

Argimiro Vázquez Guillén

RECURSO CASACION Num.: 9375/2003

Votación: 17/05/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Santiago Martínez-Vares García

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA**

51240
51375

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ricardo Enriquez Sancho

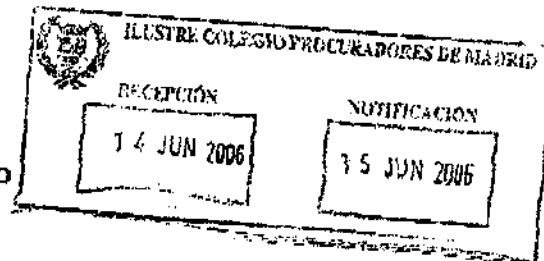
Magistrados:

D. Mariano Baena del Alcázar

D. Antonio Martí García

D. Santiago Martínez-Vares García

D.ª. Celsa Pico Lorenzo



En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de dos mil seis.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 9375 de 2003, interpuesto por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha treinta de septiembre de dos mil tres, en el recurso contencioso-administrativo número 4630 de 1999.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó Sentencia, el treinta de septiembre de dos mil tres, en el Recurso número 4630 de 1999, en cuya parte dispositiva se establecía: "Que rechazando la alegación de inadmisibilidad, estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Club Subacuático Bahía de Vigo" contra Orden de la Consellería de Pesca de 13-8-99, publicada en el DOG de 20-8-99, por la que se desarrolla el Decreto 211/1999, de 17 de junio, y en consecuencia anulamos la mencionada Orden; sin costas".

SEGUNDO.- En escrito de tres de noviembre de dos mil tres, el Letrado de la Junta de Galicia, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha treinta de septiembre de dos mil tres.

La Sala de Instancia, por Providencia de cuatro de noviembre de dos mil tres, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de veintiuno de enero de dos mil cuatro, el Letrado de la Junta de Galicia, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de veintiséis de enero de dos mil cuatro.

CUARTO.- En escrito de veintidós de septiembre de dos mil cinco, la Procuradora Doña María Teresa Sánchez Recio, en nombre y representación del Club Subacuático Bahía de Vigo, manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

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

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Magistrado de Sala que expresa la decisión de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el presente recurso extraordinario de casación que resolvemos hecho valer por la representación legal de la Junta de Galicia frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de treinta de septiembre de dos mil tres, que estimó el recurso contencioso administrativo núm. 4630/1999 interpuesto por la representación procesal del "Club Subacuático Bahía de Vigo" contra la Orden de la Consejería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Junta de Galicia de veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve que desarrolló el Decreto 211/1999, de 17 de junio, y que en consecuencia anuló la Orden mencionada.

SEGUNDO.- La estimación del recurso se funda en los vicios de procedimiento que la Sala de instancia apreció en la Orden recurrida y que plasmó en el fundamento de Derecho tercero cuyo texto transcribimos: "La parte actora denuncia como omisiones esenciales del procedimiento establecido para la elaboración de las disposiciones generales, la ausencia del trámite de audiencia a las organizaciones reconocidas por Ley, la ausencia de documento de iniciación del expediente de aprobación de la Orden, y la falta de fundamentación legal, técnica y de oportunidad en relación con los exigibles informes. El informe de legalidad, acierto y oportunidad, atribuido al Director General de recursos marinos, de fecha 21 de julio de 1999, es manifiestamente insuficiente en lo que se refiere a la valoración del acierto y de la legalidad. Así, en cuanto al acierto se limita a indicar que "la presente orden es acertada porque pretende hacer públicas las normas que regularán la expedición de las licencias para la práctica de la pesca marítima de recreo dentro de las aguas interiores de la Comunidad Autónoma de Galicia"; en cuanto a la legalidad sólo expresa que "la presente orden toma su base legal en el Real Decreto 3318/1982 de 24 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios del estado en materia de agricultura, ganadería y pesca de la Comunidad Autónoma de Galicia, la Ley 6/1993 de 11 de mayo de pesca de Galicia, y el Decreto 211/1999 de 17 de junio por el que se regula la pesca marítima de recreo". Con tan escuetas menciones es claro que no se alcanza el nivel mínimo exigible de motivación, razonamiento o mera explicación justificativa de la legalidad y acierto de la opción elegida en cuanto al contenido material de la regulación, lo que era especialmente exigible en un ámbito en el que se ha diferido a la Orden la definitiva especificación de determinados requisitos, condiciones y limitaciones espaciales y temporales

