

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

N.I.G: 47186 33 3 2018 0001130

PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0001157 /2018 0001 PO

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001157 /2018

Sobre ADMINISTRACION AUTONOMICA

De D/ña. PARTIDO ANIMALISTA CONTRA EL MALTRATO ANIMAL

Abogado: MONICA ILEANA OLIVARES ZUÑIGA

Procurador: MARIA MONSERRAT PEREZ RODRIGUEZ

Contra D/ña. CONSEJERIA DE FOMENTO Y MEDIO AMBIENTE

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

D^a ANA MARÍA RUIZ POLANCO, Letrada de la Administración de Justicia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid,

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de **PIEZA SEPARADA DE SUSPENSIÓN NÚMERO 1157/2018** ha recaído resolución del tenor literal:

" A U T O N^o 47

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

D^a ENCARNACION LUCAS LUCAS

D. FELIPE FRESNEDA PLAZA

D. LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ

En VALLADOLID, a veintiséis de febrero de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la parte recurrente en el presente procedimiento, PARTIDO ANIMALISTA CONTRA EL MALTRATO ANIMAL (PACMA) se solicita en su escrito de interposición, que se proceda a la suspensión del acto recurrido en este procedimiento, Orden FYM/728/2018, de 25 de junio por la que se aprueba la Orden Animal de Caza.

SEGUNDO. De dicha pretensión suspensiva se dio traslado a las demás partes en el procedimiento para que dentro del plazo conferido al efecto efectuasen las alegaciones que tuviesen por conveniente.

La representación procesal de la Administración demandada, se opuso a la medida cautelar solicitada y de manera subsidiaria interesó que se exigiese caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que se pudiesen causar por la adopción de la medida.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Miguel Blanco Domínguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por la representación procesal del Partido Animalista contra el Maltrato Animal se pretende como medida cautelar la suspensión de la Orden FYM/728/2018, de 25 de junio, por la que se aprueba la Orden Anual de Caza.

La parte actora y solicitante de la medida sostiene, para fundamentar su pretensión cautelar, que la aplicación de la norma impugnada va a producir daños de imposible o difícil reparación, ya que se va a practicar la actividad cinegética en relación a determinadas especies silvestres sin contar con los estudios científicos precisos que lo avalen.

Por otro lado, y con referencia a las sentencias ya dictadas por esta Sala, en particular de la de 7 de marzo de 2018 (procedimiento ordinario 754/2016), argumenta que concurre una apariencia de buen derecho que debe ser también valorada por la Sala.

Finalmente, añade que, teniendo en cuenta que se ejercita una acción pública y que carece de recursos económicos, no procede la exigencia de caución alguna, caso de accederse a la medida cautelar.

SEGUNDO.- Con carácter general debemos recordar que la regulación de las medidas cautelares contenida en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), responde a la idea de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva y por ello, como señala el Auto del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2004 (recurso de casación 77/2004), la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

Debemos igualmente señalar que el Tribunal Constitucional ha indicado que la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares en el seno del proceso contencioso administrativo responde, como en cualquier otro, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar

que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia, pero además, ha dicho que la «justicia cautelar» tiene en esta jurisdicción determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los tribunales, sin lo cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 1998, recurso de amparo 486/1997 y las allí citadas).

TERCERO. - El principal criterio para la adopción de las medidas cautelares, cualquiera que sea la que se interese, es que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición recurrida pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

De ahí que en el artículo 129.1 de la Ley de la Jurisdicción se faculte a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia y que en el artículo 130.1 se establezca que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar pueda acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad legítima al recurso, sin olvidar, como criterio que cierra el sistema, que la medida cautelar podrá denegarse, dice el artículo 130.2, cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Por todo ello, la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de circunstancias por parte del Tribunal, que requiere la necesidad de justificación y prueba de aquellas que pueden permitir efectuar la valoración de la procedencia de la medida, correspondiendo al interesado la carga de probar que daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la medida cautelar que solicita.

CUARTO. - Finalmente debemos también recordar que para la adopción de medidas cautelares, además de tener en cuenta la pérdida de la finalidad legítima del recurso, a lo que ya nos hemos referido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido también tomando en consideración el criterio del "fumus bonis iuris" o apariencia de buen derecho.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación nº 3785/2014) señala que el "fumus boni iuris" no alcanzó el rango de norma en la actual

Ley de la Jurisdicción, a diferencia de lo que se recogía en el proyecto sobre ese texto legal, pero ha sido plasmado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pues su artículo 728, que forma parte del título dedicado a las medidas cautelares, regula expresamente la "apariencia de buen derecho" como elemento de fundamentación de las medidas cautelares solicitadas.

