

“EL TRIBUNAL SUPREMO AMPLÍA EL CATÁLOGO DE ESPECIES INVASORAS (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2016)”

Autora: Blanca Lozano Cutanda, Catedrática de Derecho Administrativo, Consejera Académica de Gómez-Acebo & Pombo

Fuente: CENDOJ, Roj: STS 1274/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1274. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, 16 de marzo de 2016, Ponente: Francisco José Navarro Sanchís, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7634681&links=cat%C3%A1logo%20de%20especies%20invasoras&optimize=20160406&publicinterface=true>

En esta Sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Francisco José Navarro Sanchís, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo (n.º 396/2013) interpuesto por varias asociaciones ecologistas contra varios preceptos del Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de Especies Exóticas Invasoras.

La Sentencia comienza por anular la exclusión del Catálogo de Especies Exóticas Invasoras (“el Catálogo” en adelante) de seis especies que figuraban en el Catálogo anterior (aprobado por Real Decreto 1628/2011), por estimar que su exclusión o bien carece de justificación suficiente, o bien contradice determinados preceptos de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB en adelante). Para ello, se basa en la valoración “en su conjunto” de las alegaciones de las partes así como en la prueba practicada, particularmente la pericial (a cargo del Instituto de Investigaciones Científicas para las tres especies de flora, y de un Catedrático de Zoología para las tres de fauna piscícola).

En primer lugar, el Tribunal Supremo declara la necesaria ampliación del Catálogo al hongo *Quitridio*. En este caso, como destaca la Sentencia, el carácter dañino de este hongo no se discute por la Administración. Se trata, en efecto, de un hongo incluido en la lista de las 100 especies exóticas invasoras más dañinas del mundo y que es el causante de una enfermedad que está causando gran mortalidad en la población mundial de los anfibios (la *quitridiomycosis*). La Administración únicamente justificó su exclusión del Catálogo por razones de “racionalización administrativa”, fundadas en que la competencia para su erradicación pertenece, en cuanto relativa a la sanidad animal, a la Dirección General de Sanidad Agraria y no a la responsable de las especies incluidas en el Catálogo (que es la Dirección General de Calidad y

Evaluación Ambiental y Medio Natural). La Sentencia considera tal razón como manifiestamente insuficiente para desconocer “el mandato imperativo del artículo 61 de la Ley 42/2007, que ordena inexcusablemente la inclusión en el Catálogo de las especies que, por sus acreditadas características dañinas, lo merezcan, sin que sean admisibles objeciones del orden de la ofrecida”.

Tampoco negó la Administración el carácter invasor y la amenaza que supone el *Helianthus tuberosus*, vulgarmente conocido como patata o tupinambo. Se trata, en este caso, de una planta herbácea perenne cuyo carácter invasor no se discute, por cuanto figura en el “Atlas de las Plantas Alóctonas Invasoras en España” publicado en la página web del propio Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente¹. En este caso, la defensa de la Administración alegó que, si bien la planta podría constituir un futuro riesgo sobre los agrosistemas, de momento no estaba generando problemas de conservación a los ecosistemas naturales y que se excluyó por razones económicas, en concreto porque “estaba siendo utilizada para la producción de etanol y ya existían plantaciones de la especie en la Comunidad de Castilla La Mancha”. Frente a estas razones económicas, la Sentencia hace primar el valor probatorio decisivo del dictamen emitido en el proceso por Instituciones vinculadas al CISC, y declara de nuevo la nulidad de su exclusión.

Las siguientes especies cuya inclusión en el Catálogo ordena la Sentencia tienen un relevante valor económico.

Así ocurre con el alga Wakame, que no solo es comestible sino muy apreciada en la cocina japonesa (se utiliza para elaborar la conocida sopa de Miso), por lo que se explota con fines comerciales, especialmente en la costa de Galicia. Se trata, sin embargo, de un alga incluida en la lista de las cien especies exóticas invasoras más dañinas del mundo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), y la Sentencia considera injustificada y declara nula su exclusión del Catálogo atendiendo a esta calificación internacional, a que ya figuraba en el Catálogo anterior y al hecho de que la Administración no aportase argumentos científicos que justificasen su exclusión.

