

42.344.2018

INFORME RELATIVO AL PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE REGULA LA MODALIDAD DE MARISQUEO EN INMERSIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

Se ha recibido para informe el texto del proyecto citado, solicitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, pesca y Desarrollo Rural. Analizado el mismo, según las competencias asignadas a esta Dirección General, se efectúan las siguientes consideraciones:

I. COMPETENCIA.

1ª. El presente informe se emite en cumplimiento de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Asimismo, se emite en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2.c) del Decreto 260/1988, de 2 de agosto, por el que se desarrollan atribuciones para la racionalización administrativa de la Junta de Andalucía, y del artículo 17 del Decreto 107/2018, de 19 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública. Es decir, aspectos normativos relacionados con la organización de la Administración de la Junta de Andalucía, desconcentración y procedimiento, especialmente la simplificación de sus trámites y métodos de trabajo, y de normalización y racionalización de la gestión administrativa; así como el desarrollo de la Administración electrónica.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

1ª. En relación a la documentación que debe acompañarse por el órgano que inicia el procedimiento normativo, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 6/2006, 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y demás normativa sectorial aplicable para la tramitación de disposiciones de carácter general, se observa que sólo se acompaña el proyecto de Orden y una memoria justificativa sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, dentro de cuyo texto se incluye un apartado final en el que se efectúa una valoración de las cargas administrativas, indicando que se procede a reducir las cargas administrativas para la ciudadanía, fundamentada sobre todo en la tramitación electrónica de los procedimientos y en la no presentación de documentos obrantes en poder de la Administración.

Procedemos, por tanto, a emitir informe sobre dichos documentos.

2ª. El proyecto consta de Preámbulo, quince artículos, dos disposiciones finales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final. Asimismo, consta de seis Anexos. En los anexos I y II se procede a regular diversos aspectos del marisqueo en inmersión; en el Anexo III, la solicitud para la licencia para dichas actividades; en el Anexo IV, su renovación; en el Anexo V la inscripción en el censo de licencias; y, en el Anexo VI, las solicitudes para los mariscadores habituales en la pesquería.

3ª. Como hemos indicado, en los anexos I y II se procede a regular diversos aspectos del marisqueo en inmersión, que, por su contenido, podrían considerarse de naturaleza reglamentaria. A este respecto, debe significarse que el contenido de tales Anexos, I y II, no tiene la misma naturaleza jurídica que el de los Anexos III, IV, V y VI. Estos últimos deben considerarse como actos administrativos de carácter general, cuya modificación o actualización es susceptible de ser delegada en otro órgano directivo no titular de potestad reglamentaria (así ha sido confirmado por informe del Gabinete Jurídico ATPI00110/18). Sin embargo, el contenido de los Anexos I y II incluye auténticas normas jurídicas, disposiciones de carácter general, por contener materias mediante las que se crea Derecho, innovando el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia y no consumiéndose con su cumplimiento sino que, mientras estén en vigor, serán susceptibles de una pluralidad de aplicaciones. En otras palabras, los anexos I y II crean obligaciones jurídicas a las personas destinatarias, no reguladas en ninguna otra norma de naturaleza reglamentaria.

Con respecto a los anexos III, IV, V y VI, poniéndolos en relación a la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por la que se regulan directrices de técnica normativa, es significativo que en el punto 45, apartado h) Anexos, se especifica lo siguiente *“45. Referencia en la parte dispositiva. En la parte dispositiva de la norma habrá siempre una referencia clara y expresa al anexo o, si son varios, a cada uno de ellos”*. Con ello, se significa que tales normas dejan entrever que los anexos no suelen tener naturaleza normativa, con lo cual debieran sopesarse los extremos siguientes:

1. No deben utilizarse los anexos para incluir materias de naturaleza reglamentaria no reguladas en la parte dispositiva, sino que dicha materia debe incluirse en el articulado del reglamento.