A tal efecto el citado artículo 728 señala que el solicitante de medidas cautelares también puede presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, posibilitando igualmente, en defecto de justificación documental, que el solicitante proponga otros medios de prueba con el mismo fin.

Si bien es cierto que la jurisprudencia, como recuerda la Sentencia de 11 de julio de 2016, aconseja mesura en la aplicación de la "apariencia de buen derecho" con la finalidad de no anticipar en la medida cautelar la decisión de fondo.

QUINTO. - En el presente caso, lo que sostiene la parte que solicita la medida es que la aplicación de la Orden impugnada posibilita la caza de especies de la fauna silvestre sin contar con estudios científicos objetivos y actualizados que permitan, desde el punto de vista de conservación de la especie, la práctica de esa actividad.

Frente a ello, la parte demandada considera que no hay ningún principio de prueba de esta afirmación y que ninguna de las especies que pueden ser cazadas son especies protegidas.

A nuestro juicio este planteamiento que hace la Administración demandada es incorrecto, teniendo en cuenta los parámetros en los que la caza puede ser permitida.

En efecto, la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres considera que determinadas especies (las enumeradas en su Anexo II) debido a su nivel de población, a su distribución geográfica y a su tasa de reproducción en el conjunto de la Comunidad Europea pueden ser objeto de caza en el marco de la legislación nacional de cada Estado miembro.

Por otro lado, el Anexo V de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna silvestre establece las especies animales y vegetales de interés comunitario cuya recogida en la naturaleza y cuya explotación pueden ser objeto de medidas de gestión, siempre y cuando sean compatibles con el mantenimiento de tales especies en un estado de conservación favorable.

Por lo tanto, los daños pueden producirse en la medida en que se permita la caza de especies sin contar con información relativa al nivel de población, distribución geográfica y tasa de reproducción de las distintas especies silvestres y al grado de incidencia de la actividad cinegética en la conservación de las mismas.

Estos daños, de producirse, han de ser calificados de irreparables o de difícil reparación, que es el planteamiento que hace la parte actora, puesto que los ejemplares cazados no son recuperables.

Es importante recordar que la circunstancia de que una especie sea susceptible de ser cazada o ser objeto de gestión en abstracto (por no ser especie protegida en los términos que indica la Administración demandada) no significa que tales actividades puedan realizarse sin más, sino que es necesario que, además, no se vea afectada la conservación de la especie.

SEXTO. - Por todo ello es por lo que el criterio de la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris* adquiere en este caso una especial relevancia.

Hay que recordar que las especies a las que se refiere la orden anual de caza son las especies previamente declaradas cinegéticas por el Decreto 32/2015, de 30 de abril, por el que se regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de la fauna silvestre, que ha sido modificado por el Decreto 10/2018, de 26 de abril.

Dicha modificación viene en parte motivada por la Sentencia de 17 de mayo de 2017 (procedimiento ordinario 615/2015) que anuló determinados preceptos del Decreto 32/2015.

Por lo tanto, la relación entre este Decreto y la Orden aquí impugnada es clara, ya que solo pueden ser declaradas como especies cazables las que previamente hayan sido declaradas cinegéticas, declaración que exige contar con estudios objetivos científicos y actuales.

Esta Sala en el Auto de fecha 21 de febrero ha suspendido cautelarmente el Decreto 10/2018, de 26 de abril.

Dicho Auto pondera los intereses en conflicto, esto es, los daños derivados de la práctica de la caza para la fauna silvestre, sin contar con los estudios precisos que lo avalen y, por otro lado, los daños a los intereses económicos y sociales derivados de dicha actividad y concluye que resulta más necesitado de protección el primero, por su carácter más sensible y porque los daños a los que la Administración se refiere (y que en esta pieza reitera) son susceptibles de ser controlados por la propia Administración en el caso de que se produzcan.

En dicho Auto también se argumenta que no resulta inicialmente acreditada la existencia de informes actuales y

objetivos que avalen las especies que pueden ser cazadas, que fue la razón por la que se dictó la Sentencia de 17 de mayo de 2017, que anuló el Decreto 32/2015, porque el informe en el que se basa el Decreto 10/2018, de 26 de abril, que modifica el Decreto 32/2015 no colma las exigencias a las que se refería la Sentencia de 17 de mayo de 2017.

