



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN
SEGUNDA

Plaza de San Agustín 6
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 32 50 09
Fax.: 928 32 50 39

Email: s2contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:
0000276/2015-00

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-
Administrativo. Sección Segunda de Las Palmas de
Gran Canaria

Procedimiento: Procedimiento ordinario

N° Procedimiento: 0000276/2015

No principal: Pieza de medidas
cautelares - 01

NIG: 3501633320150000624

Materia: Otros actos de la Admon

Intervención:

Demandante

Demandado

Codemandado

Codemandado

Interviniente:

CABILDO INSULAR DE FUERTEVENTURA
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INDUSTRIA,
COMERCIO Y CONOCIMIENTO

RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A.

ASOCIACION FUERTEVENTURA
SOSTENIBLE

Procurador:

MARIA ELENA PERDOMO LUZ

JESUS QUEVEDO GONZALVEZ

ANA MARIA DE GUZMAN FABRA

NOTIFICADO: 10/1/17.

AUTO

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

D. FRANCISCO JOSÉ GÓMEZ CÁCERES

D. FRANCISCO JAVIER VARONA GOMEZ-ACEDO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 4 de enero de 2017.

Dada cuenta;

I ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo referido en el encabezamiento de esta resolución, por la parte del Cabildo Insular de Fuerteventura demandante, se solicita la adopción de la medida cautelar.

SEGUNDO.- Formada pieza separada para su tramitación, se acordó oír por término de diez días a la Administración demandada y a lo codemandados a fin de que alegasen lo que estimaran conveniente acerca de la medida cautelar solicitada de contrario presentándose escrito, que queda unido a las actuaciones, en que solicitaba que se dictara resolución denegatoria de la suspensión interesada.





II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 o, como dice expresivamente el art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, "asegurar la efectividad de la sentencia". Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar y el art. 130 LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta, aquél en que "la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil, haciendo posible la efectividad de la tutela judicial que consagra nuestra Constitución.

Como señala la STC 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, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida, quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la "justicia 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 C.E..

Dicho Alto Tribunal nos indica que 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 LJCA 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 términos:

- 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.
- b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable 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".





c) El “periculum in mora”, conforme al artículo 130.1: “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Este precepto consagra el llamado periculum in mora como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, -- nuevo parámetro esencial para la adopción de la medida cautelar --, 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.

d) La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130. 2 LJC, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. 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”. 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 de 3 de junio de 2007, 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.

SEGUNDO.- El acto mediatamente recurrido y cuya suspensión se interesa es la Autorización Administrativa, la Aprobación del Proyecto de Ejecución y la Declaración en concreto de Utilidad Pública de la instalación eléctrica de AT denominada Línea de Transporte a 132 kV doble circuito SE Puerto del Rosario-SE Gran Tarajal (exp. AT 12/016) y la Nueva Subestación 132/66 kV Gran Tarajal (exp. AT 12/015).

Antes de examinar las pretensiones ejercitadas en la solicitud de medida cautelar y su oposición debemos referirnos a las alegaciones formuladas por la “Asociación Fuerteventura Sostenible”, personada como codemandada, para recordar, una vez más, que la personación en tal concepto solo permite ejercitar pretensiones en defensa del acto administrativo recurrido, por lo que constituye una perversión procesal sostener como pretensión que se anule el acto objeto de recurso o como sucede en esta pieza separada, apoyar la pretensión de la suspensión del acto recurrido. Por tal razón no atenderemos y tendremos por no formuladas las alegaciones que en tal sentido ha expuesto la defensa de tal Asociación.

Aun cuando las alegaciones formuladas por la representación del Cabildo Insular de Fuerteventura y de la Administración autonómica, adolecen de la solidez que la cuestión sometida a debate requería, podemos sintetizar las posiciones dialécticamente enfrentadas en





la contraposición que existe en el indudable interés público que representa la implantación y mejora del suministro eléctrico para la isla de Fuerteventura—en este caso referido al transporte de energía eléctrica —que se afronta con las obras de cuya suspensión se trata y la defensa del medio ambiente y su posible afección por tales obras.

Por ello, a los criterios generales que hemos recogido en el anterior fundamento, debemos también hacer referencia necesaria al denominado "principio de precaución" . Al respecto, como indica la STS de 22 de junio de 2005 (Sección 5, Ponente Sr. Peces Morate) , con cita de la STS de 16 de diciembre de 1989 la interpretación de las normas aplicables debe partir del mandato constitucional de protección de la naturaleza, recogido en el art. 45 de la CE , de

manera que, en caso de duda, los órganos competentes han de inclinarse por negar la autorización para cualquier actividad que pueda dañar o menoscabar el deseable equilibrio natural.

