



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00023/2024

-

Equipo/usuario: JV
Modelo: N35350
PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA
Correo electrónico:

N.I.G: 15030 33 3 2023 0001690

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0007297 /2023 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0007297 /2023

Sobre: INDUSTRIA Y ENERGIA

De D./ña. ASOCIACION AUTONOMICA AMBIENTAL E CULTURAL PETON DO LOBO

ABOGADO MARIA CARMEN RODRIGUEZ SOBLECHERO

PROCURADOR D./Dª. MARCIAL PUGA GOMEZ

Contra D./Dª. VICEPRESIDENCIA PRIMEIRA E CONSELLERIA DE ECONOMIA, INDUSTRIA E INNOVACION, GREEN CAPITAL POWER S.L.

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD, ALEJANDRO MARTINEZ LOPEZ

PROCURADOR D./Dª. , ANA MARIA TEJELO NUÑEZ

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE:

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ.-PONENTE

LUIS VILLARES NAVEIRA

MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

En A CORUÑA, a ocho de febrero de dos mil veinticuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso jurisdiccional promovido por el representante procesal de la "Asociación Petón do Lobo", contra la resolución presunta desestimatoria del recurso de alzada que interpuso frente a la resolución de la Dirección Xeral de Planificación Enerxética e Recursos Naturais de la Consellería de Economía, Industria e Innovación de 12.04.23, que otorgó a la sociedad mercantil "Green Capital Power, SL", las autorizaciones administrativas previa y de construcción de las instalaciones del parque eólico "Vilartoxo", situado en los términos municipales de A Baña e Val de Dubra (A Coruña), se ha solicitado su suspensión cautelar.

SEGUNDO.- Se ha otorgado audiencia a los letrados de las codemandadas, que se han opuesto al acogimiento de la suspensión interesada de adverso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de este incidente pasa por analizar los criterios señalados en los artículos 129 a 133 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que acogen los que la jurisprudencia ha establecido en la materia (así, las SsTC 14/1992, 238/1992 y 148/1993), que posibilitan la adopción de medidas cautelares sin que queden limitadas a la suspensión del acto administrativo impugnado, ya que se extienden a cuantas otras aseguren la efectividad de la sentencia, como señala el artículo 129 de ese texto legal, que afirma que, 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, en tanto que se podrá denegar cuando se puedan perturbar de forma grave los intereses generales o de tercero, lo que el órgano juzgador deberá ponderar en forma circunstanciada.

De acuerdo con ello, el presupuesto de la medida cautelar es la pérdida de la finalidad legítima del recurso -o lo que la STS de 17.06.97 ha denominado el efecto de la sentencia, esto es, que la tardanza en dictar un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, pueda hacer inoperante lo decidido, por lo que resulta necesario ponderar los intereses concurrentes a fin de apreciar la conveniencia o no de acceder a la suspensión (STC 218/1994, así como SsTS de 27.07.96, 28.09.96 y 17.06.97), valoración que ha de ser circunstanciada, lo que supone sopesar las condiciones del caso concreto, en lo que la jurisprudencia ha dado en denominar valoración "ad cassum" (SsTS de 04.01.90, 15.07.91 y 18.05.96), para lo cual es necesario acreditar con el rigor debido el real y efectivo perjuicio que le supone a la actora la ejecución de la resolución que impugna (sentencias de esta sala de 09.12.10, 27.01.11 y 17.07.14); en cuanto a los intereses en conflicto que se van a valorar, no son sólo los particulares de la parte actora, sino también los generales y los de tercero (SsTS de 20.12.01, 30.01.02, 12.04.03, 10.06.03, 12.02.04 y 16.03.04, así como ATS de 06.04.99), intereses contrapuestos (público y privado) en cuya ponderación debe prevalecer el que resulte más digno de protección (STS de 20.07.02).

Así pues, la medida cautelar no es una excepción, sino una facultad del órgano jurisdiccional que puede adoptar siempre que resulte necesario (AaTS de 02.03.99, 06.04.99, 09.07.99 y 21.09.04), pero que tendrá una vigencia temporal, al ser la respuesta que el órgano judicial concede para evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso (STS de 22.07.02 y AaTS de 16.07.04 y 08.05.12); por ello, el "periculum in mora" forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil (STC 218/1994). Por otro lado, en la medida en que es necesario ponderar los intereses en conflicto, la prueba (aunque sea incompleta o por indicios) es el

instrumento necesario para acreditar el perjuicio de imposible o difícil reparación que se le produce a la parte actora, frente al que se ocasione al interés general, de modo que si las exigencias de ejecución que éste presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que si esa exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto (ATS 03.06.97).

