

## AUTO

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. PEDRO MANUEL HERNÁNDEZ CORDOBÉS

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. JUAN IGNACIO MORENO-LUQUE CASARIEGO (Ponente)

D./D<sup>a</sup>. JAIME GUILARTE MARTÍN-CALERO

D./D<sup>a</sup>. MARÍA DEL PILAR ALONSO SOTORRIO

D./D<sup>a</sup>. RAFAEL ALONSO DORRONSORO

D./D<sup>a</sup>. LUIS HELMUT MOYA MEYER

En Santa Cruz de Tenerife , a 9 de diciembre de 2014 .

Dada cuenta;

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Que se pretende por la parte actora (Gobierno de Canarias) que se adopte una medida cautelar al amparo del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa consistente en la suspensión de las siguientes resoluciones recurridas:

1- Resolución de 29 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, por la que se formula la declaración de impacto ambiental del proyecto de perforación de sondeos exploratorios en los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "Canarias 1 a 9"

2.- Resolución de 11 de agosto de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se autoriza a Repsol Investigaciones Petrolíferas SA, la ejecución de sondeos exploratorios

3.- Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Industria y Energía de 7 de octubre de 2014 (adoptada por Delegación del Secretario de Estado de Energía) por la que se rechaza el requerimiento de suspensión y nulidad de la anterior Resolución.

Que se dio traslado a las partes personadas quienes contestaron oponiéndose a la suspensión.

Igualmente se planteo por parte del Abogado del Estado y REPSOL INVESTIGACIONES PETROLIFERAS S L la falta de competencia de esta Sala para conocer del presente recurso; oyendose a la demandante y m<sup>º</sup> Fiscal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Que se pretende por la parte actora (Gobierno de Canarias) que se adopte una medida cautelar al amparo del art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa consistente en la suspensión de las siguientes resoluciones recurridas:

1- Resolución de 29 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, por la que se formula la declaración de impacto ambiental del proyecto de perforación de sondeos exploratorios en los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "Canarias 1 a 9"

2.- Resolución de 11 de agosto de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se autoriza a Repsol Investigaciones Petrolíferas SA, la ejecución de sondeos exploratorios

3.- Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Industria y Energía de 7 de octubre de 2014 (adoptada por Delegación del Secretario de Estado de Energía) por la que se rechaza el requerimiento de suspensión y nulidad de la anterior Resolución.

**SEGUNDO:** Que previamente a resolver sobre la medida cautelar solicitada, hemos de hacer un pronunciamiento previo sobre nuestra competencia, toda vez que ha sido puesta en tela de juicio por el Abogado del Estado y REPSOL INVESTIGACIONES PETROLIFERAS S.A., quienes sin discutir la competencia objetiva del órgano (Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia), sí discuten la competencia territorial en detrimento de esta Sala y a favor de la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en donde tienen su sede los órganos que han dictado las resoluciones recurridas.

Que esta Sala ha aceptado desde el inicio de oficio su competencia al amparo del fuero electivo regulado en el art 14.1 disposición Segunda de la LJCA. *Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, personal, **propiedades especiales** y sanciones será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.*

Así lo entendió el Gobierno de Canarias, que partiendo de que su domicilio oficial durante esta legislatura esta en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, optó por este tribunal para el ejercicio de sus acciones; sin embargo alegan los codemandados el carácter "no especial" de la propiedad objeto de discusión, lo que supondría la aplicación de la norma general del art.14.1 disposición Primera de la LJCA. *Con carácter general, será competente el órgano*

*jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.* Y se basan para ello en la indefinición de la búsqueda de un hidrocarburo como elemento de minería y por tanto su no conceptualización como propiedad especial.

Hemos de considerar, que con independencia de que las propiedades especiales no vengan expresamente definidas en el Código Civil, han sido tradicionalmente consideradas por la jurisprudencia como las referidas a propiedad intelectual, industrial, aguas y minas y así vienen recogidas en la Enciclopedia jurídica española, y buena prueba de que este parámetro es el aceptado por la propia Administración, la tenemos en que mas allá de que la Ley de Hidrocarburos separe el tratamiento de los hidrocarburos y gas respecto de los minerales sólidos, la tutela de su búsqueda y extracción requiere de un proceso sometido a la misma autoridad, en este caso la Dirección General de Política Energética y Minas. No tenemos por tanto dudas de la aplicación del fuero electivo del 14.1 disposición Segunda de la LJCA.

Mayor controversia nos ha planteado la segunda cuestión, que pretende anular el fuero electivo porque supuestamente la pluralidad de posibles interesados convertiría el acto impugnado en acto “Plurimo” con lo que se aplicaría la regla del 14.2 de la LJCA: *cuando el acto originario impugnado afectase a una pluralidad de destinatarios y fueran diversos los Juzgados o Tribunales competentes según las reglas anteriores, la competencia vendrá atribuida al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado.* Y así volveríamos a la competencia territorial del TSJ de Madrid; pero es que el artículo referido no dice lo que el Abogado del Estado dice que dice, porque no habla de una pluralidad de interesados, sino de una pluralidad de “**destinatarios**” concepto que va mas allá del meramente interesado, y que se refiere al interesado afectado por la resolución; pues bien en este caso solo hay un único destinatario afectado como se pone de relieve en el párrafo 2º de la Resolución de 11 de agosto de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se autoriza a Repsol Investigaciones Petrolíferas SA, la ejecución de sondeos exploratorios como **única operadora del sondeo** y es a la que se concreta este pleito; si se le retira o no la Autorización concedida para la prospección. No es por tanto este el artículo de aplicación al caso sino el supuesto anterior de propiedades especiales.

Por último hemos de hacer alusión a la posible competencia de la Sala de lo contencioso de Las Palmas de Gran Canaria por tratarse de una zona marítima afecta a aquella Provincia; pero dicha cuestión pertenece a una distribución interna de normas de reparto acordadas entre dos Salas de un mismo Tribunal, pero que en este caso tampoco es objetable, todas vez que la prospección se lleva a cabo a 50 Km. de las Islas de Fuerteventura y Lanzarote, es decir ni siquiera en las 12 millas de aguas territoriales españolas, sino solo en aguas sometidas a explotación económica del estado español, según la Ley 15/1978 por lo que no podemos hablar de que el objeto litigioso se sitúe en los límites

de la provincia de Las Palmas de Gran Canaria, siendo por tanto lo determinante la sede del Gobierno de Canarias durante esta legislatura.

Así las cosas, definitivamente la medidas cautelar que examinamos a continuación se enjuicia dentro de nuestro legal ámbito de competencia objetiva y territorial.

**TERCERO:** Que ya entrando en la cuestión principal de análisis sobre si procede la medida cautelar, denuncia en primer término la Comunidad autónoma, que en caso de no acordarse la suspensión se produciría la pérdida de la finalidad legítima del recurso, pues toda vez que la prospección tiene una duración de alcance limitado, al tiempo de dictarse la sentencia del procedimiento ya se habrían llevado a cabo en gran medida las labores de perforación autorizadas con los consiguientes perjuicios y afección en el medio marino, además del riesgo cierto de producirse algún vertido o derrame de crudo; ahora bien aún partiendo de los riesgos hipotéticos, a los que nos vamos a referir a continuación, el problema de la pérdida de la finalidad legítima del recurso puede ser invocada en igualdad de condiciones por la entidad petrolera toda vez que el Real Decreto 547/2012 aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 16 de marzo de 2012 por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados Canarias 1 a 9, estableció en su Disposición Final Primera, que convalidado expresamente el Real Decreto 1462/2001 de 21 de diciembre, en todo aquello que no resulte modificado por el presente Real Decreto, los titulares deberán cumplir con el programa de trabajo especificado para los años tercero, cuarto, quinto y sexto, pero surgiendo sus efectos desde el día siguiente de la publicación en el Boletín Oficial del Estado, que fue el 21 de marzo de 2012, con lo que a fecha de hoy ya se habrían consumado casi tres años; pues bien si tenemos en cuenta la complejidad del proceso judicial abierto contra la petrolera, la cantidad de elementos a valorar la complejidad de la prueba, la cantidad de previsibles recursos procedimentales por incidencias, la sentencia y su recurribilidad ante el TS hasta la firmeza; es evidente que en el caso de que la demanda fuese desestimatoria, la compañía prospectora vería rebasados sus plazos o estaría al límite como para poder entonces iniciar los trabajos de sondeo habiendo quedado desvirtuados de facto su sus permisos; por ello el “pericullum in mora” no puede jugar en este caso como elemento decisivo a favor de ninguna de las partes o si se quiere a favor de cualquiera de las partes, de manera que su importancia como elemento determinante para la suspensión o no de las resoluciones habrá de conjugarse en este caso con la apariencia de buen derecho.

**CUARTO:** Nos alega a continuación la Comunidad autónoma la ponderación de los intereses en conflicto, advirtiendo que conscientes de la necesidad de que la parte que interesa la medida cautelar de suspensión asume la carga probatoria de desvirtuar la presunción de legalidad de la que goza el acto administrativo, que proviene en este caso de otra administración defensora del interés general como es el estado central, la administración autonómica invoca la prevalencia del interés público medioambiental representado por ser las Islas Canarias con gran diferencia el territorio de la Unión Europea con mayor biodiversidad, que constituye una referencia mundial por sus valiosos recursos naturales de todo tipo.

Que en este punto hemos de considerar que la sentencia del TS de 30 de junio de 2014 (STS 2747/2014) desestimatoria de los recursos interpuesto por la Fundación Cesar Manrique; Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias; Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción; Cabildo Insular de Fuerteventura), Cabildo de Lanzarote; Adena; e Izquierda Unida contra el Real Decreto 547/2012 que convalida las prospecciones autorizadas por el Decreto 1462/2001 hace referencia a dos Autos de medidas cautelares en su fundamento 3º respecto de peticiones de suspensión sobre el Decreto 547/2014 de convalidación de las autorizaciones prospectoras y en dos recursos que se deliberaron conjuntamente (recurso número 327/2012) y (recurso número 363/2012) se rechazaron las solicitudes de suspensión cautelar de dicho Real Decreto, entre otras consideraciones por que en ambos se afirma lo siguiente:

"[...] 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 ".

En este mismo sentido se refiere a las sentencias de 15 de febrero , 21 y 27 de marzo y 4 de abril de 2013 Que desestimaron respectivamente, los recursos números 222/2011 , 223/2011 , 224/2011 y 213/2011 , interpuestos contra el Real Decreto número 1774/2010, de 23 de diciembre, por el que se otorgaron los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "Alta Mar 1" y "Alta Mar 2", y contra el Real Decreto número 1775/2010, de 23 de diciembre, por el que se otorgaron los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "Albufera", "Benifayó" y "Gandía", situados en el Mar Mediterráneo frente a las costas de Valencia.

Así, las afirmaciones que se expresaron, con las reservas propias de toda decisión cautelar, en los dos autos denegatorios de suspensión del Decreto 517/2014 referidos anteriormente, inciden en una cuestión fundamental que esta Sala asume en su posición de encontrarse con jurisprudencia esbozada al respecto por nuestro Tribunal Supremo, que no puede desconocer por razones de esencial legalidad, pero que además en este caso y al menos de forma claramente mayoritaria asumimos por convencimiento, sobre cual debe ser el límite de nuestro deber jurisdiccional al enjuiciar esta cuestión, máxime con los elementos de juicio, la urgencia y el ámbito de debate que puede abordarse de forma cautelar y es que:....//.... <<en la naturaleza de la función jurisdiccional, la respuesta de esta Sala debe limitarse al control de la validez del acto impugnado en términos **“estrictamente jurídicos”**, examen del que han de quedar excluidas otras cuestiones relativas a la mayor o menor oportunidad o acierto de la decisión adoptada.

Esta precisión, que debería darse por sobrentendida, es particularmente pertinente cuando, por un lado, el acto objeto de recurso ha dado lugar a una considerable controversia pública y, por otro, incorpora una determinada decisión por parte de quien ostenta la competencia para adoptarla -en este caso, el Consejo de Ministros- que compromete su propia responsabilidad en ella.

Al autorizar una determinada actividad (la investigación de hidrocarburos en las aguas marinas) condicionada a un complejo proceso de evaluación de su impacto sobre el medio ambiente, y al aceptar los riesgos, asimismo objeto de análisis pormenorizado, que aquella actividad pudiera tener en otros órdenes de la vida social y económica, como son los relativos al desarrollo turístico de las Islas Canarias, el Consejo de Ministros, repetimos, hace uso de su propia capacidad de decisión que los tribunales sólo examinan desde el ángulo de la adecuación a las normas, sin que puedan sustituirle ni en el fondo de su opción -por muy controvertida que sea- ni en su aceptación de los riesgos asumidos.

En cuanto a estos últimos, y a la eventual incidencia de los permisos de investigación sobre el medio ambiente, lo que las leyes exigen es que la decisión final se adopte tras una adecuada -y abierta al público- evaluación de sus repercusiones. Establecidas éstas conforme a los procedimientos reglados, la ponderación o preferencia de unos intereses sobre otros corresponde ya en exclusiva al titular de la competencia autorizadora.

En efecto, lo que es obligado -según las normas que ulteriormente analizaremos- es que los poderes públicos titulares de las facultades de autorización evalúen los impactos y riesgos de la actividad, los califiquen en función de su intensidad y, ponderando simultáneamente aquéllos y la utilidad general de dicha actividad, asuman la responsabilidad final de decidir acerca de su pertinencia. Les es exigible, pues, el respeto debido a un proceso de evaluación de riesgos e impactos caracterizado por su transparencia y su apertura a todas las opiniones seriamente fundadas. Concluso éste, la libertad de decisión inherente a la función administrativa de ponderar el conjunto de los factores, a los efectos autorizatorios, no puede ser desconocida.

Siendo todo ello así, insistimos, la mayor o menor oportunidad, conveniencia y acierto de autorizar las prospecciones de hidrocarburos en las aguas del Atlántico más o menos próximas a las Islas Canarias han de quedar fuera de la confrontación estrictamente jurisdiccional y pertenecen al legítimo campo del debate público en el que todas las opiniones son por principio admisibles y cada uno ha de asumir sus propias responsabilidades. La Sala, pues, cuando resuelve sobre la validez del acto impugnado ni "respalda" la decisión adoptada, en un caso, ni la "desautoriza", en el caso opuesto, sino desde la muy limitada perspectiva jurídica de su adecuación a las normas aplicables>>...//..

Cierto es que a diferencia de aquel momento procesal, el TS no contaba aun con la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) referida al tratamiento de los aspectos concretos de medidas en torno a las cuales se iban a autorizar los trabajos de sondeo; pero ahora nosotros sí contamos con dicha resolución y ello hace que en este juicio las determinaciones que en dicha resolución se contienen constituyen el auténtico caballo de batalla del Gobierno Canario para contraponer, que la DIA no es ajustada a derecho, que es claramente insuficiente y que no respeta la realidad socio-económico-ambiental de la Comunidad Autónoma y su archipiélago; lo que nos lleva a la controvertida cuestión de que una pieza de medidas cautelares, con sus estrechos márgenes procesales y temporales, se convierta en el foro donde la cuestión de fondo del juicio, que ya de por sí es complejísima de analizar en los amplios cauces de prueba y alegación que permite el procedimiento ordinario, se ven sustituidos por un conocimiento sumario, que en este caso se nos presenta como la parte principal del Juicio Ordinario.

**QUINTO:** Esto nos lleva a la siguiente cuestión invocada, cual es la apariencia de buen derecho, que cada una de las partes invoca a su favor y que debe previamente centrarse en su contenido. Así las cosas, la apariencia de buen derecho constituye un principio en virtud del cual es posible valorar, dentro del limitado ámbito propio de los incidentes y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de sus pretensiones a través de una valoración provisional <<sumaria cognitio>> para saber si la decisión que se trata de mantener o de suspender goza cuando menos de la apariencia real de conformidad a derecho, que permita al juzgador discernir de manera que el proceso no se convierta en una medida dilatoria que sirva para retrasar o perjudicar la resolución administrativa adoptada, que se ampara en el principio constitucional de la autotutela administrativa el cual se engarza en el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 de la CE.

Pues bien, entrando en el examen provisional e indiciario propio de las “Medidas Cautelares” en este sentido alega la comunidad autónoma, que la declaración de impacto ambiental contiene irregularidades manifiestas, en concreto en primer término, porque es emitida desconociendo los derechos de participación pública que exige la norma comunitaria hoy traspuesta en el Real Decreto Legislativo 1/2008 de 11 de enero, ya que fue muy abundante la información incorporada con posterioridad al trámite de información pública, lo que habría de haber dado lugar a un nuevo trámite de información pública sin el cual la DIA estaría viciada de nulidad.

En este punto hemos de tomar en consideración que con fecha 22 de febrero de 2013, se inició el periodo de consultas para determinar el alcance del Estudio de Impacto Ambiental. La Administración de medio ambiente se dirigió a 32 organismos y entidades públicas y privadas para que alegasen sobre el proyecto, que constituye a nuestro juicio un elenco amplísimo, que revela a las claras que no se trató en ningún momento de sustraer el controvertido proyecto a la opinión pública.

- 1.-Subdirección General de Medio Natural. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- 2.-Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- 3.-División para la Protección del Mar y Prevención de la Contaminación Marina. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- 4.- Dirección General de Ordenación Pesquera. Secretaria General del Mar. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- 5.- Dirección General de Protección Civil y Emergencias. Ministerio del Interior.
- 6.- Dirección General de la Marina Mercante. Ministerio de Fomento.
- Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales. Ministerio de Cultura.
- 7.-Puertos del Estado. Ministerio de Fomento.
- 8.- Delegación del Gobierno en Canarias
- 9.- Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas. Gobierno de Canarias.



- 10.- Dirección General de Protección de la Naturaleza. Viceconsejería de Medio Ambiente. Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad. Gobierno de Canarias.
- 11.- Dirección General de Cooperación y Patrimonio de Cultural. Viceconsejería de Cultura y Deporte. Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda. Gobierno de Canarias.
- 12.-Dirección General de Ordenación y Promoción Turística. Viceconsejería de Turismo. Presidencia de Gobierno. Gobierno de Canarias.
- 13.- Dirección General de Infraestructura Turística. Viceconsejería de Turismo. Presidencia de Gobierno. Gobierno de Canarias.
- 14.- Agencia Canaria de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático. Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad. Gobierno de Canarias.
- 15.- Servicio de Medio Ambiente. Cabildo Insular de Gran Canaria.
- 16.- Cabildo Insular de Lanzarote.
- 17.-Cabildo Insular de Fuerteventura.
- 18.-Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria.
- Sociedad Española de Cetáceos (SEC).
- 18.- Instituto Español de Oceanografía (IEO).
- 19.-Sociedad para el Estudio de los Cetáceos en el Archipiélago Canario.
- 20.- Centro de Oceanográfico de Canarias.
- 21.- Grupo Investigación Bioecomac. Departamento de Biología Animal.
- 22.-Universidad de La Laguna.
- 23.-Fundación Instituto Oceanográfico del Mediterráneo Occidental.
- 24.- Facultad de Ciencias del Mar. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- 25.-Departamento de Física. Instituto Universitario de Oceanografía y Cambio Global. Universidad de Las Palmas de Gran Canarias.
- 26.-ADENA.
- 27.-Greenpeace.
- 28.-Organización Ecologista Oceana.
- 29.- SEO/BirdLife.
- 30.- Ecologistas en Acción – CODA (Confederación Nacional).
- 31.- Ecologistas en Acción-Ben Nagec Gran Canarias.
- 32.- Federación Nacional de Cofradías de Pescadores.

El Estudio de Impacto Ambiental, así como los informes de implantación de los sondeos contemplados en el proyecto y otra información adicional consistente en los videos tomados en las zonas de ubicación de los sondeos Sandia, Chirimoya y Zanahoria, fueron sometidos al trámite de información pública por parte del Área de Industria y Energía de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas, publicándose anuncios en el «Boletín Oficial del Estado» n.º 182 , en el «Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas» n.º 97, y en el «Boletín Oficial de Canarias» n.º 151, todos de agosto de 2013, otorgándose un plazo de 45 días hábiles a partir del siguiente al de la inserción del anuncio para presentar las alegaciones que se consideraron oportunas. Asimismo, se publicó dicho anuncio en los periódicos de La Provincia; El Día y ABC edición Canarias del 1 de agosto de 2013.

Igualmente, desde la Delegación del Gobierno en Canarias se emitió una nota de prensa el 31 de julio de 2013, donde se comunicaba que toda la información del Estudio de Impacto Ambiental y los informes de Implantación de los Sondeos podrían ser consultados en el Área Funcional de Industria y Energía de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas de Gran Canaria, así como, en la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife y en las cinco Direcciones Insulares de la Administración General del Estado.

Se contestaron alegaciones agrupadas sobre los siguientes temas: Tramitación; Justificación del proyecto; Análisis de alternativas; Descripción del proyecto; Legislación y estándares de referencia aplicables; Riesgo geológico/sísmico; Caracterización abiótica; Calidad de las aguas; Futuros espacios RN2000 y otros espacios protegidos; Fauna de interés: cetáceos, tortugas marinas, avifauna; Ruido; Generación de ripios y uso de lodos de perforación; Recursos pesqueros; Turismo; Medidas y PVA y Aceptación social.

De lo expuesto, puede concluirse, que al menos en la apreciación que corresponde a un pronunciamiento de medidas cautelares, el trámite de información se llevó a cabo con formalidad y garantía suficientes al objeto de no considerar algún vicio causante de nulidad; y en esta línea la resolución de la Subsecretaría de Industria explica como de las consultas e informes realizados paralelamente al trámite de alegaciones, se presentaron una pluralidad de documentos propios de las respuestas necesarias, que respondían en unos casos a meras aclaraciones y en otros a valoraciones del proyecto realizadas por los órganos consultados desde el ámbito de sus respectivas competencias, no suponiendo una alteración del contenido, extensión y definición del proyecto, en cuyo caso sí hubiera sido preceptiva una nueva información pública; motivo este por el que se justifica que la referida información no implicó una variación de las características principales del proyecto como para exigir la apertura de un nuevo trámite de información pública.

El Gobierno de Canarias no especifica cuales han sido los cambios relevantes que exigirían la nueva publicación, ni el alcance de que entidades o personas que se han visto perjudicadas por la falta del nuevo trámite de información; sin embargo, si nos consta el trámite previsto en el apartado 4 del artículo 9, del RDL 1/2008 sobre Evaluación de Impacto Ambiental.

Repasemos: Art. 9.4. dice así: <<Asimismo, el órgano sustantivo pondrá a disposición de las personas interesadas y de las Administraciones públicas afectadas aquella otra información distinta de la prevista en el apartado 3 que sólo pueda obtenerse una vez expirado el periodo de información al público a que se refiere el apartado 2 y que resulte relevante a los efectos de la decisión sobre la ejecución del proyecto>>.

Pues bien, así se hizo, poniéndose a disposición de las personas interesadas y de las Administraciones públicas afectadas, aquella otra información obtenida después de la realización de la información pública, pudiendo los interesados, a partir de ese momento, consultar el expediente instruido, de manera que nada

impidió a posibles interesados, examinar la nueva documentación puesta a su disposición, y formular las alegaciones que tuvieran por conveniente como de hecho así hizo el Gobierno de Canarias con fecha 25 de Julio de 2014, que es quien ahora pretende alegar posible indefensión de terceros sin que ni siquiera nos diga y precise exactamente de quien.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de febrero de 2011, (referida a planeamiento, paradigmático exponente en esta cuestión) señala que: "el concepto de modificaciones sustanciales se encuentra delimitado según el criterio de que las modificaciones, para ser sustanciales, han de implicar cambios que supongan alteración del modelo de planeamiento elegido, al extremo de hacerlo distinto no solamente diferente en aspectos puntuales y accesorios, habiendo de significar una alteración de la estructura fundamental del planeamiento elaborado, que altere de manera importante y esencial sus líneas y criterios básicos y su propia estructura." De esto es de lo que adolece precisamente la alegación en este punto.

**SEXTO:** Se nos invoca también que la resolución es emitida con desconocimiento y sin tratamiento alguno de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto en la industria turística, eje principal de la economía de Canarias.

Este argumento hemos de incardinarlo dentro del apartado de riesgos potenciales, pues es fácil decir que la industria y el turismo están reñidos; pero entendemos que el daño al turismo, que se alega con insistencia incluso desde el punto de vista de pérdida de afluencia, resulta absolutamente hipotético y determinado al caso de una emergencia o catástrofe. Por eso esta cuestión queda avocada al plan de contingencias de la DIA y en este sentido aun a pesar de la crítica, el protocolo de seguridad que sigue la prospección del REPSOL, es el de la Directiva del Consejo de la Unión Europea adoptada sobre la seguridad de las operaciones de petróleo y gas en alta mar denominado "Offshore"; que parte de las medidas exigidas para las exploraciones en el mar Noruego, siendo de las más avanzadas del mundo . A pesar de que dicha directiva aun no esta transpuesta al ordenamiento español (hay plazo hasta el año 2018); su objetivo es reducir la concurrencia de accidentes relacionados con las operaciones de petróleo y gas en alta mar y no basta con reseñar su insuficiencia porque no venga referida específicamente a las aguas Canarias.

Dentro del Plan de contingencias, el Estudio de Impacto Ambiental incluye un Programa de Vigilancia Ambiental (PVA) que cuenta entre sus objetivos, garantizar la verificación de la correcta implementación de las medidas preventivas y correctoras incluidas en la DIA, que será realizado por una empresa especializada, que contempla la presencia de un Asesor de Medio Ambiente, Seguridad y Calidad responsable de verificar y supervisar el

cumplimiento del PVA en todas las instalaciones del proyecto y en todas las fases de exploración (antes, durante y después de la perforación).

Existe por tanto, también en este punto un rigor en la aplicación de los sistemas de vigilancia que no permiten a priori pensar que la autorización otorgada haya descuidado la prevención del riesgo por el mero hecho de que en el peor de los casos esta pudiera llegar a ser especialmente nociva para el entorno. Ahora bien, dicho esto, la Comunidad autónoma no contrapone ninguna prueba alternativa a lo dispuesto de que los riesgos de una pérdida de control de los pinchazos sean del 0,00282% en el caso de la perforación Sandía y Chirimoya o de 0,0074% en el caso de la perforación Zanahoria.

Se podría argumentar, oponer, contraponer, que esto pueda ser sencillamente incierto, pero es algo que estaría basado en el voluntarismo y que el Tribunal no está en condiciones de rebatir en este momento procesal sin caer en un ejercicio desmedido de la proporcionalidad exigiendo a la Administración del Estado el riesgo 0% para la prospección, pues recalcamos que nuestra labor está ligada a que la decisión autorizante haya pasado los trámites exigibles del ordenamiento interno sobre medio ambiente, así como las exigencias comunitarias.

**SEPTIMO:** Dentro del capítulo de riesgos; el Gobierno de Canarias esgrime una exhaustiva lista de informes de todos los puntos afectables por el sondeo y que no nos caben duda de que responden a una realidad insoslayable; así sostiene que no se habla de la incidencia de riesgo sísmico, o de daño al turismo, a la pesca, a las aguas, a los puertos, a los fondos, a las aves, a los mamíferos marinos, a las tortugas, a los ruidos; pero las conclusiones de tales informes o se basan en daños hipotéticos o parecen más orientadas a la explotación petrolífera continuada en Canarias, que a un sondeo de duración limitado a un máximo de 180 días; aun así la actuación del Ministerio de Medio Ambiente, no ha sido ajena, ni insensible a esta realidad.

Para empezar se solicitaron informes a la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa en relación con la posible afección del proyecto a instalaciones y zonas de interés para la defensa nacional. A la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en relación con el proyecto, informando de la tramitación del proyecto y solicitando la remisión de cuantas observaciones considerasen necesarias. A la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas del Gobierno de Canarias. A la Dirección General de Recursos Pesqueros y Acuicultura del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado. Se incorporó el documento de "Protección del Medio Ambiente en Operaciones de Adquisición de Sísmica Marina", el documento de "Protección del Medioambiente en la Perforación de Sondeos Exploratorios Marinos". Se establece el plan de abandono de los sondeos realizado por la compañía Lyngaas TMC AS. que sigue los diseños de

abandono de cada pozo conforme a los estándares NORSOK D-010, Además se ha tenido en cuenta la documentación complementaria entre la que cabe destacar los informes solicitados al Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX), al Instituto Geológico y Minero de España (IGME) y a la División para la Protección del Mar del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, así como la Adenda al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto «Evaluación de riesgos derivados de un «blowout» (desparrame) de 3.000 barriles/día». Por tanto consideramos que la Declaración de Impacto ha tenido en cuenta en la medida de su competencia la realidad denunciada si bien ha entendido, igualmente en el marco de su competencia, que la seguridad de la prospección es proporcionada.

**OCTAVO:** En cuanto a la zona elegida para los sondeos, hemos de considerar que en el entorno inmediato de las localizaciones propuestas no existen espacios protegidos declarados, y no se ha identificado ningún hábitat de interés comunitario en el estudio de fondo marino. Las prospecciones están por ahora fuera de los lugares de la Red Natura 2000 y de los espacios naturales protegidos a nivel estatal, autonómico, comunitario e internacional.

Bien es verdad que existe la iniciativa de incluir como "lugar de importancia comunitaria" (LIC) el denominado "Espacio Marino del Sur y Oriente de Fuerteventura y Lanzarote" previsto en el proyecto Life+Indemares cuyo objeto era el "inventario y designación de la Red Natura 2000 en áreas marinas del Estado español"; sin embargo el proyecto Indemares y la tramitación de la propuesta de designar LICs marinos -que incluía otras nueve zonas de las aguas españolas- está aún en fase de aprobación.

Pero es que aunque pudiera parecer determinante, que el solo proyecto de inclusión de las aguas del entorno de Fuerteventura y Lanzarote ya debería ser por si mismo argumento de peso para bloquear el sondeo petrolífero; dicha inclusión no es al final un impedimento absoluto, si la prospección e incluso la explotación se realiza con las medidas de seguridad oportunas; así, en las Directrices para el establecimiento de la red Natura 2000 en el medio marino. Aplicación de las Directivas de hábitats y de aves silvestres, se recoge en la nº 5.9.3:

#### Prospecciones y extracción de petróleo y gas

En lo que se refiere a las actividades sectoriales, es necesario evaluar los efectos de los nuevos programas o proyectos relacionados con la evolución del sector del petróleo y del gas de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva de hábitats. Los apartados 3 y 4 de ese artículo 6 ofrecen un marco equilibrado para garantizar que el desarrollo de las actividades de los sectores del petróleo y del gas tengan lugar dentro de un contexto compatible con las necesidades de protección de la red Natura 2000. Por lo tanto, la inclusión de un espacio en la red Natura 2000 no excluye, a priori, su explotación económica en el futuro.

Es necesario tener en cuenta los potenciales efectos negativos del impacto visual, ruido, vertidos de residuos, etc.

**NOVENO:** En definitiva, se aprecia en apariencia que el procedimiento seguido para la autorización ha sido conforme a derecho, dando cumplimiento a la legislación de aplicación en respuesta a su carácter reglado. Durante dicha tramitación, se han evaluado las repercusiones del proyecto en el procedimiento de evaluación ambiental llevado a cabo por el MAGRAMA en un proceso sujeto a información pública conforme a los procedimientos reglados que ha finalizado en una declaración de impacto ambiental favorable condicionada al cumplimiento de una serie de medidas de seguimiento; por lo que desde la perspectiva de un pronunciamiento cautelar no hay indicios que permitan declarar que las resoluciones referidas no puedan alcanzar de inmediato su eficacia tal y como exige el art 57 de la Ley 30/1992

**DECIMO:** No concurren las circunstancias exigidas por el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional a efectos de una especial imposición de costas, toda vez que tratándose de una medida provisional ambas posturas se amparan en la defensa del interés general.

Vistos los artículos citados y aquellos otros de general y pertinente aplicación

## **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA.-

Desestimar la medida cautelar de suspensión de las Resoluciones referidas en el Antecedente de Hecho Primero; sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas procesales del incidente.

Notifíquese la presente resolución a las partes de conformidad con los artículos 248 y 270 de la LOPJ.

**MODO DE IMPUGNACIÓN.-** Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días desde su notificación a las partes, mediante escrito presentado ante este Tribunal.

Así por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos./as. Sres./as. Magistrados/as anotados al margen, componentes de este Tribunal; doy fe.

## **VOTO PARCITULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO HELMUTH MOYA MEYER.-**

No comparto la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho que se propugna en el auto, según la cual ésta solo se utiliza como criterio decisor del otorgamiento de la medida cautelar en determinados supuestos, de manifiesta nulidad de pleno derecho, de impugnación 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 contravención de un criterio jurisprudencial reiterado que la administración se niega a seguir. Esta interpretación de la doctrina de la apariencia de buen derecho es la que asume el ATS de 5 de junio del dos mil doce, dictado con ocasión de la denegación de la suspensión cautelar 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 que amparan la autorización de sondeos que aquí se impugna, y que ha sido determinante para la denegación de la suspensión de éstos.

Según esta concepción de la doctrina de la apariencia de buen derecho, el juicio provisional sobre las pretensiones de las partes debe limitarse a la constatación de la existencia de alguno de los supuestos citados, en los que mediante un razonamiento sencillo es posible llegar a la conclusión de que el acto impugnado debe ser declarado nulo, bien porque esto sea manifiesto en el caso concreto, bien porque ya se haya así declarado respecto al acto del que traiga causa o de la disposición reglamentaria que aplica, o bien cuando con carácter general ya se haya pronunciado la jurisprudencia sobre la interpretación que de una determinada norma hace en el acto impugnado la administración. Quedarían excluidos todos aquellos casos en los que haya que hacer juicios más complejos para llegar a un juicio provisional sobre la apariencia de buen derecho de las pretensiones de las partes, y en los que no se trate simplemente de constatar lo evidente.

La consecuencia de esta versión de la doctrina de la apariencia de buen derecho se proyecta en este caso, en que la existencia de una declaración de impacto ambiental positiva, emitida sobre la base de un estudio de impacto ambiental elaborado por técnicos competentes y con un contenido que en un análisis somero resulte aceptable, impide apreciar que de la no adopción de la medida cautelar se siga perturbación grave de los valores e intereses medioambientales (en este sentido, el ATS 5 de junio del 2012, ya citado), decidiéndose así el juicio sobre la ponderación de intereses a favor del interés estatal en llevar a cabo las prospecciones. Y esto precisamente porque se considera que en estos casos los valores medioambientales están suficientemente garantizados por las medidas propuestas en la declaración de impacto ambiental positiva, que no puede ser cuestionada.

El juicio provisional sobre las pretensiones de las partes es, según el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un paso previo a la

ponderación de los intereses en juego y a la decisión del tribunal sobre cuál de ellos merece una protección preferente, en el supuesto de que exista peligro de que durante la pendencia del proceso puedan producirse situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

La limitación de este juicio provisional a un pronunciamiento sobre *cuestiones fáciles* no se desprende del texto de la norma, que solo ordena que se haga sobre la base de los “datos, argumentos y justificaciones documentales” que aporten las partes. No se dice que el juicio provisional no pueda abordar *cuestiones difíciles*, sino que será un juicio indiciario, a partir de la información en ese momento suministrada por las partes.

La norma únicamente advierte que el juicio provisional deberá hacerse “sin prejuzgar el fondo del asunto”, lo que no puede interpretarse como una limitación sobre las cuestiones de las que pueda tratarse, sino alude a la especial precaución con la que debe formularse dicho juicio, para no transmitir a las partes la impresión de que la decisión está tomada de antemano.

Esta precaución por evitar que el tribunal prejuzgue la cuestión trata de garantizar que el tribunal pierda su imparcialidad, condicionado por un juicio provisional demasiado contundente que haya podido poner de manifiesto a las partes, del que le resulte difícil retractarse. Pero para preservar esta imparcialidad la ley no limita las cuestiones de las que el tribunal puede conocer en el juicio provisional, sino que impone cautela en su formulación.

Desde el inicio del proceso el tribunal se forma una opinión sobre el asunto sometido a su conocimiento, que podrá ir modificando durante el devenir del mismo. El desarrollo normal del pensamiento humano, y claro está del jurídico, es que se sucedan distintas ideas que son sometidas a análisis y refutación, hasta que se llega a la convicción de que una de ellas es la más plausible. Este proceso mental no puede impedirlo ni la ley procesal ni la jurisprudencia, es un proceso natural. Y si es inevitable, nada debe oponerse a que en un momento determinado el tribunal ponga de manifiesto a las partes la opinión que tiene sobre el caso. Es más, pese a la desconfianza que genera en algunos operadores jurídicos, debe ser calificado como un proceder positivo, como una invitación al diálogo jurídico y una oportunidad para que las partes puedan reforzar sus argumentos para tratar de cambiar ese juicio provisional u orientar su actividad probatoria de la manera más efectiva para inspirar en el tribunal la certeza de los hechos que invocan en apoyo de sus pretensiones. Y desde luego que esta irrupción en el procedimiento del punto de vista del tribunal evita las sentencias sorpresa, dando mayores garantías a las partes para la defensa de sus pretensiones.

Si las opiniones provisionales son naturales en todo proceso discursivo, cabe preguntarse por qué la jurisdicción contencioso-administrativa trata de imponer restricciones al ámbito de las cuestiones sobre las que puede pronunciarse un tribunal para apreciar la apariencia de buen derecho de las pretensiones de las partes, cuando esto se traduce en una indudable restricción de sus poderes de control de la actividad de la administración.



La presunción de validez de los actos administrativos no es una justificación suficiente. Dicha presunción es la base de los privilegios de *autotutela* declarativa y ejecutiva que en sistemas jurídicos como el nuestro se reconoce a la administración, en virtud de los cuales no tiene que acudir a los tribunales de justicia para fabricar un título ejecutivo (el acto administrativo) cuando actúa en el ejercicio de sus potestades administrativas, pudiendo ejecutar por sí misma sus actos. Pero aquí terminan estos privilegios. La actividad administrativa está sometida al control de los tribunales de justicia, que no deben tener limitado durante ninguna fase del procedimiento su ámbito de conocimiento. La presunción de validez de los actos administrativos no impone a los tribunales que éstos solo puedan cuestionarla, salvo casos evidentes, sino en el momento de dictar sentencia. También podrán hacerlo en los estadios intermedios del procedimiento, como ocurre cuando deben decidir sobre las pretensiones cautelares. Esta limitación del ámbito de conocimiento en esta fase del proceso es una creación jurisprudencial, incompatible con el deber de tutelar de manera efectiva los derechos de los intervinientes en el proceso, que en mi opinión no tiene justificación legal.

Por si las consideraciones anteriores no fueran del todo convincentes, desde la perspectiva del caso concreto del que conocemos, la asunción de esta versión restringida de la doctrina de la apariencia de buen derecho es manifiestamente una renuncia al ejercicio de nuestra función de control de la actividad administrativa impugnada en este proceso y equivale a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

No se ha discutido que dadas las circunstancias del caso- el tiempo estimado durante el que se prolongarán las prospecciones y la naturaleza misma de la pretensión, dirigida a evitar causar un riesgo injustificado al medio ambiente- es indudable que no solo hay peligro de mora, sino certeza de que el proceso quedará sin objeto cuando se dicte una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demandante. La compañía Repsol habrá terminado las prospecciones y la sentencia estará privada de efecto alguno.

Se da la paradoja de que el tribunal, pretendiendo dar garantías a las partes de su imparcialidad y evitar el reproche de que está prejuzgando el caso, lo que hace es favorecer resueltamente la posición de una de las partes y asegurarle la satisfacción completa de su pretensión de culminar las prospecciones. Al no cuestionar la declaración de impacto positiva, la ponderación de intereses en juego se inclina a favor de reconocer la preponderancia del interés general de investigar la existencia de recursos petroleros en la zona económica exclusiva, frente al que se oponen los valores de protección medioambientales que se consideran suficientemente protegidos con las medidas correctoras impuestas por la declaración de impacto ambiental. En definitiva, para evitar prejuzgar la cuestión, se toma una decisión que produce efectos definitivos y equivale a una renuncia de la función que tenemos encomendada de ejercer el control de la actividad administrativa impugnada. El juicio a partir de ahora quedará en lo esencial vacío de contenido.

Hechas estas consideraciones paso a exponer las razones que tengo para dudar seriamente del acierto de una declaración de impacto ambiental positiva de la actividad de sondeos exploratorios mediante perforación del lecho marino autorizada.

La declaración de impacto ambiental favorable a la realización de sondeos se basa exclusivamente en la valoración de los impactos ciertos producidos por la perforación y la actividad rutinaria de la misma, que se califican como no significativos siempre que se respeten las condiciones que se proponen. En cambio, no se pronuncia explícitamente sobre la evaluación de los impactos producidos por sucesos accidentales (derrame de crudo o de diesel marino) limitándose a remitirse a las consecuencias “que el promotor ha estimado en el estudio de impacto ambiental y adendas”. Sin embargo, en la propia declaración de impacto ambiental se corrigen al alza las estimaciones que se hacen en el estudio de impacto ambiental, considerando que el promotor infravalora el riesgo sobre mar abierto derivado de un suceso accidental, que se estima para el caso de un derrame de crudo en medio y en el caso de un derrame mayor de diesel marino en alto, se fija una probabilidad de ocurrencia de un derrame de crudo notoriamente superior y se calcula un caudal de vertido tres veces más alto que el determinado en el estudio, por lo que genera dudas que pese a estas correcciones en la declaración de impacto se siga aceptando la estimación de las consecuencias de un derrame de crudo que se hace en el estudio de impacto ambiental.

El órgano ambiental no ha procedido a examinar el Plan Interior Marítimo, en el que se describen los medios que se emplearán por la operadora para combatir los efectos de un derrame de crudo, ni ha analizado el Plan de Restitución Económica y Ambiental del proyecto, que fue presentado con posterioridad, por lo que difícilmente está en condiciones de valorar los impactos que produciría un eventual derrame de crudo sobre el medio marino y la costa de las islas.

En la declaración de impacto ambiental no se tienen en cuenta los daños que puedan producirse por un suceso accidental en el medio ambiente a los efectos de la valoración ambiental del proyecto. Si el derecho medioambiental descansa sobre el principio de precaución es necesario preguntarse si la valoración de un proyecto puede ser positiva sin ponderar los efectos que se producirían en caso de accidente, sobre todo cuando los riesgos de accidentes graves en alta mar relacionados con el petróleo pueden ser calificados como significativos (véase la Directiva 2013/30/UE del Parlamento europeo y del Consejo).

Si la actividad pone en peligro de manera significativa valores naturales, como es un hábitat marino conocido por su excepcional diversidad, donde moran especies de cetáceos, tortugas marinas y delfines especialmente vulnerables, así como varios lugares de interés comunitario costeros de las islas de Fuerteventura y Lanzarote, como son los relacionados en el informe de la Dirección General de Protección de la Naturaleza, cabe preguntarse si es correcto ignorar estas afecciones, aunque no sean ciertas, y valorar desde el punto de vista ambiental de manera positiva el proyecto.

En particular, considero que para pronunciarnos sobre si la valoración ambiental es adecuada sería necesario que se contrastara el efecto del régimen de corrientes contemplado en el estudio de impacto ambiental sobre el crudo derramado para poder determinar la verdadera entidad de las afecciones a los lugares de interés comunitario costeros que produciría un eventual derrame. Igualmente, echo en falta una valoración de las medidas del Plan de Control de Pozos que arrojen luz sobre su efectividad y aclare en qué se diferencian las medidas contempladas en el plan de las empleadas durante las perforaciones ejecutadas por la plataforma Deep Blue en el Golfo de México y que resultaron completamente ineficaces para controlar el derrame de crudo que originó una catástrofe ecológica descomunal; así como una evaluación del Plan de Restitución Económica y Ambiental, que el órgano ambiental no examinó y el órgano sustantivo se limitó a incorporar al expediente, a efectos de determinar qué parte del daño causado por un derrame eventual en esta zona puede considerarse irreversible. Y, por último, sería conveniente conocer cuáles son los recursos efectivamente disponibles por Repsol para el caso de un derrame de crudo, que en el momento de la aprobación del Plan Interior Marítimo no habían sido concretados y en la documentación aportada no se especifica que fueran comunicados antes del inicio de los sondeos.

Como la declaración de impacto ambiental no desconoce que pudieran verse afectados lugares de interés comunitario por un eventual derrame de crudo, y como tengo serias dudas de que la valoración del proyecto, desde el punto de vista ambiental, deba ser positiva, por la significativa puesta en peligro de valores ambientales destacados, también creo que puede cuestionarse que la Dirección General de Política Energética y Minas y la Secretaría de Estado de Energía sean los órganos competentes para tomar la decisión definitiva sobre su autorización.

Se ha dicho que la legislación comunitaria no prohíbe las plataformas petroleras dentro de los lugares de interés comunitario y se cita como ejemplo paradigmático una explotación autorizada dentro de un parque nacional en el mar de Wadden (la plataforma está asentada directamente sobre el lecho marino que queda al descubierto con la marea baja) y esto lo recuerda el Tribunal Supremo en una de las sentencias dictadas al conocer de la impugnación de los permisos de investigación que permiten los sondeos que se cuestionan en este proceso. Esto no puede discutirse; pero hay que tener presente que dichas instalaciones solo podrán autorizarse por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social y económica, cuando la evaluación de sus repercusiones en el lugar sea negativa, y en el caso de España corresponde apreciar la concurrencia de dichas razones al Consejo de Ministros (artículo 45.5 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad).

Resulta difícil de defender que la autorización de una plataforma petrolera en un lugar donde un suceso accidental podría causar daños irreparables a un patrimonio natural de altísimo valor, en un territorio insular que constituye casi en su totalidad reserva de la biosfera, pueda ser dispensada por un Subsecretario de Estado, por delegación del Secretario de

Estado, y se pueda evitar que sea el máximo órgano de gobierno del Estado el que asuma la responsabilidad de tomar la decisión, mediante el sencillo recurso de valorar positivamente el impacto ambiental de la actividad, partiendo del supuesto de que los riesgos de la misma no se realizarán.

Aunque los permisos de investigación hayan sido efectivamente concedidos por el Consejo de Ministros, dicha decisión fue tomada sin considerar la declaración de impacto ambiental del órgano ambiental, por lo que no cumple las exigencias de la ley de la ley 42/2007 ni de la ley de impacto ambiental que exige que la autorización de los proyectos que puedan afectar al medio ambiente se haga tras ponderar adecuadamente las repercusiones que tendrá sobre éste.

En definitiva, desde el punto de vista ambiental, debiera valorarse un proyecto considerando el peor escenario posible y emitir un juicio sobre el mismo atendiendo a los valores puestos en peligro y al carácter irreversible de los daños que pudieran ocasionarse. Si la valoración resulta negativa, especialmente cuando afecte a lugares de interés comunitario, será el Consejo de Ministros quien deba asumir la responsabilidad de autorizar el proyecto.

Los impactos ciertos que producirá el proyecto se valoran como poco significativos, siempre que se observen las medidas correctoras que se proponen en la declaración de impacto ambiental. Sin embargo, las propuestas, ni están claramente justificadas en la declaración, ni se explica por qué el órgano ambiental cambia el criterio que había seguido hasta entonces para la protección de los valores ambientales detectados en la zona marítima al oriente de las islas de Lanzarote y Fuerteventura.

Con la finalidad de evitar los sucesivos varamientos de cetáceos, en especial de la familia *ziphiidae*, sobre todo después de uno acaecido en el año 2002 que se asoció a la realización de unas maniobras militares, se firmó el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Medio Ambiente y la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias para la conservación e investigación de las poblaciones de cetáceos y para evitar los varamientos accidentales (BOE nº 304, de 20 de diciembre del 2007) en el que se acordó no realizar ejercicios militares que impliquen el uso de sónares activos antisubmarinos y explosiones submarinas dentro de las 50 millas náuticas a poniente y al sur de las islas más occidentales del archipiélago canario, en tanto no se identifiquen las zonas hábitat permanentes de los zifios; y una vez que éstas fueran identificadas, se adquirió el compromiso de no efectuar dichos ejercicios a menos de cincuenta millas náuticas del límite exterior de dichas zonas. La distancia fijada siguió el principio de cautela, puesto que no se conocían con precisión ni las poblaciones de cetáceos existentes ni los efectos de las inmisiones de ruido en el medio marino sobre dichas poblaciones. A la vez se proyectó constituir grupos de trabajo científicos que estudiaran las especies de cetáceos presentes en la zona y los efectos del ruido sobre las mismas.

Dentro del proyecto Life-Indemares, coordinado por la Fundación Biodiversidad y cofinanciado por la Comisión Europea, se identificaron áreas

marinas de valor para la Red Natura 2000, proponiéndose, entre otros, la designación como lugar de interés comunitario el Espacio marino del Oriente y Sur de Lanzarote-Fuerteventura (ESZZ15002), propuesta que fue sometida a información pública el 9 de septiembre del 2014 por el plazo de un mes.

Entre las entidades que participaron en el proyecto Life-Indemares la organización no gubernamental Sociedad para el Estudio de los Cetáceos en el Archipiélago Canario presentó una propuesta de delimitación que recogía como área de protección un espacio similar al de la propuesta de lugar de interés comunitario sacada a información pública, y adyacente a la misma se incluía una zona periférica de protección destinada a salvaguardar el área protegida, recomendando que en todo el espacio se prohibieran nuevas fuentes generadoras de ruido y contaminación, en especial las prospecciones y explotaciones petroleras. Esta propuesta de zona periférica sigue la línea marcada en el convenio citado y, consecuentemente con el principio de cautela, como las afecciones que produce el ruido en un área de migración de cetáceos, y de alimentación y cría de algunas especies de éstos, no están suficientemente estudiadas, designa una zona amplia que sirva de amortiguación de las inmisiones ruidosas en el espacio protegido. No establece, por tanto, distancias de seguridad fijadas a partir de datos concretos sobre los efectos del ruido en los cetáceos, que se consideran todavía insuficientemente contrastados.

Sorprende observar que la propuesta de lugar de interés comunitario sacada a información pública no recoja ninguna zona periférica de salvaguarda de la zona que se considera debe ser protegida. Como reconoce el propio estudio de impacto ambiental, los sondeos autorizados se encuentran precisamente en la zona llamada de amortiguación o periférica, lo que apuntaría a que en la delimitación del área protegida se han tenido en cuenta razones distintas a las de protección del medio natural.

La declaración de impacto ambiental parece querer desconocer las distintas propuestas de delimitación de lugar de interés comunitario que fueron efectuadas en el marco del proyecto Life-Indemares, dando por hecho que los sondeos distan entre 11 y 16 kilómetros (hasta la unidad métrica elegida, inusual en el medio marino, parece querer resaltar la lejanía) del futuro lugar de interés comunitario, cuando la propuesta aún no ha sido aprobada, no se había sacado a información pública, ni se había razonado en manera alguna por qué no se contemplaba una zona de amortiguación para la salvaguarda del área protegida.

La autorización de actividades potencialmente dañinas para un hábitat marino de gran biodiversidad que ya había sido identificado en proyectos financiados por el propio órgano ambiental, encontrándose en trámite su propuesta de designación como lugar con valores dignos de protección, no parece ser un proceder que sea compatible con el principio de cautela. En tanto no se delimite definitivamente el área que deba ser protegida y se establezcan las normas de gestión de dicha área, la autorización de nuevos usos puede consolidar situaciones que no sean respetuosas con las finalidades de protección del área. Además, se desvirtúa con este proceder el trámite de

información pública de la propuesta de lugar de interés comunitario, puesto que ya se da por sentado que otras propuestas de delimitación del área no serán asumidas.

La declaración de impacto ambiental pasa de puntillas sobre todas estas cuestiones, y abandonando el principio de cautela, asume el punto de vista del estudio de impacto ambiental que se basa en establecer tres niveles de posibles afecciones a cetáceos. El fundamento de este planteamiento es asumir determinados umbrales de ruido como causantes de estas afecciones como irrefutables, cuando es un hecho que la gran mayoría de la comunidad científica opina que los efectos sobre los cetáceos, en especial los de hábitos de buceo profundo, no son suficientemente conocidos.

El estudio de impacto ambiental identifica un nivel A donde el ruido puede producir daños físicos y fisiológicos independientemente del tipo de ruido (según el Marco regulatorio del Acta de Protección de Mamíferos Marinos de la Agencia Nacional Americana para el Océano y la Atmósfera de EEUU, en adelante NOAA), que se alcanza dentro de un radio de 20 metros alrededor de la unidad de perforación y de las embarcaciones de apoyo, un nivel B que se asocia a posibles afecciones fisiológicas en misticetos (Ministerio de Agricultura y Medio Ambiente, en adelante MAGRAMA) y cambio de comportamiento por ruido impulsivo (NOAA), que se alcanzaría dentro del mismo perímetro anterior; y finalmente un nivel C para el que el MAGRAMA no fija efectos perjudiciales, mientras que el NOAA describe en este umbral cambios de comportamiento por ruido continuo, nivel que se alcanzaría a una distancia de la unidad de perforación de 2.700 metros en el sondeo Sandía, 2.740 en Zanahoria 1 y 2.620 metros en Chirimoya 1, y a una distancia sensiblemente menor de las embarcaciones de apoyo.

A partir de estas premisas el estudio de impacto ambiental propone como medida correctora el establecimiento de una zona de exclusión de 20 metros entorno a la unidad de perforación y las unidades de apoyo, que el órgano ambiental no tiene el atrevimiento de aceptar porque el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas en su informe considera “dudosa su utilidad al ser tan pequeña” aceptando establecer una zona de impacto de un radio de un kilómetro en torno al barco de perforación, en el que se adoptarán las medidas previstas para la zona de exclusión, descritas en el protocolo de observación y actuación en caso de avistamiento de cetáceos.

Ni las dimensiones de la zona de impacto se justifican suficientemente ni se explica por qué se sitúan solo a partir de la unidad de perforación ni se motiva en modo alguno por qué no se adoptan medidas para prevenir las afecciones producidas en el nivel C, y en qué medida éstas no son significativas.

A lo anterior hay que añadir que existen serias dudas de que la modelización de la extensión de ruidos efectuada en el estudio de impacto ambiental haya seguido criterios adecuados, siendo notable la subestimación de los niveles de ruido determinados en relación a los señalados en los demás informes aportados, lo que apunta a que pudieran no haberse considerado

algunas fuentes generadoras de ruido y el método de estimación no sea correcto.

Así las cosas, el planteamiento asumido por el órgano ambiental, en un estado de la investigación científica donde no pueden todavía darse por concluyentes los datos manejados en el estudio de impacto ambiental, parece implicar un abandono del principio de cautela, en contradicción con sus actuaciones anteriores (bien es cierto que se referían a maniobras militares) que impulsaron la identificación de hábitats marinos vulnerables y la investigación de los efectos que sobre éstos tienen las actividades generadoras de ruido, abrazando así los postulados de la compañía petrolera interesada en fijar unas precauciones mínimas en la protección del medio ambiente. Ninguna motivación específica se ha ofrecido sobre este radical cambio de punto de vista y en especial sobre el rechazo de la propuesta de la Sociedad para el Estudio de los Cetáceos en el Archipiélago Canario de establecer un perímetro de protección entorno al lugar de interés comunitario proyectado.

Un juicio preliminar sobre la apariencia de buen derecho de las pretensiones de la demandante permite, por tanto, determinar que no existe certidumbre suficiente sobre si las medidas correctoras propuestas por la declaración de impacto ambiental garantizan satisfactoriamente los valores ambientales presentes en la zona de los sondeos. También genera diversas dudas sobre si la valoración de la repercusión del proyecto, considerando los daños eventuales causados por un derrame de crudo, es la adecuada, lo que proyecta efectos sobre el órgano competente para otorgar la autorización, si los daños se ocasionan en los lugares de interés comunitarios ya declarados.

Hechas estas consideraciones, y a los meros efectos de la ponderación de los intereses en juego, estimo que los valores medioambientales serán seriamente puestos en peligro durante la ejecución de los sondeos de Repsol y necesitan de amparo.

No puede argumentarse con un mínimo de rigor que estos valores resulten garantizados por el establecimiento de una garantía financiera de 20.000.000 €, por más que ésta sea la máxima que permite establecer la ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. En el caso de un derrame de crudo el coste de la limpieza de la costa que pudiera ser afectada y el valor de los daños materiales que se causaran sería inmensamente superior, sin que sobre este punto sea preciso hacer una argumentación más extensa.

Aunque el plan de restitución económica y ambiental previsto en la declaración de impacto ambiental contemple la recuperación de la biota ligada al medio marino y costero, la recuperación sería un proceso lento y dificultoso, y dada la existencia de especies en peligro en la zona, determinados daños serían probablemente irreparables.

Pero lo relevante es que la proposición de minimizar los impactos sobre los valores naturales por el hecho de que puedan aplicarse medidas de recuperación de los espacios afectados es radicalmente contraria al principio

de acción preventiva que debe presidir las acciones que se emprendan en materia de medio ambiente. La posibilidad de mitigar alguno de los efectos que un potencial vertido pueda producir en el medio natural, no puede servir de excusa para apreciar una menor necesidad de protección de los valores ambientales.

Frente al interés de salvaguardar los valores ambientales, los demandados sitúan el interés nacional en la investigación de los recursos naturales existentes como un valor preponderante y los intereses de la compañía petrolera, que ha efectuado notables desembolsos para la campaña de sondeos que está realizando en estos momentos a toda máquina.

Vayamos por partes. Es indudable que el Estado tiene interés en conocer los recursos energéticos con los que cuenta en su zona económica exclusiva. Y también lo es que la explotación de estos recursos reportará beneficios a las arcas estatales, por la vía del canon concesional previsto en la Ley de Hidrocarburos, así como que indirectamente generará puestos de trabajo e impulsará algunos sectores de la economía local, aunque quizás no en la medida en que se espera en los pronósticos que se hacen bajo el influjo de una incipiente fiebre del oro negro. Por ejemplo, las afirmaciones que se hacen en la resolución del Subsecretario de Estado de Energía sobre el efecto que la explotación de los recursos producirá en la disminución de las importaciones de crudo, en tanto exista libertad del operador de venderlo de la manera que le reporte el mayor beneficio, y bien pudiera ser que decidiera hacerlo en los mercados internacionales de crudo, resultan un poco cándidas.

Pero por más que exista ese interés nacional de investigación de los recursos naturales, nada sugiere que solo pueda ser satisfecho si se ejecutan con carácter inmediato los sondeos, tal y como le conviene a Repsol, que tiene mucha prisa por consolidar su situación en la zona, ante la inminente declaración de la misma como lugar de interés comunitario Espacio marino del Oriente y Sur de Lanzarote-Fuerteventura, y por colocarse en una posición óptima para hacerse acreedor de los derechos de explotación de los yacimientos. Una paralización de los sondeos por un período relativamente corto, no perjudica para nada el interés nacional, por lo que este interés no justifica que se pongan en peligro valores medioambientales relevantes; solo afecta a los intereses de Repsol, que no son los intereses generales.

Las pérdidas económicas que sufriría Repsol por la interrupción de los sondeos no serían sino una consecuencia de haberse querido imponer por la fuerza de los hechos. La celeridad con la que se planificaron los sondeos, a pesar de que era previsible que se acabarían interponiendo recursos contra la autorización de los mismos, es indicativa de que esta situación ha sido buscada deliberadamente y no puede invocarse como un interés digno de protección. Quien sabiendo que sus actos pueden producirle consecuencias negativas y sin embargo decide actuar, debe arrostrar el daño que su conducta le genere.

La ejecutividad de los actos administrativos solo puede conciliarse con el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se permita someter a un tribunal la decisión sobre la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad



de una eventual sentencia estimatoria. La actuación de Repsol no encontraría parangón con la de ninguna administración pública, porque a sabiendas de que el caso acabaría en los tribunales ha buscado imponer una situación de hecho que condicionara la decisión del caso, táctica que se ha beneficiado de la decisión del Gobierno de Canarias de requerir con carácter previo a la vía judicial al Gobierno de España para que dejara sin efecto la autorización y de que el demandante no instara medidas urgentísimas de suspensión de los sondeos.

Además, en la contrabalanza de estos perjuicios económicos por la interrupción de los sondeos, se situarían los daños que la imagen de la compañía Repsol pueda sufrir por continuar las catas a pesar de la fuerte contestación social, sabiendo la opinión pública que una vez denegadas las medidas cautelares no se ejercerá ningún control judicial efectivo sobre la autorización de los sondeos que a pesar de su eventual ilegalidad serán ejecutados irremediabilmente, daño que la solución contraria hubiera mitigado.

Una sosegada ponderación de los intereses en juego, sin enarbolar irreflexivamente la bandera del interés nacional y sin ceder a unas prisas que solo benefician a Repsol, debió optar por proteger de manera preferente los intereses medioambientales, el valiosísimo patrimonio natural que pertenece a toda la humanidad, que es puesto en peligro porque no hay seguridad de que la decisión de autorizar los sondeos haya sido tomada con la necesaria independencia y objetividad.

Santa Cruz de Tenerife, a 9 de diciembre del 2014.-