para el ejercicio de la actividad de que se trata. Téngase en cuenta que el Informe del Asesor Jurídico de la Consejería, de 3 de agosto de 1999, está vacío de contenido según se comprueba al folio 5 del expediente, y que el Informe del Secretario General de la Consejería, de 3 de agosto de 1999 (folio 6 expediente) se limita a remitirse precisamente a los antes mencionados del Director General y del Asesor Jurídico, sin que conste en el expediente otro informe que incida sobre aspectos jurídicos o de legalidad, ni tampoco sobre aspectos técnicos que permitieran conocer las razones de las opciones elegidas por la Orden. A lo hasta aquí señalado cabe añadir que efectivamente consta omitida toda audiencia pública, o en relación a sectores afectados, dándose la circunstancia de que en la tramitación del Decreto 211/1999 se había dado expresamente audiencia a la Federación Gallega de actividades subacuáticas, lo que no se hizo en la tramitación de la Orden que especifica las limitaciones temporales y espaciales para la pesca submarina, y si bien no cabe reconocer a la actora la extensión de su interés en relación con derechos a terceros, y recordando que tampoco existía una inequívoca obligación de audiencia en relación directa con la parte actora como mera asociación voluntaria, la comentada total y absoluta falta de audiencia debe destacarse aquí en unión a la mencionada ausencia de informes justificativos de la regulación material contenida en la Orden, defectos a los que se une, como denuncia la parte actora, la total falta de constancia sobre acuerdo de iniciación o promoción del expediente de elaboración de la norma que por sí sola podría no tener efectos anulatorios, pero que se viene a incorporar a una deficiencia generalizada en la tramitación. Así, si bien no es deseable un excesivo rigorismo formalista desconectado de la realidad sustancial y consecuencias materiales, todavía es menos aceptable la pretensión de una preterición de las exigencias de procedimiento que llevara a considerar a estas últimas como inútiles o intrascendentes en cuanto meramente ornamentales, siendo de significar que en el caso aquí estudiado se presenta como inadmisibile el conjunto de las infracciones formales mencionadas, con especial significado de la de los informes cuyo grado de insuficiencia llega a ser en la práctica equiparable al de inexistencia, infracciones que como ya se indicó son determinantes de la omisión de la base mínima de preparación, motivación o explicación exigibles en cuanto a la legalidad, acierto y oportunidad, de una disposición general. A tenor de lo expuesto y recordando el criterio plasmado en Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1999 y 10 de abril de dos mil, se aprecia en el caso que en la elaboración de la Orden impugnada se incurrió en infracciones procedimentales con omisión de requisitos esenciales

para la disposición general pudiera cumplir su finalidad reguladora con garantía de sometimiento a las exigencias sobre legalidad, acierto y oportunidad, lo que lleva a la estimación del presente recurso con la consecuente anulación de la Orden recurrida, motivo de anulación que impide ya entrar a decidir sobre las restantes cuestiones de orden sustancial planteadas en este proceso".

TERCERO.- La Junta de Galicia a través de sus servicios jurídicos mantuvo el presente recurso extraordinario de casación que fundó en un único motivo al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por infracción o por aplicación indebida de los artículos 24 y siguientes de la Ley 50/1997, del Gobierno, y, dentro de ellos, en especial, en la vulneración del art. 24.

Sostiene la recurrente que la orden anulada se trata de una disposición de desarrollo y que la Sentencia que se refirió al Decreto del que la orden dimanaba ya dijo que los trámites de procedimiento se habían cumplido. La Sentencia por el contrario, en este caso, dice que falta la fundamentación y que era importante respetar el procedimiento de elaboración de la norma en cuanto al desarrollo del Decreto dadas las materias que se habían deferido a su regulación.