2. Si se mantienen tales Anexos, debe quedar clara su naturaleza reglamentaria, incluyendo que su texto se incorpora al contenido de la disposición de carácter general, y su imposibilidad de ser modificados por una autoridad que no tenga la potestad reglamentaria.

Dicho lo anterior, en el caso concreto de **los Anexos I y II** que nos ocupan, habría que preguntarse si arrojan claridad y simplificación a la regulación efectuada en el articulado, como justificación para su existencia excepcional. De la lectura de ambos cuerpos normativos, dada su especificidad (texto de la orden y anexos), desde nuestro punto de vista, podría considerarse que, sin dejar de tener naturaleza normativa, **teniendo en cuenta su carácter técnico y la repetición de apartados y conceptos** que se produce en función de la especie de marisco capturada, **quizás estaría justificada su existencia**; si bien, tal como se indica en el punto 2 anterior, **sería necesario especificar con claridad en la parte dispositiva, que el contenido de los anexos I y II tiene naturaleza reglamentaria**, que se integra dentro del contenido normativo del proyecto y que sólo podrá ser modificado por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de marisqueo, como titular de la potestad reglamentaria. **En caso contrario, sería necesario incluir su contenido en la parte dispositiva de la Orden.**

4ª. En el texto del proyecto se procede a la regulación de diversos procedimientos administrativos, cuya delimitación no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. De esta manera, en cierta medida, se intuyen los procedimientos, que se especifican a continuación y que debieran ser regulados específicamente, consignando específicamente la naturaleza de cada procedimiento, lugar de publicación de la convocatoria (en el caso de que exista), plazo de presentación de solicitudes, órgano instructor, relación provisional y definitiva de admitidos y lugar de publicación (si se trata de concurrencia competitiva), órgano resolutor y lugar de publicación:

1. Un procedimiento de convocatoria en régimen de concurrencia competitiva (¿?) para la obtención de licencias (artículos 4 y siguientes).
2. Un procedimiento de revocación de licencias (artículo 11).
3. Un procedimiento de oferta de licencias vacantes (artículo 13, ¿nueva convocatoria?).
4. Un procedimiento de concordancia en la vigencia temporal de licencias (D.A.1ª).
5. Procedimiento de reconocimiento de vigencia de licencias concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente norma (D.T.1ª).
6. Procedimiento de incorporación de mariscadores habituales (D.T.2ª).
7. Procedimiento de inscripción registral en el Censo de mariscadores en inmersión de Andalucía.

III. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS.

1ª. Artículo 3. Censo de mariscadores en inmersión de Andalucía.

Se procede a la creación del Censo de mariscadores en inmersión en Andalucía, en el que se inscribirán la personas titulares de las licencias, cuya obtención se regula en la presente Orden.

En dicho precepto se establece que " 1. Se crea el censo de mariscadores en inmersión de Andalucía, en el que se incluyan todas las personas titulares de la licencia establecida en el artículo 4 así como los datos necesarios para la gestión de dichas licencias. 2. Las Delegaciones Territoriales competentes en materia de marisqueo mantendrán el censo de mariscadores a pie en sus correspondientes provincias, conforme a las disposiciones establecidas en la presente orden, publicándolo en el sitio web de la Consejería competente en materia de marisqueo".

En relación a dicho contenido, debiera consignarse la naturaleza administrativa de este órgano y, al ser un único Censo para toda Andalucía, cual sería su adscripción, es decir, a qué Centro directivo estaría adscrito. A este respecto, se significa que el artículo 19 de la Ley 1/2002, de 4 de abril, de ordenación y control de la pesca Marítima, el Marisqueo y la Acuicultura Marina, regula un censo de marisqueo en embarcación y otro censo para el marisqueo a pie, pero no así un censo para el marisqueo en inmersión. En desarrollo de la Ley 1/2002, el Decreto 387/2010, de 19 de octubre, por el que se regula el marisqueo en el litoral de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tampoco regula un censo del marisqueo en inmersión, lo que implica que no existe un amparo legal o reglamentario por Decreto para la creación de este censo. Por ello, su naturaleza administrativa, debe ser detallada y, estrictamente limitada a aquellas figuras administrativas que puedan ser aprobadas por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de marisqueo.

