

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **07/03/2024**

Nº de Recurso: **7355/2023**

Tipo de Resolución: **Auto**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00056/2024

-

Equipo/usuario: MQ Modelo: N35300

PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA

Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

N.I.G: 15030 33 3 2023 0001886

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0007355 /2023 0001 EQL ESTIM. MED. CAUTEL.

Sobre: INDUSTRIA Y ENERGIA

De D./ña. [REDACTED] **ABOGADO** XOAN ANTON PEREZ-LEMA LOPEZ **PROCURADOR D./D^a.** IAGO MARTINEZ NUNEZ

Contra D./D^a. VICEPRESIDENCIA PRIMEIRA E CONSELLERIA DE ECONOMIA, INDUSTRIA E INNOVACION, WIND HERO S.L.

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD, GONZALO RUBIO HERNANDEZ-SAMPELAYO

PROCURADOR D./D^a. , DANIEL ADRIAN LOPEZ-VALCARCEL TORRES

PONENTE: D. FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE: FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS: LUIS VILLARES NAVEIRA

MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

En A CORUÑA, a siete de marzo de dos mil veinticuatro .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la presente Pieza Separada, formada en el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el/la Procurador/a D./Dña. IAGO MARTINEZ NUÑEZ en nombre y representación de Agustina contra resolución de VICEPRESIDENCIA PRIMEIRA E CONSELLERIA DE ECONOMIA, INDUSTRIA E INNOVACION de

fecha 6-2-23, la parte recurrente solicita la medida cautelar consistente en la suspensión de la efectividad del acto impugnado, formándose la correspondiente pieza . Se dio traslado a la Administración demandada y parte codemandada con el resultado que consta en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que D^a. Agustina impugna la

desestimación por silencio administrativo negativo del recurso de alzada contra la Resolución de 6-2-23 de la DXPERN de autorización administrativa previa y autorización administrativa de construcción del Proyecto

del PARQUE EOLICO VENTUMELO, T.m. de Pobra de Trives e San Xoa de Río (Ourense), e Ribas de Sil (Lugo), promovido por WIND HERO SL; alegando afección al patrimonio natural, zona de máxima sensibilidad ambiental en la zonificación del MTERD, Resolución de 20-12-20 de la DGCyEA, Plan Nacional Integrada de Energía y Clima 2021-2030, conforme al que la mayor parte de las infraestructuras del proyecto se localizarían en áreas no recomendadas para la instalación de energía eólica, por su máxima sensibilidad ambiental, afectando a especies de flora catalogada y hábitats prioritario de interés comunitario, en interligazón con el PE Treboada, y su línea de evacuación afectan a masas maduras de carballeiras galaico-portuguesas, bosques de castiñeiras y hábitats prioritarios 91EO, Bosques aluviales de *Atrius glutinosa* y *Fraxinus excelsior* y especies vulnerables del Catálogo Gallego de Especies Amenazadas (CGEA) y, o en peligro de extinción, como *Silene marizii*, *Galim teres*, *Arabis juresti*, *Spiranthes aestivalis*, e *Lycopodiella inundata*, afectando en sus 159,80 ha. a especies de frondosas autóctonas y a vegetación de ribera, a espacios de Rede Natura 2000 y AEIP, paisaje protegido de Val do Río Navea, hábitats de interés comunitario breixeiras secas europeas y breixeiras oromediterráneas, así como afloramientos rocosos; afección severa a especies de avifauna catalogadas como vulnerables o en peligro de extinción, comportamientos reproductores de *Circus pigargus* y nidos de águila real y sapoconcho europeo, la práctica totalidad de las actuaciones del proyecto se incluyen en áreas prioritarias para avifauna amenazada o en zonas de protección contra LAT, conforme a la Resolución de 18-10-2021; el proyecto está incluido en el ámbito de Plan de Recuperación del *Emys orbicularis* L, afectando a especies con la categoría de vulnerables, como *Circus cyaneus*, *Scolopax rusticola* (aves), *Galemys pyrenaicus*, *Rhinolophus ferrumequinum* e hiposideros (mamíferos) y en peligro de extinción *Anas crecca*, *Aguila chrysaetos*, *Milvus*, *Gallinago* e *Venellus* 8aves) y *Emys orbicularis* (reptil); afecta las áreas paisajísticas de Terra de Trives e Valdeorras con AEIP, de Val do Río Navea e Montefurado y Mirador de Pena Folenche, ubicadas en ZEC del Macizo Central, declarando paisaje protegido el Val del Río Navea el D. de 13 de noviembre de 2008 (D. 263/08); existiendo en este ámbito geográfico los PE de Orballeira, Xesteirón, Pena de Cruz, Serra do Burgo, Prada, Boibela-Xeada, Neboada e Treboada, afecciones informales en 15-2-2021 por la Sociedade Galega de Historia Natural; afección

