



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003 - A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA

Teléfono: 981185796 Fax: 981185794

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

Equipo/usuario: MQ

N.I.G: 15030 33 3 2023 0001376

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0007224 /2023 0001 EQL
ESTIM.REC.REPOSIC.

Sobre INDUSTRIA Y ENERGIA

De D/ña. CONCELLO DE A ESTRADA (PONTEVEDRA), CONCELLO DE CERDEDO-COTOBADA (PONTEVEDRA)

Abogado: XOAN ANTON PEREZ-LEMA LOPEZ, XOAN ANTON PEREZ-LEMA LOPEZ

Procurador: IAGO MARTINEZ NUÑEZ, IAGO MARTINEZ NUÑEZ

Contra D/ña. VICEPRESIDENCIA PRIMEIRA E CONSELLERIA DE ECONOMIA, INDUSTRIA E INNOVACION,
NATURGY RENOVABLES SLU

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, ANDER DE BLAS GALBETE

Procurador: , MARTA MARIA REY FERNANDEZ

PONENTE: D^a.M^a DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE:

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ

LUIS VILLARES NAVEIRA

MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

En A CORUÑA, a once de marzo de dos mil veinticuatro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 01/09/2.023 por la representación del Concello de A Estrada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de fecha 20/04/2.023 dictada por la Dirección Xeral de Planificación Energética y Recursos Naturales que hace público el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 13/04/2.023, por el que se otorga autorización administrativa previa, autorización administrativa de construcción y declaración de utilidad pública, en concreto, así como la compatibilidad con diversos aprovechamientos forestales, de las instalaciones relativas al proyecto del parque eólico Campo das Rosas, sito en los Concellos de A Estrada, Campo Lameiro e Cercedo-Cotobade, promovido por Naturgy Renovables, S.L.U., (en adelante, Naturgy).



En el **OUTROSÍ DIGO** del escrito rector **SOLICITA** se adopte por la Sala, la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo mencionado.

SEGUNDO.- Seguida la tramitación legal, se incoó pieza separada a tramitar por los cauces del art. 131 de la LRJCA (Ley 29/98) y se confirió traslado para alegaciones sobre la oportunidad de la medida cautelar interesada, tanto a la representación de la Xunta de Galicia como a la de Naturgy, presentando ambas escritos de oposición a su adopción.

TERCERO.- Con fecha 01/12/2.023 se ha dictado Providencia del tenor literal siguiente: *“Visto que en el escrito de interposición de este recurso contencioso, se adelanta por la parte recurrente como motivo impugnatorio frente a la resolución recurrida, (que consiste en la autorización de construcción parque eólico), la supuesta nulidad de pleno derecho de que adolecería el procedimiento administrativo (art. 47.1 e) LPAC), al haberse practicado el trámite de información pública con infracción del art. 37 de la Ley de Evaluación Ambiental (Ley 21/13, de 9 de diciembre), y visto también, que penden de resolver ante nuestro Tribunal Supremo los recursos de casación núms. 4795/2.022 y 3303/2.022, interpuestos frente a las Sentencias dictadas por esta Sección en los PO’S núms. 7196/2.020 y 7419/2.020, que estimaron los recursos anulando las resoluciones de autorización de los parques eólicos por la misma causa (razón) antes mencionada, se estima prudente, ante la existencia de una posible prejudicialidad administrativa (art. 56.5 de la LRJCA), estar a la espera de lo que en el procedimiento principal de estas actuaciones se adopte al respecto de la concurrencia de la figura indicada, lo que se llevará a cabo una vez se culminen los trámites de demanda y contestación tal y como preceptúa el artículo indicado, sin que pueda mientras tanto la Administración recurrida o la empresa eólica afectada, ejecutar el acto administrativo impugnado (art. 38 de la LPAC), hasta que por este Tribunal se adopte decisión al respecto y ello para no hacer ineficaz o ilusoria la tutela judicial efectiva que se pudiera dispensar (art. 24 CE), tal y como disponen las SSTC 199/1.998, 78/1.996, 76/1.992, 92/2.002).”*

CUARTO.- Contra la anterior resolución se interpusieron sendos recursos de reposición por la representación Letrada de la Xunta de Galicia y por la de la promotora del parque eólico Naturgy, en el que interesan que se deje sin efecto la resolución judicial indicada y que se deniegue la medida cautelar solicitada.





QUINTO.- Seguida la tramitación legal, se confirió traslado al Ayuntamiento de A Estrada para que lo impugnara si a su derecho conviniese, lo que llevó a cabo por medio de escrito en el que esgrimió las razones que tuvo a bien, las cuales, aquí, por razones de brevedad, se dan por reproducidas.