Por otra parte, debiera regularse el procedimiento de inscripción, modificación y cancelación de las licencias, que parece deducirse que fuera de oficio. En el mismo sentido, no se regulan los "datos necesarios para la gestión de dichas licencias" (art.3.1 in fine), los datos a inscribir, quien los inscribiría, efectos constitutivos o declarativos de la inscripción, procedimiento de consulta, protección de datos de carácter personal, etc.

2ª. Artículo 6 . Requisitos.

En el apartado 1, la expresión "posesión de la licencia", quizás debiera indicar "obtención de la licencia".

Se sugiere la revisión del apartado 2 del artículo 6 y del apartado 3 d) del artículo 7, ya que se establecen momentos diferentes para iniciar el cómputo del período de tres años de no haber sido objeto de sanción firme: tres años anteriores a la fecha de comprobación de los requisitos para la obtención de la licencia, y para la declaración responsable tres años anteriores a la fecha de presentación de solicitudes.

Por otra parte, el cómputo en la fecha de comprobación de los requisitos sería difícil de precisar, por cuanto dependería del día en que la Administración realizara dicha comprobación, pudiendo crear inseguridad y/o indefensión a la persona solicitante.

No obstante lo anterior, la limitación establecida en dicho precepto de no haber sido objeto de sanción firme por la comisión de dos o más infracciones de carácter grave o muy grave en materia de pesca marítima y/o marisqueo, ordenación del sector pesquero o comercialización de productos de la pesca durante los últimos tres años, es ciertamente controvertida.

Por una parte, el artículo 106 de la Ley 1/2002, de 4 abril Ordenación, Fomento y Control de la Pesca Marítima, el Marisqueo y la Acuicultura Marina, establece que se puede establecer como sanción accesoria a las sanciones por faltas graves o muy graves, la suspensión, retirada o no renovación de autorizaciones por un periodo de hasta 1 año o 5 años dependiendo de si la sanción es por falta grave o muy grave, respectivamente, así como la inhabilitación para el ejercicio o desarrollo de actividades pesqueras por un periodo de hasta 1 año o 5 años, dependiendo, igualmente, de si la sanción es por falta grave o muy grave, respectivamente. Por ello, podría darse el supuesto de que, habiendo cumplido un aspirante a licencia dicha sanción accesoria, no pudiera obtener la licencia por una inhabilitación o sanción sobreañadida, en virtud de una norma con rango de Orden, que iría en contra de lo establecido en la Ley 1/2002, de 4 de abril, y en el artículo 19 del Decreto 387/2010, de 19 de octubre, que, en materia de régimen sancionador, se limita a una remisión a los artículos 105 y 106 de la Ley 1/2002, de 4 de abril.

En relación a lo anterior, debe recordarse que el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece una reserva de ley para la tipificación de las infracciones administrativas (“Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley...”), con lo cual, difícilmente podría establecerse a través de una Orden una sanción sobreañadida a la ya establecida por la ley 1/2002.

Profundizando aún más en lo anterior, el artículo 15 del proyecto de Orden se remite, en materia de infracciones y sanciones, a la Ley 1/2002, cuyo articulado debe respetar estrictamente en esta materia.

Por último, en el apartado 3 del artículo 6, en relación al contenido del artículo 11 del proyecto (revocación de licencias), quizás debiera especificarse que los requisitos regulados en el artículo 6 deben mantenerse no sólo hasta la resolución del procedimiento (que es lo que parece indicarse, aunque no se especifica) sino durante todo el periodo de validez de la misma.

3ª. Artículo 7. Convocatorias y solicitudes.