Con arreglo a esas pautas se tiene que resolver el presente incidente de cognición limitada, ceñido a decidir si se accede o no a suspender la ejecución del acuerdo autonómico que otorgó a la promotora del parque eólico "Vilartoxo" las autorizaciones administrativas previa y de construcción de esas instalaciones. Y para amparar la suspensión de su ejecución, apela el letrado de la asociación ecologista recurrente a que se dan los tres requisitos necesarios para ello, esto es, el "periculum in mora" o pérdida de la finalidad legítima del recurso, la prevalencia del interés general sobre el particular de la promotora y la apariencia de buen derecho de la pretensión anulatoria de fondo.

Tanto el letrado autonómico, como el de la promotora que interviene como codemandada, niegan la concurrencia de esos tres requisitos, a lo que añaden que, en el caso de que se acceda a la suspensión, se le tendrá que exigir a la asociación ecologista una caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que se le causará.

SEGUNDO.- Para resolver esta pieza resulta útil acudir a lo declarado en las SsTS de 10.05.11 (rec. 3623/2010) y 24.05.11 (rec. 3613/2010), que examinaron -para supuestos semejantes al que aquí se trae, los tres requisitos que se discuten y que antes se habían considerado en los dos autos que allí se impugnaron, que accedieron a suspender cautelarmente la ejecución de sendos parques eólicos situados en la Comunidad Autónoma de Castilla-León. En particular, ambos autos sostuvieron que si las instalaciones litigiosas se construyeran y se dictara una sentencia favorable, su ejecución devendría ya imposible, así como que se apreciaba una deficiencia formal relevante que ponía de manifiesto su ilegalidad; finalmente, sobre el "periculum in mora" y la ponderación de intereses, valoraron de forma prevalente el interés público ambiental sobre la garantía del suministro eléctrico.

En ambos recursos de casación indicó el Tribunal Supremo que los autos impugnados apreciaron de forma razonable y objetiva la doctrina del "fumus bonis iuris", en la medida en que habían sustentado su decisión de acceder a la suspensión al considerar evidente y verificable que se había omitido un trámite esencial (en este caso la declaración de impacto ambiental) y en que existían precedentes jurisprudenciales que apoyaban la existencia de una importante irregularidad en la tramitación de la autorización del proyecto que justificaba la suspensión cautelar-de las resoluciones autorizatorias, sin que ello significara una valoración anticipada de una prueba

que correspondía a los autos principales, ya que el órgano judicial examinó la viabilidad teniendo en cuenta el material obrante en el expediente a la luz de las alegaciones de las partes, lo que no obstaba para que después pudieran ser desvirtuadas, con plenitud de medios, en la pieza probatoria, donde la parte recurrente podría acreditar su postura aportando nuevos datos.

En cuanto a los intereses en conflicto, de nuevo las sentencias referidas afirmaron que los autos de suspensión los habían valorado de forma correcta, equilibrada y razonable, en ese caso haciendo prevalecer la protección medioambiental y el ajuste de las instalaciones proyectadas a las previsiones legales, sobre el interés general de la garantía de suministro eléctrico, en atención a la constatación de graves irregularidades en la tramitación del expediente y sus eventuales efectos perjudiciales en el medio ambiente derivado de la instalación del parque eólico, lo que no fue el caso que analizaron en el ATS de 21.10.08 (rec. 617/2007).

Además de ello, declararon que cuando está en juego la protección de valores medioambientales, se imponía tener en cuenta las Directivas comunitarias 79/409/CEE o 92/43/CEE, que garantizan su preservación en los casos en que puedan resultar afectados por los proyectos determinados espacios naturales protegidos. Relacionado con esto, estaban los perjuicios de difícil reparación que podrían concurrir si no se suspendiera la ejecución de un parque eólico que iba a alterar la realidad física del terreno y la consiguiente afectación a los valores medioambientales del espacio protegido próximo.

