



Roj: **SAN 4799/2018 - ECLI:ES:AN:2018:4799**

Id Cendoj: **28079230012018100574**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2018**

Nº de Recurso: **862/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000862/2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06075/2016

Demandante: JAMMA PEIX S.L.

Procurador: LUIS ORTIZ HERRAIZ

Letrado: MARC GONZÁLEZ SABATER

Demandado: MINISTERIO DE AGRICULTURA ALIMENTACION Y MEDIO AMBIENTE

Codemandado: FUNDACIÓN OCEANA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a treinta de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 862/16, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Ortiz Herráiz, en nombre y representación de la mercantil **JAMMA PEIX, S.L.**, contra la Orden AAA/1479/2016, de 7 de septiembre, por la que se establece una zona protegida de pesca en el área del Canal de Menorca y se modifica la Orden AAA/1504/2014, de 30 de julio, por la que se establecen zonas protegidas de pesca sobre determinados fondos montañosos del Canal de Mallorca y al este del Parque Nacional Marítimo-Terrestre del Archipiélago de Cabrera. Han sido partes **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado



del Estado, y **LA FUNDACIÓN OCEANA**, representada por el Procurador de los Tribunales don Jorge Laguna Alonso. La cuantía del recurso quedó fijada en indeterminada.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso, y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 2 de octubre de 2017 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia por la que se declarara la: "A).- **NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA DISPOSICIÓN ADMINISTRATIVA RECURRIDA POR VULNERAR LEYES Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE RANGO SUPERIOR** (art. 62.2 Ley 30/1992).

B) **RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA INDIVIDUALIZADA, A LOS EFECTOS DE RESARCIR A MI MANDANTE DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA DISPOSICIÓN OBJETO DE RECURSO-** (art. 71.1, apartados b) y d) de la LRJCA)".

SEGUNDO .- Formalizada la demanda, se dio traslado de la misma a las partes demandadas para que la contestaran en el plazo de veinte días, lo que realizaron mediante los pertinentes escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimaron pertinentes, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO .- Mediante Auto de 12 de abril de 2018 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose la prueba pericial propuesta por la entidad actora y parte de la prueba documental propuesta por la parte codemandada, desestimándose por Auto de 24 de mayo de 2018, el recurso de reposición formulado por la parte codemandada. Posteriormente, se concedió el plazo de diez días a las partes para la formulación de conclusiones, y, una vez presentados los correspondientes escritos por las partes, quedaron los autos conclusos para sentencia señalándose para votación y fallo para el día 27 de noviembre del año en curso, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. Don **FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte demandante impugna la Orden AAA/1479/2016, de 7 de septiembre, por la que se establece una zona protegida de pesca en el área del Canal de Menorca y se modifica la Orden AAA/1504/2014, de 30 de julio, por la que se establecen zonas protegidas de pesca sobre determinados fondos montañosos del Canal de Mallorca y al este del Parque Nacional Marítimo-Terrestre del Archipiélago de Cabrera.

La parte actora alega, en síntesis, lo siguiente: a) La Orden impugnada es una norma reglamentaria de contenido jurídico sustantivo de naturaleza ejecutiva, dictada en cumplimiento o ejecución de un Reglamento comunitario, y, consiguientemente, conlleva la falta de competencia del Ministro para dictar la Orden recurrida, ya que tenía que ser el Gobierno; b) vulneración del art. 22, apartados 2 y 3 de la Ley Orgánica 4/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en concordancia con lo establecido por el art. 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al faltar el dictamen del Consejo de Estado; c) vulneración del art. 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por ausencia de memoria económica, y de informes de análisis del impacto económico de la norma y repercusión presupuestaria, d) la falta de acreditación del requisito de necesidad de la norma y supuesta inexistencia de alternativas (art. 24.1.a) de la Ley 50/1997), y e) impacto económico sobre la Cofradía y su flota, reclamándose daños y perjuicios (arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992).

SEGUNDO .- Los motivos de impugnación suscitados en la demanda, son los mismos que se adujeron en el recurso nº. 855/2016, seguido en esta Sala, que tenía por objeto la misma Orden Ministerial, y en el que ha recaído recientemente, sentencia desestimatoria con fecha 23 de noviembre de 2018, por lo que nos remitimos a lo declarado al respecto.

En este sentido dijimos, que los primeros motivos de impugnación suscitados por la parte actora, como son el error en el título legal habilitante, la falta de competencia del Ministro para dictar la orden, y la ausencia de dictamen de Consejo de Estado, hacen referencia a la naturaleza de la Orden Ministerial objeto del presente recurso, que según la parte actora, es una disposición reglamentaria de carácter ejecutivo.