al patrimonio minero galaico-romano, directamente afectadas, las explotaciones mineras de Os Medos/ As Medas (GA 320 7006), A Medorra/ O Rudo (GA 320 7008), Os Biocos (GA 320 7009), significándose que en la evaluación de Os Biocos, tras calificarla a cielo abierto, al mismo tiempo, se señala la existencia de "restos de galerías y pozos de ventilación", elementos de minería subterránea; evidente afección al bienestar animal; así como en fragmentación artificial con el PET Treboada, promovido por Wind Grower SL, con sede social en CALLE000, como Wind Hero SL; al compartir subestación, y líneas de evacuación, sumando, entre las dos,

100 MW, 50 MW cada uno, vinculándose, con otros 7 PE más, para evacuar a SET Trives 200 kw de REE, con 86 aerogeneradores y 495,4 MW también afecta al helipuerto de San Xuan de Río.

SEGUNDO.- Que considera este TSXG (S.11-12-2020), "P.E. O Oribio" que el impulso de la energía eléctrica debe planificarse evitando toda posible interferencia para la red natura 2000, evitando el impacto visual de los parques eólicos en las proximidades de LIC, sin que puedan situarse con sus proximidad para luego pretender ampliar la Red Natura cuando las especies a proteger no entienden de planeamiento o fronteras, por lo que las zonas ecológicamente relevantes deben obtener una protección íntegra, sin que pueda haber espacios protegidos rodeados de molinos; dándose una fragmentación fraudulenta o división artificiosa de proyectos eólicos en la zona que impide una correcta evaluación ambiental que tenga en cuenta los efectos sinérgicos y acumulativos del conjunto (T.C. S. nº. 215/2.2020, de 9 de noviembre y S. nº. 171/23, de 26 de mayo), habiéndose debido tramitar conjuntamente los procedimientos ambientales del ámbito geográfico; y al superar los 50 MW de potencia a instalar el proyecto debería ser tramitado a través de la administración-estatal y no mediante la administración autonómica; y, recientemente en nota informativa de 29 de febrero, nº22/2024, el Pleno del T.C., por unanimidad, ha mantenido la suspensión de disposiciones de la Ley Gallego 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y de la Ley del litoral, y tomando en consideración, como señala la necesidad de salvaguardar el medioambiente, que resulta un interés preferente no apreciando, además, que el mantenimiento de la suspensión sea susceptible de provocar una lesión de intereses públicos o privados de carácter patrimonial de tal calibre que suponga afectar a un sector económico de manera directa e inmediata, fundamental para la economía de la Nación, sin perjuicios económicos de muy difícil reparación; salvaguarda del interés ecológico y medioambiental merece la condición de interés preferente, dada la fragilidad e irreparabilidad de los

perjuicios que se podrían producir en caso de perturbación, si de no suspenderse, podría producirse la consolidación de situaciones jurídicas irreversibles que causarían perjuicios a los valores naturales y paisajísticos.

TERCERO.- Que, como consideró esta Sala en el F.D. 3º del auto de 14-2-24, PSS num. 7215/23, el periculum in mora, retraso que lleva aparejada la suspensión del acto administrativo en la puesta en marcha de la instalación

(para el supuesto de una futura desestimación del recurso contencioso), retraso que implica un importante interés sólo si existiese la necesidad perentoria para el interés general de obtener la electricidad a través de ese concreto parque eólico, cuestión que no puede predicarse por el mero hecho de que la Xunta declare la utilidad pública del parque, reduciéndose, en tal caso de desestimación del recurso, los perjuicios en un retraso de la puesta en marcha de la instalación, perjuicios manifiestamente relativo si atendemos al tiempo a que se remonta el comienzo del expediente administrativo y el transcurso hasta su aprobación, siendo responsables de tal demora, en todo caso, la Administración y/o la promotora; y, mientras que, de estimarse el recurso, sin medidas cautelares, habría que indemnizar a la eólica en todo lo construido con licencia y costear los cuantiosos gastos de reposición del terreno, como acontece con los parques eólicos "O Oribio" y "As Sasdónigas".

CUARTO.- Que esta Sala en auto 70/23, de 15 de diciembre, en PSS 7244/2023, Ponencia Sra. Braña López, en sus F.D. 2º y 3º dice que: "SEGUNDO.- Los presupuestos de las medidas cautelares.