Este mismo sentido, debe subrayarse que el principio de precaución también tiene proyección desde la dimensión comunitaria, y así la STS de 19 de abril del 2006 (Recurso: 503/2001; Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona) indica que el "principio de precaución " o de "cautela" como expresión positivizada en un documento jurídico del mayor rango, aparece en el artículo 174.2 del Tratado CE, a tenor del cual "la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva (...). Se ha subrayado, con acierto, que el principio de precaución entendido como inspirador de las políticas públicas en sectores sensibles para la salud humana no encierra, en sí mismo considerado, gran novedad, antes al contrario viene presidiendo la actuación de los poderes públicos tanto en el plano legislativo como en el ejecutivo. La legislación relativa a aquellos sectores siempre ha tendido en todas las épocas, de una manera u otra, a regular de modo prudente los fenómenos que por sus implicaciones tecnológicas o por la utilización de recursos naturales peligrosos están sujetos a riesgos. Y este mismo designio ha inspirado sin duda la actividad administrativa clásicamente denominada de "policía" mediante la cual, y a través de los instrumentos usuales (licencias, autorizaciones, inspecciones y sanciones) las decisiones administrativas correspondientes han exigido el cumplimiento de las cautelas exigidas por el ordenamiento sectorial. (...) Aunque no es fácil, como ya hemos dicho, separar en la práctica los rasgos del principio de precaución para distinguirlo de otros cercanos a él (como pudieran ser los de protección o de "acción preventiva"), puede admitirse que aquél tiene su ámbito propio de aplicación cuando se han detectado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, de un producto o de un proceso respecto de los cuales la evaluación científica de sus riesgos no ha llegado a obtener conclusiones dotadas de certeza....".

Pues bien, entendemos que en este caso la actuación administrativa no se ajustó a los parámetros que conforman el principio de cautela, el cual, tal como se ha indicado, constituye un mandato de actuación a los poderes públicos en orden a la adopción de las medidas de protección necesarias, inclusive en aquellos supuestos en que ni siquiera exista plena certeza científica acerca de los efectos perjudiciales de un determinado fenómeno en el medio ambiente o la salud de las personas (entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión, c-180/96) y a cuya luz debe interpretarse la normativa ambiental (en este sentido, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, c- 127/02 en relación con la Directiva hábitats).





En definitiva este principio de precaución tiene su fundamento en la irreparabilidad de los daños al medio ambiente.

Por aplicación de tal doctrina debemos dar preferencia a los posibles perjuicios que se puedan seguir para el medio ambiente y por ello acordar la suspensión solicitada por el Cabildo demandante.

TERCERO.- Aun cuando sea obiter dicta, esta resolución se acoge asimismo a la apariencia de buen derecho de la solicitud de suspensión.

El precepto a que se acoge este especial procedimiento autorizador de la Red de transporte, es el introducido en la nueva redacción dada por el art. 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 2/2011, de 26 de enero como art 6 bis de la Ley 11/1997, de regulación del sector eléctrico canario, que dispone :*“Cuando razones justificadas de urgencia o excepcional interés aconsejen la modernización o el establecimiento de instalaciones de generación, transporte o distribución eléctrica, la consejería competente en materia de energía podrá declarar el interés general de las obras necesarias para la ejecución de dichas instalaciones.*

2. Los proyectos de construcción, modificación y ampliación de las instalaciones a que se refiere el apartado anterior, se someterán a un régimen especial de autorización y no estarán sujetos a licencia urbanística ordinaria o a cualquier otro acto de control preventivo municipal o insular. No obstante, serán remitidos al ayuntamiento por el órgano competente para su autorización y también al cabildo insular correspondiente para que, en el plazo de un mes, informen sobre la conformidad o disconformidad de tales proyectos con el planeamiento territorial o urbanístico en vigor, transcurrido el cual se entenderá evacuado el trámite y continuará el procedimiento.

La conformidad municipal llevará implícita la autorización especial a que se hace referencia en el párrafo anterior.

3. En caso de disconformidad con el planeamiento o en ausencia de éste, se elevará el proyecto al Gobierno de Canarias, el cual decidirá si procede o no su ejecución y, en el primer caso, precisará los términos de la ejecución y ordenará la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento territorial o urbanístico.”