Y así se dice: "El examen de dicho informe (que no valoración) pone de manifiesto que ha sido realizado por una consultora contratada por la propia Administración (Consultora de Recursos Naturales, S.L.) y que es la misma que hizo el informe que presentó la codemandada en el procedimiento ordinario 615/2015.

Tal y como se expone en su introducción, para determinar el nivel poblacional de cada especie se han consultado las guías regionales sobre aves y mamíferos de los años 2001 y 2005 así como lo que denomina "sistema de censo, seguimiento y estudio de tendencias de las especies cinegéticas en Castilla y León".

Dicho sistema está compuesto por información resultante de determinadas bases de datos que recogen los aprovechamientos cinegéticos de cada especie a lo largo de las temporadas de caza (2001 hasta el 2017), COGE, también del banco de datos de la actividad cinegética en Castilla y León, CAZDATA (temporadas 1991 a 2017) y otros programas llevados a cabo por SEO/BirdLife (programa SACRE, programa SACIN) y de seguimiento de aves acuáticas.

También se ha utilizado el sistema de seguimiento de algunos animales de fauna silvestre realizado por los Agentes Medioambientales y Celadores de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León, así como la información de la propia actividad administrativa en materia de caza.

Pues bien, un examen de dichas fuentes pone de manifiesto que no son actuales, ya que se toman en consideración datos de los años 2001 y 2005,

Por otro lado, no consta que se hayan utilizado estudios científicos objetivos, ya que el llamado "sistema de censo, seguimiento y estudio de tendencias de las especies cinegéticas en Castilla y León" se nutre de una información recopilada para otros fines, y no específicamente para los fines a los que ha de servir el Decreto, todo ello sin perjuicio de la valoración que de dicho informe en relación a los demás medios probatorios se realice en el momento procesal oportuno".

El Auto de 21 de febrero recuerda también que la Sentencia de 17 de mayo de 2017 razonaba en su Fundamento de Derecho Octavo que la orden anual de caza no es norma con rango suficiente para valorar la utilización razonable de las especies ni para establecer su regulación equilibrada desde el punto de vista ecológico, que era el instrumento normativo al

que remitía el Decreto 32/2015 en su artículo 14, y que ésta era la misma situación que seguía produciéndose con la modificación de dicho Decreto.

También se recuerda que esa Sentencia de 17 de mayo se tuvo en cuenta para anular la Orden FYM/609/2016, de 28 de junio, por la que se aprobaba la Orden Anual de Caza (Sentencia de 7 de marzo de 2018, dictada en el procedimiento ordinario 754/2016).

Por lo tanto, aun cuando la Sentencia de 17 de mayo de 2017 no es una sentencia firme, (la de 7 de marzo, sí lo es), consideramos que dichas sentencias nos suministran importantes elementos de juicio para, sin prejuzgar el fondo del asunto, aplicar el criterio de la apariencia de buen derecho.

Cabe añadir que la Orden impugnada ha sido informada por el Consejo Regional de Medio Ambiente, conforme a lo previsto en el Decreto 1/2017, de 12 de enero, por el que se crea y regula el Consejo Regional de Medio Ambiente de Castilla y León, dándose la circunstancia de que dicho Decreto ha sido anulado por este Tribunal en Sentencia de 29 de diciembre de 2017, que hoy es firme.

Consiguientemente, habiéndose suspendido el Decreto 10/2018, de 26 de abril que modifica el Decreto 32/2015, de 30 de abril, por el que se regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León y siendo dicha norma la que da cobertura a la Orden aquí impugnada, es claro que debe igualmente accederse a la medida cautelar interesada.

SÉPTIMO. - De manera subsidiaria, la representación procesal de la Administración demanda interesa la prestación de caución suficiente por parte de la actora ante los daños y perjuicios derivados de la adopción de la medida y que estima en 8.000.000 de euros.

En principio, cabe decir como esta Sala ya ha dicho en ocasiones anteriores que la caución no resulta procedente cuando, como en este caso, se ejercita una acción pública en defensa e interés de toda la sociedad y en una materia como las que nos ocupa, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de defender intereses particulares.

Pero es que, además, en este caso concreto, dada la situación económica de la actora, la exigencia de una caución supondría de hecho impedirla acceder a la justicia cautelar que interesa, por lo que debe rechazarse la pretensión subsidiaria que deduce la Administración demandada.