En el art. 37 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en el marco de la Política Pesquera Común, en el Considerando 14, se dispone: "*Deben prohibirse o someterse a una regulación más estricta los artes de pesca demasiado dañinos para el medio ambiente marino o que provocan el agotamiento de ciertas poblaciones*".



En aplicación del citado Tratado se dictó el Reglamento (CE) número 1967/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, relativo a las medidas de gestión para la explotación sostenible de los recursos pesqueros en el Mar Mediterráneo, y por el que se modifica el Reglamento (CE) número 2847/93 y se deroga el Reglamento (CE) número 1626/94, que fija entre sus objetivos el establecer un marco de gestión eficaz para la protección estricta de determinadas especies marinas, así como la conservación de determinados hábitats y ecosistemas marinos.

Así, en el art. 4.2 del citado Reglamento prohíbe la pesca con redes de arrastre, dragas, jábegas o redes similares por encima de hábitats de coralígeno y de mantos de rodolitos, y establece en su art. 4.6 la necesidad de contar con la adecuada recopilación de la información científica con vistas a la identificación y la descripción cartográfica de los hábitats que hayan de ser protegidos en el marco de las obligaciones establecidas en dicho Reglamento. Por otro lado, en su art. 7, establece las condiciones en que cada Estado miembro podrá designar, en sus aguas territoriales y comunicar a la Comisión Europea, zonas protegidas de pesca para conservar y gestionar los recursos acuáticos vivos o mantener o mejorar el estado de conservación de los ecosistemas marinos, entendiéndose por tales zonas, aquellas áreas delimitadas geográficamente en que se prohíben o restringen, temporal o permanentemente, la totalidad o una parte de las actividades pesqueras.

Por otro lado, la Orden AAA/1299/2014, de 9 de julio, aprobó la propuesta de inclusión en la lista de lugares de importancia comunitaria de la Red Natura 2000 de los espacios marinos ESZZ16001 Sistema de cañones submarinos occidentales del Golfo de León, ESZZ16002 Canal de Menorca, ESZZ12002 Volcanes de fango del Golfo de Cádiz y ESZZ12001 Banco de Galicia, proponiéndose a la Comisión Europea, entre otras, el área del Canal de Menorca para su declaración como lugar de importancia comunitaria (LIC).

El citado Canal de Menorca se sitúa entre las islas de Mallorca y Menorca, en el archipiélago Balear, y está formado por una plataforma continental subhorizontal con profundidades medias de 80 m y una profundidad máxima de 130 m. Presenta una pendiente suave hacia el noroeste, estando limitada al norte y al sur por taludes pronunciados. Los fondos de esta plataforma presentan una alternancia de fondos sedimentarios detríticos calcáreos de origen biogénico, formados por arenas, cascajos y gravas. En la plataforma también se dan en grandes extensiones los fondos de rodolitos o fondos de máerl, formados por el crecimiento de algas calcáreas de vida libre, y en ocasiones con especies similares a las que forman el coralígeno, que constituyen uno de los hábitats de mayor biodiversidad del Canal. En las áreas colindantes con la costa del piso infra litoral, se dan praderas de la fanerógama marina *Posidonia oceanica* sobre fondos arenosos y afloramientos rocosos.

El art. 5 de la citada Orden AAA/1299/2014, de 9 de julio, señala que, en aplicación de la normativa sectorial específica en el ámbito pesquero sobre zonas y hábitats protegidos, se establecerá una zonificación de dichas actividades con base en un adecuado análisis de la información científica y del cartografiado disponible.

A estos efectos, para la zonificación de la zona restringida establecida en la Orden recurrida, se ha tenido en cuenta las definiciones de "hábitat de coralígeno" y "manto de rodolitos" establecidas en el art. 2 del Reglamento (CE) número 1967/2006 del Consejo, donde se establece un criterio de presencia predominante de este tipo de hábitats. En el Canal de Menorca, los estudios de cartografía bionómica han permitido diferenciar los mantos de rodolitos en base a su porcentaje de cobertura, pudiéndose diferenciar las áreas con un porcentaje mayor del 50% y las que presentan un porcentaje menor del 50%, considerados a los efectos de esta norma como fondos "de baja predominancia" o donde no se da una presencia predominante de este tipo de hábitat.