Sobre esto reconoció el Tribunal Supremo que en algunos casos había rechazado medidas de suspensión cautelar frente a decisiones autorizatorias del Consejo de Ministros, en atención al interés general que para todo el sistema eléctrico nacional presentaban las instalaciones de transporte de energía eléctrica en alta tensión, por ser imprescindible para el funcionamiento y la seguridad del suministro eléctrico, lo que no era el caso de un parque eólico autorizado por un órgano autonómico respecto del cual la incidencia temporal de la medida cautelar, por su propia naturaleza, era limitada y con una mínima repercusión en los intereses generales del sistema eléctrico.

TERCERO.- Con arreglo a las pautas señaladas se va a dar respuesta a los argumentos de los letrados de las partes litigantes para amparar o no la suspensión de la ejecución del parque eólico "Vilartoxo", para lo cual se va a comenzar por rechazar el que ampararía la apariencia de buen derecho de la pretensión que ya anuncia el letrado de la actora que planteará en su demanda, esto es, la posible fragmentación de los proyectos colindantes.

En efecto, es sabido que el éxito de la pretensión cautelar fundada en el "fumus boni iuris" depende de que se den las condiciones que la constante jurisprudencia preconiza sobre la nulidad de resoluciones idénticas o de las que traiga su causa la impugnada (sentencias Factortame y Zuckerfabrik, de 19.06.90 y 21.02.91, respectivamente, del Tribunal de



Justicia de la Unión Europea, STC 148/1993, SsTS de 11.06.96, 27.07.96, 14.01.97, 26.02.98, 21.12.99, 22.01.00, 02.06.01, 13.07.02, 14.04.03, 18.05.04, 31.10.06, 24.01.07, 13.04.07, 21.11.07, 20.12.07, 17.03.08, 30.03.09, 06.11.12, 13.02.14, 07.03.14, 24.04.14, 05.11.14, 15.12.15, 24.02.16, 07.07.16, 14.03.17 y 29.11.22, AaTS de 20.12.90, 20.05.93, 22.11.93, 07.11.95, 07.06.96 y 14.04.97, así como las sentencias de esta sala de 20.03.14 y 24.05.19 o los autos de 19.09.22 -PO 7052/2022- y 16.12.22 -PO 7051/2022-), lo que aquí podría ser el caso, en razón a los pronunciamientos que ha hecho esta sala sobre la prevalencia del Derecho de la Unión Europea y la incidencia que sobre el trámite de información pública tienen los plazos y la disposición efectiva previa (y no simultánea) de los informes sectoriales, lo que los letrados de las partes no desconocen.

Pues bien, de acuerdo con ello, el argumento de la posible fragmentación indebida de los proyectos no es una cuestión ligada a la apariencia de buen derecho en los términos advertidos, sino una cuestión fáctica que no puede resolverse en este incidente de cognición limitada, sino cuando se dicte la sentencia, una vez examinada la documentación que obra en el expediente administrativo y la prueba que, en su caso, se practique, de lo que resulta que este primer argumento no puede servir para acoger la suspensión pretendida.

CUARTO.- En lo que se refiere al "periculum in mora", sostiene la letrada de la asociación ecologista que el parque eólico "Vilartoxo" está vinculado al "Troitomil", que ambos comparten instalaciones con otros situados en un área geográfica donde se contabilizan 13 parques eólicos que cuentan con 105 aerogeneradores, por lo que existe un alto nivel de ocupación en una zona donde hay una importante avifauna y especies amenazadas o en peligro de extinción, así como humedales; para su justificación, se remite a tres informes periciales elaborados por dos biólogos en los meses de noviembre de 2011 y febrero y junio de 2023; estos dos últimos han sido cuestionados por el letrado autonómico, al haber formulado su autora alegaciones adversas a la autorización de otros parques.

Pues bien, el parque "Vilartoxo" que aquí interesa estará formado por seis aerogeneradores, en cuyo interior se alojarán otros tantos centros de transformación, una torre meteorológica de 129,50 metros de altura, un centro de seccionamiento formado por dos edificaciones prefabricadas y otros dos de estas características para almacén y control. En cuanto a la existencia de impactos medioambientales, no se niega su existencia, como lo acredita el que el 25.11.22 hubiera formulado la Dirección Xeral de Calidade Ambiental, Sostenibilidade e Cambio Climático la declaración de impacto ambiental para examinar y prevenir los posibles efectos adversos sobre la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales y la interacción de todos esos factores.

