



Roj: **SAN 3804/2014 - ECLI:ES:AN:2014:3804**

Id Cendoj: **28079230012014100320**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2014**

Nº de Recurso: **13/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA EN APELACION

Madrid, a treinta de septiembre de dos mil catorce.

Visto por la **Sección Primera** de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación número 13/2014, interpuestos por el Procurador de los Tribunales don Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación de Pesquerías Brantuas, S. L. contra la sentencia de 14 de febrero de 2014 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, recaída en el procedimiento ordinario número 46/2012. Ha sido parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 14 de febrero de 2014 recayó sentencia dictada en el procedimiento ordinario número 46/2012 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, cuya parte dispositiva es la siguiente: "*Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto PESQUERÍAS BRANTUAS SL, representada por el Procurador D. MIGUEL TORRES ÁLVAREZ, contra el MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE y contra las resoluciones identificadas en el fundamento de derecho primero; sin hacer expresa imposición de costas*".

SEGUNDO .- Contra la citada resolución judicial se interpuso recurso de apelación por el Procurador de los Tribunales don Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación de Pesquerías Brantuas, S. L. mediante escrito razonado, en el que solicitó su anulación y se dicte otra en su lugar por la que se admita el contenido del recurso.

TERCERO.- Concedido traslado del escrito de apelación a la Administración del Estado a través de su representación procesal, presentó escrito oponiéndose a la apelación, en el que solicitó que se confirme la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el presente Rollo, y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, y no estimándose necesaria a juicio de la Sala la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia de 14 de febrero de 2014 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, recaída en el procedimiento ordinario número 46/2012.

La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 2 de julio de 2012, dictada por el Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio



Ambiente, dictada por delegación, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Recursos Pesqueros y Acuicultura de 20 de abril de 2012, que dispone el cierre precautorio para la modalidad de arrastre de fondo del Caladero Nacional Cantábrico y Noroeste de la pesca de caballa en las zonas CIEM IXa y VIIIc.

La sentencia recurrida sustenta su fallo desestimatorio en los siguientes fundamentos jurídicos:

"TERCERO.- En primer lugar se alega por la actora que la Administración parte de una presunción de culpabilidad de todo el sector dedicado a la pesca de caballa, considerando que se está declarando menos caballa de la realmente capturada y lo no declarado se está haciendo pasar por otra especie que no tiene cuota y tiene menor interés comercial, como es el estornino y todo ello en base a los datos obrantes en una tesis doctoral, cuyos últimos datos aluden a 2004. Además sostiene que la decisión de acordar el cierre precautorio para la modalidad de arrastre de fondo del Caladero Nacional Cantábrico y Noroeste de la pesca de caballa en las zonas CIEM IXa y VIIIc, con arreglo al artículo 5 de la Orden ARM/271/2010, de 10 de febrero, se tiene que hacer teniendo en cuenta los datos que se contengan en el Diario Electrónico o DEA.

Estas afirmaciones de la parte actora, no son compartidas por esta juzgadora tras el estudio de los autos, pues la Administración para adoptar la decisión controvertida en esta causa, no se basó exclusivamente ni en los datos que obraban en la tesis doctoral, ni tampoco en el Diario Electrónico o DEA. Así se desprende de los autos que:

- Primero, se llevo a cabo un estudio de la evolución en los últimos años de las capturas de caballa y otras especies asociadas y no sometidas a cuota (entre ellas el estornino), y se constató que desde el año 2008 se había producido un incremento de las capturas de estornino, en detrimento de las capturas de caballa.

- Segundo, se analizaron informes científicos, sobre distribución de la caballa en el norte y noroeste de la Península Ibérica y se concluyó que era estacional, siendo más abundante en los meses de marzo y abril en el Cantábrico y siendo inferior en el segundo semestre. Entre los años 1983 a 2004, el 80% de los desembarcos de caballa se realizaba los meses de marzo y abril.

- Los datos científicos no coincidían con el desembarco de caballa por los pesqueros.

- Para determinar las capturas efectivas se tienen en cuenta el Diario Electrónico de a bordo, las notas de venta y la declaración de desembarque y no siempre coinciden.

- Un informe del Instituto Español de Oceanografía confirma la estacionalidad de la caballa, siendo altos los valores de febrero a abril y como se ha incrementado la proporción de estornino declarado por el arrastre de boca y pareja.