El Reglamento 1967/2006 define en su art. 2, apartados 12) y 13), los conceptos "hábitats de coralígeno" y "mantos de rodolitos", de la siguiente forma:

12 "hábitat de coralígeno": una zona en que el lecho marino (que) se caracteriza por la presencia predominante de una comunidad biológica específica llamada "coralígeno", o donde dicha comunidad ha existido y plantea la necesidad de medidas de restablecimiento. El término colectivo "coralígeno" designa una estructura biogénica muy compleja generada por la constante yuxtaposición, sobre un sustrato rocoso o duro preexistente, de estratos calcáreos resultantes principalmente de la construcción por encostramiento de algas rojas coralinas calcáreas y organismos animales como los poríferos, ascidios, cnidarios (corales duros, abanicos de mar, etc.), briozoos, serpúlidos y anélidos, junto con otros organismos que producen la fijación de piedra caliza;

*13 "manto de rodolitos": una zona en que el lecho marino (que) se caracteriza por la presencia predominante de una comunidad biológica específica llamada "rodolitos", o donde dicha comunidad ha existido y plantea la necesidad de medidas de restablecimiento. El término colectivo "rodolitos" designa una estructura biogénica producida por diversas especies de algas rojas coralinas (coralináceas) que tienen esqueletos duros calcáreos y que crecen sobre el lecho marino como algas coralinas vivas, no sujetas al sustrato y constituidas por ramas, ramilletes o nódulos, formando acumulaciones en las ondas del lecho marino de marismas o marjales. Los mantos de rodolitos se componen normalmente de un alga roja o de una combinación variable de ellas, en particular *Lithothamnion coralloides* y *Phymatolithon calcareum*".*



TERCERO.- En cuanto a la naturaleza de la disposición que estamos analizando, declaramos en la Sentencia de 1 de diciembre de 2015 -recurso nº. 416/2013-, invocada por la parte actora, lo siguiente: <<Tal y como afirma la STS de 23 de enero de 2013, rec. 589/2011 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, es indudable que, desde el punto de vista formal, el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 de la Ley 50/1997 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>), y que los trámites ahí contemplados constituyen límites formales de dicha potestad y habilitan para el control judicial de su ejercicio, atribuido el artículo 106 de la Constitución , en relación con el <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> 26 de la Ley 50/1997 y el 1º de la 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción.

La observancia de este procedimiento tiene, por tanto, un carácter ad solemnitatem, de modo que, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte.

En particular, en relación con la hermenéutica del art. 24 apartado 1, letra a), de la Ley del Gobierno , existe doctrina jurisprudencial consolidada que resumimos a continuación, expuesta por las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, recurso de casación 6513/2009 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, y de 13 de mayo de 2009 , recurso ordinario 131/2007, donde se citan otros precedentes relevantes como las sentencias de 5 de mayo de 2009, recursos ordinarios 133/2007 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> y 128/2007 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, 29 de abril de 2009, recurso ordinario 132/2007, y 27 de noviembre de 2006 (Pleno de la Sala Tercera), recurso contencioso-administrativo 51/05..

Por lo que se refiere a la omisión de trámites, la jurisprudencia (contenida, entre otras, en las sentencias de 10 de octubre de 1991 , recurso 658/1990, de 14 de octubre de 1992 , recurso 4484/1990, de 15 de octubre de 1997 , recurso 1483/1993, de 17 de marzo de 2000 , recurso 2686/1996, de 19 de febrero de 2002 , recurso 184/1999, de 28 de diciembre de 2005 , recurso 5129/2002, de 24 de febrero de 2010 , recurso 6861/04 , y de 6 de julio de 2010 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, recurso 446/2008 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>), subraya que para que proceda la nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/92 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> modificada por la Ley 4/99, es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, es decir, palpable y a todas luces evidente e inequívoca, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental.

De modo que por lo que se refiere a los informes preceptivos, afirma la citada sentencia de 23 de enero de 2013 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, debemos atender a la finalidad que estos cumplen y la trascendencia de su ausencia, pues su finalidad es contribuir al acierto y legalidad de texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación puede ser analizada y enriqueciendo dicha disposición mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas, por estar afectados los intereses representados por ellas.

Por ello, solo cuando la omisión de trámites del procedimiento previsto para la elaboración de las disposiciones generales o su defectuoso cumplimiento se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, conllevará la nulidad de la disposición que se dicte.

Esta finalidad se traduce en una garantía ad extra, en la que se inscriben tanto la audiencia a los ciudadanos, directa o a través de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley, prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997 , como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, y en una garantía interna, encaminada a asegurar tanto la legalidad como el acierto de la regulación reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997 (SSTS de 13 de noviembre de 2000 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, rec. 513/1998, de 23 de septiembre de 2003 , rec. 43/2002, de 26 de septiembre de 2003 , re. 46/2002, de 29 de septiembre de 2003 , rec. 45/2002, de 17 de diciembre de 2004 , rec. 2371/2001 , y de 6 de mayo de 2009 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, rec. 1883/2007 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>, entre otras).