Ello tiene relación con el "periculum in mora", que forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil (STC 218/1994), lo que no se conseguiría en el supuesto de que se hubieran producido situaciones irreversibles, "siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso" (STS de 08.07.11, rec. 4514/2011).

En esa misma línea, el auto de esta sala de 16.12.22, con cita de la STS de 15.07.11 (rec. 3796/2007), advirtió que los principios de cautela, prevención y precaución son propios del Derecho de la Unión Europea, de modo que, ante la mera posibilidad de que se produzca un daño irreparable o de muy difícil o incierta reparación -aún adoptando medidas correctoras sobre las zonas protegidas-, debe prevalecer la suspensión de la ejecución de la actividad que puede producir ese riesgo, al ser prevalente el interés general en mantener indemnes esos espacios públicos, sobre el particular que tiene la promotora del parque eólico "Vilartoxo" en ejecutar de forma inmediata el proyecto autorizado, por muy legítimo que sea su derecho. Por el contrario, si los altos valores ambientales no han quedado indubitadamente acreditados en este incidente cautelar (de cognición limitada), ni resulta posible afirmar con rigor que los instrumentos de evaluación ambiental no han tenido presentes, para lograr su preservación, tales valores, se impone denegar la pretensión cautelar, como han declarado las SSTS de 16.12.11 (rec. 544/2011) y 27.01.17 (rec. 1320/2016).

No obstante lo indicado, la prevalencia de la protección ambiental no significa que si la actuación incide en el medio ambiente, tenga que ser suspendida de forma automática, pues no lo impone la normativa sectorial, ni la procesal. Más aún ni siquiera cuando las normas de uno y otro orden favorecen el acogimiento de la medida cautelar, ponen salvedades, como sucede con los artículos 136 de la LRJCA y 200 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En definitiva, para acoger la presente medida cautelar fundada en el "periculum in mora", es necesario tener en cuenta que no basta con hacer una referencia genérica a daños posibles, sino que se tiene que deben singularizar y acreditar, esto es, se debe pasar de la abstracción a la concreción.

Con estas advertencias se tiene que examinar lo que sostiene la letrada de la asociación ecologista, que comienza por afirmar que los impactos ambientales se han minimizado en la declaración de impacto ambiental, lo que es una cuestión de fondo que aquí no se puede examinar, pero sí sus argumentos en amparo de su solicitud de adopción de la medida suspensiva de la ejecución del parque eólico "Vilartoxo" que, según aquélla, está vinculado al "Troitomil", con el que comparte instalaciones que también son comunes a las de otros parques situados en un área geográfica donde se contabilizan 13 con 105 aerogeneradores; además de esa excesiva acumulación de

parques, afirma que una importante avifauna y especies amenazadas o en peligro de extinción, así como humedales, todo lo cual pretende acreditar con los tres informes periciales que adjunta; como se ha indicado, dos de ellos han sido elaborados por una bióloga que formuló alegaciones adversas en los procedimientos para autorizar otros parques similares, lo que no es una causa de tacha en este trámite procesal, pero sí es un indicativo de que la parcialidad de esa titulada queda comprometida, con arreglo a lo previsto en los artículos 335.2 y 343 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

Pues bien, de la lectura de esos informe se observa una descripción muy extensa de la avifauna y de especies de flora y fauna que estarían afectadas por la ejecución y explotación de los parques eólicos de "Troitomil" y "Vilartoxo", pero sin que contenga ninguna precisión singular sobre los concretos daños que se le causará a éste, que es el que aquí interesa. Pero no es mucho más preciso el otro informe, emitido por otro biólogo el 22.11.21 a instancias de vecinos afectados por la ejecución de ese parque (probablemente incorporado en el trámite de información pública), pues hace referencia a diversas especies vegetales que encontró a su paso por esa zona, que presuponen la presencia de un ecosistema húmedo con elevado contenido de materia orgánica, también compatible con ecosistemas de turba, a lo que añade la presencia de restos de encames de jabalíes y lobos, árboles, brañas y una explotación ganadera próxima a la ladera donde está prevista la colocación del aerogenerador número 6, pero sin que indique la distancia concreta, ni aproximada.