Se ordena asimismo la inclusión en el Catálogo de dos especies de peces muy abundantes en los ríos españoles, con interés comercial, y muy apreciados por los pescadores: la carpa común y la trucha arco iris. En ambos casos, se trata de especies cuya presencia en nuestro país es muy antigua: en el caso de la

¹ Vid., http://www.magrama.gob.es/es/biodiversidad/temas/inventarios-nacionales/inventario-especies-terrestres/inventario-nacional-de-biodiversidad/ieet_flora_vasc_aloct_invas.aspx

carpa ser remonta a la dinastía de los Habsburgo y la trucha arco iris fue introducida, desde América del Norte, a finales del siglo XIX.

La Sentencia no discute la antigüedad de estas especies, pero acepta el criterio del dictamen pericial de que para conceptualizar una especie como exótica invasora resulta indiferente la antigüedad en su introducción en el ecosistema o hábitat natural, dado que, según se afirma, “la antigüedad de una especie a efectos de su aclimatación o adaptación al medio nuevo no se mide con los criterios o parámetros de la duración de la vida humana, para la cual tres o cuatro siglos son un periodo de larga duración, pero no lo es del mismo modo para la evolución de las especies”.

Habría que preguntarse cuáles son entonces los parámetros de antigüedad de una especie a efectos de considerarla adaptada al nuevo medio, dado que la mayoría de las especies actualmente autóctonas fueron en algún momento histórico alóctonas invasoras.

Consciente, sin duda, de la debilidad de este criterio, la Sentencia fundamenta la anulación de la exclusión del Catálogo de estos peces en la falta de motivación científica de su exclusión, dado que son especies incluidas en la mencionada lista de las cien especies exóticas más dañinas del mundo de la UICN y la Administración no aportó ningún criterio científico que apoyase su exclusión del Catálogo en España.

El salmón americano o “*Hucho bucho*” se salva, en cambio, de la inclusión en el Catálogo, por considerar la Sentencia que no existe evidencia científica contrastada de la conveniencia de su inclusión, tanto por sus dificultades de adaptación al medio como por su localización geográfica restringida al río Tormes.

Desde el punto de vista jurídico, estos primeros pronunciamientos anulatorios de la Sentencia son interesantes porque en ellos el Tribunal Supremo lleva a cabo una declaración de “ilegalidad por omisión” de la norma reglamentaria recurrida, siendo esta una facultad anulatoria no exenta de polémica por cuanto se sitúa en el límite de la prohibición legal de que los jueces den, aunque sea indirectamente, un contenido específico a las disposiciones generales anuladas (art. 71.2 LJCA).

La jurisprudencia viene reconociendo esta posibilidad de declaración de nulidad de una norma reglamentaria por infracción omisiva cuando concurren alguno de los dos supuestos siguientes: «1.º cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por

la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y 2.º, cuando el silencio del reglamento determine la creación implícita de una situación contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico» (STS de 4 de mayo de 2005, rec. 4670/2000, entre otras).

En este caso, la Sentencia justifica su competencia en el carácter reglado de la inclusión por la Administración de especies en el Catálogo “presupuesta la existencia de una información científica o técnica que asevere, en la dicción legal, que constituyen una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats o los ecosistemas, la agronomía o para los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural”. Así lo confirma la vía que reconoce el artículo 61.2 de la LPNB para que cualquier ciudadano u organización solicite la inclusión o exclusión de una especie o subespecie catalogada, siempre que se acompañe de una argumentación científica que respalde la medida propuesta

En relación a esta vía, la Sentencia precisa que es “una iniciativa de naturaleza diferente a la impugnatoria y, por esa razón, compatible con ésta. Mediante el ejercicio de tal solicitud sólo sería viable la inclusión o exclusión ex nunc de las especies catalogadas, pero no es una suerte de vía administrativa previa al recurso judicial, porque se basa en razones de otra índole, como podrían ser la aparición o introducción de especies nuevas, motivos basados en los cambios experimentados en la difusión de éstas y en su potencial impacto dañino en especies autóctonas o en el medio ambiente; o, en definitiva, en razones debidas a progresos en el estado de la ciencia o en la técnica que permitan un conocimiento más profundo del que antes no se disponía. En suma, se trata de un encomiable medio de actualización del Catálogo por aparición de causas sobrevenidas, sobre cuya concurrencia y eficacia debe darse razón fundada a la Administración”.

Pero además de declarar la necesaria ampliación del Catálogo a las especies expuestas, la Sentencia contiene cuatro pronunciamientos puramente anulatorios de disposiciones del Real Decreto que excepcionan o atemperan, por razones claramente económicas, los efectos de la inclusión de una especie en el Catálogo previstos en la LPNB.