- Resulta justificado a la vista de lo hasta aquí expuesto, que la Administración contabilizase dentro de las capturas de caballa, las de estornino, comprobando que superaban la cuota asignada para la pesca de caballa.

CUARTO.- También se manifiesta por la parte demandante que la norma que regula la pesquería de arrastre de fondo no es la Orden ARM/271/2010, sino la Orden ARM/3158/2011 y la misma prevé que si un buque está próximo a agotar sus posibilidades de pesca, el procedimiento no es decretar el cierre general de la pesquería sino la comunicación individual a cada buque. Y para decretar el cierre general tendría que proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la citada Orden, cosa que no ha sucedido. Con lo cual de aplicar la Orden ARM/271/2010, se estaría incurriendo en una ilegalidad.

Tampoco esta juzgadora comparte esta visión, porque como muy bien indica la Administración, la parte actora alude en todo momento al consumo individual de la embarcación, pero estamos ante un cierre general aplicable a todos los buques de la modalidad de arrastre de fondo del Caladero Cantábrico y Noroeste, que se basa en la Orden ARM/271/2010 y no en la Orden ARM/3158/2011.

QUINTO.- Por último, en cuanto a la supuesta arbitrariedad en el proceder de la Administración, la misma no se estima, pues la resolución que acuerda el cierre precautorio, aparece suficientemente justificado en base a un criterio de precaución de la gestión pesquera recogido por el Reglamento CE 2371/2002 del Consejo, sobre la conservación y explotación sostenible de los recursos pesqueros, en virtud de una política pesquera común, en definitiva se trata de garantizar la mejora y la conservación de los recursos pesqueros, evitando la sobrepesca de la caballa, que puede quedar enmascarada mediante la declaración por los armadores de otras especies similares".

SEGUNDO.- La parte apelante sustenta su recurso en los siguientes motivos:

1.- Reprocha a la sentencia recurrida no haber dado respuesta a la cuestión plantada en la demanda con respecto a si las capturas reales del buque "Mar Abril" superaban o no la cuota establecida para este buque, ni en relación a la cuota general consumida por la flota a la que pertenece este buque (arrastre de



fondo cantábrico-noroeste), lo que estima necesario para valorar si dicha flota se encontraba dentro de los porcentajes establecidos para decretar el cierre de la pesquería conforme a la normativa vigente.

Añade que las certificaciones aportadas en fase probatoria por parte de la propia Administración demandada sobre los datos de capturas reales de caballa del buque "Mar Abril", sobre datos de consumo de la flota a la que pertenecía este buque, y sobre los propios datos de capturas del año 2012 transmitidos por España a la Comisión Europea, corroboran que la Administración demandada no computó en ningún momento el estornino como caballa, pese a ser este el fundamento en que se amparó tanto la resolución recurrida como la propia sentencia que ahora recurrimos.

De ello deduce que no ha resultado probado que las capturas de caballa del año 2012 alcanzaran el 90% de consumo de tal pescado, atribuyendo falta de motivación a la resolución recurrida para probar tal extremo, que se sustentaría solo en especulaciones.

2.- La comunicación de la Administración a la Comisión de capturas de caballa realizado por la flota de arrastre de fondo del Cantábrico-Noroeste en el año 2012, única y exclusivamente, sin sumarle las capturas de estornino, mostrando que la flota española no había consumido la totalidad de la cuota de caballa, impide que a los efectos de acordar el cierre de la pesquería a la flota de arrastre de fondo española del cantábrico-noroeste, la Administración pueda considerar que el consumo de estornino corresponde realmente a consumo de caballa, pues sería contrario a sus propios actos.

3.- La resolución administrativa recurrida incurre en arbitrariedad, pues no existía fundamento para la aplicación de la medida de cierre acordada, al no haber datos científicos sobre cómo estaba la pesquería de la caballa específicamente en el año 2012 y no existir prueba de que la actividad pesquera planteara una seria amenaza para la sostenibilidad de la caballa. De modo que no podría encontrar sustento en el criterio de precaución del artículo 3 del Reglamento CE 2371/2002, del Consejo.