OCTAVO. - De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción y pudiendo apreciar dudas de hecho y de derecho por la necesidad de hacer una rigurosa ponderación de todos los intereses en conflicto, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO. - Estimar la medida cautelar solicitada por la representación procesal del Partido Animalista contra el Maltrato Animal y como consecuencia de ello suspender la aplicación de la Orden FYM/728/2018, de 25 de junio, por la que se aprueba la Orden Anual de Caza.

SEGUNDO. - No imponer las costas a ninguna de las partes.

Líbrese oficio a la Consejería de Medio Ambiente al objeto de que por su titular y bajo su responsabilidad, adopte las medidas oportunas para su inmediato cumplimiento.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que este Auto no es firme y que cabe interponer contra el mismo recurso de reposición en el plazo de los 5 días siguientes a su notificación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mí, el/la Letrado de la Administración de Justicia, que doy fe.

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Felipe Fresneda Plaza frente al auto recaído en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento 1157/2018, incidente promovido por el PARTIDO ANIMALISTA CONTRA EL MALTRATO ANIMAL (PACMA) en relación con la Orden FYM/728/2018, de 25 de junio por la que se aprueba la Orden Animal de Caza. Dicho voto se emite con el máximo respeto para el criterio y decisión adoptados por la mayoría de mis compañeros de la Sala, y, reproduciendo los argumentos del voto formulado en el incidente de suspensión del procedimiento 755/2018, se sustenta en las siguientes razones:

PRIMERA. Como resulta de la doctrina general sobre la adopción de las medidas cautelares, son dos las causas por las que se puede llegar a la adopción de la medida cautelar:

a) Los perjuicios que son susceptibles de ser causados para los intereses públicos en juego y, por el otro, los privados, de forma tal que de la suspensión a acordar no se siguiera un grave perjuicio a los intereses generales, o la denegación de la misma no cause perjuicio al particular -de reparación imposible o difícil en dicción de la antigua ley de

27 de diciembre de 1956-, haciendo perder su finalidad legítima al recurso, "periculum in mora". El sopesar el perjuicio derivado de la suspensión del acto no ha de hacer perder de vista que el principio general es la presunción de validez del mismo, que exige como principio general la ejecutividad y que conlleva a que se justifiquen por quien demanda la suspensión cuáles sería los perjuicios que se causarían de proseguirse con dicha ejecutividad. En el presente caso dicho principio de ejecutividad se encuentra, además, reforzado, en cuanto que nos encontramos ante una disposición de carácter general, que como principio general, dados los intereses públicos ínsitos en la misma, demanda de suyo dicha ejecutividad. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2015 (Rec. 4233/2014) es expresiva de que la impugnación de las disposiciones de carácter general está sujeta a un régimen más riguroso en la aplicación de las medidas cautelares.

b) La apariencia de buen derecho, la cual se encuentra vinculada al fondo del asunto y su apreciación y análisis en una pieza de suspensión "solo es posible cuando se invoca un supuesto de nulidad radical "o que la apariencia del buen derecho en el recurrente sea palmaria y evidente », "habiéndose precisado por este Tribunal, en orden a la primera, que sólo «en los casos en que tal nulidad apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada una suspensión basada en la misma (la nulidad) y una vez acreditada la producción de daños y perjuicios» (Sentencias de 4 de noviembre de 1997 y 5 de marzo de 1998 entre otras)" y añade "«... es necesario que concurren una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y la falta de una argumentación sólida de la Administración que destruya aquella apariencia. El primero de los requisitos citados consiste en que en las actuaciones aparezcan datos relevantes que anuncien el buen éxito de la pretensión sin necesidad de efectuar un análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, ya que este estudio debe hacerse en el proceso principal» (Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1998, entre otras)".

También desde la perspectiva del "fumus boni iuris", como ya se expresaba con anterioridad, no puede efectuarse un análisis tan detallado de la cuestión de forma que con ello pueda resultar prejuzgado el fondo del asunto, pues la tutela inherente a la adopción de la medida cautelar se ha de efectuar de una forma sumaria y con vigencia provisional hasta la adopción de la resolución definitiva, pues en cuanto se hiciera de otra forma y se prejuzgara el fondo del asunto, se produciría la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías, que exige que estén presentes los

principios de contradicción y prueba (así se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997, que es citada por la Letrada de la Administración en el trámite de alegaciones a la adopción de la medida cautelar).