En primer lugar, la Sentencia anula la catalogación que hace el Real Decreto del bóvido arruí “excepto en la población de Murcia” (Anexo del Real Decreto), cuando es precisamente en esta región donde se introdujo en 1970 y prolifera esta especie por su valor cinegético. Tal excepción, dice el Tribunal Supremo, contradice el tenor del artículo 61.2 de la LPNB que, hasta la modificación de esta Ley en 1995, únicamente preveía que pudiera exceptuarse la interdicción de todo uso o aprovechamiento de especies

exóticas invasoras cuando, previa autorización administrativa, “sea necesario por razones de investigación, salud o seguridad de las personas”.

Se anula, en segundo lugar, el apartado segundo de la disposición adicional Sexta del Real Decreto sobre “Instalaciones o explotaciones industriales o comerciales que alberguen especies incluidas en el catálogo”, en cuanto permitía -por muchas cautelas que estableciese-, tanto el mantenimiento y la ampliación como la creación de nuevas explotaciones ganaderas de visión americano, a pesar de que se trata de una especie catalogada como exótica invasora. Tal excepción, dice el Tribunal Supremo, contradice el tenor del artículo 61.2 de la LPNB que, como ya hemos señalado, únicamente preveía que pudiera exceptuarse la interdicción de todo uso o aprovechamiento de especies exóticas invasoras cuando, previa autorización administrativa, “sea necesario por razones de investigación, salud o seguridad de las personas”.

La misma suerte corre la disposición adicional quinta del Real Decreto sobre “disposiciones específicas para el cangrejo rojo”, que permitía la comercialización de este cangrejo (que genera mucha riqueza, en especial en el entorno de las marismas del Guadalquivir) a pesar de estar catalogado como especie exótica invasora. En este caso, la Sentencia afirma que la pretendida justificación de esta comercialización en cuanto “destinada a la industria alimentaria” no puede justificarse ni normativa ni científicamente en la excepción de “los recursos zoogenéticos para la agricultura y alimentación” que invoca la disposición anulada, pues es “la información que facilita el material genético y no el aprovechamiento comercial del cangrejo rojo lo que justificaría la exclusión en la aplicación del reglamento” que contempla el artículo 2.1 del Real Decreto.

Y, en último lugar, en relación a la perca negra americana (*black-bass*), el Tribunal Supremo procede a anular la disposición transitoria segunda del Real Decreto, que no solamente permitía pescar esta especie, sino cazar o pescar cualquier especie catalogada que hubiera sido introducida “en el medio natural con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/2007”, y ello con el sorprendente argumento de que para evitar que estas especies “se extiendan fuera de los límites de sus áreas de distribución anteriores a esa fecha, su gestión, control y posible erradicación, se podrá realizar a través de la caza y la pesca”. Obvio es, sin embargo, que como bien señala la Sentencia, que “está en la naturaleza de las cosas que la caza y la pesca, lejos de servir a los fines de erradicación de las especies catalogadas, más bien determinan su mantenimiento indefinido, cuando no la agravación, del status quo actual”, y tal previsión contradice además frontalmente tanto lo dispuesto en el citado artículo 61.2 de la LPNB como en su artículo 62, que prohíbe el aprovechamiento cinegético o piscícola de las especies alóctonas (aunque no sean invasoras) que hayan sido introducidas de forma accidental o ilegal.

No puede dejar de apuntarse, sin embargo, que tras la reciente reforma de la LPNB por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, el nuevo artículo 64 de la Ley parece avalar, bajo determinadas condiciones, tal interpretación, dado que además de por razones de investigación, salud o seguridad de las personas, permite que se excepcione la interdicción de todo uso o aprovechamiento de las especies exóticas invasoras “con fines de control o erradicación, en el marco de estrategias, planes y campañas que, a tal efecto, se aprueben”. Pero entendemos que, con carácter general, la prohibición de caza o pesca de especies exóticas invasoras se mantiene bajo la nueva regulación, dado que el artículo 65.3.e) de la Ley sigue estableciendo, para cualquier especie alóctona y no solo para las exóticas invasoras, que “en el caso de introducciones accidentales o ilegales, no se podrá autorizar en ningún caso su aprovechamiento cinegético o piscícola, promoviendo las medidas apropiadas de control de especies para su erradicación”.