

Roj: STSJ AND 9250/2011
Id Cendoj: 18087330012011101036
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Granada
Sección: 1
Nº de Recurso: 2737/2003
Nº de Resolución: 1635/2011
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA LUISA MARTIN MORALES
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SEDE EN GRANADA

SECCION PRIMERA

P.O. 2737/03

SENTENCIA Nº 1635 DE 2011

Ilmo Sr. Presidente:

D. Rafael Puya Jiménez

Ilmos Srs. Magistrados:

D. Juan Manuel Cívico García

Dña. M^a Luisa Martín Morales

Granada, a once de julio de dos mil once.

La referida Sala de lo contencioso administrativo conoce del recurso nº 2737/03 formulado por el Estado, en cuya representación interviene la Abogacía del Estado, siendo parte demandada la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, en cuya defensa y representación interviene el Letrado de la misma.

La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se ha formulado recurso contencioso administrativo contra la Orden de 13-6-02 dictada por la Consejera de Agricultura y Pesca de la junta de Andalucía, por la que se regula el ejercicio de la actividad pesquera con arte de almadraba en las aguas interiores y se establecen las condiciones socioeconómicas para acceder a la explotación de las almadrabas instaladas en las cotas de Andalucía.

SEGUNDO.- Admitido el recurso, se ha requerido a la Administración demandada para la remisión del expediente administrativo; confiriendo un plazo de 20 días a la parte demandante para la presentación del escrito de demanda, lo que ha verificado mediante escrito de fecha de 9-9-05, en el que se han manifestado los hechos y fundamentos de derecho que sostienen su pretensión.

TERCERO.- La Administración demandada ha presentado escrito de contestación a la demanda con fecha de 16-10-06, en la que ha esgrimido los hechos y fundamentos jurídicos que avalan sus pretensiones.

CUARTO.- No habiéndose acordado el recibimiento del pleito a prueba, la Sala no estimó necesaria la celebración de vista pública, pero sí la presentación de conclusiones escritas, que se cumplimentó por ambas partes litigantes; señalándose para deliberación la fecha referida en las actuaciones, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. M^a Luisa Martín Morales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la Orden de 13-6-02 dictada por la Consejera de Agricultura y Pesca de la junta de Andalucía, por la que se regula el ejercicio de la actividad pesquera con arte de almadraba en las aguas interiores y se establecen las condiciones socioeconómicas para acceder a la explotación de las almadrabas instaladas en las cotas de Andalucía.

SEGUNDO.- La parte demandante, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- La Orden se inmiscuye en una materia de competencia exclusiva estatal, dado que regula los aspectos socioeconómicos de la explotación de pesca con arte de almadraba, fijando los criterios de rentabilidad social y económica que deben ser atendidos por el Estado para la concesión de la licencia de pesca respecto a las almadrabas situadas en aguas exteriores. Con ello, condiciona la competencia que corresponde al Estado de forma exclusiva, en relación a la regulación de la pesca marítima, materia en la que hay que incardinar la distribución de licencias para faenar, pues incide en la conservación de recursos pesqueros y en la regulación de la actividad extractiva. No puede considerarse que esta materia sea de competencia compartida entre Estado y Comunidad Autónoma, bajo el título de "ordenación del sector pesquero", ya que no es una ordenación económica del mismo, sino una protección directa del recurso marítimo a través de un régimen de autorizaciones para ejercer la actividad extractiva.

2.- En relación al debate suscitado en este recurso, el estado tiene planteado recurso de inconstitucionalidad del *art. 23.2 de la Ley andaluza 1/02* , que contiene una norma idéntica a la recogida en la Orden impugnada.

TERCERO.- La Administración demandada instó la desestimación del recurso presentado, fundamentado, en primer lugar, en la concurrencia de diversas causas de inadmisibilidad del recurso, por entender que media falta de jurisdicción para resolverlo dado que incide en materias constitucionales, porque se ha interpuesto fuera del plazo legalmente establecido, y porque el recurso ha quedado sin objeto, al haber sido modificado el tenor del *art. 23.2 de la Ley* que habilita la regulación de la Orden; y, en segundo lugar, en que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

CUARTO.- Por razones de lógica procesal han de analizarse inicialmente las causas alegadas de inadmisibilidad.