Señala la STS de 14/10/2.005 (RJ 2005/336165) que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la LRJCA (Ley 29/98), se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose por las siguientes notas:

a) Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2).

b) Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente, como es la existencia de *periculum in mora*. En el artículo 130.1.2º se

señala que "*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*".

c) Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "*la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero*".

d) Requiere que concurra la apariencia de buen derecho por parte de quien la solicita (*fumus boni iuris*). En el reciente Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29/05/2.023 (rec. 535/2.023), al hilo de la solicitud de suspensión de reglamento estatal invocando el demandante a su favor el *fumus boni iuris*, dice:

"1º Esta apariencia de buen derecho no está prevista en la LJCA. Sí en el art. 728.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y de antiguo la viene considerando esta Sala, pero excepcional y restrictivamente y la razón es obvia: significa adentrarse en el fondo del litigio sin prejuzgarlo en el fondo y hacerlo con base en un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión cautelar. De ahí que la prudencia aconseje como regla general no acudir a tal criterio cuando el pleito está en sus inicios, salvo casos absolutamente claros.

2º A tal efecto hemos señalado que hay absoluta claridad cuando el in actu oculi, de un vistazo o golpe de vista, se aprecia bien fundamentada, la impugnación de quien pretende la tutela cautelar. Es lo que sucede cuando se impugnan actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales o de disposiciones generales declaradas nulas, o bien cuando se recurran actuaciones idénticas a otras ya declaradas contrarias a Derecho, o sean manifiestas las infracciones al ordenamiento jurídico que aquejan a las impugnadas".

3º Así lo hemos acordado excepcionalmente en casos recientes en los que hemos acordado medidas cautelares con base en tal apariencia de buen derecho (autos de 13 de enero y 29 de junio de 2.000, 16 y 18 de febrero de 2.021 o de 21 de marzo de

2.022, recursos contencioso-administrativos 8 y 150/2.020, 12 y 19/2.021 y 272/2.022, respectivamente)."

La pequeña innovación de este Auto, está en que aumenta un supuesto, que es que "*sean manifiestas las infracciones al*

ordenamiento jurídico que aquejan las impugnadas" (correspondan con nulidad o anulabilidad, ya se trate de actos o reglamentos).

e) Desde una perspectiva procedimental, la LRJCA apuesta por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º se exige para su adopción la "*previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto*", expresión que reitera en

el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación “*en forma circunstanciada*” de los citados intereses generales o de tercero.

f) La LRJCA concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*”.

g) Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: la solicitud podrá llevarse a cabo “*en cualquier estado del proceso*” (artículo 129.1 con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), extendiéndose en cuanto a su duración, “*hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley*” (artículo 132), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (artículos 132.1 y 2).

h) Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, LRJCA lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “*las medidas que sean adecuadas*” para evitar o paliar “*los perjuicios de cualquier naturaleza*” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (artículo 133.1), y se añade que ésta “*podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho*”.

TERCERO.- La solución.

Procede adoptar la medida cautelar solicitada por la ecológica, por lo siguiente:

Es un hecho notorio, no precisado de prueba en virtud de lo dispuesto en el art. 281.4 de la LEC, -aplicable supletoriamente en esta jurisdicción contenciosa-, (“*No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*”), que la instalación de aerogeneradores en el espacio

físico natural, produce un impacto negativo sobre el medio ambiente, que se extiende tanto sobre el propio ambiente, como sobre el paisaje y más el territorio. Así lo dice expresamente la STS de 10/07/2014, rec. 1148/2013). El proyecto eólico del presente caso comprende la instalación de estos molinos, por lo que, no cabe tener dudas de que existen muchas posibilidades de que la afectación al medio sea efectiva e irreversible, puesto que, dichos artefactos van clavados en el suelo, y, luego, que ya no fueran usados no se desenclavan sin más quedando ileso el terreno. Ello sin contar con las demás obras de instalación de otras infraestructuras secundarias como la/s, en su caso, subestaciones, así como, los movimientos de tierras, construcción de viales y demás. No nos hace falta ni se nos puede exigir, una prueba plena que nos acredite fehacientemente el daño o perjuicio de carácter irreversible, porque ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el sentido común nos dice que existen indicios racionales suficientes que nos hacen pensar que dicho daño es muy probable que se dé en casos como el presente. Así lo hemos razonado en otros Autos sobre Medidas Cautelares respecto de parques eólicos (como por ejemplo, en la pieza del PO 7329/22), por lo que decaen los intentos de poner en evidencia o restar credibilidad al informe pericial que sobre los eventuales daños aportó la ecológica.

Es un hecho no controvertido por admitido (art. 281.3 de la LEC), que confluyen varios parques eólicos en las inmediaciones del parque eólico de esta pieza de medidas cautelares, por lo que, por más que se nos asevere que la sinergia no impacta negativamente sobre el ambiente porque la DIA así lo refiere, verdaderamente, en este momento procesal, no podemos dar por enteramente veraz este documento, ni los informes que lo apoyan tanto administrativos como los aportados en esta vía jurisdiccional, ya que persiste la incógnita sobre si la DIA refiere la radiografía exacta del medio o estaría mediatizada por la fragmentación artificiosa del parque, que es uno motivo de impugnación de la recurrente.

