia por la Comunidad Autónoma de Canarias, de que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación ha regulado aspectos propios de las artes específicas para la extracción de mariscos de su exclusiva competencia, a la doctrina constitucional, que sostiene la relevancia de acudir, en ocasiones, como criterio interpretativo, a la legislación vigente o derogada, para proceder al deslinde entre las distintas materias en las que se distribuyen las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, (STS 38/2002, de 14 de febrero), que, en este caso, determina tomar en consideración la legislación estatal, integrada por la Ley 3/2001, de 26 de marzo (LA LEY 458/2001), de Pesca Marítima del Estado , que excluye expresamente, de su ámbito de aplicación, el marisqueo, que se distingue del concepto de «pesca», o «actividad pesquera», y la legislación de la Comunidad Autónoma de Canarias -Ley 17/2003, de 10

de abril, de Pesca de Canarias -, así como su normativa de desarrollo -Decreto 182/2004, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Pesca de Canarias-, que regulan el ejercicio de la actividad del marisqueo reservado a profesionales desde embarcaciones usando como arte la nasa camaronera.

El planteamiento casacional del Abogado del Estado, consistente en reprochar a la Sala de instancia que no haya tenido en cuenta que la Orden impugnada únicamente regula la actividad de pesca en aguas exteriores, por lo que se refiere a un espacio propio de la competencia estatal, que no forma parte del territorio en que la Comunidad Autónoma de Canarias ejerce sus competencias, no puede ser acogido, en cuanto que, aún reconociendo el interés del Estado en la protección del ecosistema marino contra las explotaciones abusivas de cualquier clase de especies marinas, cabe significar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en las sentencias 3872002, de 14 de febrero y 31/2010, de 28 de junio , cabe excepcionalmente que las Comunidades Autónomas ejerzan competencias en el mar territorial, dependiendo de su explícito reconocimiento estatutario, o bien, atendiendo a la naturaleza de la materia competencial analizada.

En este sentido, en la sentencia constitucional 31/2010, de 28 de junio , se refiere:

«[...] el caso del mar territorial, en el que sólo «excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad ésta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario (vertidos industriales o contaminantes en aguas territoriales, salvamento marítimo...), bien de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad (acuicultura: STC 103/1989, de 8 de junio (LA LEY 1838/1989); ordenación del sector pesquero: STC 158/1986, de 11 de diciembre (LA LEY 83041-NS/0000); marisqueo: STC 9/2001, de 18 de enero (LA LEY 745/2001))» (STC 38/2002, de 14 de febrero (LA LEY 2960/2002), F. 6) .».

Por ello, consideramos que la sentencia de instancia no desconoce que la reivindicación por la Comunidad Autónoma de Canarias de su competencia en materia de ordenación del marisqueo se realiza en virtud de la atribución contenida en los artículos 30.5 y 32.1.6 del Estatuto de Autonomía de Canarias , aprobado por la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto (LA LEY 2232/1982) , que forma parte del bloque de constitucionalidad, que establecen que dicha Comunidad tiene competencia exclusiva en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, y de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado en materia de ordenación del sector pesquero.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente el único motivo de casación articulado, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2008, dictada en el recurso contencioso- administrativo 314/2007 .

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998), procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio dela potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2008 (LA LEY

178256/2008), dictada en el recurso contencioso-administrativo 314/2007 .

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos . - Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.