Por tanto, el nivel de exigencia y rigor con que ha de valorarse el incumplimiento de alguno de sus trámites debe atemperarse a las circunstancias concretas que concurran en cada caso en cada una de las disposiciones en las que se obliga a cumplir con este procedimiento, exigencia que compete respetar a quienes elaboren la norma,



y en ello influirán de modo decisivo el objeto de cada disposición y las finalidades que cumplan (STS de 6 de mayo de 2009, rec. 1883/2007 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>).

En particular, por lo que respecta a la ausencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado la jurisprudencia no ha reputado necesarios los dictámenes preceptivos de los órganos consultivos cuando los reglamentos en fase de elaboración eran meramente "organizativos", por contraposición a los "ejecutivos", considerando que es a estos últimos a los que se refiere el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> (LOCE), cuando prevé este informe preceptivo respecto de "Reglamentos o disposiciones de carácter general que dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones".

Así es, siguiendo la doctrina expuesta en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009, Rec. 992/2007 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> , y de 19 de marzo de 2007, Rec. 1738/2002 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> , cabe afirmar que para determinar si es o no exigible el informe del Consejo de Estado o, en su caso, del correspondiente Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma, resulta necesario distinguir los llamados "reglamentos ejecutivos" de los "reglamentos organizativos".

Así, son reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba "Reglamentos de ley" y se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, los acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley, y, en segundo lugar, en que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico. En consecuencia, no deben ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE, los Reglamentos "secundum legem" o meramente interpretativos, entendiéndose por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice; los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos y los Reglamentos independientes que -"extra legem"- establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración (SSTS de 13 de octubre de 2005 , Rec. 68/2003, de 11 de octubre de 2005 , Rec. 63/2003 , y 9 de noviembre de 2003 , Rec. 61/2003).

Los denominados reglamentos organizativos se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, de las potestades expresamente reconocidas en la Ley (STS de 6 de abril de 2004, Rec. 4004/2001 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>), sin perjuicio de que pueda afectar a los derechos de los administrados en cuanto se integran de una u otra manera en la estructura administrativa (STS de 27 de mayo de 2002, Rec. 666/1996 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>).

En este mismo sentido, la STS de 31 de mayo de 2011, Rec. 5345/2009 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> , precisa lo siguiente:

"sobre la condición de Reglamento ejecutivo a la que se vincula el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado se han observado algunas divergencias jurisprudenciales: mientras en unas ocasiones se atiende a una concepción material, comprendiendo en el concepto aquellos Reglamentos que de forma total o parcial "completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan" una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia, en otras se da cabida también, en una perspectiva formal, a los Reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. Resultarían, por tanto, excluidos del informe preceptivo del Consejo de Estado, únicamente, los proyectos ya informados que son objeto de alguna modificación no esencial, los Reglamentos independientes, autónomos o praeter legem, y, en especial, los Reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno y los Reglamentos de necesidad".

Antes de proceder al examen de la naturaleza del reglamento impugnado, conviene hacer hincapié en la singular relevancia de la intervención del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, mediante la emisión de dictamen preceptivo. Tal intervención constituye una garantía de naturaleza preventiva que tiene por objeto asegurar en lo posible el sometimiento de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la ley y el Derecho que proclama el artículo 103.1 CE <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> , introduciendo mecanismos de ponderación, freno y reflexión que son imprescindibles en dicho procedimiento de elaboración. De hecho su función consultiva se centra en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, valorando los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines, como señala el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado <https://www3.poderjudicial.es/>



search/juez/inde x.jsp (STS de 24 de marzo de 2009, Rec. 3563/2005 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>).

Por consiguiente, la ausencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una disposición general debe reputarse un vicio sustancial que determina la nulidad de pleno derecho de la disposición general que lo padezca, tal y como ha reiterado nuestra jurisprudencia (SSTS de 17 de julio de 2009 , Rec. 1031/2007, de 24 de noviembre de 2009 , Rec. 11/2006 , y de 1 de junio de 2010 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> , Rec. 3701/2008 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> , entre otras)>>.

CUARTO.- Por tanto, conforme a lo expuesto, para reconocer naturaleza de reglamento ejecutivo a la Orden recurrida, resulta necesario que la disposición general desarrolle, complete o ejecute una norma con rango legal, innovando el ordenamiento jurídico.