4.- La normativa aplicada, concretamente la Orden ARM/271/2010, de 10 de febrero, no resulta aplicable, pese a lo afirmado por la sentencia recurrida, puesto que es solo una norma general sobre reparto y gestión entre todas las flotas de la cuota de caballa, mientras que la Orden ARM/3158/2011, de 10 de noviembre, tiene por objeto regular la pesquería de arrastre del Cantábrico-Noroeste y distribuir las posibilidades de pesca de las divisiones CIEM VIIIc y IXa que le sean asignadas a España, entre los buques del Censo de arrastre de fondo del Cantábrico-Noroeste, siendo esta última la regulación específica aplicable.

Frente a tales alegaciones de al apelante, la Abogacía del Estado se remite a los argumentos expuestos en la sentencia recurrida.

TERCERO.- La respuesta a los dos primeros motivos de apelación, que han de examinarse conjuntamente, exige recordar que el cierre precautorio para la modalidad de arrastre de fondo del caladero nacional cantábrico noroeste de la pesca de caballa en las zonas CIEM IXa y VIIIc, adoptado por la resolución administrativa recurrida en la instancia, se fundamenta en la convicción alcanzada por la Administración del Estado de que las embarcaciones estaban declarando como consumos de estornino lo que en realidad constituían capturas de caballa, por lo que se decide computar las capturas declaradas de estornino como si de caballa se tratara, a los efectos de verificar si se habían superado las posibilidades de pesca para el stock de esta especie y modalidad de pesca, concluyendo que se excedido el total de kilos asignados al respecto.

Por consiguiente, al margen de que la cuestión suscitada por la apelante en su primer motivo de impugnación, encuentra respuesta en la resolución recurrida, ninguna relevancia presenta el hecho aislado de si las capturas reales del buque "Mar Abril" superaban o no la cuota establecida para este buque, pues la decisión administrativa recurrida se basó en datos relativos a la cuota de caballa consumida por la flota arrastre de fondo cantábrico-noroeste, a la que pertenece dicho buque.

Por otro lado, el hecho de que los datos facilitados por la Administración española a la Comisión europea acerca del consumo de caballa de la flota a la que pertenecía el buque de la apelante del año 2012, no incluyeran el consumo de estornino, en modo alguno permite concluir que la conclusión alcanzada por la Administración acerca de la inexactitud de los datos de consumo de caballa comunicados por las embarcaciones fuera errónea, ni impide estimar, como hace la Administración, que las cifras declaradas como consumo de estorninos respondían en realidad a consumo de caballa durante el año 2012.

Tal conclusión se fundaba en una serie de indicios que conducían a la conclusión lógica y racional de que se estaba faltando a la verdad en la comunicación por las embarcaciones de los datos sobre desembarcos de caballa, haciendo pasar esta especie como si de estorninos se tratara, a fin de no agotar el cupo de capturas asignado. Tales indicios son los siguientes:



- El escaso porcentaje de consumo declarado de caballa en el primer trimestre de 2012 por parte de la flota de arrastre de fondo del caladero Cantábrico y Noroeste, menos del 15% del total, a diferencia de lo que ocurría con otras modalidades.
- La constatación de que desde el año 2008, se ha producido un importante incremento en las declaraciones de capturas de estornino en detrimento de la caballa, siendo aquella una especie de características morfológicas similares, pero de menor valor comercial, y que no está sometida a cuota.
- El carácter estacional de la distribución de caballa en el norte y noreste de la península ibérica, siendo su abundancia muy superior en marzo y abril en el mar Cantábrico, hasta el punto de que el 80% de los desembarcos entre 1983 y 2004 de tal especie tuvieron lugar entre en los meses citados.
- La falta de coincidencia de los datos extraídos sobre capturas del diario de a bordo, las notas de venta y la declaración de desembarque de los armadores, en particular en relación con las cantidades declaradas de caballa

Tal y como recuerda la STS de 9 de mayo de 2013, Rec. 6329/2010, reiterando jurisprudencia consolidada, el medio de prueba de presunción es admitido por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 386 de la LEC, en la que partiendo de un hecho demostrado a través de las pruebas practicadas en autos y desde él siguiendo las reglas del criterio humano, se establece un enlace preciso y directo que permita concluir en el hecho que se ha de tener como definitivo y decisorio en la cuestión planteada, siendo, por tanto, la consecuencia extraída el resultado de un proceso deductivo.