En relación a la falta de jurisdicción, ha de determinarse que el objeto del presente recurso contencioso administrativo es una disposición general emanada de una Administración autonómica, que encaja netamente en el contenido de los *arts. 1 y 25 de la LJCA de 13 de julio de 1998* referente a la competencia objetiva de la jurisdicción contenciosa administrativa. Por esta razón, ha de declararse la clara competencia de esta Sala para conocer de la impugnación efectuada contra la Orden de 13-6-02 dictada por la Consejera de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, por la que se regula el ejercicio de la actividad pesquera con arte de almadraba en las aguas interiores y se establecen las condiciones socioeconómicas para acceder a la explotación de las almadrabas instaladas en las cotas de Andalucía.

Otra cosa distinta es que, a tenor de las alegaciones efectuadas sobre la falta de atribución competencial en la Comunidad Autónoma de Andalucía para regular una de las materias contenidas en la referida Orden y de la existencia de una previa habilitación legal al respecto que avala dicha regulación, la Sala no pueda, dado el caso, declarar la inconstitucionalidad de dichos preceptos legales, pues esto es una competencia que indudablemente corresponde a nuestro Tribunal Constitucional. Esta circunstancia no determina que esta Sala sea incompetente para analizar la legalidad o no de la Orden en cuestión, sino que, de considerarse que la norma legal aplicable al caso (por ser habilitación de la disposición reglamentaria impugnada) es contraria a la Constitución, estará obligada a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en la forma y los efectos establecidos en los arts. 35 y ss de la LOTC 2/79, de 3 de octubre .

Por ello, esta causa de inadmisibilidad del presente recurso contencioso administrativo ha de ser rechazada.

Se plantea por la Administración demandada que el recurso contencioso administrativo se ha interpuesto fuera de plazo, lo que exige analizar si concurre la causa de inadmisibilidad establecida en el *art. 69 e) LJCA de 13 de julio de 1998* .

Para ello, es necesario analizar el contenido del *art. 46 LJCA* en correlación con el *art. 44 de la misma Ley* ritual. El plazo para interponer el recurso contencioso administrativo contra una disposición general es de dos meses desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada, y tratándose de litigios entre Administraciones Públicas, cuando haya mediado el requerimiento establecido en el *art. 44 LJCA* , el

referido plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo se computará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado. Y en relación al reseñado requerimiento, el precepto correlativo establece que deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma, entendiéndose rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

Para aplicar esta regulación al caso de autos, ha de estudiarse los elementos fácticos operados en el mismo, y que son los siguientes:

La Orden recurrida de fecha de 13 de junio de 2002, es publicada en el BOJA con fecha de 26 de junio.

El requerimiento del Estado a la Comunidad Autónoma se efectúa, vía FAX, con fecha de 4 de agosto, constatándose la recepción del mismo en la misma fecha.

El Delegado del Gobierno en Andalucía decide interponer recurso contencioso administrativo frente a la Orden en cuestión y así, lo participa a la Abogacía del Estado, mediante escrito de fecha de 31-10-02.

El recurso contencioso administrativo se interpone con fecha de 3 de noviembre.

Atendidas estas fechas, ha de considerarse que el recurso contencioso administrativo sí se ha formulado en plazo legal, ya que presentado el requerimiento dentro de los dos meses siguientes a la publicación de la Orden, fue recibido en fecha de 4-8-02 (como consta con el OK de recepción del fax enviado, que ha de considerarse medio válido para tal comunicación, como lo es también para actuaciones judiciales), no siendo contestado dentro del mes siguiente. Por ello, desde el 5.9.02, en que se ha de entender denegado el requerimiento, han de computarse los dos meses del plazo legal para ejercitar la acción judicial. Consecuentemente, interpuesto el recurso contencioso administrativo el 3 de noviembre, estaba dentro de plazo legal.

Por ello, ha de rechazarse esta causa de inadmisibilidad del recurso.