Pues bien, la finalidad de la Orden Ministerial impugnada es el establecimiento de una zona protegida de pesca en el área del Canal de Menorca, para preservar hábitats de especial interés de coralígeno y mantos de rodolitos, existentes en determinadas zonas del fondo marino del Canal de Menorca, y prohibir las modalidades de pesca establecidas en el art. 4.2 del Reglamento (CE) 1967/2006 en la zona que se delimita.

Conforme a lo expuesto, la Orden es la consecuencia de la inclusión del Canal de Menorca en la Red Natura 2000, por la Orden AAA/1299/2014, de 9 de julio, por la que se aprueba la propuesta de inclusión en la lista de lugares de importancia comunitaria de la Red Natura 2000, dictada como la Orden que nos ocupa en virtud del Reglamento (CE) n.º 1967/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, que en su art. 5 se preveía para el espacio propuesto como LIC ESZZ16002 Canal de Menorca, el establecimiento de una zonificación de dichas actividades en base a un adecuado análisis de la información científica y del cartografiado disponible.

Y el referido Reglamento, en su art. 4.2, prohíbe la pesca con redes de arrastre, dragas, jábegas o redes similares por encima de hábitats de coralígeno y de mantos de rodolitos.

Es más, ya la Orden AAA/2808/2012, de 21 de diciembre, por la que se establece un Plan de Gestión Integral para la conservación de los recursos pesqueros en el Mediterráneo afectados por las pesquerías realizadas con redes de cerco, redes de arrastre y artes fijos y menores, para el período 2013-2017, en su art. 9 establecía, en relación con las zonas y hábitats protegidos: *"1. Queda prohibida la pesca con redes de cerco y redes de arrastre sobre los lechos de Posidonia oceanica u otras fanerógamas marinas, en los fondos coralígenos y de maërl, salvo para aquellas autorizaciones que, en su caso, pudieran concederse en el marco de las excepciones que contempla el párrafo segundo del artículo 4.1, del Reglamento (CE) n.º 1967/2006, del Consejo, de 21 de diciembre de 2006 , única y exclusivamente para aquellas pesquerías sujetas a un plan de gestión que hubiera sido aprobado en virtud del artículo 19 del referido reglamento.*

2. En ningún caso podrá autorizarse, si dichos hábitats se han clasificado como parajes de la Red Natura 2000, zonas especiales protegidas, zonas especiales protegidas de importancia para el Mediterráneo (ZEPIM) o se trata de áreas sujetas a cualquier otra forma de protección".

Por lo que la Orden Ministerial no se puede considerar, como pretende la parte recurrente, que se un reglamento que desarrolle, complete o ejecute una ley, pues nos encontramos ante una Orden que se limita a determinar una zona protegida de pesca en el área del Canal de Menorca para preservar hábitats de especial interés de coralígeno y mantos de rodolitos, existentes en determinadas zonas del fondo marino del Canal de Menorca, zona que estaba ya incluida por otra Orden Ministerial en la lista de lugares de importancia comunitaria de la Red Natura 2000, y en consideración del Reglamento (CE) n.º 1967/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, y en aplicación de la Ley 3/2001, de 26 de marzo.

No siendo de aplicación la Sentencia de 1 de diciembre de 2015 de esta Sala invocada por la parte actora, ya que en la misma se llegó a la conclusión que una Orden Ministerial sobre pesca tenía la consideración de reglamento ejecutivo, pues establecía, *"con amplitud la regulación de la pesquería de atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo, ocupándose de la distribución de las posibilidades de pesca que le sean asignadas a España, y expresa las condiciones y características de la actividad extractiva y otras actividades relacionadas con ésta, y demás medidas de regulación del esfuerzo pesquero"*, cosa que, como hemos reseñado, no acontece en el supuesto que nos ocupa.

Por otro lado, se critica por la parte recurrente el hecho de que se haya dictado la presente Orden en base al art. 12 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, ya que la finalidad de la Orden no guarda relación alguna con la conservación de los recursos pesqueros, sino con la protección de ecosistemas marinos integrados, en su mayor parte, por especies vegetales clasificadas dentro de la familia de las algas coralígenas.



El art. 12.1 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, dispone: *"Con el objeto de proteger, conservar y recuperar los recursos pesqueros, y previo informe del Instituto Español de Oceanografía, el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación podrá establecer fondos mínimos, zonas o períodos de veda en los que se limite o se prohíba el ejercicio de las actividades pesqueras o la captura de determinadas especies, así como adoptar aquellas otras medidas que se consideren necesarias"*.