SEGUNDA. Para el desarrollo de las cuestiones previamente enunciadas se ha de partir de la consideración de que para interesar la suspensión de la Orden ahora impugnada se alegan los mismos argumentos que se efectuaban en la pieza separada de suspensión del procedimiento 755/2018, en el que se impugnaba el Decreto 10/2018, de 26 de abril por el que se modifica el Decreto 32/2015, de 30 de abril, es más se insiste en la falta de informes válidos y con el suficiente nivel de precisión que justifiquen en dicho Decreto el carácter cinegético de las especies. Se ha de decir, por ello, que la cuestión básica alegada por la parte actora, antes que a los perjuicios inherentes a la ejecutividad de la disposición general -que insistimos en que por su naturaleza reglamentaria ha de tener un plus reforzado en cuanto a su vocación de efectividad y vigencia-, se encuentra vinculada al fondo del asunto, por inexistencia de informes en los que se justifique la posibilidad de declarar cada una de las especies -todas ellas cinegéticas en abstracto, en cuanto no están sometidas a un régimen de especial protección- como cinegéticas en concreto, mas en este caso todo ello se encuentra vinculado al fondo del asunto, en cuanto que existan o no los informes que justifiquen el reiterado carácter cinegético de la especie. El aspecto del perjuicio inherente a la ejecución -en sí mismo considerado- es meramente marginal en el tratamiento que efectúa la parte actora, a no ser que sea deduciéndolo del perjuicio inherente al hecho que se dé muerte a los animales sobre los que se practica la acción de la caza.

Si es así, lo que estamos analizando es la concurrencia de los presupuestos que justifican el carácter cinegético que se ha atribuido a cada una de las especies, lo que se insiste no es tanto una perspectiva de perjuicio cuanto de "fumus". Desde esta óptica lo que no puede es invertirse el principio de carga de la prueba y partir de la consideración preconcebida de que en cuanto que no se ha justificado el estado de conservación de cada una de las especies -cuestión aun no analizada y que solo se puede hacer desde la óptica propia de esta "sumaria cognitio"-, de ello mismo deriva la irreversibilidad del perjuicio causado. Antes al contrario, el perjuicio debe concretarse en cada caso por la parte actora y nada encontramos sobre ello aparte de la consideración de que no se ha justificado en los informes adecuados el carácter cinegético de las especies en atención a los previos estudios que han de justificar el reiterado carácter cinegético.

En todo caso, no puede compartirse como afirmación apodíctica que la conservación de la fauna silvestre es el interés más necesitado de protección, pues dichos intereses necesitados de protección se han de deducir del ordenamiento objeto de aplicación, y también ha de entenderse que incluso la protección de la fauna se ha de efectuar bajo el control de la Administración -una de cuyas medidas es su posibilidad de caza-, como es propio de la amplia intervención que sobre la materia se efectúa en la actualidad con habilitación legal.

En este aspecto, antes que la alegación general que sobre el particular se ha efectuado por el Partido recurrente, a falta de otros elementos probatorios hemos de estar a lo que se concreta al respecto en el informe del Jefe del Servicio de Caza y Pesca, en el que se alude a los perjuicios de la suspensión de la actividad cinegética en Castilla y León, informe que es aportado por la Administración en trámite de alegaciones, y en el que se expresa:

“La actividad cinegética prevista en Castilla y León para la temporada 2018/2019 en modo alguno compromete o perjudica la conservación de las especies a las que va dirigida.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta tanto los datos de que dispone la Administración del seguimiento continuado de las mismas, que forman parte del expediente administrativo del Decreto impugnado, así como los datos de capturas comunicados por los titulares cinegéticos, es posible afirmar que en las últimas temporadas cinegéticas se han mantenido o incluso, en muchos casos, incrementado sus niveles poblacionales en la Comunidad de Castilla y León...

Y añade: El estado de conservación de estas especies no se verá alterado como consecuencia de la práctica de la caza. Se considera, por el contrario que “la actividad cinegética se erige en el procedimiento idóneo y adecuado para contribuir también a su propia sostenibilidad”.

También se ha de considerar que el control poblacional de las especies se encuentra interrelacionado con la caza, ya que en el informe aportado como número dos del mismo Jefe del Servicio se reputa como en ocasiones el control poblacional de unas especies incide en la protección o fomento de otras, al expresar que *“de acuerdo con lo estipulado en los apartados a) b) y c) del artículo 17 de este Decreto, y que*

podrá ser realizado en cualquier época del año, ordinariamente con los medios autorizados para la caza en los artículos 2 a 7 de la misma Norma (armas de fuego, arcos, armas blancas, perros, cetrería y hurones), y excepcionalmente con los métodos de captura homologados conforme a lo especificado en la letra g) del artículo 65 (anterior 62) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad”.