En el apartado 1 de este precepto, quizás debiera decirse “efectuará”, en lugar de “establecerá”. Además, de las consideraciones efectuadas en las observaciones generales respecto a la ausencia de regulación del procedimiento, debiera consignarse donde se publicarán dichas convocatorias y, en su caso, decir expresamente que se trata de un procedimiento en régimen de concurrencia competitiva y su régimen jurídico.

En el apartado 2, en relación a la presentación de solicitudes telemáticas, debiera consignarse que la solicitud podrá presentarse en el Registro Electrónico Único de la Junta de Andalucía, al que puede accederse, además de por el Portal de la Ciudadanía de la Junta de Andalucía, a través del portal web de la

dicha Consejería, sin perjuicio del resto de posibilidades previstas en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En relación a lo anterior, y con respecto a la tramitación electrónica del procedimiento, debiera tenerse en cuenta la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en la que se mantienen en vigor determinados preceptos de la normativa básica anterior, así como la disposición adicional séptima de la propia Ley 39/2015, en la redacción efectuada por el artículo sexto del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, en la que se establece que *"No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de octubre de 2020"*. En base a lo expuesto, se sugiere la inclusión de una disposición transitoria en el texto, en la que se recoja dicha previsión.

Por lo que respecta al apartado 3 de este precepto, se regula una relación bastante extensa de la documentación que debe acompañarse conjuntamente con la solicitud. A este respecto, al objeto de simplificar y reducir las cargas administrativas para la ciudadanía, debiera valorarse la posibilidad de que se presente la documentación en otra fase posterior del procedimiento; concretamente, una vez que se dicte la propuesta provisional de resolución, concediendo un solo plazo para alegar y presentar la documentación a las personas seleccionadas y a los suplentes, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. De esta manera, solo sería necesario exigir dicha documentación a las personas seleccionadas en esta primera fase y a sus suplentes. Acto seguido, una vez analizadas las alegaciones presentadas durante el trámite de audiencia y comprobada la documentación aportada, se formularía una propuesta definitiva de resolución, tras la cual se dictaría por el órgano competente la resolución del procedimiento.

Dentro del propio apartado 3, se sugiere que la enumeración de la documentación a aportar se efectúe primando el consentimiento de las personas participantes para que la Administración consulte los datos obrantes en poder de la Administración de la Junta de Andalucía o de otras Administraciones Públicas y, en su defecto, sería necesaria la aportación de tales documentos, identificando con claridad que deben otorgar dicho consentimiento a través del propio formulario de solicitud.

4ª. Artículo 9. Listados provisionales y audiencia.

En relación a que la publicación de los listados provisionales se efectuarán en el portal web de la Consejería en materia de marisqueo, se debería tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que establece que *"...Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos"*. Por tanto, se debería indicar en el texto que la convocatoria tendrá dicho medio para la publicación de dichos listado

5ª. Artículo 13. Oferta de licencia de vacantes.

En el apartado 1 de este precepto se establece que *"En caso de existir vacantes en el número de licencias concedidas, la persona titular de la Dirección General de Pesca y Acuicultura podrá establecer nuevos plazos de solicitud para la concesión de las correspondientes licencias de marisqueo a pie"*. A este respecto, debiera indicarse que, en caso de existir vacantes, la persona titular depodrá efectuar *una nueva convocatoria* para su concesión. Asimismo, debiera revisarse el título de este precepto, que, ciertamente puede llevar a confusión por parte de las personas destinatarias.

En cuanto al apartado 2, debiera revisarse la expresión "*el procedimiento se iniciará con la publicación*", teniendo en cuenta, en un lenguaje técnico jurídico, que los procedimientos se inician de oficio o a solicitud del interesado, acorde con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Es cuanto debemos informar.

EL DIRECTOR GENERAL DE PLANIFICACIÓN
Y EVALUACIÓN.

Rafael Carretero Guerra.

LA JEFA DEL SERVICIO DE ORGANIZACIÓN
Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA.

Rosa M^a Cuenca Pacheco.