Otra causa de inadmisibilidad planteada es la referente a la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, ya que el *art. 23.2 de la Ley 1/02* ha sido modificado, cambiando el tenor de su dicción y no predeterminando, sino colaborando en el ejercicio de la competencia estatal en relación a la determinación de las condiciones para acceder a la explotación de las almadrabas instaladas en las costas de Andalucía. Si bien es cierto que la dicción actual parece eludir el conflicto competencial suscitado de fondo, lo cierto es que la Orden recurrida no ha sido modificada, manteniendo la regulación sobre las condiciones socioeconómicas para acceder a las referidas explotaciones, manteniéndose vivo el debate sobre la competencia para ordenar esta materia.

Por ello ha de rechazarse esta alegación de inadmisibilidad por pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

No obstante, esta situación (relativa al cambio de redacción en las disposiciones legales aplicables y habilitadoras de los *preceptos 1, 16, 17 y 18* de la Orden recurrida) puede tener su incidencia en relación al posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, dado que la dicción de la Ley que, en su caso, podría entenderse inconstitucional, ha dejado de ser habilitación de la orden impugnada; desligando, con ello, a esta Sala del deber de plantear la referida cuestión de inconstitucionalidad, porque al tiempo de resolver este recurso, la Orden permanece vigente en los iniciales términos en que fue impugnada, pero la habilitación legal que en aquél momento la soportaba, no permanece, por haber sido modificada.

Y por estos mismos motivos no puede entenderse que haya mediado una pérdida sobrevenida del objeto del recurso por el hecho de que la dicción de la Ley se haya modificado, ya que la Orden impugnada sigue subsistente y viva; más aún, la nueva dicción de la Ley lo que podría fundamentar es una nulidad de la propia Orden por vulnerar las previsiones que ahora impone la norma legal, de superior rango, habilitadora de la misma.

Todo este razonamiento debe extenderse al hecho del desistimiento presentado por la Abogacía del Estado en el recurso de inconstitucionalidad tramitado ante el TC con el número 4419/2002, que precisamente tenía por objeto la dicción del *art. 23.2 la Ley andaluza 1/02*; ya que esta situación no incide en la subsistencia del presente recurso contencioso administrativo frente a la Orden mencionada.

QUINTO.- Llegado el momento de analizar la concreta cuestión de fondo sometida a debate, cual es la regulación contenida en los *arts. 1, 16, 17 y 18 de la Orden de 13-6-02* que regula el ejercicio de la actividad pesquera con arte de almadraba en las aguas interiores y establece las condiciones socioeconómicas para acceder a la explotación de las almadrabas instaladas en las costas de Andalucía; ha de analizarse qué debe

entenderse por "ordenación del sector pesquero" (competencia compartida entre el estado y las CC.AA.), y qué debe entenderse por "pesca marítima" (de competencia estatal), para determinar en cuál de estas dos materias ha de circunscribirse la normativa impugnada; y con ello resolver si la Junta de Andalucía tenía suficiente título competencial para su regulación.

La STC 44/92 establece que: "... de acuerdo con las mencionadas SSTC 56/1989 y 147/1991 , ha de considerarse competencia exclusiva del Estado "la pesca marítima" en aguas exteriores, es decir, la normativa referida a los recursos y zonas donde puede pescarse (fondos, caladeros, distancias, cupos), a los períodos en que puede pescarse (vedas, horas), y a la forma y medios de realización de la actividad extractiva en el mar (artes, medios de pesca).

Y debe, en cambio, considerarse competencia compartida, mediante el empleo de la técnica consistente en la emanación de bases a cargo del Estado y el desarrollo legislativo y la ejecución por la CA Cataluña, la "ordenación del sector pesquero ", título que hace referencia a la regulación del sector económico o productivo de la pesca, en todo lo que no sea actividad extractiva directa, sino organización del sector; incluyendo la determinación de quienes pueden ejercer directamente la pesca, las condiciones que deben reunir tales sujetos integrantes del sector y su forma de organización.

Por consiguiente, se enmarcan también en este título, competencias referidas a las condiciones profesionales de los pescadores y otros sujetos relacionados con el sector, construcción de buques, registros oficiales, cofradías de pescadores, lonjas de contratación y otras similares. Al margen de este deslinde teórico queda, obviamente, la competencia autonómica exclusiva sobre pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura (*art. 9.1.7 del Estatuto*), que se invoca en la Exposición de Motivos de la Ley impugnada.