El citado precepto se encuentra dentro en el Capítulo II de la Ley de Pesca (Medidas de conservación de los recursos pesqueros), que en su art. 6 señala: *"El acceso a los recursos pesqueros estará regulado para asegurar su protección, conservación y mejora, conforme a lo establecido en la presente Ley y en las normas reglamentarias que la desarrollen, previa consulta a las Comunidades Autónomas y al sector pesquero afectado, y de conformidad con lo que dispone la normativa comunitaria de la Unión Europea"*.

Por otro lado, según el art. 2 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, recursos pesqueros son los recursos marinos vivos, así como sus esqueletos y demás productos de aquéllos, susceptibles de aprovechamiento.

En este sentido en el Informe emitido por el Instituto Español de Oceanografía, se dice: *"Muchos fondos de maërl del Atlántico norte son productivos caladeros de bivalvos comerciales (Hall-Spencer et al., 2003) y en el Mediterráneo son hábitat de peces demersales y cefalópodos de interés pesquero (Ordinas y Massutí, 2009). Además, los fondos de maërl son considerados como "factorías" de carbonatos (Canals y Ballesteros, 1997) y por tanto están implicados en la productividad y los procesos biogeoquímicos que afectan a la oceanografía y el clima"*.

Tenemos que añadir, que el Reglamento (CE) n.º 1967/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, define como zona de pesca protegida, la *"zona marina delimitada geográficamente en la que se prohíben o restringen, temporal o permanentemente, la totalidad o una parte de las actividades pesqueras con el fin de mejorar la explotación y conservación de los recursos acuáticos vivos o la protección de los ecosistemas marinos"*.

Es decir, conforme a lo expuesto, la protección de los ecosistemas y las zonas protegidas de pesca, se encuentran íntimamente ligadas, y, en todo caso, al no encontrarnos ante reglamento ejecutivo, la competencia para dictar la presente Orden Ministerial corresponde al Ministro del ramo, no siendo necesario el dictamen del Consejo de Estado para su elaboración, debiéndose desestimar los motivos de impugnación que hemos analizado.

QUINTO.- . Se aduce por la entidad recurrente la falta de memoria económica, a pesar de que en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, se reconociera repercusiones económicas negativas para la flota y que, como consecuencia de ello, no se hubiera elaborado la memoria económica preceptiva a tenor del art. 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, actualmente. Repercusiones económicas que se ponen de relieve en el informe del Instituto Español de Oceanografía, y en el escrito del Director General de Recursos Pesqueros y Acuicultura de 29 de enero de 2016.

El impacto económico y presupuestario a que se refiere la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, vigente a la sazón, actualmente derogada por Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, tiene por objeto proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación de la disposición general ha de significar.

Tal y como dispone el art. 2 del citado Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>, la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, debe contener un apartado relativo al impacto económico y presupuestario que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas.

Concretamente, la memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en los arts. 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 3.1.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Pero con ello, no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer el reglamento, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquél, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse. De este modo, la jurisprudencia ha considerado aceptables memorias económicas en las que se afirma que el reglamento en cuestión no tendría incidencia en el gasto público



(Sentencias de 22 de noviembre de 2006, 20 de abril de 2006, 12 de noviembre de 2004 y 7 de julio de 2004, entre otras), salvo que la parte recurrente hubiera acreditado que aquella apreciación era incorrecta (Sentencia de 10 de marzo de 2003), pues este último caso, se equipararía al de ausencia de memoria económica, con la consiguiente nulidad de la disposición general.

Así las cosas, dentro de la Memoria del Análisis del Impacto Normativo de 29 de julio de 2016, hay un apartado sobre el impacto económico y presupuestarios que dice lo siguiente: "1. **IMPACTO ECONÓMICO Y REDUCCIÓN DE CARGAS.**

La aplicación de esta norma puede tener repercusiones económicas negativas a corto y medio plazo para la flota de arrastre de fondo afectada, estimada en 12 embarcaciones para la zona del Canal de Menorca, y en menor medida para cuatro embarcaciones de arrastre de fondo de la zona de Fort den Moreu. No obstante, el efecto a medio-largo plazo podrá ser beneficioso para el sector, dado que este tipo de hábitats favorece la concentración de los recursos acuáticos, entre los que se encuentran especies pesqueras comerciales.

En lo que hace referencia a las cargas administrativas no se han identificado cargas adicionales.

2. **IMPACTO EN LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO** *La aprobación de la presente orden no supone ningún requisito presupuestario adicional, incluidos costes de personal, para el ejercicio presente ni para los sucesivos. Todas las actuaciones derivadas de esta normativa se atenderán con los medios humanos y materiales actualmente existentes en la Secretaría General de Pesca".*

A tenor de lo expuesto, acerca de que la aplicación de la norma a medio-largo plazo podrá ser beneficiosa para el sector, no habiendo cargas adicionales, y la ausencia de exigencia presupuestaria adicional alguna derivada de la aprobación de la disposición general impugnada, ha de concluirse, que no conlleva gasto complementario alguno al ya previsto presupuestariamente.