El propio informe añade:

“Ha de desatacarse que episodios de superpoblación como los que pueden derivarse, caso de no desarrollarse el control poblacional de las especies cinegéticas, especialmente unguados silvestres, ponen en peligro la disponibilidad de recursos tróficos para otras especies protegidas y ocupan territorios y nichos ecológicos de otras especies de menor tamaño que compiten por el hábitat, amén de consumir directamente especies vegetales protegidas”.

Como corolario del reiterado informe hemos de estar a lo que se concreta los perjuicios que se derivarían de la suspensión, cuales son:

- “1. Daños a los ecosistemas y a la fauna protegida:*
- 2. Siniestralidad viaria: Accidentes ocasionados por la fauna cinegética y víctimas derivadas de los mismos.*
- 3. Impacto económico para los titulares cinegéticos*
- 4. Impacto negativo en la economía y el empleo de Castilla y León*
- 5. Daños en la agricultura*
- 6. Daños a la sanidad animal, al sector ganadero y riesgos para la salud de las personas*
- 7. Perjuicios para la hacienda pública”.*

Se ha de entender, por todo ello, que la mera invocación de la necesidad de la conservación de las especies no puede prevalecer frente a la especificidad de los perjuicios que se detallan en los expresados informes, de los que se infiere que con la caza se atiende también a la conservación de la fauna, sin olvidar que la concreción de la específica forma de caza y el control poblacional se efectúa en las órdenes de caza de desarrollo, no siendo, así, agotador el contenido del Decreto impugnado en esta materia. Al respecto ha de decirse que la parte recurrente mezcla posibles deficiencias en la Orden de Caza a que se contrae el presente recurso, y que se ha impugnado coetáneamente con el Decreto 10/2018, de 26 de abril, con las que imputa a éste, con referencia -como se ha dicho- a la falta de estudios sobre la evolución de cada una

de las especies -aspecto del que, por otro lado, se discrepa-, limitándose a expresar que la no suspensión crea un perjuicio de carácter irreparable. Frente a este planteamiento se ha estar a la concreción de los perjuicios antes referidos.

TERCERA. La segunda causa por la que se ha abordado la suspensión es la relativa a la aplicación de la doctrina del "fumus boni iuris", y ello porque a juicio del recurrente (con referencia a la Orden Anual de Caza de 2016 antes que al Decreto impugnado, que fue "anulada por Sentencia 229 de 7/3/18 dictada por este Tribunal) concurre una *"inexistente e insuficiente acreditación de los estudios técnicos y científicos que, respecto de las especies que la Administración hizo constar en aquél entonces como cinegéticas y cazables:*

- 1). Los niveles poblacionales,*
- 2). La distribución geográfica y*
- 3). El índice de reproductividad".*

Como se ve, se alude a la falta de justificación, a través de los pertinentes estudios en los que se fundamenten los presupuestos necesarios para declarar las especies como cinegéticas.

Este argumento, en contra del criterio mantenido por el auto respecto al que se formula el presente voto particular, no puede admitirse, y ello porque no ha de olvidarse que nos encontramos ante la adopción de una medida cautelar, y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo que anteriormente se ha analizado, la posibilidad de proceder a la aplicación de la misma requiere que exista un supuesto de nulidad radical fácilmente apreciable, sin que quepa efectuar un estudio complejo que prejuzgue el fondo del asunto, en cuyo caso se estaría también causando indefensión a la parte -la Administración- que propugna la ejecutividad del acuerdo.

Pues bien, en el presente caso, frente a lo que se alega en el cuarto otrosí de la demanda, que es exclusivamente en el que se propugna la adopción de la medida cautelar, existen estudios que, dentro de lo que ha de ser el análisis propio de la resolución de este incidente, avalan que el Decreto 10/2018, de 26 de abril, base de la Orden ahora impugnada, no se encuentra viciado de una nulidad de pleno derecho fácilmente constatable, sin necesidad de penetrar en un juicio exhaustivo de fondo, que en esta fase, como se ha dicho, esta vetado en cuanto supone prejuzgar la decisión definitiva que se adopte, siendo esta última la única en la que se puede

realizar un análisis pormenorizado del contenido de estos estudios. Los reiterados estudios son:

-El elaborado por Sáenz de Buruaga M. y Canales F. 2017. Especies cinegéticas en Castilla y León. Bases científico-técnicas para su declaración mediante Decreto de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León. Inédito de Consultora de Recursos Naturales para Dirección General del Medio Natural. Consejería de Fomento y Medio Ambiente, Junta de Castilla y León. 384 páginas.