Al respecto se tiene que volver a lo antes indicado a propósito de que se tiene que ir de lo abstracto a lo concreto, y de ello resulta que los datos y conclusiones a que llegan ambos biólogos en sus informes acerca de las afecciones negativas que la implantación y funcionamiento del parque eólico "Vilartoxo" producen son extremadamente genéricos, puesto que no menciona ninguna distancia concreta o incidencia directa o próxima entre sus límites y cada uno de los elementos del patrimonio natural o monumental que enumera, como tampoco lo hace respecto de las especies de la flora y fauna que pudieran resultar verdaderamente afectadas, de lo que resulta que deba compartir esta sala el contenido y conclusiones de los informes adversos que aportan los letrados de las codemandadas.

Finalmente, no se puede pasar por alto que si alguna relación tienen los 13 parques eólicos descritos en el informe de la bióloga de 13.06.23, con el de "Vilartoxo" que aquí interesa, bien podría haber acreditado o advertido la letrada de la asociación ecologista la real y verdadera desaparición o quebranto de la avifauna y del resto de la biodiversidad, lo que no ha hecho, de cuyas resultas se concluye que no ha quedado acreditado el "periculum in mora", por lo que no se puede acoger este motivo para suspender la ejecución del acuerdo que autorizó su construcción para su posterior explotación.

QUINTO.- Aunque se ha hecho mención con anterioridad a la prevalencia que en este caso tienen los principios de cautela, prevención y precaución en materia medioambiental, así como la preponderancia que esta tiene sobre la captación y transporte de energía eléctrica, salvo que se acredite el interés general que para el sistema eléctrico tenga la ejecución y funcionamiento del parque eólico "Vilartoxo", ya se comprende que si no se ha acogido el "periculum in mora" por no haberse acreditado daño alguno, carece de sentido examinar la prevalencia de los intereses que defiende la asociación medioambiental, sobre los de la promotora (aunque la resolución que autorizó su ejecución no la declaró beneficiaria a efectos expropiatorios), que también son los de los destinatarios de la energía renovable que se obtiene con el funcionamiento ese parque eólico.

En definitiva, no se accede a la pretensión suspensiva interesada.

SEXTO.- Si bien el artículo 132.2 de la LRJCA tan sólo se refiere a la posibilidad de modificar o revocar las medidas cautelares que se hubieran acordado, nada impide aplicar lo dispuesto en el artículo 736.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, de dar la oportunidad de conceder la medida cautelar que aquí se ha denegada, en el caso de que hubieran cambiado las circunstancias que se han examinado; al efecto se debe tener en cuenta que el ATS número 4177/2017, de 3 de mayo, ha admitido un recurso de casación que resolverá este extremo, si bien no se debe olvidar la necesidad de hacer una interpretación no restrictiva ni absoluta de los límites que las normas imponen al enjuiciamiento cautelar, siempre que existan hechos, datos o elementos sobrevenidos (STS número 1790/2018, de 18 de diciembre (RJ 2018/5717)).

Entre tanto, no existen razones para exonerar a la asociación ecologista al pago de las costas causadas a las adversas, que lo será hasta un máximo de 150,00 euros en favor de cada una de ellas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJCA, ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 36.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS, desestimar la pretensión que formula la letrada de la "Asociación Petón do Lobo", de suspender la resolución de la Dirección Xeral de Planificación Enerxética e Recursos Naturais de la Consellería de Economía, Industria e Innovación de 12.04.23, que otorgó a la sociedad mercantil "Green Capital Power, SL", las autorizaciones administrativas previa y de construcción de las instalaciones del parque eólico "Vilartoxo", situado en los términos municipales de A Baña e



Val de Dubra (A Coruña). Le imponemos a la demandante vencida el pago de las costas causadas en este incidente a las adversas, hasta un máximo de 150,00 euros para cada una de ellas, sin perjuicio de lo indicado en el fundamento de derecho sexto, "in fine".

MODO DE IMPUGNACIÓN

Recurso de **Reposición** en el plazo de **CINCO DÍAS** desde la notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial. Para la interposición de dicho recurso de reposición deberá constituirse un depósito de 25 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano Judicial, abierta en SANTANDER, Cuenta nº 1578-0000-85-7297-23 debiendo consignar en el campo concepto "recurso" seguida del Código "- - Contencioso-Reposición" e indicando en los siguientes dígitos número y año de procedimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia, que doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.