Hemos de partir, en definitiva, del criterio de que son títulos competenciales diferentes, "*ex*" *art. 149.1.19 CE* , la "pesca " en aguas marítimas exteriores, competencia exclusiva del Estado, y la "ordenación del sector pesquero ", que es materia compartida entre el Estado, al que le corresponde la competencia normativa básica, y diversas Comunidades Autónomas, entre ellas la de Cataluña, a las que incumbe el desarrollo legislativo y la ejecución de esas bases (*art. 10.17 del Estatuto*)".

Y la misma STC 44/92 establece que: "Hemos de reiterar que por pesca marítima ha de entenderse la regulación de la actividad extractiva lo que, como hemos dicho en la STC 56/1989 (f. j. 8º) incluye el establecimiento de cupos de autorizaciones para pescar y requisitos para obtener tales autorizaciones, materia que debe incluirse dentro del título competencial estatal de pesca marítima, sin que pueda considerarse organización económica del sector sin una protección directa del recurso marítimo a través de un régimen de autorizaciones para ejercer la actividad extractiva. La pesca en aguas exteriores, y, más en concreto, las autorizaciones para pescar en tales aguas, es materia que no admite compartimentalización alguna entre las Comunidades Autónomas, y es por ello "materia de la entera competencia del Estado y donde por consiguiente la dicotomía entre, por una parte, bases, y, por otra, desarrollo legislativo y ejecución, carece de relevancia competencial".

Con esta doctrina de base, ha de determinarse que la regulación contenida en los *arts. 16-18* de la Orden impugnada, referentes a establecer un sistema de acreditación de las condiciones profesionales mínimas de las personas físicas o jurídicas que soliciten una autorización para las instalación de una almadraza en aguas exteriores del litoral andaluz, incide de lleno en la competencia estatal de la "pesca marítima", puesto que determina un requisito previo (regulado por la Administración autonómica) para que, posteriormente, la Administración estatal proceda a conceder las autorizaciones correspondientes para el ejercicio de la concreta actividad extractiva a través del arte de almadraza. Y con este sistema, lo que realmente se está imponiendo por la Comunidad andaluza es un condicionante al Estado para que ejerza una competencia exclusiva.

Y precisamente es de destacar que la Ley andaluza que servía de habilitación a tal regulación reglamentaria ha sido modificada para sustituir ese sistema de cumplimentación de una acreditación previa vinculante por un sistema de mera colaboración, en que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía colaborará con la Administración general del estado en la determinación de las condiciones para acceder a la explotación de las almadrazas instaladas en la costa andaluza, facilitando informes y valorando aspectos socioeconómicos que hayan de tenerse en cuenta para la concesión de licencias.

La nulidad de los *arts. 16, 17 y 18* de la Orden impugnada debe arrastrar también la nulidad del *art. 1* , puesto que éste determina como otro objeto de la orden, la fijación "de las condiciones profesionales para acceder a la explotación de las almadrazas instaladas en las costas de Andalucía, estableciendo los aspectos socioeconómicos de dicha explotación con criterios de rentabilidad social y económica, que ha de tener en

cuenta el Estado para la concesión de la licencia de pesca respecto a las almadrabas situadas en aguas exteriores", lo que sirve de delimitación del objeto a regular en los referidos arts. 16 a 18 .

SEXTO.- No procede la condena en costas, de conformidad con el art. 139.1 LJCA de 13 de julio de 1998 , al no mediar mala fe o temeridad en la parte recurrente.

FALLAMOS

Que, rechazando las causas de inadmisibilidad alegadas, debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal del Estado contra la Orden de 13-6-02 dictada por la Consejera de Agricultura y Pesca de la junta de Andalucía, por la que se regula el ejercicio de la actividad pesquera con arte de almadraba en las aguas interiores y se establecen las condiciones socioeconómicas para acceder a la explotación de las almadrabas instaladas en las cotas de Andalucía; y consecuentemente, se declara la nulidad de los arts. 1, 16, 17 y 18 de la misma.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de procedencia de éste.

Acuérdese la publicación del fallo de esta resolución judicial en el BOE y en BOJA.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma no cabe recurso de casación, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.