-El también elaborado por Sáenz de Buruaga M. y Canales F. 2018. Especies cinegéticas en Castilla y León. Consideraciones técnicas para la regulación de su aprovechamiento mediante Orden Anual de Caza-Temporada 2018/2019. Inédito de Consultora de Recursos Naturales para Dirección General del Medio Natural. Consejería de Fomento y Medio Ambiente, Junta de Castilla y León. 230 páginas.

Se insiste en que con la mera existencia de estos informes basta a los efectos de entender que se encuentra acreditada la existencia de estudios que avalan las determinaciones sobre el estado de conservación de las especies que se declaran como cinegéticas, teniendo en cuenta la futilidad argumentativa de la parte proponente de la medida cautelar, que se limita a negar su validez, arguyendo que son mera reiteración de otros precedentes. Mas en todo caso, se ha acompañado a las alegaciones de la Letrada de la Administración, como documento número 2, informe del autor de los reiterados estudios, que avalan que el estado de conservación de las especies es el adecuado para permitir su declaración como cinegéticas. En dicho informe se expresa:

"Lo que se dice en estos trascendentes párrafos -en referencia a las alegaciones contenidas en el otrosí 4º de la demanda- es del todo falso, y ello es tan fácil comprobarlo como leer el documento. Y es que para cada especie se incluye un apartado denominado, precisamente, 'Nivel poblacional / Distribución geográfica', que repasa la distribución y efectivos en época estival e invernal y su tendencia en Castilla y León, España y Europa. Para Castilla y León se dispone de la información disponible en el denominado 'sistema de censo, seguimiento y estudio de tendencias de las especies cinegéticas en Castilla y León', el cual se describe al final de la parte introductoria del informe (páginas 9-14) y que incluye datos actualizados sobre población y tendencias. Estos datos llegan, en muchos casos, hasta incluso el propio año 2017, esto es, cuando se elabora el informe. Reiteremos, comprobar esto es

tan sencillo como leer el informe en su conjunto, los apartados específicos en particular y tener en cuenta, obviamente, la bibliografía y referencias manejadas.

Ignora este profesional que suscribe qué se desea decir con lo de "... evidente ausencia de los estudios poblacionales reales y actuales de cada una de las especies..." pero como profesional de la biología desde hace más de 30 años y director de una de las empresas del sector con más trayectoria en España, puedo afirmar que los datos manejados en ambos informes no solo no pueden ser calificados de obsoletos o no actuales sino que están dentro el rango que habitualmente se maneja en la disciplina que aquí se discute. Y llegados hasta aquí me preocupa, también como profesional de la biología, qué significa lo de "...estudios... reales". La realidad de los estudios la marcan las referencias bibliográficas y el hecho de que existan; se dice ello por cuanto este profesional también ha asistido en alguna ocasión al intento de derribar estudios que no se acoplan a lo que se desea una u otra parte (algo sin duda perverso en el ámbito de la ciencia). Si "actual" quiere interpretarse como anual o similar no solo es falso en la disciplina que nos ocupa sino que sería iluso que en cualquier país del mundo hubiera una información anual, bienal, trianual... para cada especie y para cada uno de los aspectos bioecológicos que dinamizan los ciclos biológicos. Pero es que encima ya hemos visto, buena parte de la información analizada llega incluso hasta 2017".

En el auto en el que se adopta la medida cautelar se ha profundizado en el análisis de las fuentes empleadas para la elaboración de los estudios -lo que se insiste en que desborda lo que debe ser el análisis de una medida cautelar-, contradiciendo lo argumentado en el expresado informe, que expresa que se ha llegado incluso hasta el año 2017. Dicha contradicción del estudio debe, en su caso, efectuarse a través de una prueba adecuada, como es la pericial. Pero aún así, incluso el propio auto es demostrativo de que las fuentes empleadas son objetivas y válidas. En él, efectivamente, se alude como fuente a bases de datos que recogen los aprovechamientos cinegéticos de 1.991 a 2017, como son las que se denominan COGE y CAZDATA, o el seguimiento de animales de fauna silvestre efectuados por los Agentes Medio Ambientales, o el denominado "sistema de censo, seguimiento y estudio de tendencias de las especies cinegéticas en Castilla y León", respecto al que se dice en el auto que su inadecuación a los efectos justificativos pretendidos derivaría del hecho de que es una información recopilada para otros fines.