Ante las circunstancias expuestas resulta lógico y razonable concluir, como hizo la Administración, que los datos proporcionados por los armadores como capturas de caballa no respondían a la realidad, asignándose parte de ellas fraudulentamente a las propias de estorninos, que no estaban sujetos a cupo y resultaban semejantes morfológicamente. De ahí que se decidiera considerar, a los meros efectos de adoptar la medida precautoria de cierre del caladero nacional del cantábrico noroeste en las zonas CIEM IXa y VIIIc de la pesca de caballa para la modalidad de arrastre de fondo.

Por lo expuesto, estos dos primeros motivos de apelación deben ser rechazados.

CUARTO.- Tampoco puede prosperar el tercer motivo de apelación esgrimido por la parte apelante, pues la medida precautoria adoptada se fundamenta en la resolución recurrida en los hechos expuestos en el anterior fundamento de derecho, sin que quepa calificarla de arbitraria, y encuentra sustento en el criterio precaución de la gestión pesquera, recogido en el Reglamento CE 2371/2002, del Consejo, de 20 de diciembre, -hoy derogado por el Reglamento 1380/2013, de 11 de diciembre- de conservación y explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común, cuyo objetivo es la explotación sostenible de los recursos acuáticos vivos y de la acuicultura en el contexto de un desarrollo sostenible, teniendo en cuenta de manera equilibrada los aspectos medioambientales, económicos y sociales. De manera que dicha explotación sostenible conlleva una gestión pesquera que lleve aparejada la aplicación de planes plurianuales para las poblaciones dentro de límites biológicos de seguridad. El contenido de los planes plurianuales tendría que ser acorde con el nivel de conservación de las poblaciones, la urgencia de su recuperación y las características de las poblaciones y de las pesquerías donde se capturan.

Tal y como establece su artículo 2 el criterio de precaución debe inspirar las adopción de cualesquiera medidas concebidas para proteger y conservar los recursos acuáticos vivos, procurar su explotación sostenible y reducir al mínimo los efectos de las actividades pesqueras en los ecosistemas marinos.

Este criterio de precaución de la gestión pesquera, a que se refiere el artículo 3, es definido como *"el criterio de que la falta de información científica suficiente no debe invocarse como argumento para posponer o no tomar medidas de gestión para conservar las especies principales, las especies asociadas o dependientes y las especies acompañantes y su entorno"*.

Además, recordemos que entre los instrumentos de gestión se encuentra la fijación de los Totales Admisibles de Capturas (TAC) de las diferentes especies pesqueras y su distribución en cuotas nacionales entre los Estados miembros. En particular, se establece el procedimiento para limitar las capturas o el esfuerzo pesquero y la asignación de las posibilidades de pesca entre los Estados miembros, dejando a éstos la potestad para decidir el reparto de las posibilidades de pesca que se les hayan asignado entre los buques que enarbolan su pabellón.

Por tanto, es conveniente prever por parte de los Estados miembros o de la Comisión la adopción de medidas urgentes en el caso de que surja una amenaza grave para la conservación de los recursos o los ecosistemas marinos derivada de las actividades pesqueras que requiera una actuación inmediata., al igual que lo es



la adopción de medidas preventivas inmediatamente cuando exista riesgo evidente de que las actividades pesqueras pueden convertirse en una seria amenaza para la conservación de los recursos acuáticos vivos.

Asimismo, el artículo 8 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima, en relación con la regulación del esfuerzo pesquero dispone lo siguiente: "1. Con el fin de garantizar la mejora y conservación de los recursos pesqueros, por el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación podrán adoptarse, entre otras, las siguientes medidas de regulación del esfuerzo pesquero:

- a) La limitación del número de buques en función de la incidencia de sus características en el esfuerzo de pesca del conjunto de la flota en una pesquería.
- b) La limitación del tiempo de actividad pesquera.
- c) El cierre de la pesquería".

Por consiguiente, la Administración se encuentra legalmente habilitada para adoptar medidas de cierre de la pesquería ante situaciones de sobrepesca de la caballa, que sin duda constituirían una amenaza para la sostenibilidad de la caballa, como ocurre en el presente caso, en que se enmascara su captura mediante la declaración por los armadores de otras especies similares, como el estornino.

QUINTO.- Por último, por lo que respecta a la aplicabilidad de la Orden ARM/271/2010, de 10 de febrero, que niega la apelante en base a que es solo una norma general sobre reparto y gestión entre todas las flotas de la cuota de caballa, mientras que la Orden ARM/3158/2011, de 10 de noviembre, tiene por objeto regular la pesquería de arrastre del Cantábrico-Noroeste y distribuir las posibilidades de pesca de las divisiones CIEM VIIIc y IXa que le sean asignadas a España, entre los buques del Censo de arrastre de fondo del Cantábrico-Noroeste, ha de ser reafirmada la aplicabilidad de aquella norma en el supuesto que nos ocupa.