El motivo transcribe el contenido del art. 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, y agrega que al tratarse del desarrollo de un decreto la jurisprudencia ha resaltado que no es necesario que se repitan los trámites de elaboración, y, concretamente de informes y dictámenes, a los que ya se sometió el reglamento que se desenvuelve. Cita la Sentencia de este Alto Tribunal de cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro y añade que la Sentencia reconoce que existen los informes de acierto u oportunidad y de legalidad, de modo que el vicio no sería invalidante sobre todo cuando se dio por bueno el procedimiento seguido en relación con el Decreto en que se inspira la Orden, del que únicamente se anuló un precepto y no por defecto de forma sino por falta de motivación. En realidad el vicio que la Sentencia imputa a la Orden es el de que los informes que se adujeron acerca de la misma carecían del "nivel mínimo exigible de motivación".

El motivo ha de rechazarse. La Sala de instancia en Sentencia de igual fecha a la aquí recurrida, y en la que enjuició la legalidad del Decreto 211/1993, de 17 de junio, de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Junta de Galicia y en el fundamento de Derecho segundo, expuso que "en lo que se refiere a la fundamentación el informe de legalidad, acierto y oportunidad del

Secretario Xeral de la Consellería, es escaso en cuanto a las apreciaciones sobre acierto y oportunidad y ya manifiestamente insuficiente en cuanto a las apreciaciones sobre legalidad, pero al mismo tiempo cabe destacar que el informe de la Asesoría Xurídica Xeral efectúa un análisis valorativo del proyecto en el que se apuntan ya relevantes valoraciones al respecto incidiendo en asuntos jurídicos, lo que al menos lleva a eludir una decisión anulatoria por motivos procedimentales, sin perjuicio de la posible incidencia sustancial según lo que posteriormente se indicará".

Esa Sentencia fue confirmada en ese aspecto por la de esta Sala y Sección de dos de diciembre de dos mil cinco, pero, sin embargo, la Sentencia recurrida anuló en parte el art. 9 del Decreto, que autorizando en determinadas condiciones la práctica de la pesca marítima de recreo para la captura de peces y cefalópodos, la exceptuaba para el pulpo, prohibición que anuló la Sala y confirmó este Tribunal Supremo al carecer de motivación alguna.

Pero como expusimos la misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Galicia mantuvo criterio distinto en Sentencia de la misma fecha e idéntico Magistrado ponente en relación con la Orden de trece de agosto de mil novecientos noventa y nueve que desarrolló el Decreto 211/1999, de 17 de junio, por el que se regula la pesca marítima de recreo.

Como dijimos, y se desprende del expediente y recoge la Sentencia de instancia, en aquel aparece emitido por la Dirección General de Recursos Marinos de la Consejería competente el denominado informe de acierto, oportunidad y legalidad de la Orden que pretendía desarrollar el Decreto 211/1999, de 17 de junio, y que regulaba la pesca marítima de recreo, que afirmaba en cuanto al acierto que "la presente Orden es acertada por que pretende hacer públicas las normas que regularán la expedición de licencias para la práctica de la pesca marítima de recreo dentro de las aguas interiores de la Comunidad Autónoma de Galicia". En cuanto a la oportunidad exponía que "la Orden es oportuna por que establece las disposiciones necesarias para el desenvolvimiento y ejecución del Decreto 211/1999 de 17 de junio, por el que se regula la pesca marítima de recreo" y, por último, el informe en cuanto a la legalidad expuso que "la presente Orden tiene su base legal en el Real Decreto 3318/1982 de 24 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de agricultura, ganadería y pesca de la Comunidad Autónoma de Galicia, en la Ley 6/1993 de 11 de mayo de pesca de Galicia y en el Decreto 211/1999 de 17 de junio por el que se regula la pesca marítima de recreo". Ese informe se fechó el 21 de julio de 1.999.

También en el expediente hay un informe de la Asesoría jurídica de la Consejería datado el 3 de agosto de 1.999 en el que se lee lo que sigue: "de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.3 en relación con el punto 10.1.b) del Reglamento Orgánico de la Asesoría Jurídica General de la Junta de Galicia, aprobado por Decreto 370/1992, de 3 de diciembre y en el artículo 6.1 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo de la Junta de Galicia, aprobado por Decreto 111/84, de 25 de marzo, por esta Asesoría Jurídica se informa favorablemente, por ajustarse a derecho, y se confirma en todas sus paginas el proyecto de "ORDEN POR LA QUE SE DESARROLLA EL DECRETO 211/1999 DE 17 DE JUNIO POR EL QUE SE REGULA LA PESCA MARÍTIMA DE RECREO".

