

En la ciudad de Valladolid, a 27 de julio de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Recurso Contencioso-administrativo núm. 505/2012 mediante otrosí al escrito de interposición la parte recurrente, Asociación para la Conservación y Estudio del Lobo Ibérico, representada por la Procuradora Sra. Fernández Marcos, quien manifiesta impugnar la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 26 de septiembre de 2011 de la Dirección General del Medio Natural por la que se establecen los cupos de lobo asignables a cada comarca para el periodo 2011/12 en Castilla y León (BOCyL de 11 de octubre de 2011), solicitó la adopción de medida cautelar. A tal fin expuso alegaciones en favor de ese pedimento y terminaba con suplico en el que pedía: "... acuerde la suspensión de la vigencia de la Resolución de 26 de septiembre de 2011, de la Dirección General del Medio Natural, por la que se establecen los cupos de lobo asignables a cada comarca para el periodo 2011/12 en Castilla y León".

SEGUNDO.- Formada pieza separada, de esa petición cautelar se dio traslado a las demás partes personadas para que manifestaran por escrito lo que tuvieran por conveniente sobre la misma. Cumplimentó el trámite la Letrada de la Comunidad Autónoma quien realizó alegaciones en contra de la pretensión incidental y en el suplico de su escrito postuló lo siguiente: "... dicte Auto por el que se declare no ser procedente la medida cautelar solicitada".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Esa facultad y en su ejercicio está sometida a la regulación común contenida en los artículos 129 a 135 de la expresada ley procesal, que es de aplicación a

todo tipo de medidas cautelares, las cuales pueden ser positivas o negativas y dentro de estas últimas una de ellas es la suspensión de la ejecución de la disposición o acto administrativo recurrido.

Dentro de ese régimen legal destacar como disposición de especial importancia el artículo 130, el cual establece los presupuestos precisos para acordar la medida cautelar. De su examen resulta que, principalmente, se requiere la concurrencia de dos condicionantes:

A) Uno de carácter positivo, consistente en que la ejecución de la disposición o del acto impugnado ocasione la pérdida de la finalidad legítima del recurso judicial que se ejercita, es decir, que produzca una situación de carácter irreversible que haga inservible una futura sentencia estimatoria (*periculum in mora*); ello sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de los intereses en conflicto, y

B) Otro de carácter negativo, siendo que la adopción de la medida provisional no origine una perturbación grave a los intereses generales o de un tercero.

Lo anteriormente dicho no implica que la regulación contenida en la Ley 29/1998 haga inaplicable, sin más, toda la doctrina jurisprudencial nacida en torno al antiguo artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 diciembre de 1956 en materias tales como la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), actos de contenido negativo o actos que carecen de eficacia directa o inmediata sobre quien ejerce un recurso judicial contra ellos, o respecto de supuestos singulares; la cual deberá ser incorporada y adaptada al nuevo tratamiento normativo.

Dentro de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala 3ª del Tribunal Supremo y como reciente destacar la sentencia de su Sección 4ª de 19 de enero de 2011, cuyo fundamento de derecho 6º dice así: *“En la Sentencia de 28 de abril de 2009, recurso de casación 2832/2007, con remisión a pronunciamientos anteriores, manifestábamos que nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, art. 103.1 CE, y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa, art. 57 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

Establece el art. 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el art. 130 que: "1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

El mencionado precepto supone la plasmación legal de una consolidada jurisprudencia del Tribunal supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional de la que consideramos relevante destacar algunos de los aspectos más significativos.

El máximo intérprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 148/93, 29 de abril, con cita de otras muchas), ya que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar "la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes" (STS de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002, con cita de otros pronunciamientos anteriores).

Es constante el criterio de este Tribunal acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" (Sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

Resulta innegable que no cabe pronunciarse sobre el fondo del asunto (Sentencias de 10 de octubre de 2003, recurso de casación 6025/2001 y de 30 de octubre de 2007, recurso 532/2007. En la misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver al proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril).

El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión sin que sea suficiente una mera invocación genérica (Auto de 7 de febrero de 2008, recurso 198/2007).

La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que “de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento” (sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002). Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Mas puede darse el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005).

Debe subrayarse que aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho el mismo fue suprimido en trámite parlamentario sin que alcanzara el rango de norma allí positivizada. Sin embargo, posteriormente se plasmará en la LEC 1/2000, cuyo artículo 728, reza “peligro por mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución”.

Sobre tal criterio declara reiteradamente esta Sala que el principio de la apariencia de buen derecho ha de manejarse con mesura. Insiste en ello el Auto de 10 de julio de 2008, recurso de casación 292/2008, subrayando que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños y perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión.

Por ello constante jurisprudencia, (Auto de 27 de noviembre de 2006, recurso 53/2006), ha resuelto que sólo cabe considerar su alegación cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

Se ha dicho asimismo que es un criterio que debe aplicarse combinando el serio fundamento de lo que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción de que lo deducido es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto (STS 3 de julio de 2007, recurso de casación 10341/2004).