La Orden ARM/271/2010, de 10 de febrero, tiene como objeto establecer los criterios para el reparto y gestión entre los buques pesqueros españoles de la cuota que cada año se le asigne a España del stock de caballa («Scomber scombrus») MAC8C3411, en las subzonas VIIIb, VIIIc y zona IX, así como establecer los topes diarios y semanales para sus capturas y desembarques. Las citadas subzonas VIIIb, VIIIc y zona IX comprenden los caladeros nacionales del Cantábrico-Noroeste y del Golfo de Cádiz, así como las aguas comunitarias no españolas de la subzona VIIIb y de la zona IX. De este modo regula la distribución de la cuota del stock de caballa por caladeros y fecha de inicio de la campaña de pesca, así como por buques y zonas de pesca, los volúmenes de capturas de caballa y desembarques diarios y semanales de las embarcaciones, las medidas de control y seguimiento de la cuota, las consecuencias del rebasamiento de los desembarques permitidos y el régimen sancionador para el incumplimiento de lo dispuesto en dicha orden ministerial.

Por su parte, la Orden ARM/3158/2011, de 10 de noviembre, tiene por objeto regular la pesquería de arrastre de fondo del Cantábrico Noroeste y distribuir las posibilidades de pesca de las divisiones CIEM VIIIc y IXa que le sean asignadas a España, entre los buques del Censo de arrastre de fondo del Cantábrico Noroeste, y según los porcentajes que se le haya asignado a esta modalidad en las diferentes órdenes ministeriales por las que se establecen los repartos porcentuales de posibilidades de pesca de determinadas especies entre las diferentes modalidades de pesca del Caladero Nacional. De este modo establece los criterios de distribución de las posibilidades de pesca entre los buques del censo del arrastre, las consecuencias de sobrepesca de las cuotas asignadas el año anterior, así como determinadas reglas relativas a Gestión de las posibilidades de pesca, al control y seguimiento de cuota con respecto a las posibilidades de pesca y a las transferencias anuales de posibilidades de pesca.

Pues bien, ningún obstáculo existe para considerar aplicable en el supuesto que nos atañe la Orden ARM/271/2010, de 10 de febrero, cuyo ámbito de aplicación comprende también la pesquería de arrastre de fondo del Cantábrico Noroeste, y que dado su concreto contenido no se ve desplazada por la Orden ARM/3158/2011, de 10 de noviembre, por lo que respecta a su artículo 5.

Así es, el artículo 5 de la Orden ARM/271/2010, de 10 de febrero, establece determinadas medidas de control de la cuota cuando se verifique que el consumo de la cuota asignada a cada uno de los grupos de buques a los que se refiere el artículo 3, entre los que se encuentra el caladero del Cantábrico-Noroeste y sus diferentes subzonas, haya alcanzado el 90 % del nivel de capturas asignado a cada uno de los correspondientes semestres, previendo el cierre de la pesquería para el grupo de buques correspondiente. Sin embargo, el artículo 5 de la Orden ARM/3158/2011, de 10 de noviembre, prevé tan solo medidas de control y seguimiento de cuota con respecto a las posibilidades de pesca en relación con un buque o varios buques de una entidad asociativa o de un armador individual, ante la posibilidad del agotamiento de una o varias de sus posibilidades de pesca.



Por consiguiente, la medida de cierre adoptada por la resolución recurrida se enmarca entre las consecuencias previstas en el artículo 5 de la Orden ARM/271/2010, de 10 de febrero, y resulta ajena a las contempladas en el artículo 5 de la Orden ARM/3158/2011, de 10 de noviembre, pues no constituye un cierre individual sino colectivo.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación.

SEXTO.- Procede la imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante, al amparo del artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, al no apreciarse la concurrencia de circunstancias que justifique su no imposición.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación de Pesquerías Brantuas, S. L. contra la sentencia de 14 de febrero de 2014 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, recaída en el procedimiento ordinario número 46/2012.

Se condena al pago de las costas causadas a la parte apelante.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que contra la misma no cabe recurso de casación.

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 SECRETARIA JUDICIAL