Por nuestra parte discrepamos de este criterio -con todo el respeto que se merece el razonamiento del auto- por cuanto no entendemos que estos estudios y fuentes objetivas no puedan ser válidas para justificar el estado de conservación de las especies, a no ser que se exigiera un estudio de campo "ad hoc" practicando un conteo de los animales de cada especie, lo que desbordaría ampliamente lo que ha de ser exigido, pues aun siendo una cuestión técnica, se ha de entender que ello supera los medios con que cuenta la Administración, por lo que se han de poder utilizar las fuentes y datos ya existentes, aunque fueran confeccionados para fin distinto.

CUARTA. La alegación de que la composición del Consejo Regional de Medio Ambiente, que emitió dictamen previo sobre el contenido de la resolución recurrida en el ámbito de sus competencias -aparte de ser una cuestión vinculada al fondo del asunto e impropia de este procedimiento incidental-, tampoco puede ser acogida, pues como se razona en las alegaciones de la Letrada de la Administración demandada ello es un dato erróneo, ya que el Decreto 10/2018 impugnado se sometió al Consejo Regional de Medio Ambiente de Castilla y León, constituido de conformidad con lo dispuesto en la nueva normativa que sustituyó al Decreto 2/2015, que fue el anulado por la Sala por la sentencia de 18 de abril de 2.016. No se aplicó, por lo tanto, la composición originaria del Consejo.

QUINTA. Finalmente, ha de decirse que el hecho de que la disposición impugnada se haya adoptado tras la sentencia de esta Sala de 17 de mayo de 2017 -recurso 615/2015- no puede suponer que nos encontremos ante una suerte de ejecución más o menos disimulada de esta sentencia, que no es firme, pues nada empece a que la Administración, en uso de su potestad reglamentaria, pueda adoptar una disposición nueva cumplimentando los criterios que derivan de dicha sentencia, y ello aunque la misma carezca de firmeza, al encontrarse en la actualidad impugnada ante el Tribunal Supremo. Se ha de estar, por lo tanto, a los fines que se concretan en el preámbulo del Decreto impugnado que sobre esta cuestión expresan:

"Por otro lado, la Sentencia n.º 604, de 17 de mayo de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid declaró la nulidad del artículo 9.4 del Decreto 32/2015, de 30 de abril, en lo relativo a la modalidad de caza en espera o aguardo, concretamente en materia de caza de palomas en pasos tradicionales y caza de acuáticas desde puestos fijos, de los artículos 13 y 14 referentes a la declaración de especies cinegéticas y de especies cazables, del artículo 15 en materia de la discrecionalidad de la

autorización de la caza en días de fortuna y/o en terrenos cinegéticos cubiertos de nieve, del artículo 19 apartado 1 letras a) y b) en materia de controles poblacionales sobre urraca y corneja en abril y mayo y sobre estornino pinto en septiembre y octubre, y del Anexo donde se definen los períodos de aprovechamiento de las especies cinegéticas de Castilla y León así declaradas en el mismo decreto. Por ello, se ha tratado de adaptar la regulación contenida en estos preceptos a los criterios fijados en esta sentencia modificando el artículo 15 para incluir unos aspectos estables en los que la actividad de cazar podrá llevarse a cabo complementando así el régimen de protección de estas especies establecido tanto en la Ley 4/1996, de 12 de julio, y en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, en aras a garantizar su estado de conservación y utilización razonable”.

También en los informes que han justificado el carácter cinegético de las especies anteriormente aludidos se alude a esta cuestión, expresando que se han generado en ejecución de la expresada sentencia, mas ello no puede -salvo que se adopte algún tipo de perjuicio sobre la actuación de la Administración- servir para cuestionar el contenido del Decreto, que es en sí mismo válido en tanto que dicha presunción de validez no sea destruida por la resolución de fondo de carácter definitivo que se adopte.

Por todos los razonamientos precedentes el incidente de suspensión solicitado debió ser íntegramente desestimado.

En Valladolid a 26 de febrero de 2019.

Fdo. Felipe Fresneda Plaza.”

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En VALLADOLID, a siete de marzo de dos mil diecinueve.

**LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
D^a ANA MARÍA RUIZ POLANCO**

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.