Por otro lado, el principio de precaución del Derecho Comunitario (art. 191 TFUE) impone actuar con vigilancia. De nada valdría seguir adelante y permitir la ejecución del proyecto empresarial, si posteriormente, caso de estimarse el recurso, hay que deshacer el status quo a costa del erario público. Por otro lado, también se perjudicaría a la promotora que vería paralizada de manera permanente la construcción y explotación de su empresa eólica, y, lo que es más importante, se habría dañado sin remedio al medio ambiente, bien jurídico que hay que preservar para evitar ulteriores lamentaciones. Por lo tanto, resulta preferible desplegar la virtud de la prudencia (aguante) que precipitarse, máxime si se tiene en cuenta, que la duración del procedimiento entendemos que no abarcará un tiempo excesivamente dilatado y que el lapso temporal de espera en la vía administrativa que padeció la empresa promotora para obtener la autorización, también ha sido amplio, no siendo por ello muy equitativo por su parte achacarnos culpa por la caducidad de las autorizaciones que se pudieran producir.

El periculum in mora concurre por lo expuesto hasta ahora, pero es que también en la operación de ponderación de los intereses en presencia, requisito que es complementario del anterior, debe darse prevalencia a la protección del bien jurídico protegido que pertenece a todos que es el medio ambiente. Nuestro Tribunal

Supremo ha consolidado una importante línea jurisprudencial que otorga prevalencia a la preservación del medio ambiente determinando la suspensión de los actos que incidan desfavorablemente sobre el mismo. Si existe tal afección, (y en este supuesto la hay, por lo explicado), el art. 45 de la Constitución Española, en cuanto principio rector que informa la práctica judicial, hace obligada la suspensión del acto administrativo susceptible de causar perjuicios de difícil reparación al medio ambiente como bien jurídico constitucionalmente protegido.

Respecto al requisito del *fumus boni iuris*, entendemos al igual que lo hicimos en otros Autos, que la recurrente invoca con éxito la doctrina de la apariencia de buen derecho para conseguir la inmediata suspensión cautelar del acto administrativo, pues alega Sentencias de esta Sección anulando actos administrativos sustancialmente similares relativos a la autorización de parques eólicos, en las que se alegaron por aquellos recurrentes motivos de invalidez que coinciden con los que adelanta la interposición del presente recurso contencioso-administrativo (división artificial del parque y defectuosa tramitación de la información pública). Estas Sentencias no son firmes, pero tampoco es necesario que lo sean, así lo expresan, entre otras muchas, las siguientes resoluciones: el ATS de fecha 16/04/2.009, rec. 110/2.009 y la STS de fecha 17/07/2.018, rec. 1808/2.017, en las que el Alto Tribunal refiere que, la apariencia de ilegalidad juega a favor de la suspensión, no en contra, como se quiere hacer valer.

Por lo demás, respecto a la caución a imponer a la ecológica, como hemos expuesto en la pieza del PO núm. 7329/2.022, al resolver el recurso de reposición frente al Auto que adoptó la medida cautelar, **"F.-Restaría por añadir que no procede tampoco acceder a la pretensión subsidiaria de**

la codemandada, esto es, no cabe imponer una caución a la Asociación, por lo explicado en el Auto recurrido. "La necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón". (Sentencia Factortame del TJUE de 19/06/1.990). La imposición de caución a la recurrente, que es una entidad sin ánimo de lucro y sin, que se sepa, actividad mercantil generadora de ingresos, puede determinar la imposibilidad de otorgar la medida cautelar, aunque se den los supuestos legalmente previstos para hacerlo, por un hecho externo a ésta, como es la prestación de la fianza. Tampoco se impone como obligatoria a tenor de lo dispuesto en el art. 133.1 de la LRJCA ("Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos"). Por consiguiente, se adopta la medida cautelar solicitada sin imposición de caución. "

QUINTO. El art. 139.1 de la LRJCA establece que: *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o 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".* La estimación de la medida cautelar conlleva que las costas procesales se impongan a la Administración actuante y a la promotora eólica, en la cantidad máxima, cada una, de 150 € (art. 139.4 LRJCA)."

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) ESTIMAR, sin imposición de caución, la medida cautelar solicitada por la representación procesal de Agustina y, en consecuencia, se suspende la ejecutividad de la actuación administrativa descrita en el FD PRIMERO.

2º) IMPONER las costas procesales en los términos expuestos.

- Poner en conocimiento de la administración demandada la medida cautelar acordada.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber, que, contra la misma cabe recurso de reposición, que deberá ser interpuesto ante este mismo órgano judicial, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mí, el/la Letrado 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.