

En la Villa de Madrid, a cinco de junio de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en representación de la Comunidad Autónoma de Canarias, interpuso ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con fecha 18 de abril de 2012, el presente recurso contencioso-administrativo, registrado bajo el número 1/327/2012, contra el Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados “Canarias-1”, “Canarias-2”, “Canarias-3”, “Canarias-4”, “Canarias-5”, “Canarias-6”, “Canarias-7”, “Canarias-8” y “Canarias-9”.

SEGUNDO.- En el Primer Otrosí del escrito de interposición solicita, al amparo de lo establecido en el artículo 129.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia que haya de recaer, la medida cautelar consistente en la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de fecha 23 de abril de 2012, se acordó formar pieza separada de medidas cautelares, y conceder a la Administración demandada el plazo de diez días para alegaciones sobre la suspensión interesada, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el 14 de mayo de 2012, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente suplico: “Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; por cumplimentado el traslado al que corresponden; y, previa la tramitación que proceda, acuerde no haber lugar a la adopción de la medida cautelar que se reclama.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La pretensión cautelar que postula la Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, consistente en que se acuerde la suspensión de la ejecutividad del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados “Canarias-1”, “Canarias-2”, “Canarias-3”, “Canarias-4”, “Canarias-5”, “Canarias-6”, “Canarias-7”, “Canarias-8” y “Canarias-9”, se fundamenta, sustancialmente, en el argumento de que de no adoptarse perdería su finalidad legítima el recurso contencioso-administrativo, en cuanto que la realización de las labores de perforación en el subsuelo marino, próximo a las Islas de Fuerteventura y Lanzarote, de, al menos, dos pozos explotatorios de 3.500 metros de profundidad, autorizados al amparo de los permisos de investigación de hidrocarburos, produce un riesgo elevado de daño y deterioro medioambiental, que puede hacer desaparecer los

valores naturales, afectando lesivamente a la biodiversidad marina y costera, al poder producir contaminación acústica, física y química para los cetáceos y aves marinas, que se habrían consumado al tiempo de la resolución judicial que, resolviendo la controversia, ponga término al proceso.

Se aduce, en defensa de la pretensión cautelar, que cabe preservar los intereses públicos medioambientales prevalentes aducidos por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, teniendo en cuenta los valores naturales existentes en el Archipiélago Canario, conforme se desprende del Informe emitido por la Dirección General de Protección de la Naturaleza de 10 de abril de 2012, que destaca, entre otros aspectos, que Canarias es el territorio de la Unión Europea con mayor biodiversidad, siendo sus zonas marítimo costeras y los espacios naturales protegidos especialmente sensibles, además de la afectación a la economía canaria, vinculada al desarrollo de la actividad turística, a la pesca y al sector portuario.

En último término, se arguye que la adopción de la medida cautelar solicitada está amparada por la doctrina de la apariencia de buen Derecho, pues, en el presente caso, la nulidad de pleno Derecho del Real Decreto 547/2012, se constata a primera vista, al convalidar un acto administrativo anulado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004, que anuló el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "CANARIAS-1", "CANARIAS-2", "CANARIAS-3", "CANARIAS-4", "CANARIAS-5", "CANARIAS-6", "CANARIAS-7", "CANARIAS-8" y "CANARIAS-9", situados en el Océano Atlántico frente a las costas de las Islas de Fuerteventura y Lanzarote.

SEGUNDO.- Procede, en primer término, referir que, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998), y que se transcribe en el Auto de 16 de julio de 2004 (RCA 46/2004), la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el derogado artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Cabe advertir, que, como subraya la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la

suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de

reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros).

TERCERO.- La pretensión cautelar solicitada de suspensión de la ejecutividad del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "Canarias-1", "Canarias-2", "Canarias-3", "Canarias-4", "Canarias-5", "Canarias-6", "Canarias-7", "Canarias-8" y "Canarias-9", no puede ser acogida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque estimamos, en primer término, que no concurre el requisito de *periculum in mora*, cuya apreciación sería determinante para la adopción de la medida cautelar, con la finalidad de asegurar la efectividad de un eventual pronunciamiento favorable de esta Sala a la pretensión de nulidad deducida por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, ya que no cabe sostener que, con carácter inmediato, se produzcan perjuicios irreparables o irreversibles al medioambiente, derivados de la realización de aquellos trabajos exploratorios de prospección que se ejecutarán en el tercer, cuarto, quinto, y sexto año, que se encuentran condicionados a la tramitación y obtención de las autorizaciones correspondientes, que deben cumplir las medidas de protección medioambiental exigidas por el artículo 18.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

Al respecto, cabe reproducir el contenido del nuevo artículo 2 bis del Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, introducido por el Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, que dispone:

"1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, las medidas de protección medioambiental son las que se recogen en los

documentos "Protección del Medio Ambiente en Operaciones de Adquisición de Sísmica Marina" y "Protección del Medioambiente en la Perforación de Sondeos Exploratorios Marinos", presentados por los titulares de los permisos de investigación ante la Dirección General de Política Energética y Minas. Asimismo, se estará a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo.

Además, para la autorización de cada trabajo específico se deberá acompañar los siguientes estudios y planes:

- a) Documento inicial o documento ambiental, según se establece en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental de proyectos y, en su caso, estudio de impacto medioambiental, según proceda, para identificar y cuantificar todos los posibles impactos que podrían causar las operaciones que se pretenda realizar.
- b) Plan de Gestión Medioambiental con las medidas preventivas y correctivas previstas en relación con los impactos identificados.
- c) Plan de Contingencias Medioambientales para prever las medidas correctivas a adoptar en caso de contingencias medioambientales significativas, incluyendo la lucha contra la contaminación por derrames de hidrocarburos.

2. Las autorizaciones y permisos derivados del presente real decreto lo serán sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que los trabajos, construcciones e instalaciones necesarios para el desarrollo objeto de las mismas pudieran requerir por razones fiscales, de ordenación del territorio y urbanismo, de protección de medio ambiente, de protección de los recursos marinos vivos, exigencia de la correspondiente legislación sectorial o seguridad para personas y bienes". La valoración de los intereses públicos y privados concurrentes, aducidos tanto por la Letrado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias como por el Abogado del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tampoco determina la procedencia de adoptar la medida de suspensión del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, pues siendo incuestionable el valor ecológico de las Islas Canarias y la relevancia del sector turístico, pesquero y portuario para su desarrollo, no cabe eludir que la producción y explotación de hidrocarburos representa un factor económico de especial significación para definir la riqueza de un país, que requiere promover la investigación de yacimientos de esta clase de recursos en áreas concretas, como advierte la Exposición de Motivos de la meritada Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

La extensión y contenido de las medidas de protección medioambiental exigidas por el Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo impugnado, para ejecutar los programas de investigación de hidrocarburos autorizados y la obligación de respetar las prescripciones medioambientales establecidas en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de

Impacto Ambiental de proyectos, permiten, a primera vista, descartar, desde la perspectiva de aplicación del principio de precaución en el incidente cautelar, que de la no adopción de la medida cautelar se siga perturbación grave de los valores e intereses medioambientales aducidos por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, que son necesariamente compartidos por la Administración del Estado, como advierte el Abogado del Estado en su escrito de oposición, en cuanto que se aprecia, sin prejuzgar la controversia de fondo del asunto litigioso, una protección equilibrada de los intereses generales comunitarios y nacionales vinculados al desarrollo sostenible de las Islas Canarias y al fomento de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45, 128 y 130 de la Constitución. La invocación del principio de apariencia de buen derecho tampoco promueve acordar la suspensión de la ejecutividad del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, pues, como hemos sostenido en el Auto de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2012, que resuelve el incidente de ejecución de sentencia planteado en los recursos contencioso-administrativos 39/20022 y 40/2002, dicha disposición se dicta en cumplimiento del fallo de la sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 2004, de modo que carece de fundamento la afirmación de que el Real Decreto impugnado en este recurso contencioso-administrativo sea nulo de pleno Derecho por proceder a la convalidación de un acto administrativo anulado por sentencia judicial firme.

CUARTO.- No se aprecian razones determinantes de una condena en costas en el presente incidente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLO

PRIMERO.- No ha lugar a adoptar la suspensión del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "Canarias-1", "Canarias-2", "Canarias-3", "Canarias-4", "Canarias-5", "Canarias-6", "Canarias-7", "Canarias-8" y "Canarias-9".

SEGUNDO.- No procede efectuar expresa condena en costas en el presente incidente.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados. Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.