El expediente contiene otro informe, esta vez emitido por la Secretaría General de la Consejería y fechado el mismo día que el anterior de la Asesoría Jurídica, 3 de agosto de 1999, en el que se dice que "visto el proyecto de Orden por la que se desenvuelve el Decreto 211/1999 de 17 de junio por el que se regula la pesca marítima de recreo, así como los informes de legalidad, acierto y oportunidad de la Dirección General de Recursos Marinos de 21. 07. 99, y de la Asesoría Jurídica de esta Consejería de 03.08.99 emitidos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.1 del Reglamento de Régimen Interior de la Junta de Galicia, aprobado por Decreto 111/84, de 25 de marzo por esta Secretaría General en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 del citado Reglamento se informa favorablemente el proyecto de Orden citado, por lo que se dispone su remisión al titular de la Consejería para su aprobación, si procediese".

Finalmente se cierra el expediente con un informe previo a la publicación de la Orden de la Inspección General de Servicios que lleva fecha de 11 de agosto de 1.999, y que tras informar favorablemente la publicación de la disposición condiciona el propio informe a que "junto con la disposición se publique el modelo de solicitud normalizada (en gallego y castellano) que se acompaña en el que figure el código de procedimiento" y agrega que "asimismo este informe queda condicionado a que la unidad gestora se ponga en contacto con el Inspector de Servicios D... para validar los procedimientos en todos sus trámites y requisitos, accediéndose a esta petición de forma totalmente excepcional, en función del carácter de urgencia de esta Orden".

Este último informe revela sin proponérselo la razón última de los vicios de procedimiento con que se desarrolló la tramitación de la Orden recurrida y posteriormente anulada. Esa razón no fue otra que la premura por llevarla al diario oficial correspondiente para propiciar de ese modo su entrada en vigor

de inmediato lo que se produjo al día siguiente de la publicación. El procedimiento que hemos descrito se desarrolló entre el 21 de julio y el 11 de agosto de 1.999, publicándose la Orden en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma de Galicia el 20 de agosto del mismo año un día antes de cumplirse el mes del primer informe.

Eso explica que los informes nada digan en relación ni con el acierto de la Orden ni con su oportunidad ni con la legalidad y que lo mismo suceda con el informe de la Asesoría que se limita a darle sin explicación alguna el nihil obstat de su conformidad a Derecho sin la menor motivación.

Ese proceder conculca el procedimiento establecido en el art. 24 de Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, puesto que los informes sobre la necesidad y oportunidad de la disposición incurren en una mera petición de principio, puesto lo que lo único que afirman es que la Orden es necesaria y oportuna, sin más, y lo mismo ocurre en cuanto al informe sobre su legalidad que se limita a enunciar las normas de las que dimana la nueva Orden, y en cuanto al informe de la Asesoría Jurídica se puede considerar inexistente ya que se circunscribe a aseverar la conformidad a Derecho de la Orden sin argumento alguno. Tampoco se oyó a federación o asociación de las posibles de entre las varias interesadas en la Orden que se dictaba.

Y como es fácil de ver la Orden afectaba a aspectos que podían suscitar controversia en el sector concernido toda vez que el Decreto que desarrollaba trasladó a la Orden aspectos de trascendente interés para la práctica de la pesca deportiva por las personas que la cultivan como las autoridades que han de extender las distintas clases de licencias, los requisitos para su obtención, los plazos para su renovación, las artes de pesca a utilizar, las fechas para su práctica etc...

En consecuencia el recurso debe desestimarse.

CUARTO.- Al desestimarse el recurso de conformidad con lo prevenido en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede hacer expresa imposición de costas a la Administración recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el apartado 3 del citado precepto señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de dos mil cien euros. (2.100).

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación núm. 9375/2003, interpuesto por la representación procesal de la Junta de Galicia frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de treinta de septiembre de dos mil tres, que estimó el recurso contencioso administrativo núm. 4630/1999 interpuesto por la representación procesal del "Club Subacuático Bahía de Vigo" contra la Orden de la Consejería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Junta de Galicia de veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve que desarrolló el Decreto 211/1999, de 17 de junio, y todo ello con expresa imposición de costas a la Administración recurrente con el límite establecido en el fundamento de Derecho séptimo de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don 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.