Ante tales circunstancias expresadas, y dada la ausencia de actividad probatoria alguna desplegada por la parte recurrente con el objeto de acreditar que la apreciación realizada en la memoria de la Orden recurrida no fuera correcta, procede rechazar este motivo de impugnación.

Por otro lado, en nada afecta a dicha conclusión la alegación que se realiza en la demanda, sobre el incumplimiento de los propios compromisos asumidos en su día por la Administración demandada, una vez hubo entrado en vigor el repetido Reglamento CE 1967/2006 y en aplicación de la "Directiva Hábitat" y otros instrumentos internacionales, pues además de tratarse de meros compromisos, el documento en concreto al que se alude en la demanda, del año 2007, es sobre una reunión sobre la creación de áreas marinas protegidas, en el que el procedimiento acordado con el Ministerio de Medio Ambiente, debía contar con un análisis de impacto socio-económico en la elaboración de la Orden impugnada, y, como ha quedado reflejado, consta en la misma una memoria económica.

SEXTO.- También alega la parte actora, la falta de acreditación del requisitos de necesidad y supuesta inexistencia de alternativas, vulnerándose el art. 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

Se argumenta al respecto, que en el proceso de elaboración de la Orden no ha quedado suficientemente acreditado que las medidas de la máxima restricción que aquélla adopta (prohibición total e indefinida de faenar con artes de arrastre), y la extensión de las mismas a todo el Canal de Menorca fueran necesarias en términos de legalidad estricta. Se añade que, durante un siglo la pesca de arrastre ha sido absolutamente compatible, con la existencia de grandes concentraciones de Mantos de rodolitos y de hábitats de coralígenos en el Canal de Menorca y en el área de Fort den Moreau objeto de la Orden, como así lo indican todos los estudios obrantes al expediente. La prohibición total solo tiene sentido en aquellas zonas previamente cartografiadas en las que se acredite y demuestre de forma indubitada, una incidencia negativa de las artes de arrastre sobre dichos ecosistemas, y ello no consta en absoluto.

En la Memoria de Análisis del Impacto Normativo, en relación con las alternativas, se dice: "*La presente propuesta da cumplimiento a una norma comunitaria y nacional, ambas en el ámbito sectorial de la pesca, para la protección de ciertos hábitats sensibles del efecto de determinadas modalidades de pesca. La alternativa que se propone parece la más adecuada para alcanzar los fines previstos, una vez se ha analizado toda la información disponible.*

Cabe señalar a este respecto, la existencia de un Proyecto Piloto de la Comisión relativo a la aplicación del artículo 4 del Reglamento (CE) 1967/2006 , que justifica igualmente la necesidad de dar un cumplimiento adecuado a dichos requerimientos mediante la publicación de la presente norma".

Pues bien, consta en las actuaciones un informe de la Oficina Española de Cambio Climático, que establece que, los mantos de rodolitos se muestran en la actualidad sumamente vulnerables, señalando: "*La Orden Ministerial objeto de consulta prevé la protección de zonas de coralígeno y rodolitos en el Mediterráneo. Desde*



el punto de vista de los impactos del cambio climático tanto el coralígeno como los fondos de rodolitos y maërl se han identificado expresamente como particularmente vulnerables (ver informe Cambio climático en el medio marino español: impactos, vulnerabilidad y adaptación en enlace más abajo). Y como medidas de adaptación al cambio climático el mismo informe recomienda precisamente la protección y conservación de especies y hábitats vulnerables y la gestión de la actividad pesquera. Por todo ello esta OECC considera muy adecuada y oportuna esta disposición".

Por otro lado, en el informe de "Cambio climático en el medio marino español: impactos, vulnerabilidad y adaptación", se dice: *"El trabajo de Linares et al. (2015) muestra que un descenso moderado en el pH (de 0,2 unidades, el estimado para finales de este siglo según el escenario RCP4.5 del IPCC, IPCC 2013), puede modificar radicalmente la composición de ciertas comunidades marinas, en beneficio de algunas macroalgas y en detrimento de muchos organismos carbonatados, aunque con excepciones notables según el tipo de calcificación (Fig. 45). En el Mediterráneo estos cambios serán especialmente preocupantes en los hábitats dominados por especies calcáreas, es decir en el coralígeno y los fondos de rodolitos".*