En este sentido, el acto mediatamente recurrido, resolución de la Dirección General de Industria al parecer de 25 de junio de 2015, --las resoluciones digitalizadas de la Administración demandada carecen de fecha--por la que se aprueba el Proyecto de Ejecución y la Declaración, en concreto, de Utilidad Pública de la instalación eléctrica de AT denominada Línea de Transporte a 132 kV., contiene como última motivación el dato de que *“Mediante el Decreto 102/2015, de 22 de mayo, por el que se acuerda la ejecución de los proyectos de las instalaciones eléctricas denominadas “Línea de transporte a 132 kV DC SE Puerto del Rosario–SE Gran Tarajal” y “Nueva Subestación 132/66 kV Gran Tarajal”, en los términos municipales de Puerto del Rosario, Antigua y Tuineje (exptes. nº AT- 12/016 y AT-12/015) y se ordena la iniciación de procedimiento de modificación del planeamiento afectado”.*

Sin embargo, tal resolución se produce tres días después de dicho desconocido Decreto y sin





que conste, ni a aquellas fechas, ni al día de hoy, que efectivamente se ha iniciado y culminado el procedimiento de modificación del Plan Insular de Fuerteventura, y los Planes Generales afectados de Antigua y Puerto Rosario. Esto es, y una vez más, la Administración autonómica se acoge a un procedimiento excepcional previsto en las leyes, pero sin cumplimentar las obligaciones que tales leyes le imponen.

Las autorizaciones y procedimientos excepcionales, deben ser interpretados restrictivamente y teniendo en cuenta que la Administración recurrente es el Cabildo de la Isla y que cuenta asimismo con la oposición de dos municipios directamente afectados, la Administración autónoma, debió ponderar con especial atención el criterio expresado por las corporaciones locales para ser respetuoso con su autonomía.

Recordamos a este respecto que el Tribunal Constitucional Pleno, examinó en el A 15-1-2013, nº 9/2013, BOE 37/2013, de 12 de febrero de 2013, rec. 4038/2011, la posible violación de la autonomía municipal que hipotéticamente podía suponer el precepto transcrito y que si bien en dicho auto inadmitió tal posibilidad, advirtió lo siguiente:

En conexión con ello, la autorización de las redes de transporte no perjudicará el cumplimiento de “las normas urbanísticas y medioambientales en la Comunidad Autónoma” (art. 12.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico); al igual que ocurre con las instalaciones de distribución (art. 15.1 de la misma Ley). Del régimen que se ha expuesto se desprende que no resulta desconocido, tanto por las normas estatales como autonómicas, la necesidad de articular procedimientos para asegurar la continuidad del suministro eléctrico y solucionar las eventuales discrepancias que, eventualmente, pudieran surgir entre esa perseguida garantía de la continuidad, seguridad y calidad del servicio, con el planeamiento territorial o urbanístico. En ese sentido ha de considerarse que el precepto cumple con los criterios de la doctrina constitucional en torno a esta cuestión, ya que garantiza una intervención municipal por la vía de informe y, en la línea de las disposiciones estatales que se han citado, prevé un mecanismo para resolver las eventuales discrepancias que pudieran surgir. De hecho, tal era el tenor del inicial art. 6 bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, el cual introducido por el artículo único de la Ley 8/2005, de 21 de diciembre , presenta, en la cuestión examinada, únicamente diferencias de detalle respecto a la redacción que ahora se cuestiona. Igualmente, de la regulación autonómica que se ha expuesto se deriva sin dificultad que, en principio, las necesidades ordinarias de mejora de las prestaciones del sector eléctrico se satisfacen a través de la técnica de planificación eléctrica, de manera que la introducción del procedimiento excepcional que se cuestiona sólo sería posible cuando, conforme a lo previsto por la normativa autonómica del sector eléctrico, la necesidad de garantizar el suministro no se pueda satisfacer con la aplicación de los citados instrumentos de planificación, lo que evita el riesgo de una excesiva discrecionalidad en este aspecto, extremo que, en todo caso, y al igual que acontecía en el supuesto examinado en el ATC 251/2009, de 13 de octubre , deberá valorarse en cada caso concreto, de haber lugar a ello, por la jurisdicción ordinaria. Consecuentemente, atendidas las razones aducidas en el escrito de planteamiento del conflicto, ha de concluirse que el art. 6 bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico Canario, en la nueva redacción dada por el art. 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 2/2011, de 26 de enero, no vulnera el principio constitucional de autonomía local, por lo que el presente conflicto resulta notoriamente infundado, en los términos del art. 75 quinquies.1 LOTC .”





CUARTO .- Dispone el artº 139. 1. que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Sin embargo este incidente –artículo 131- contempla exclusivamente la solicitud, la audiencia de la parte contraria y la decisión que, como señala la jurisprudencia “debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar”. La limitación del objeto de enjuiciamiento y del procedimiento determina la existencia de especiales dificultades para la aplicación del criterio moderador del principio del vencimiento de la apreciación de “serias dudas de hecho o de derecho”; o, mejor dicho, las dudas –de hecho y de derecho- existirán siempre en el incidente cautelar por su naturaleza de juicio provisional y meramente indiciario. En resumen, en un incidente de enjuiciamiento tan limitado y restringido en cuanto a las posibilidades de prueba y contradicción, no puede hablarse, con propiedad, de vencedores y vencidos.

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

III PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA.- Acceder a la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo recurrido. Sin costas.

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.

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.