No todo perjuicio económico derivado de la posibilidad de dejar sin efecto la ejecución del acto lleva consigo la necesidad de adoptar la medida cautelar por cuanto deben ponderarse los perjuicios que, desde el punto de vista de la eficacia administrativa, ocasionaría la dilación en llevar a efecto los acuerdos adoptados (Sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso de casación 3412/2000).

En cuanto a la ponderación de intereses se hace necesario una adecuada conjunción entre el interés público y el privado a la hora de resolver sobre la adopción de la medida cautelar con la necesaria exposición argumentativa acerca de la prevalencia de los intereses generales (STS de 5 de marzo de 2008, recurso casación 5555/2006), así como cuando hubiere intereses públicos confrontados (Sentencia de 3 de febrero de 2009, recurso casación 5125/200) resolviendo según el grado en que el interés público esté en juego, con especial mención a la finalización ejemplarizante y de prevención general de determinadas medidas como las multas (STS de 5 de marzo de 2008, recurso casación 2992/2006). “.

Conforme a ese planteamiento general será examinado el pedimento cautelar aquí formulado.

SEGUNDO.- En la presente pieza la asociación recurrente interesa sea adoptada una medida cautelar de carácter negativo, como es la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado que establece cupos comarcales durante el periodo 2011/12 para la caza del lobo. En pro del

pedimento suspensivo aduce, en síntesis, que los cupos no están correctamente establecidos existiendo peligro de abatir animales de esa especie sin un fundamento que lo justifique y sin posibilidad material de poder recuperar los ejemplares objeto de aprovechamiento cinegético, lo cual constituye un perjuicio hacia esa especie y a la biodiversidad de carácter irreversible; también alega que el acto impugnado arranca del artículo 19.5 del Decreto autonómico 28/2008 aprobatorio del plan de conservación y gestión del lobo en Castilla y León, disposición que junto con otras ha sido anulada por la sentencia de esta Sección de 13 de noviembre de 2009.

El primero de esos argumentos pertenece al campo del periculum in mora y sobre el mismo decir que a lo más la recurrente demuestra que se pueden abatir un máximo de individuos de esa especie silvestre, pero no que ese número ponga en peligro la supervivencia de la misma y mucho menos que origine su extinción; siendo estos dos últimos aspectos los que tienen importancia para apreciar la concurrencia de una situación irreversible. En otros términos, la autorización de aprovechamiento cinegético de 130 individuos en toda la Comunidad Autónoma no implica un riesgo de supervivencia del lobo, sino una reducción de la población que no tiene carácter definitivo ya que la misma podrá incrementarse en el futuro a base de los ejemplares que permanezcan vivos. Lo anterior se dice dentro de la cognición limitada de una pieza de estas características y sin perjuicio de lo que se pruebe al respecto en el proceso principal; también teniendo en cuenta que los ejemplares objeto del referido aprovechamiento no se podrán recuperar, pero esta pérdida y desde la perspectiva de la conservación (de la especie) no es decisiva al menos por lo de ahora y a fin de dar respuesta al pedimento cautelar. Entonces, es cierto que existen perjuicios pero los mismos no son irreparables o de muy difícil reparación y por tanto el periculum in mora según las exigencias jurisprudenciales no se da en este caso.

El segundo argumento encaja en el campo de la apariencia del buen derecho y sobre el mismo esta Sala tiene que dar una respuesta positiva. Ello porque ha sido anulada la norma reglamentaria que da cobertura al acto administrativo de primer grado recurrido, lo cual y por razones de coherencia lógica hace que se pueda apreciar una de las hipótesis que establece la jurisprudencia transcrita en el fundamento jurídico precedente: si la sentencia de 13 de noviembre de 2009 (Procedimiento Ordinario 1765/2008) anula el artículo 19.5 del Decreto autonómico 28/2008 y si en esta norma se apoya el acto aquí impugnado, habida cuenta de que el lobo es una especie protegida, su aprovechamiento cinegético carece de la debida y necesaria habilitación normativa.

En consecuencia, procede acoger la pretensión suspensiva sin que y por lo alegado por la demandada en su escrito de oposición a la medida existan condicionantes para aplicar el artículo 133 de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

TERCERO.- A los fines regulados en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional decir que no concurre mala fe o temeridad en la conducta de las partes litigantes.

Vistos los preceptos citados y los de general y pertinente aplicación;

LA SALA ACUERDA:

Estimar la petición formulada por la Asociación para la Conservación y Estudio del Lobo Ibérico y suspender la ejecución de la Resolución de la Dirección General del medio Natural de la Consejería de Medio Ambiente de 26 de septiembre de 2011 aquí recurrida; sin necesidad de constituir garantía.

Firme este auto se llevará testimonio del mismo al proceso del que deriva la presente pieza.

Lo mandan y firman los Magistrados más arriba expresados, de lo que doy fe y certifico. Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo.- Jesús B. Reino Martínez.- Santos H. de Castro García.