



T. S. J. CASTILLA-LEON CON/AD
VALLADOLID

AUTO: 01026/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 001
VALLADOLID

ANA ISABEL FERNANDEZ MARCOS.
Procuradora de los Tribunales.
Teléfono: 983.27.05.93.
FIRMA: 16.11.2011

N35350

C/ ANGUSTIAS S/N

N.I.G: 47186 33 3 2011 0101923

Procedimiento: PIEZA SEPARADA DE SUSPENSIÓN/OTRAS MEDIDAS 0001313 /2011 0001 PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001313 /2011

Refer: ADMINISTRACION AUTONOMICA

De D./ña. FEDERACION REGIONAL DE ECOLOGISTAS EN ACCION DE CASTILLA Y LEON

LETRADO LUIS OVIEDO MARDONES

PROCURADOR D./Dª. ANA ISABEL FERNANDEZ MARCOS

Contra D./Dª. CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE - JUNTA DE CASTILLA Y LEON-

LETRADO LETRADO COMUNIDAD (SERVICIO PROVINCIAL)

PROCURADOR D./Dª.

AUTO Nº 1026

ILMO. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO

MAGISTRADOS:

DON JESUS BARTOLOME REINO MARTINEZ

DON EZEQUIAS RIVERA TEMPRANO

En la ciudad de Valladolid, a 25 de octubre de dos mil once.

HECHOS

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo 1313/2011 fue promovido por la representación procesal de LA FEDERACION REGIONAL DE ECOLOGISTAS EN ACCION DE CASTILLA Y LEON contra La Orden MAN/867/2011, de 24 de junio, por la que se aprueba la Orden Anual de Caza.

Mediante otrosí del escrito de interposición fue solicitada medida cautelar consistente en la suspensión plena de la eficacia del acto impugnado o, subsidiariamente de los artículos 2.1, 6.1 y 3, y 9.1 de la Orden.

SEGUNDO.- Formada pieza separada y concedido traslado a la Administración demandada, por su representación letrada se presentó escrito de alegaciones en oposición a aquel pedimento cautelar, pidiendo que se declare su no procedencia.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Conforme declara la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, por lo que la adopción de las medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

Dicha facultad está sometida en su ejercicio a la regulación común de los artículos 129 a 134 de la Ley 29/1998, de aplicación a todo tipo de medidas cautelares, que pueden ser positivas o negativas, siendo solo una de ellas la suspensión.

Dentro de ese régimen legal interesa destacar el artículo 130, que establece cuales son los presupuestos de adopción de la medida. De su examen resulta que, esencialmente, son precisos dos, a saber: A) uno positivo, cual es que la ejecución del acto o disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, esto es, que quedar vacío de contenido por causar dicha ejecución una situación jurídica irreversible; ello siempre sobre la base de una ponderación suficiente motivada de todos los intereses en conflicto, y B) uno negativo y de carácter excepcional, que es que la adopción de la medida no origine perturbación grave de los intereses generales o de un tercero.

Como resaltan, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 25 de julio de 2006 (Sección 5ª), de 9 de julio de 2009 (Sección 3ª) y de 21 de julio de 2009 (sección 3ª), este sistema general (artículos 129 a 134) se caracteriza, entre otras, por las siguientes notas:

1ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

2ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

3ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la



Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

4ª. Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia, aunque sí en el artículo 728 de la LECv 1/2000- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

6ª. En correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

SEGUNDO.- En el supuesto de esta pieza incidental la parte recurrente interesa la adopción de una medida cautelar de carácter negativo, cual es la suspensión total o parcial de la eficacia del acto impugnado alegando que concurre una situación de "*fumus boni iuris*" por cuanto en sentencia



dictada por esta misma Sala el 18 de abril de 2008 se anularon los artículos 2.1º, 6.1 y 3, y 9.1 de la Orden de caza de 27 de junio de 2002, que tenían idéntico contenido y alcance que los de la ahora impugnada. Además, se alega la vulneración de lo que se denominan deberes de la Administración, como el de garantizar la seguridad de las personas y los bienes, la protección de patrimonio natural y la biodiversidad y determinados criterios de sostenibilidad.

La Administración se opone a estas alegaciones y pretensión alegando que no concurre ninguno de los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar como la instada

TERCERO.- Sentado lo anterior y teniendo presente la doctrina jurisprudencial trascrita en el fundamento de derecho segundo, daremos respuesta a las alegaciones formuladas por la parte recurrente, haciéndolo en sentido estimar la pretensión cautelar subsidiaria.

Aunque no pueden admitirse como base de la medida cautelar de suspensión plena de la Orden Anual de Caza los argumentos que a tal fin emplea la parte actora, ello por su carácter genérico y hasta inconcreto, no puede dudarse del efecto que debe tener lo ya resuelto por esta misma Sala y Sección en la sentencia dictada el día 18 de abril de 2008 al resolver el recurso nº 2759/2002, interpuesto frente a la Orden de la Consejería de Medio Ambiente de 27 de junio de 2002, por la que se aprobaba la Orden Anual de Caza para ese año.

Efectivamente, en esa sentencia y al conocer de una Orden de igual alcance y contenido, por los vicios que en ella se apreciaron (la necesidad de que la Comunidad autónoma establezca en forma previa a la Orden Anual de caza un régimen general, mediante una norma con rango adecuado, que cree el marco regulador de los parámetros en que la actividad de cazar podrá llevarse a cabo con observancia de las previsiones de la Directiva CEE 79/409), se llegó al siguiente pronunciamiento: <<debemos anular y anulamos, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, los siguientes particulares de la Orden de fecha 27 de junio de 2.002, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se aprueba la Orden anual de caza: el artículo 2.1, en tanto se recogen en el listado las especies de aves sin haberse establecido antes el marco normativo a que se refiere la Directiva europea de aves nº 74/409, el artículo 9.1 y los apartados 1 y 3 del artículo 6.>>.

Pues bien, si comparamos los preceptos entonces anulados con los de igual ordinal de la Orden correspondiente al año 2011 - la que nos ocupa-, fácilmente llegamos a apreciar su plena identidad y por ello, con apoyo en lo argumentado anteriormente sobre la apariencia de buen derecho como base de una medida cautelar, tomando además en consideración que aquella sentencia quedó firme al ser consentida por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y que nada se argumenta por esta parte sobre la falta de vigencia y validez de los argumentos empleados para anular la Orden del año 2002, cuando nada de ello se hace constar en exposición de motivos o normativa de aplicación de la Orden impugnada, no puede caber duda sobre la procedencia de suspender, durante la tramitación y resolución definitiva del recurso del que dimana este Pieza de Medidas Cautelares, la eficacia de los artículos 2.1, 6.1 y 3, y 9.1 de la Orden MAN/867/2011, de 24 de junio.



CUARTO.- Por todo lo razonado procede acceder a la medida cautelar instada en forma subsidiaria, ello sin que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad a los fines previstos en el artículo 139.1 de la LJCA 29/1998.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO,

LA SALA ACUERDA: ACORDAR la medida cautelar solicitada por la representación procesal de la parte actora y suspender, durante la tramitación y resolución definitiva del recurso del que dimana este Pieza de Medidas Cautelares, la eficacia de los artículos 2.1, 6.1 y 3, y 9.1 de la Orden MAN/867/2011, de 24 de Junio.

No se hace condena especial en costas de este incidente.

Esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sala con interposición de recurso de súplica.

Firme esta resolución se llevará testimonio de la misma al pleito principal.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen. Doy fe.