Pero es que, no podemos olvidar, que el art. 4.2. del El Reglamento CE 1967/2006, establece claramente la prohibición de la pesca con redes de arrastre, dragas, jábegas o redes similares por encima de hábitats de coralígeno y de mantos de rodolitos (o fondos de maërl). Por lo que, como pone de manifiesto el representante legal de la Administración del Estado, la única "discrecionalidad" que le queda al Estado Miembro es, en cuanto a la definición de "hábitat de coralígeno" y "manto de rodolitos", según lo establecido en el art. 2 del citado Reglamento, donde se establece un criterio de predominancia. Por otro lado, en el marco del Proyecto Piloto de la Comisión relativo a la aplicación del art. 4 del Reglamento (CE) 1967/2006, el Ministerio de Agricultura argumentó ante la Comisión Europea con datos científicos y socioeconómicos de cara a que la delimitación del área propuesta tuviera el menor impacto negativo posible para el sector, lo cual fue finalmente aceptado por la Comisión tras diversas solicitudes de aclaraciones.

Pero es más, la zona protegida de pesca no abarca la totalidad de los hábitats de coralígeno y mantos de rodolitos. En este sentido, en el informe del Instituto Español de Oceanografía, se dice: *"No obstante, la zona protegida de pesca que ahora se propone sigue siendo muy inferior al Lugar de Interés Comunitario LIC ESZZ16002 Canal de Menorca y no abarca la totalidad de los hábitats de coralígeno y mantos de rodolitos presentes en el Canal de Menorca".*

Por tanto, a tenor de lo dicho, la alternativa que se propone parece la más adecuada para alcanzar los fines previstos, una vez se ha analizado toda la información disponible, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Finalmente, la parte reclama una indemnización de daños y perjuicios en base a los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, habiendo planteado en vía administrativa dicha reclamación, aunque en el suplico de la demanda se alude a los apartados b) y d) del art. 71.1 de la Ley de la Jurisdicción.

A este respecto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2018 -recurso nº. 65/2016-, se declara: *"Pues bien, como es sabido las pretensiones de anulación son aquellas que pretenden la declaración de no ser conforme a derecho un acto o una disposición administrativa y determinan su anulación (apartado 1 del artículo 31 de la LJCA <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>). Y las pretensiones de plena jurisdicción son las que pretenden el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios (apartado 2 del mismo artículo).*

Conviene recordar que, respecto de las pretensiones de plena jurisdicción, antes de solicitar que se restablezca una situación o que se indemnice un determinado daño, ha de solicitarse en primer lugar la anulación del acto o disposición por no ser conforme a Derecho...

El contenido de las pretensiones de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 31.2 de la LJCA <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> puede tener el contenido siguiente: -el reconocimiento de una situación jurídica individualizada; -la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma; y -la indemnización de los daños y perjuicios. Pero siempre, en el bien entendido, que son consecuencia, en todo caso, de la estimación de un vicio de invalidez, es decir, son subsiguientes a la estimación de la pretensión de anulación.

Esta pretensión de indemnización se ha de formular como un complemento a una acción de anulación y, por tanto, puede plantearse por primera vez en el recurso contencioso- administrativo al formular la pretensión. Esta es la diferencia principal de la pretensión de nulidad, con la acción de responsabilidad patrimonial, pues esta acción de responsabilidad necesita que haya sido planteada previamente en vía administrativa y el fundamento



de la misma radica en que el administrado no tiene el deber de soportar el daño que ha ocasionado una actuación administrativa que puede ser conforme a Derecho".

Por tanto, no procede la indemnización de daños y perjuicios en base a los arts. 31.2 y 71.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por ser la Orden Ministerial recurrida conforme a derecho, ello sin perjuicio de lo que acontezca en relación con la acción de responsabilidad patrimonial formulada por la parte actora en vía administrativa el 14 de septiembre de 2017, dirigida al Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo.

OCTAVO.- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte actora.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Ortiz Herráiz, en nombre y representación de la mercantil **JAMMA PEIX, S.L.**, contra la Orden AAA/1479/2016, de 7 de septiembre, por la que se establece una zona protegida de pesca en el área del Canal de Menorca y se modifica la Orden AAA/1504/2014, de 30 de julio, por la que se establecen zonas protegidas de pesca sobre determinados fondos montañosos del Canal de Mallorca y al este del Parque Nacional Marítimo-Terrestre del Archipiélago de Cabrera, declaramos la citada Orden Ministerial conforme a derecho, desestimándose todas las pretensiones; con expresa imposición de las cosas procesales a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en Audiencia Pública. Doy fe.

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA