

LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN: PROBLEMAS JURÍDICOS DE SU INTERVENCIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA DE LA BIODIVERSIDAD Y LA PESCA FLUVIAL EN ASTURIAS

PEDRO BRUFAO CUIEL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

RESUMEN:

La gestión de la biodiversidad y de algunas de sus especialidades, como la pesca fluvial, son competencias administrativas de titularidad generalmente autonómica. Sin embargo, en ocasiones, el ejercicio de estas potestades se realiza por terceros, bajo ciertos criterios de colaboración por parte de entidades privadas. En este trabajo se analiza el régimen jurídico general de las entidades colaboradoras y su aplicación al caso concreto de la gestión de la biodiversidad y la pesca en aguas continentales asturianas.

PALABRAS CLAVE: Entidades colaboradoras, Derecho de la Biodiversidad, Derecho Ambiental, competencias administrativas.

ABSTRACT:

Biodiversity and freshwater fishing are under the jurisdiction of Administrative bodies, generally regional ones. However, the execution of this public power is sometimes handed over private organizations under private law collaboration criteria and principles. In this essay, the legal regime of the so-called collaborating entities will be analyzed, specially paying heed to the biodiversity and freshwater fishing rules in Asturias.

KEYWORDS: Collaborating entities, Biodiversity Law, Environmental Law, administrative jurisdiction.

1. INTRODUCCIÓN.

La Administración pública, de acuerdo con cada concreto sistema competencial, ejerce de modo general sus atribuciones de modo directo, por sí misma, dado el carácter irrenunciable de sus competencias y el ejercicio de éstas por su titular. Sin embargo, existen múltiples ejemplos en los que este principio básico cede ante casos en los que interviene un tercero, mediante la oportuna licitación pública, la encomienda de gestión o la celebración de un convenio,

por poner unos ejemplos. Este principio básico no siempre ha sido la norma en nuestro Derecho histórico, como fue el caso de la encomienda o el asiento de avería empleadas en el Imperio colonial español y sus armadas y carreras, respectivamente, ante la evidencia de la incapacidad de la Monarquía de acometer por su sola cuenta esta tarea colonial. En tiempos recientes, el aumento de las funciones encomendadas al sector público ha motivado el que se acuda a las llamadas “entidades colaboradoras” de la Administración, las cuales ejercen las funciones materiales propias de la potestad administrativa y también funciones netamente jurídicas relacionadas con labores inspectoras, de control y certificación.

Lo dicho se aprecia en múltiples trabajos de carácter técnico en las que la amplitud de las tareas a abordar, el deseo de mejorar la calidad y eficacia de la gestión y su complejidad técnica han motivado el que no sea ya el sector público, a través de sus autoridades y empleados, el que de modo directo afronte la tarea de gestionar estas labores, sino que éstas la desarrolla el sector privado, yéndose así más allá de los meros controles de homologación administrativa, por ejemplo, en el supuesto de productos industriales¹. Puede así entenderse que estamos ante un supuesto más de la huida del Derecho Administrativo, cuyas fronteras en muy variadas ocasiones no nos ofrecen perfiles nítidos y claros, sino más bien la ocasión para discutir sobre el amparo legal con el que ha de contarse para proceder a otorgar a un tercero el ejercicio de funciones públicas, especialmente si hablamos de la autoridad pública y de las diversas manifestaciones de la policía administrativa, donde destaca la materia industrial y ambiental, que dejan atrás las típicas labores de orden y control en manos públicas.

En este trabajo abordaremos la cuestión de la gestión de la biodiversidad y el medio natural en Asturias, concretamente en relación con el ejercicio de las tareas relacionadas con la pesca fluvial, respecto de las cuales existen entidades privadas que realizan funciones intrínsecamente administrativas, situación que tiene un muy difícil encaje legal y que no pueden tener parangón con las entendidas en sentido estricto como “entidades colaboradoras”.

2. LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN.

2.1. El concepto de la colaboración con la Administración por entidades privadas.

El actual sistema de colaboración con las Administraciones públicas carece de elementos que las definan con claridad. No obstante, hay que distinguir

¹ CASADO CASADO, L. et al. (2010): *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección de medio ambiente*, Atelier, Barcelona, p. 55.

el ejercicio de actividades materialmente administrativas en las que entidades² sometidas generalmente al Derecho privado gestionan y que simplemente ejecutan una determinada decisión o norma y cuando sirven de intermediarios entre la Administración y los particulares, bajo los criterios de suponerse conocedores especializados de una determinada materia tras la correspondiente acreditación³, sometidas a responsabilidad⁴ y financiándose a través bajo un régimen tarifario, es decir, que el servicio lo paga el usuario⁵.

-
- 2 Hablamos en este caso de personas jurídicas. En el caso de las personas físicas, éstas pueden realizar funciones públicas, como es el caso de los capitanes de buques, comandantes de aeronaves, agentes de seguridad privada, prácticos de puertos, árbitros de Derecho privado y notarios., Vid. SAINZ MORENO, F. (1983): "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública*, nº 100-102. Este reconocido autor abunda en los antecedentes históricos de esta figura, así como en el Derecho comparado, y distingue entre las profesiones que se han convertido en una función pública (notarios), las de naturaleza privada que desempeñan ciertas tareas públicas como el ejercicio de la autoridad o la fe pública, inherentes al cargo pero de tenor secundario (capitán de buque o comandante de aeronave), y las profesiones que pueden asumir la misión de realizar alguna función pública (seguridad privada). Apunta también a que el ejercicio privado de funciones públicas no deriva ya de la histórica enajenación de los oficios públicos o *munera publica*, sino de "la incorporación de elementos profesionales con sus propias características (organización, competencia, iniciativa, etc.)", bajo el control de la Administración. Tengamos en cuenta que hay ejemplos de mucha importancia, derivados de la venalidad de cargos u oficios públicos, una de las piedras basales de la Administración del Antiguo Régimen, que ha sido estudiada por el recordado TOMÁS y VALIENTE, F. (1975): "La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla (siglos XVII y XVIII)", *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 2. Del mismo autor (1990): "La formación del Estado y la venta de oficios", en Iglesias Ferreirós, A. et al. (coords.): *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII*, Universidad de Barcelona. El paso al Estado contemporáneo y la creación de la función pública, ha sido tratada en extenso por NIETO GARCÍA, A. (1996): *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, que se detiene especialmente en las cesantías y en el sistema de expolio de la ocupación de cargos públicos, p. 354 y ss.
- 3 O gracias a una concesión o autorización administrativa, que son los otros sistemas por los que se determina el instrumento a emplear para la cesión de funciones públicas en las funciones de control e inspección. CASADO CASADO L. et al., ob. cit., p. 179. Sin embargo, ni el instituto autorizatorio, propio de la policía administrativa, ni la concesión, por implicar el ejercicio de la autoridad, se estiman apropiadas. Vid. CANALS i ATMELLER, D. (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Albolote, p. 299 y ss.
- 4 Aunque queda la posibilidad de imputar responsabilidad a la Administración titular por culpa *in vigilando*. GONZÁLEZ-VARAS, S. (2004): "La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 123.
- 5 Como las entidades de gestión urbanística y de conservación, las entidades bancarias en materia de recaudación tributaria, las entidades de colaboración en Seguridad Social, las que gestionan subvenciones públicas o las que prestan servicios de asistencia social o adopción internacional. Vid. CANALS i AMETLLER, D. (2010): "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", en Galán, A. y Prieto, C. (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Barcelona, p. 22 y ss.

Junto a este tipo de entidades, hallamos aquellas que se dedican a ejercer funciones de control, inspección y certificación, especialmente en productos industriales⁶, inspección técnica de vehículos (ITV)⁷, de embarcaciones de recreo⁸, de buques⁹, y de aeronaves¹⁰, medidas contra incendios¹¹, urbanismo¹², control de ascensores¹³ o transporte de personas por cable¹⁴, donde la impronta del Derecho e la UE ha marcado su desarrollo en los últimos años, a los efectos de la armonización del mercado interior y la eliminación de barreras técnicas al comercio¹⁵.

Hemos de subrayar las características de toda entidad colaboradora en sentido estricto, que son el ejercicio de las funciones públicas de control, inspección y certificación, respecto de terceros, en cuestiones en las que los problemas de índole técnica y la creciente complejidad de su vigilancia y ejercicio

-
- 6 Respecto de la seguridad industrial, se aprobó el RD 735/1979, de 20 de febrero, de normas generales que deben cumplir las entidades colaboradoras, derogado por el RD 2200/1995, de 28 de diciembre, del reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial. Esta normativa prevé las entidades de certificación, los laboratorios de ensayo, las entidades auditoras y de inspección y los laboratorios de calibración industrial, así como los organismos de normalización, las entidades de acreditación, los organismos de control y los verificadores medioambientales, de acuerdo con la Ley 21/1992, de 16 de julio de Industria, cuyo art. 15 establece que los organismos de control son aquellas personas físicas o jurídicas que teniendo capacidad de obrar y disponiendo de los medios técnicos, materiales y humanos e imparcialidad e independencia necesarias, pueden verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos de seguridad establecidos en los reglamentos de seguridad para los productos e instalaciones industriales. Sobre la acreditación industrial y su gestión por terceros, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2010): *Derecho de la regulación económica. Vol. II. Industria*, Iustel, Madrid. p. 296 y ss.
- 7 RD 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la ITV.
- 8 RD 1434/1999, de 10 de septiembre, de reconocimientos e inspecciones de recreo para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar y se determinan las condiciones de las entidades colaboradoras de inspección.
- 9 RD 877/2011, de 24 de junio, de reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimientos de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima.
- 10 RD 98/2009, de 6 de febrero, del reglamento de inspección aeronáutica.
- 11 RD 513/2017, de 22 de mayo, del reglamento de instalaciones de protección contra incendios.
- 12 AMENÓS ÁLAMO, J. (1999): *La inspección urbanística. Concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, p. 124 y ss. Este autor defiende los criterios siguientes que han de cumplir las entidades colaboradoras: vigilancia por parte de la Administración competente, sin que se dé una delegación completa de las funciones públicas; que los “concesionarios” de la actividad no gozan de la presunción de veracidad al no convertirse en verdaderos fedatarios públicos; que la actividad se limite a ejecutar una actividad material y, finalmente, que se limiten a la prestación de declaraciones de conocimiento sobre lo que hayan comprobado en sus funciones de control, sin ejercer, pues, una potestad administrativa de carácter jurídico.
- 13 RD 2291/1985, de 8 de noviembre, del reglamento de aparatos de elevación y manutención de los mismos.
- 14 Reglamento (UE) 2016/424, de 9 de marzo de 2016, relativo a las instalaciones de transporte por cable.
- 15 Sin que podamos olvidar que su origen inmediato se cuenta en algo tan prosaico como la inspección de calderas de vapor. PADRÓS REIG, C. (2001): *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, p. 27.

de la policía administrativa sectorial han motivado su ejercicio por particulares. En cuanto a la labor de inspección ejercida por terceros privados, forma parte del género de la actividad de control¹⁶, encuadrada dentro de la actividad de policía administrativa, en procedimientos de autorización¹⁷, certificación o de seguimiento del grado de cumplimiento del ordenamiento, y como resultado de las funciones de autoridad que le corresponden en principio a los poderes públicos¹⁸, de gran importancia en cuanto a su ejercicio por particulares¹⁹, pues

16 CANALS i AMETLLER, D., ob. cit, p. 27.

17 Siendo uno de los ejemplos más conocidos el de las inspecciones técnicas de vehículos, donde la entidad que inspecciona no solo realiza tareas de comprobación técnica, sino que decide la habilitación para el uso de los vehículos. Aunque no sin problemas, pues el TJUE califica esta actividad como “servicio público” y no como resultado del ejercicio de funciones públicas, en relación con el art. 51 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), el anterior art. 45 del Tratado de la Comunidad Europea, que excluye de las normas sobre libertad de establecimiento las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. Es decir, un freno a la liberalización de los sectores económicos. Vid. SORIANO GARCÍA, J. E. (2011): “Liberalización económica, sector público y Derecho Administrativo”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 24. Y su seminal monografía sobre la cuestión, SORIANO GARCÍA, J. E. (1993): *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia. Sobre esta doctrina europea de la inspección de vehículos como servicio público del transporte y no como una cuestión de seguridad pública ligadas a mercados de consumo obligatorio, hay que examinar la STJUE, Sala Cuarta, de 22 de octubre de 2009 (C-438/08) y la STJUE, Sala Segunda, de 15 de octubre de 2015 (C-168/14). Esta última sentencia declara que las estaciones de inspección de vehículos no participan del ejercicio del poder público en el sentido de ese precepto, aun cuando los operadores de esas estaciones disponen de la facultad de inmovilización cuando los vehículos, en el momento de la inspección, presentan deficiencias de seguridad que suponen un peligro inminente. Por tanto, no les es de aplicación la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Los criterios interpretativos de esta STJUE en favor de su prestación bajo los criterios de libre mercado, son: el carácter técnico de la actividad; falta de autonomía decisoria, es decir, carácter reglado de la resolución de conceder o no el distintivo ITV; supervisión pública; inexistencia de facultades coercitivas. De todo lo cual “resulta claro que someter a los operadores a la obtención de un título administrativo como la concesión no resulta acorde con la proporcionalidad y necesidad que requieren las excepciones a la libertad de establecimiento”. Vid. PADRÓS REIG, C. (2016): “El deshollinador lleva su vehículo a la ITV: Una fábula sobre el casuismo y la complejidad del Derecho Europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 40. Más recientemente, se reconoce la actividad mercantil de la clasificación de buques, a pesar de su ejercicio de funciones públicas, en la STJUE, Sala Primera, de 7 de mayo de 2020 (C-641/18). La jurisprudencia nacional ha tratado la cuestión en sentido contrario a la europea acerca de las ITV, entre otras, en la STS, Sala 3ª, Sección 3ª, de 4 de mayo de 2016. Más adelante, veremos, que la intervención de entidades colaboradoras en la gestión de la biodiversidad adolece de estos requisitos establecidos por la jurisprudencia europea.

18 Art. 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público (LSP), que recoge los principios de intervención de las Administraciones públicas para el desarrollo de una actividad. En el mismo sentido, el art. 18 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) recoge el deber de las personas para facilitar las inspecciones de las Administraciones públicas, bajo el principio de legalidad: “en los términos previstos en la Ley”.

19 Que puede ser sometido a criterios como el de la certificación, pero no el de la autorización previa administrativa. Vid. la STS, Sala 3ª, Sección 3ª, de 21 de abril de 2016, y la STS, Sala

comprende la entrada en instalaciones, el recabar hechos y datos o la adopción de medidas que puedan considerarse coercitivas, algo que en muchas ocasiones sólo pueden realizar funcionarios de carrera²⁰ y que se encuentran excluidas de la contratación pública, como se recoge en el art. 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Lo dicho no implica el que tales labores de inspección como resultado de una potestad pública no puedan ejercerse sin establecerse un número determinado de operadores, como es el caso de las ITV, donde la jurisprudencia ha manifestado que “es verdad que el ejercicio de la inspección técnica de vehículos ha de estar sometida al control del Estado, como aduce la recurrente, pero ello no impide su prestación en régimen de autorización y en competencia, pues dicho control del Estado no requiere la limitación en el número de sujetos que lo puedan desarrollar o un determinado régimen concesional”²¹.

2.2. *Las atribuciones derivadas del reconocimiento de una entidad como colaboradora.*

En cuanto a las atribuciones que le puede corresponder a una entidad colaboradora, nos encontramos con la importante cuestión de que, debido al principio de irrenunciabilidad del ejercicio de las competencias que habrán de ejercerse por los órganos administrativos que las tengan atribuida como propia (art. 8 de la LSP), la cesión de tal ejercicio deberá hacerse con la previa habilitación legal, cuestión de gran importancia en el asunto concreto que nos ocupa²². Esta es una de las cuestiones principales en la gestión de la biodiversidad por parte de entidades privadas, como veremos en la sección siguiente.

Es más, si tomamos como punto de referencia la encomienda de gestión (art. 11 de la LSP), gracias a la cual la realización de actividades de carácter

³a, Sección 3^a, de 29 de junio de 2011, sobre la aplicación del RD 2200/1995, de 28 de diciembre, del reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial.

20 Sobre materias concretas donde se limita este ejercicio de funciones de autoridad a particulares, vid. BRUFAO CURIEL, P. (2015): “Las garantías de las empresas ante las inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: análisis de la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho de la Competencia*, Iustel, Madrid. BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2019): *El uso de la fuerza en Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid.

21 STS, Sala 3^a, Sección 3^a, de 19 de febrero de 2014, FJ 4. Pudiendo la Administración imponer determinados requisitos para la instalación de centros de ITV, como la distancia entre ellos. Vid. STS, Sala 3^a, Sección 3^a, de 24 de julio de 2018.

22 El prof. Sainz Moreno apunta a que “la atribución de competencias administrativas a los particulares requiere, en principio, una habilitación legal formal, bien porque esa atribución represente una carga para los ciudadanos afectados, bien porque implique una facultad de intervención en relación a terceros, o bien porque de alguna manera altere las posiciones jurídicas de otros ciudadanos. La atribución de competencias administrativas puede producirse «por ley» (cuando va implícita en la realización de ciertos supuestos de hecho; por ejemplo, el capitán del buque) o «en base a una ley» (cuando se realiza mediante un acto administrativo discrecional o mediante un contrato de Derecho público)”, ob. cit. p. 1778.

material o técnico bajo la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público podrá encomendarse a otros órganos o entidades de Derecho público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño²³. A lo que se le añade el que no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos públicos y subrayándose la característica de que la encomienda de gestión no supone en ningún caso la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda. De este modo, si contamos con las cautelas establecidas para organismos de Derecho público, con mayor razón se predicará el fin de esta figura del ejercicio de funciones públicas a entidades sometidas al Derecho privado que, a fin de cuentas, realizarán materialmente verdaderos actos administrativos ante la Administración y ante terceros, dado que la línea divisoria del acto administrativo no se halla en la naturaleza pública o privada del agente, sino en el carácter de la función que se ejerce.

Para terminar esta apartado, el discurso lógico o argumentación se cierra con lo relativo a los convenios administrativos (art. 47 y ss. de la LSP), que nunca podrán tener como objeto las prestaciones propias de los contratos públicos²⁴ y sin que suponga, *de iure* o *de facto* la cesión de la competencia administrativa original, y siempre habrán de redundar en la mejora de la eficiencia de la gestión pública, la utilización conjunta de medios y servicios públicos, o contribuir a la realización de actividades de utilidad pública, dentro del plazo establecido para su vigencia.

3. EL CASO DE LAS “SOCIEDADES COLABORADORAS” DE PESCA FLUVIAL EN ASTURIAS Y SU ACTIVIDAD DE GESTIÓN DE LA BIODIVERSIDAD.

Es hora ya de explicar el acomodo de la actual situación de ciertas entidades en la gestión de la biodiversidad relativa a la pesca fluvial en Asturias, a cuyo fin expondremos cómo se desarrolla esta competencia pública por medio de ciertas entidades denominadas “colaboradoras”, a cuyo criterio empleare-

23 Criterios en los que abunda GALÁN, A. (2008): “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, *Anuario de Derecho Municipal*, nº 2.

24 Como ocurre en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y las entidades colaboradoras en su gestión, que han de someterse, en cuanto a su nombramiento, por la normativa de contratos públicos (art. 16.6). Vid. RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. (2018): “Los sujetos de la relación jurídica. Órgano concedente, beneficiarios y entidades colaboradoras. La subcontratación”, Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 425.

mos las notas y características propias de las entidades colaboradoras que acabamos de describir.

3.1. Las competencias administrativas en biodiversidad y pesca fluvial en Asturias.

Como es sabido, la pesca fluvial es una actividad que los Estatutos de Autonomía se han atribuido de forma exclusiva, sin que el Principado de Asturias sea una excepción. En el marco del art. 148.1.11 de la CE, el art. 10.13 del Estatuto de Autonomía del Principado (EAPA), esta competencia exclusiva se predica de la “pesca en aguas interiores, fluviales y lacustres, marisqueo, acuicultura, alguicultura, así como el desarrollo de cualquier otra forma de cultivo industrial. Caza. Protección de los ecosistemas en los que se desarrollan dichas actividades”. Por su parte, las competencias ambientales, de desarrollo y ejecución de la normativa básica estatal (art. 149.1.23 de la CE), se predicán de la competencia prevista en el art. 11.1 y 5 del EAPA sobre espacios naturales protegidos y protección del medio ambiente²⁵.

Por otra parte, la asignación de esta competencia autonómica sobre la pesca fluvial a un órgano específico se concreta en la Dirección General del Medio Natural y Planificación Rural de la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial²⁶. Esta Dirección General es la que se ocupa directamente de las competencias en pesca fluvial y a la que le corresponden asimismo las relativas a la biodiversidad. Pero nos queda abundar más en la cuestión y estudiar cuál es el tipo de poder o autoridad que el Principado ejerce sobre esta materia. Estas potestades se predicán de la vigente Ley 6/2002, de 18 de junio, sobre protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en aguas continentales de Asturias (LPA), cuyo art. 2 indica que “la conservación, fomento y ordenado aprovechamiento de los recursos de las aguas continentales es competencia de la Administración del Principado de Asturias en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”. En cuanto a las funciones de conservación del patrimonio natural vinculado a la pesca fluvial, se ordena a la Consejería competente que establezca las medidas necesarias

25 Régimen competencial detallado en SORIANO GARCÍA, J.E. y BRUFAO CURIEL, P. (2013): «Claves de Derecho Ambiental. Vol. III», Iustel, Madrid, p. 87 y ss.

26 Decreto 39/2020, de 2 de julio, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial (BOPA de 3 de julio de 2020), cuyo art. 18.1 dice sobre esta Dirección General: “A la Dirección General del Medio Natural y Planificación Rural le corresponde proponer y desarrollar la política autonómica en materia de protección de los espacios naturales y de las especies silvestres, como fórmula específica de contribución al desarrollo sostenible; informar y, en su caso, promover y ejecutar las obras e instalaciones que se pretendan realizar en los espacios naturales; desarrollar los principios y criterios que informan la política del Gobierno en materia de conservación y aprovechamiento de los recursos cinegéticos y piscícolas en aguas continentales. Asimismo, se encargará de las cuestiones referidas al paisaje, la regulación, control y coordinación administrativa de los servicios de Guardería del Medio Natural, así como la vigilancia y custodia de los recursos y espacios naturales y aquéllos otros que le hayan sido encomendados (...)”.

para la conservación y recuperación de los ecosistemas acuáticos continentales, a través de los oportunos instrumentos de planificación, como el plan de ordenación de los recursos acuáticos continentales²⁷ y los planes técnicos de gestión²⁸ (arts. 8 y 9 de la LPA). En concreto, le corresponden al Servicio de Vida Silvestre²⁹ “la gestión de recursos cinegéticos y piscícolas, la elaboración y ejecución de programas de gestión de especies silvestres, la conservación y gestión de las especies de fauna y flora, la gestión de los centros de cría y recuperación de fauna silvestre así como cualquier otra que se le encomiende por la Dirección General en el marco de su competencia”. Este Servicio habrá de actuar con una sólida base científica, ya que se prevén, dentro de las medidas de conservación y recuperación, la realización de estudios que han guiar la actuación administrativa mediante el conocimiento en cada cuenca fluvial de las especies de fauna y flora que la integran y las condiciones necesarias para su adecuada conservación y en su caso recuperación. Como resultado, la Consejería competente establecerá las medidas necesarias para la conservación y recuperación de los ecosistemas acuáticos continentales, que serán obligatorias en los planes técnicos de gestión, a la vez que se definirán los mecanismos de control con parámetros biológicos y químicos de la calidad ambiental de los ecosistemas acuáticos continentales, tanto en lo que afecte a la flora como a la fauna acuática, mamíferos y aves. Por último, se establecerán programas específicos de recuperación de la fauna y flora en el marco de la planificación

27 Que se aprobaría mediante decreto y contendría al menos: a) la descripción e interpretación de las características físicas y biológicas de los ecosistemas acuáticos continentales. b) El diagnóstico de su estado de conservación y previsión de su evolución. c) la formulación de los criterios generales de actuación para la conservación, mejora y recuperación de los ecosistemas acuáticos continentales. d) La determinación de las medidas necesarias para la conservación y fomento de las poblaciones de la fauna y flora acuáticas. e) la descripción de los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadoras de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con los objetivos de conservación y mejora de los ecosistemas acuáticos continentales. f) La definición de las cuencas y de los ecosistemas acuáticos continentales como unidades de planificación y gestión integral.

28 Que desarrollarían el anterior y responderían “a un modelo de gestión ecológica integral y sostenible del conjunto de los elementos que las integran”. Su objetivo de estos planes técnicos es garantizar la preservación, y en su caso la recuperación de los ecosistemas acuáticos continentales y para ello establecerán sus contenidos y actuaciones a partir del análisis del conjunto de los factores geográficos, físicos, hidrobiológicos y humanos que inciden en los ecosistemas acuáticos continentales. Contendrán, al menos, un inventario de las poblaciones de fauna y flora acuáticas, datos relativos a su distribución, poblaciones, así como, en el caso de especies aprovechables, el volumen de las extracciones que podrán realizarse en el seno de las mismas, sin afectar a la preservación de estos ecosistemas, estableciendo igualmente los criterios de uso deportivo y social de los ecosistemas acuáticos continentales. Estos planes podrán establecer zonas de regeneración al objeto de su protección y la de su fauna que serán vedadas y en las que estará prohibida la pesca. Asimismo, establecerán zonas de reserva genética para mantener intacto el potencial biológico de las especies que las pueblan y la preservación de la biodiversidad.

29 Art. 20 del Decreto 39/2020, de 2 de julio, ya citado.

general³⁰. En resumen: la actuación administrativa ha de basarse en criterios científicos, que han de manejar expertos en la materia, como es obvio.

Sin embargo, no tenemos constancia del cumplimiento de esta obligación legal de aprobar el plan de ordenación de los recursos acuáticos continentales ni los planes técnicos de gestión según estrictos criterios científicos, a pesar de que muchas de las áreas donde se practica la pesca fluvial corresponden a la Red Natura 2000, donde hay que contar con el cumplimiento estricto de los “objetivos de conservación” exigidos por la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, de Hábitats, en zonas especiales de conservación como las de los ríos Eo, Navia, Narcea, Trubia, Esva, Nalón, Sella o el Deva³¹, a la vez que el salmón atlántico se encuentra en los anexos II y V de la Directiva. Esta cuestión arrastra diversas consecuencias, como las relativas a la validez y eficacia de las distintas órdenes de vedas de pesca que se aprueban cada año, pues se desconoce su fundamento científico y, en consecuencia, la objetividad exigible en toda actuación administrativa. Como no puede ser de otra forma, en la gestión de especies objeto de aprovechamiento se exige por la jurisprudencia el que se sustente en datos científicos, so pena de incurrir en arbitrariedad³². Es más, la

30 Todo ello recogido en el art. 15 de la LPA.

31 Según las fichas oficiales de la Red Natura 2000 de Asturias, recogidas en esta web oficial [consultada el 16 de julio de 2020]: https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/lic_asturias.aspx

32 Como es el caso de lobo. La STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sede de Valladolid, Sección 1ª, nº 1458/2019, de 12 de diciembre de 2019, que anula la Resolución de 29 de julio de 2016, de la Dirección General del Medio Natural (Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León), por la que se aprueba el Plan de aprovechamientos comarcales de lobo en los terrenos cinegéticos situaciones al norte del Río Duero en Castilla y León para las temporadas 2016/2017, 2017/2018 y 2018/2019, recoge la jurisprudencia anterior y en su FJ 6 afirma: “En efecto, el Plan Comarcal del Lobo, que ha permitido la caza de esta especie, se ha basado en la consideración de la misma como especie cinegética y como especie cazable. Sin embargo y como hemos razonado, no se ha justificado que el lobo ibérico pueda tener dicho tratamiento y, por lo tanto, la gestión que la Administración ha planificado para esta especie al norte del río Duero resulta contraria a derecho y ha causado un daño”. Y poco antes, en el FJ 4 declara: “Por lo tanto, y este es el argumento que para nosotros es decisivo, la declaración de especies cinegéticas que hace el artículo 13 del Decreto 32/2015 es contraria a derecho porque para ello es necesario que, en atención a sus niveles poblacionales, distribución geográfica e índice de reproductividad, las mismas puedan ser objeto de caza. Y esta exigencia, que dimana del artículo 7 de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres, no aparece cumplida por no obrar en el expediente administrativo los informes técnicos precisos y actualizados. La falta de tales informes técnicos no puede verse suplida por los planes cinegéticos a los que se alude en la contestación a la demanda de la Administración y de la Federación de Caza de Castilla y León, ni con informes que se hagan con posterioridad. Tampoco cabe alegar que las memorias anuales de capturas son públicas, ya que lo que interesa no son tanto los datos en sí mismos, sino las conclusiones que de ellos cabe extraer para, en función de ellos y de cuantos informes sean necesarios, se dé cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 7 de la Directiva de Aves. Cabe recordar en este punto que el artículo 7.3 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León establece que se consideran especies cazables aquellas, de entre las cinegéticas, que figuren en las correspondientes Ordenes Anuales de Caza que dicte la Consejería de Medio

gestión de la pesca fluvial es una especie del género de la biodiversidad, ya que a los criterios de ésta ha de supeditarse la normativa y actuación administrativa que pueda afectarle, recordemos simplemente el listado de las especies objeto de aprovechamiento pesquero y la correlativa lista de especies sometidas a algún tipo de protección especial³³. Como se ve, no hay duda de la reserva en manos administrativas de la gestión y ejecución de los cuidados de las especies silvestres y, por consiguiente, de las especies objeto de un especial interés para la pesca en aguas continentales: el salmón atlántico (*Salmo salar*) y la trucha común (*Salmo trutta fario*).

3.2. La atribución de potestades públicas a sociedades de pesca denominadas colaboradoras.

En la actualidad, la gestión de la pesca fluvial en el Principado cuenta con una característica fundamental: ciertas atribuciones públicas en materia de gestión de la biodiversidad relativa en la pesca fluvial se han cedido a sociedades denominadas colaboradoras, mediante un instrumento que merece nuestra atención.

En efecto, su origen se encuentra en la ya añeja Resolución de 12 de febrero de 1997 de la entonces Consejería de Agricultura por la que se establecen las normas para la concesión de la condición de Sociedad Colaboradora en materia de pesca fluvial a las entidades y sociedades de pescadores³⁴. Esta resolución basa la cesión de funciones públicas a entidades colaboradoras en lo siguiente: “se establece el régimen aplicable a las sociedades colaboradoras que podrán disfrutar de beneficios como el contenido en el art. 45.3 de la Ley 10/96, de 32

Ambiente y Ordenación del Territorio. Por lo tanto, en la medida en que el artículo 2 de la Orden FYM/609/2016, de 28 de junio, considera como especies cazables las determinadas en el artículo 13 del Decreto 32/2015, es evidente que la nulidad de este artículo implica igualmente la anulación de este artículo 2”. Añadiéndose también al final del Fundamento de Derecho Octavo de la misma Sentencia: “Consiguientemente, la carencia de informes técnicos que avalen el carácter de cazable de una determinada especie no puede suplirse por lo que establezca la orden anual de caza, como reiteradamente ha dicho esta Sala, por lo que es claro, a nuestro juicio, que la anulación del Decreto 32/2015 determina la anulación de la Orden anual de caza que aquí se impugna.” Así las cosas, es evidente que debemos anular también la Resolución de 29 de julio de 2016 que aquí se impugna, ya que parte de que el lobo es especie cinegética y susceptible de ser cazada, lo que, a virtud de lo expuesto, no es posible reconocer”.

33 Así lo establece el art. 64.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y Biodiversidad (LPNB): “La caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que determinen las Comunidades autónomas, declaración que en ningún caso podrá afectar a las especies incluidas en el Listado de Especies en Régimen de Protección Especial, o a las prohibidas por la Unión Europea”. Todo ello de la mano de una abundantísima jurisprudencia europea y de los convenios internacionales sobre biodiversidad. Vid. GALLEGO BERNAD, M^a. S., et al. (2017): *Aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea sobre Red Natura 2000*, SEO/Birdlife, Madrid.

34 BOPA de 5 de abril de 1997, p. 2693.

de diciembre, de Presupuestos Generales de Asturias para el año 1997³⁵, relativo a la reducción de cuantía de tasas”. Sin embargo, la norma que se aduce para amparar la resolución no trata esta cuestión en absoluto, pues solo se refería a las tasas por permisos de pesca³⁶ para los asociados a dichas sociedades, previa firma de un convenio con la Administración autonómica, convenios cuyo único fin era “la reproducción de alevines y esguines de trucha común y salmón”. Es decir, ya en 1997 se carecía de todo apoyo legal para la celebración de estos acuerdos y para el ejercicio privado de funciones públicas³⁷. Hay que subrayar que la normativa vigente autonómica en 1997 era solo de sanciones en materia de pesca: la Ley 3/1988, de 10 de junio, de sanciones de pesca³⁸. Por tanto, no había amparo jurídico entonces para dictar tal resolución. Lo dicho es más grave aún si cabe ya que esta actividad lleva ejerciéndose desde entonces y la Ley 3/1998, de 11 de diciembre, de pesca fluvial de Asturias³⁹, en su art. 30, establecía la reserva pública de esta actividad de cría de reproductores y suelta de alevines, ya que “solo la Administración del Principado” podría realizar esta labor⁴⁰.

35 BOE de 12 de marzo de 1997.

36 “Artículo 45. Modificaciones de la Ley de Tasas. 1. Se modifica la Ley 5/1988, de 22 de julio, reguladora de las Tasas del Principado de Asturias, en los términos siguientes: El artículo 102.2 queda redactado como sigue: a) Permisos para cotos de pesca de salmón: Categoría A: 12.000 pesetas. Categoría B: 10.000 pesetas. Categoría C: 8.000 pesetas. b) Permisos para cotos de pesca de salmón destinados al turismo: Categoría A: 24.000 pesetas. Categoría B: 20.000 pesetas. Categoría C: 16.000 pesetas. 2. Los lotes de referencia se corresponden con la clasificación determinada por la Consejería de Agricultura. 3. Las anteriores tarifas se reducirán un 40 por 100, cuando los sujetos pasivos sean miembros de sociedades que hubieran suscrito, o suscriban, con la Administración del Principado de Asturias, un convenio de colaboración para la reproducción de alevines y esguines de trucha común y salmón”.

37 Tampoco se hace ninguna al respecto en el derogado Decreto 100/89, de 6 de octubre, por el que se crea el Consejo Regional de la Pesca Fluvial y se regula su composición y funcionamiento (BOPA de 18 de octubre de 1989) ni en el vigente Decreto 95/2005, de 2 de septiembre (BOPA de 19 de noviembre de 2005).

38 BOE de 1 de agosto de 1988.

39 BOE de 21 de enero de 1999.

40 “Artículo 30. Repoblaciones. 1. Sólo la Administración del Principado de Asturias podrá, mediante resolución motivada, repoblar las aguas cuando los estudios hidrobiológicos realizados así lo recomienden. 2. Queda prohibida la repoblación de las zonas de reserva genética, no considerándose como acción repobladora la de trasladar especímenes en estado de huevo, alevín o adulto, dentro de una misma zona de reserva genética. 3. La Administración del Principado de Asturias sólo repoblará las aguas con peces sanos y con variedades autóctonas. 4. Se prohíbe la introducción en las aguas de especies alóctonas, con la excepción de aquellas que, previos los estudios oportunos, resulten útiles y no perturben ni transmitan enfermedad alguna. En cualquier caso, se someterá al trámite de evaluación de impacto ambiental. 5. La Consejería competente en materia de pesca fluvial propiciará la construcción de estaciones de captura, frezaderos artificiales, canales de alevinaje, centros ictiogénicos y demás instalaciones que sirvan para incrementar la riqueza piscícola de las aguas continentales del Principado de Asturias”.

Abundando en las labores que pudieran encomendarse a estas sociedades colaboradoras, la resolución de 1997 exigía el compromiso de “colaborar en los programas de repoblación”, en la “vigilancia de las actividades piscícolas a fin de procurar el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes y fomentar entre sus asociados el espíritu de ejemplaridad que distingue a todo pescador responsable”⁴¹ y el de “actuar de manera eficaz y tangible en favor de la riqueza piscícola y de su hábitat, invirtiendo al menos el 75% de todos los ingresos de la Sociedad en actividades o trabajos que redunden de forma directa o indirecta en la mayor protección, conservación y fomento de esta riqueza o de su hábitat”. Es decir, hay una patente incongruencia interna en cuanto al objeto de los convenios, pues la resolución comprende muchos más fines que el limitado a las llamadas “repoblaciones” con alevines de trucha o salmón.

Pero no hemos de pararnos aquí en cuanto a los problemas de la carencia de amparo jurídico de este régimen de colaboración con entidades privadas. En primer lugar, la citada resolución de 1997 añade que la vigencia del reconocimiento como entidad colaboradora tenía una vigencia por temporada de pesca, debiéndose remitir a la Administración autonómica cada mes de septiembre “una memoria justificativa de las condiciones que motivaron su declaración”, pudiendo renovarse esta condición de colaboradora para cada temporada. Esto es, la renovación ha de considerarse que se renueva mediante un acto administrativo expreso, que desconocemos si ha tenido lugar en los veintitrés años que han transcurrido hasta la fecha. En segundo lugar, no tenemos constancia de que se haya firmado uno solo de los citados convenios que exigía la normativa de 1988, vigente cuando se dictó la resolución. En efecto, en la respuesta dada por la Intervención General del Principado a una asociación de pescadores sobre su actividad fiscalizadora en relación con estos convenios administrativos⁴², se dice que “de acuerdo con el informe remitido por el Servicio de Caza y Pesca de la Dirección General de Recursos Naturales (...) no existe ningún convenio de colaboración suscrito con sociedades de pescadores y, en consecuencia tampoco existen los informes de fiscalización emitidos por la Intervención General del Principado de Asturias”⁴³. En tercer lugar, la normativa que regula el denominado Consejo de los Ecosistemas Acuáticos y de la Pesca en Aguas Continentales, órgano consultivo y de participación pública en la materia, recoge la intervención de estas entidades colaboradoras, sin atribuirles ninguna otra función, como así se establecía en el derogado Decreto 100/89, de 6 de octubre, por el que se crea el Consejo Regional de la Pesca Fluvial⁴⁴, algo que tampoco ocurre con el vigente Decreto 95/2005, de 2 de septiembre⁴⁵. Y no podemos olvidar la premisa mayor: no cabe autorización alguna a terceros

41 *Flatus vocis* o expresión vacía de todo significado y contenido jurídico, como puede comprenderse con facilidad y a todas luces impropio de la actividad de una Administración.

42 De 22 de septiembre de 2016.

43 Sin que tengamos constancia de que exista convenio alguno hasta la fecha.

44 BOPA de 18 de octubre de 1989.

45 BOPA de 19 de noviembre de 2005.

para que éstos ejerzan funciones privadas que haya de ejercerse exclusivamente por la Administración, esto es, su contenido sería imposible, a los efectos de la nulidad de la actuación administrativa.

En resumen, ni entonces bajo la normativa aplicable a la pesca fluvial de 1988 y 1998 existía cobertura legal para las actividades que, de hecho, tolera o ampara realizar el Principado a diversas entidades privadas. Y esta renuncia a ejercer la competencia administrativa en la materia implica el desconocer los criterios, ya tratados por la doctrina y la jurisprudencia, que habrán de exigirse para que un particular asuma tal competencia⁴⁶: objetividad e imparcialidad de las decisiones de los agentes privados⁴⁷, solvencia y capacidad técnica, derechos de terceros afectados por las decisiones que se adopten fuera del ámbito administrativo, la satisfacción del interés general, o el aseguramiento de las responsabilidades y los mecanismos de comprobación e inspección⁴⁸ por la autoridad administrativa de lo realizado por particulares, que, contrariando los principios básicos del Derecho Administrativo, ejercen verdaderas funciones públicas de autoridad.

Y tampoco encuentra cobertura alguna el objeto principal de esta actividad, puesto que el art. 29 de la LPA, relativo a las repoblaciones, indica que “sólo la Consejería competente en materia de aguas continentales podrá repoblar las aguas cuando los estudios hidrobiológicos así lo recomienden», estudios que tampoco se han realizado desde que la competencia fuera transferida a la Comunidad Autónoma y que son diferentes de los estudios previos para la gestión de la Red Natura 2000. Esto es, toda la eufemísticamente denominada “gestión” de la pesca fluvial y de la biodiversidad se efectúa sobre el vacío, sin amparo científico ni jurídico.

Es más, esta norma que acabamos de citar, es el fruto lógico de entender que la repoblación es solo la fase final de una actividad compleja de captura de reproductores del medio natural y su empleo en instalaciones de acuicultura, por lo que añade que “la repoblación sólo se realizará con peces sanos y con variedades autóctonas”, quedando prohibida la repoblación en las zonas de reserva genética, a la vez que la Consejería competente “propiciará la construcción de estaciones de captura, frezaderos artificiales, canales de alevinaje, centros ictiogénicos y demás instalaciones que sirvan para incrementar la riqueza de las aguas continentales en el Principado de Asturias”, evidentemente en el ejercicio de esta competencia pública que, sin cobertura jurídica ha cedido a particulares.

46 Como ha descrito FUENTES i GASÓ, J. R. (2012): “Aspectos controvertidos sobre el ejercicio de funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente por parte de las entidades colaboradoras”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 154, p. 348.

47 Que al tratarse de cuestiones científicas, habrán de basarse en la Ciencia.

48 En definitiva, de control de todos estos requisitos que acabamos de detallar. Vid. GARCÍA URETA, A. (2006): *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, p. 328.

Añadimos también que la resolución de 1997, no obstante lo impuesto por la LPA, establece únicamente como requisito que para ser beneficiaria de la condición de sociedad colaboradora, se exigen criterios que quedan muy lejos de una gestión objetiva basada únicamente en criterios científicos y contando con la preparación académica pertinente, ya que junto a un mínimo de 250 socios, carecer de ánimo de lucro, estar inscrita en el registro de sociedades deportivas (lo que indica su naturaleza deportiva, no de gestión, ambiental y mucho menos científica), se le ha de comprobar el “tener una capacidad de producción anual de alevín de trucha común y salmón superior a 75.000 alevines”. De hecho, es prácticamente la única función que realizan, aspecto ampliamente divulgado en medios de difusión generalistas: la suelta de especímenes de estas especies cuyos reproductores obtienen del medio natural, algo que se ha demostrado que no solo es ineficaz sino también dañino y contraproducente⁴⁹.

Esta actividad, reservada a la Administración, de captura por particulares de ejemplares de salmones, ya sea en zonas protegidas o no, sin amparo jurídico cuenta además con un episodio más grave, dado que se ha dictado una Resolución de 3 de mayo de 2019 de la Dirección General de Biodiversidad, por la que se autoriza la captura y estabulación de reproductores de salmón para cría⁵⁰, tarea pública que podrán llevar a cabo determinadas personas particulares ajenas a la Administración Pública y sin ninguna capacidad jurídica para el

49 ÁLVAREZ, D. (2012): “Repoblaciones de salmón: cuando el remedio es peor que la enfermedad”, *Quercus*, nº 316. RÍOS CON VIDA (2013): *Truchas fuera de lo común. Los perjuicios ambientales provocados por las sueltas ilegales para la pesca fluvial de ejemplares alóctonos de trucha común*, Madrid.

50 En la primera línea de esta Resolución de 3 de mayo de 2019 de la Dirección General de Biodiversidad, por la que se autoriza la captura y estabulación de reproductores de salmón para cría, se indica que: “Considerando la necesidad de obtención de hueva de salmones para incubación con fines de repoblación en los centros ictiogénicos, dentro de las campañas anuales a desarrollar por la Administración”, dando por supuesto que las campañas de repoblación son necesarias para la conservación de las poblaciones de salmón atlántico. Esta afirmación contradice las evidencias científicas que indican no solo la inutilidad de las mismas sino, y más grave, los efectos nocivos de estas prácticas sobre las poblaciones naturales, por lo que ya se han descartado en países con una larga tradición salmonera (por ejemplo, Gales, a partir de 2015) y están en entredicho en otros países. Los efectos negativos de las repoblaciones, se pueden resumir en: (a) incremento los fenómenos de erosión genética de la población, o sea, la reducción de su variabilidad genética, debido a la suelta de muchos salmones procedentes de unos pocos reproductores, lo que acelerará aún más su proceso de declive, (b) la cría en cautividad y la posterior suelta de pintos tiene importantes efectos sobre su posterior supervivencia, ya que impide los fenómenos de selección natural de los individuos más aptos, dificulta su adaptación a la alimentación natural tras varios meses de alimentación con piensos, deterioro de las relaciones sociales tras varios meses de estancia en densidades muy superiores a las naturales, (c) competencia por el espacio y por los recursos con los salmones nacidos en el río en la misma estación. Hay que tener en cuenta que los salmones de repoblación, al haber sido criados con alimento abundante y en condiciones que propician tasas de crecimiento máximas, tendrán mayor tamaño que sus hermanos salvajes nacidos al mismo tiempo, (d) por último, la captura de reproductores supone la extracción de un número muy elevado de peces, en unas poblaciones que ya se encuentran muy mermadas, por lo que se reduce el número de ejemplares que participarán en la reproducción natural. Vid. nota anterior.

ejercicio de estas funciones públicas en el seno de la Administración, ya que pertenecen a sociedades privadas de pescadores, según aparece en esta resolución. Ésta igualmente recoge la previsión “de otras personas autorizadas”, y en ninguno de los casos nos consta tampoco la habilitación académica o profesional para el manejo de ejemplares de especies de peces silvestres y su reproducción y suelta en núcleos zoológicos o piscifactorías⁵¹. Lo dicho conlleva por parte del Principado, otro supuesto de renuncia al ejercicio de las propias competencias, prohibida por el ordenamiento jurídico⁵². Tampoco nos consta ninguna supervisión por agentes de la Administración de estas actividades realizadas por particulares⁵³. Hay que tener en cuenta que anteriormente esta labor era competencia exclusiva de los guardas del Servicio de Caza y Pesca del Principado, como se puede apreciar en la Resolución de 9 de octubre de 2015 de la Dirección General de Recursos Naturales de la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales. Esta resolución permitió la captura de salmones, exclusivamente, “por parte de personal de la guardería del Servicio de Caza y Pesca”, sin que hayamos encontrado documento alguno donde se motive este cambio cuatro años más tarde.

En cualquier caso, la cesión de esta función exclusivamente administrativa, no obstante todo lo dicho anteriormente, para su ejercicio por terceros, debería haberse licitado de acuerdo con los procedimientos de la Ley de Contratos del Sector Público, en sus distintas versiones a lo largo de estos años⁵⁴, como un genuino “contrato de servicios”. Por el contrario, se ha cedido esta potestad administrativa sin licitación alguna y así se sigue ejerciendo. Es más, ante la clásica dicotomía entre celebrar un contrato público o un convenio⁵⁵,

51 Denominadas también eufemísticamente “centros ictiogénicos”. la habilitación profesional se encuentra regulada por el RD 1585/2011, de 4 de noviembre, por el que se establece el título de técnico superior en acuicultura y se fijan sus enseñanzas mínimas. Este RD se desarrolla por la Orden ECD/306/2012, de 15 de febrero, por la que se establece su currículo.

52 Art. 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público: “*Artículo 8. Competencia. “1. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes” (...)*”

53 Por lo que nos preguntamos “si después de la experiencia de delegación en dicho sector privado, se llega a la conclusión de que es mejor equipar a la Administración con los técnicos precisos para llevar a cabo este tipo de funciones”. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, S. (2004), ob. cit., p. 5.

54 Art. 17 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) y normativa correspondiente en su día sobre este contrato en el RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público.

55 Por todos, BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2018): “Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 48, donde se detalla el devenir de una “degeneración jurídica”. Como sabemos, el art. 47 de la LSP establece que “los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos”, mientras que el art. 6 de la LCSP excluye los convenios no incluidos en esta ley. A su vez, el art. 17 de la LCSP define el contrato de servicio a aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer

tenemos que ni siquiera éste se ha celebrado a pesar de su previsión normativa, por lo que, desde este punto de vista, también nos encontramos ante una situación de hecho por la que se permite el ejercicio privado de estas funciones públicas, a pesar de las notas inherentes al ejercicio de la autoridad que conlleva el manejo de especies silvestres bajo la competencia autonómica y, por tanto de su indisponibilidad⁵⁶, máxime si tenemos en cuenta que simplemente se trata de entidades deportivas o recreativas que gestionan, de hecho, la biodiversidad⁵⁷.

Por otra parte, enlazando esta cuestión con el régimen jurídico de las entidades colaboradoras detallado en la primera parte de este trabajo, no ofrece seguridad jurídica alguna la denominación de “colaboradoras” de estas sociedades de pesca que ejercen funciones públicas⁵⁸, puesto que no realizan ninguna función típica derivada de la colaboración con las Administraciones públicas o de encomienda de gestión, como sean la certificación, el control, la inspección, la homologación o la acreditación de actividades de terceros.

consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. En todo caso, se establece que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Vid. también: AA.VV. (2004): “¿Es factible convertir un convenio de colaboración con una entidad privada sin fin lucrativo lo que hasta el momento era un contrato de servicios?”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 35. Sobre ejemplos de licitación de la gestión de actividades relacionadas con la fauna silvestre, la STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 23 noviembre de 2001, tiene por objeto la licitación de un coto de pesca. Vid. también de la Junta Consultiva de Contratación Pública, el Informe 5/11, de 28 de octubre de 2011, sobre la licitación de un coto de caza público en terrenos públicos.

- 56 HUERGO LORA, A. (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, obra en la que se abunda en la distinción entre convenio y contrato. Vid. especialmente p. 199 y ss. Este autor habla del principio de indisponibilidad de las potestades administrativas como obstáculo a la vinculación contractual de su ejercicio, vid. p. 263 y ss. Asimismo señala: “La renuncia o la cesión completas de una potestad (es decir, los supuestos inequívocamente incluidos en el ámbito del principio de indisponibilidad) suponen necesariamente un incumplimiento de la norma que atribuye a la Administración la potestad de que se trate, puesto que esa norma pretende que la Administración sea titular en todo momento de un poder jurídico con el que atender las necesidades de un interés público concreto” (p. 268).
- 57 *Mutatis mutandis* nos preguntamos si un club o federación de automovilismo, por poner un ejemplo, pudiera legalmente gestionar el tráfico y la seguridad vial, o si una asociación de usuarios de la sanidad pública gestionase un hospital público. La proporción y *ratio iuris* son la misma. Es decir, se carece de forma absoluta de la capacitación técnica precisa, sin que pueda suplirse por el mejor de los voluntarismos, algo que también rompe las costuras de los criterios de valoración de las ofertas que pudieran presentarse en una hipotética licitación o de la inexcusable motivación en la que pueda basarse la Administración para dictar sus actos.
- 58 Lo que tampoco puede llevarnos al callejón sin salida de dejarlo simplemente en una cuestión de denominación o *nomen iuris*.

Se trata, sin más, de una delegación de hecho⁵⁹, sin amparo jurídico, de las funciones materiales propias administrativas en este sector de la gestión de la biodiversidad y la pesca fluvial, algo que, desgraciadamente, cuenta con otros ejemplos en España⁶⁰. Por tanto, tampoco podría el Principado acogerse a su tratamiento jurídico para alegar que se trata de un *tertium genus* en el que descargar en unas entidades particulares la responsabilidad de las irrenunciables competencias que el ordenamiento le asigna⁶¹.

3.3. Eventuales consecuencias de los problemas derivados de la falta de amparo legal existente.

La caótica situación actual de las entidades colaboradoras de las funciones públicas sobre la biodiversidad y la pesca fluvial en Asturias nos lleva a las siguientes consecuencias. La más evidente de ellas es la nulidad radical de pleno derecho⁶² de la actuación que el Principado realiza desde hace años sobre la materia, dado que de acuerdo con el art. 47.1.c) de la LPAC, nos hallamos ante un caso en que las resoluciones comentadas que han corrido este velo de aparente legalidad tienen un contenido imposible, que radica en la falta de habilitación legal para que en estos casos se proceda a la cesión de las competencias irrenunciables de las que es titular el Principado, a lo que se le añade el que en virtud del principio de vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, ésta solo puede realizar lo que le permite el Derecho, máxime cuando la conservación de la biodiversidad y las especies silvestres objeto del interés de estas sociedades son también ajenas a unas entidades registradas legalmente como deportivas.

59 Sobre la vía de hecho, recomendamos *in totum*: GONZÁLEZ-VARAS, S. (1994): *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid.

60 Como se detalla en: BRUFAO CUIEL, P. (2007): “Régimen jurídico de la pesca fluvial en Andalucía. ¿Regreso a los derechos señoriales de pesca?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 65. BRUFAO CUIEL, P. (2014): “La extensión del monopolio sobre funciones públicas de las federaciones deportivas a las actividades recreativas o de ocio”, *CEF Legal*, nº 165.

61 Pues como norma básica lo establece el art. 54.1 de la LPNB: “La Administración General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre (...)”.

62 Sin perjuicio de otras que, supuesta y eventualmente, pudieran alcanzar a las negociaciones prohibidas a funcionarios, la prevaricación administrativa por comisión u omisión, el uso incorrecto de fondos y bienes públicos, el ejercicio de actos propios de autoridad o funcionarios públicos por quienes no tengan esta consideración, así como la responsabilidad disciplinaria o patrimonial oportunas, derivado todo de las funciones *in vigilando* que le corresponden a los poderes públicos. Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y MARTÍN LORENZO, M^a (2010): “Responsabilidad penal y externalización de funciones públicas”, en Galán, A. y Prieto, C. (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Barcelona, p. 125 y ss., que recoge la ampliación del concepto de ejercicio de funciones públicas a personas que no tengan la condición de funcionario, dado que lo importante a estos efectos es la naturaleza de la labor que se presta.

Asimismo, de acuerdo con el art. 47.1 e) de la LPAC, se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, dado que, ni la resolución de 1997 contaba con amparo jurídico alguno ni lo cuenta ahora y no se siguió procedimiento alguno con la validez suficiente para su adopción, y la situación se mantiene a pesar del carácter anual de la vigencia del reconocimiento de las sociedades como colaboradoras.

Por otra parte, ex art. 47.1. f) de la LPAC, nos encontramos con otra causa de nulidad al tratarse de un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se conceden facultades o derechos careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición. Es decir, nos encontramos con sujetos de Derecho privado que realizan auténticas funciones públicas sin título habilitante, independientemente de que su tramitación eventualmente se hubiera resuelto por convenio o por contrato público⁶³ y mucho menos por la patente vía de hecho a la que hemos aludido.

4. CONCLUSIONES.

La principal conclusión a la que podemos llegar es la absoluta falta del título habilitante para que el Principado de Asturias haya cedido su irrenunciable competencia sobre la gestión de la biodiversidad relacionada con la pesca fluvial.

La cuestión se predica tanto desde el punto de vista general del ejercicio de sus competencias como desde el punto de vista concreto del empleo de meras resoluciones sin amparo legal alguno para poder entregar a particulares esas

63 Nulidad que puede extenderse al otorgamiento de las recurrentes subvenciones para la retirada del medio natural de ejemplares de trucha y salmón. Vid. la Resolución de 17 de abril de 2019, de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, por la que se convocan subvenciones para asociaciones de pesca fluvial destinadas al fomento, mantenimiento y ordenado aprovechamiento de especies piscícolas de pesca fluvial en el Principado de Asturias 2019 y se autoriza el correspondiente gasto (BOPA de 24 de junio de 2019). La Resolución de 3 de septiembre de 2018, de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, por la que se modifican las bases que han de regir las convocatorias de subvenciones a las asociaciones de pesca fluvial para el fomento, mantenimiento y ordenado aprovechamiento de especies piscícolas en el Principado de Asturias (BOPA de 10 de septiembre de 2018) establecía que son subvencionables “los gastos derivados de piscicultura y de labores de repoblación y de contratación de personal para estos fines por la Sociedad”, a los que se “aplicará una modulación proporcional al número de alevines y o esguines criados para repoblar, del siguiente modo: Más de ciento cincuenta mil alevines y o esguines hasta el 70%. Más de setenta mil alevines y o esguines hasta el 60%. Cifras menores de setenta mil alevines y o esguines hasta el 50% del presupuesto aceptado. Además, en caso de sobrar fondos una vez distribuido el crédito previsto (...), con la cantidad sobrante se ponderará, en función de los alevines repoblados entre los peticionarios que ejerzan piscicultura, un pago por alevín. Para ello se valorará hasta 0,015 euros por alevín repoblado a partir de verano y hasta 0,025 euros por alevín marcado y repoblado a partir de otoño”.

funciones, sin que tampoco puedan calificarse como “colaboradores” en estricto sentido jurídico, dado que no comparten elementos esenciales del régimen jurídico de las llamadas entidades colaboradoras que ejercen funciones de control, inspección o certificación respecto de terceros y bajo la responsabilidad última de la Administración competente.

Como consecuencia lógica, solamente nos resta afirmar la nulidad de pleno derecho de las resoluciones administrativas que se derivan de esta situación, sin perjuicio de las supuestas e hipotéticas situaciones en las que se pueda exigirse algún tipo de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2004): “¿Es factible convertir un convenio de colaboración con una entidad privada sin fin lucrativo lo que hasta el momento era un contrato de servicios?”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 35.

ÁLVAREZ, D. (2012): «Re poblaciones de salmón: cuando el remedio es peor que la enfermedad», *Quercus*, nº 316.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2010): *Derecho de la regulación económica. Vol. II. Industria*, Iustel, Madrid.

AMENÓS ÁLAMO, J. (1999): *La inspección urbanística. Concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona.

BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2018): “Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 48.

BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2019): *El uso de la fuerza en Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid.

BRUFAO CUIEL, P. (2007): “Régimen jurídico de la pesca fluvial en Andalucía. ¿Regreso a los derechos señoriales de pesca?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 65.

BRUFAO CUIEL, P. (2014): “La extensión del monopolio sobre funciones públicas de las federaciones deportivas a las actividades recreativas o de ocio”, *CEF Legal*, nº 165.

BRUFAO CUIEL, P. (2015): “Las garantías de las empresas ante las inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: análisis de la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho de la Competencia*, Iustel, Madrid.

CANALS i ATMELLER, D. (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Albolote.

CANALS i AMETLLER, D. (2010): “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, en Galán, A. y Prieto, C. (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Barcelona.

CASADO CASADO, L. et al. (2010): *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección de medio ambiente*, Atelier, Barcelona.

FUENTES i GASÓ, J. R. (2012): “Aspectos controvertidos sobre el ejercicio de funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente por parte de las entidades colaboradoras”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 154.

GALÁN, A. (2008): “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, *Anuario de Derecho Municipal*, nº 2.

GALLEGO BERNAD, M^a. S., et al. (2017): *Aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea sobre Red Natura 2000*, SEO/Birdlife, Madrid.

GARCÍA URETA, A. (2006): *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid.

GONZÁLEZ-VARAS, S. (1994): *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid.

GONZÁLEZ-VARAS, S. (2004): “La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 123.

HUERGO LORA, A. (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y MARTÍN LORENZO, M^a (2010): “Responsabilidad penal y externalización de funciones públicas”, en Galán, A. y Prieto, C. (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Barcelona.

NIETO GARCÍA, A. (1996): *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona.

PADRÓS REIG, C. (2001): *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid.

PADRÓS REIG, C. (2016): “El deshollinador lleva su vehículo a la ITV: Una fábula sobre el casuismo y la complejidad del Derecho Europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 40.

RÍOS CON VIDA (2013): *Truchas fuera de lo común. Los perjuicios ambientales provocados por las sueltas ilegales para la pesca fluvial de ejemplares alóctonos de trucha común*, Madrid.

RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. (2018): “Los sujetos de la relación jurídica. Órgano concedente, beneficiarios y entidades colaboradoras. La subcontratación”, Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi, Cizur Menor.

SAINZ MORENO, F. (1983): “Ejercicio privado de funciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 100-102.

SORIANO GARCÍA, J. E. (1993): *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia.

SORIANO GARCÍA, J. E. (2011): “Liberalización económica, sector público y Derecho Administrativo”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 24.

SORIANO GARCÍA, J. E. y BRUFAO CURIEL, P. (2013): “Claves de Derecho Ambiental. Vol. III”, Iustel, Madrid.

TOMÁS y VALIENTE, F. (1975): “La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla (siglos XVII y XVIII)”, *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 2.

TOMÁS y VALIENTE, F. (1990): “La formación del Estado y la venta de oficios”, en Iglesias Ferreirós, A. et al. (coords.): *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII*, Universidad de Barcelona.