SEXTO.- Con fecha 09/01/2.024 la representación de la Xunta de Galicia, presentó escrito complementario de alegaciones al que adjuntó la STS de 21/12/2.023 que casa la Sentencia de este TSJGAL dictada en el PO núm. 7419/2.020, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. José Ramón Dourado Lema, contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada formulado por el mencionado anteriormente, contra la Resolución de la Dirección Xeral de Enerxía e Minas de la Consellería de Economía, Emprego e Industria de 16/09/2.019, por la que se otorgó autorización previa y de construcción del parque eólico Corne G-3 (modificación sustancial por repotenciación), que se anula. Con fecha 12/01/2.024, la representación de Naturgy aportó también a los Autos la Sentencia referenciada e interesó la denegación de la medida cautelar por medio de escrito de alegaciones.

SÉPTIMO.- Con fecha 23/01/2.024 se dictó Diligencia de Ordenación que acuerda dar copia de la documental mencionada a las demás partes. La representación de la Xunta de Galicia no se opuso al recurso de Naturgy. Por medio de nueva Diligencia de Ordenación de fecha 02/02/2.024, estas actuaciones quedaron pendientes de resolver la cuestión planteada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La PROVIDENCIA recurrida.

El art. 56.5 de la LRJCA en la redacción que le confiere la reforma operada por el RD-Ley 5/2.023, de 28 de junio, posibilita al Tribunal (una vez que hubiere demanda y contestación) suspender el procedimiento en curso, (una vez oídas las partes), cuando aprecie que el Tribunal Supremo ha admitido un recurso de casación en el que la cuestión sometida a su enjuiciamiento guarda identidad jurídica sustancial con la que se debate en el procedimiento y pudiera resultar relevante para resolverlo.



En el presente caso, a fecha de resolución de este recurso de reposición, el Tribunal Supremo ha dictado dos Sentencias resolviendo sendos recursos de casación (una es la que aportan las codemandadas en sus escritos de alegaciones complementarias al recurso interpuesto), que casan las dictadas por esta Sala, que anulaban la autorización de los parques eólicos, por considerar que el trámite de información pública no se había tramitado correctamente, en primer lugar, por no añadirse al mismo los informes de las Administraciones Sectoriales, por lo que no se pudo informar o evacuar alegaciones por los interesados sobre el proyecto de parque con pleno conocimiento de causa, y, en segundo lugar, por reducirse a 15 días su práctica, cuando en realidad entendíamos que debería haberse dispuesto en este trámite de 30 días. A la vista de lo expuesto, la cuestión prejudicial administrativa que se anunciaba como probable por la Providencia recurrida, es evidente que no concurre habida cuenta que el Alto Tribunal ha dictado la Sentencia en la que da resolución a la incógnita que había, por lo que la Providencia queda sin efecto. Por lo tanto, los recursos de reposición interpuestos contra la indicada Resolución se estiman, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.

SEGUNDO.- La POSICIÓN de las PARTES sobre la MEDIDA CAUTELAR.

La representación procesal del Ayuntamiento de A Estrada, ALEGA, para que se adopte la medida cautelar de suspensión, los **ARGUMENTOS** siguientes:

1.-Si no se adopta la medida cautelar el recurso contencioso interpuesto perderá su finalidad legítima: resulta obvio, -al entendimiento de la parte recurrente-, que una eventual Sentencia estimatoria que anulase la autorización para la construcción del parque eólico, llegaría cuando éste estuviera ya construido y los daños ambientales, sociales y económicos, perpetrados. Así lo ha declarado este Tribunal en casos semejantes, como por ejemplo, en el del parque eólico del Monte Toural y en el de Lagoa II.

2.-El parque eólico Campo das Rosas será altamente lesivo para el medio ambiente, concretamente, afectará gravemente al hábitat y a la conservación de las aves, los caballos silvestres y de las vacas en ecológico; además, su construcción, tendrá efectos sinérgicos y acumulativos sobre el paisaje y la salud de las personas. Para avalar este extremo aporta informe pericial elaborado por la empresa Tysgal, S.C., que es el documento número 4º de su escrito de interposición del recurso.





3.-En la operación de ponderación de los intereses en conflicto, la recurrente opina que el interés constitucionalmente protegido de protección del medio ambiente, el paisaje y el patrimonio cultural, prima (o tiene prevalencia) sobre los intereses económicos de las empresas eólicas.

4.-Se da la doctrina de la apariencia de buen derecho por las siguientes **RAZONES**:

(i) Concurre la práctica conocida jurisprudencialmente como “fragmentación artificial de proyectos”: la tramitación de este parque fue realizada por separado respecto a su infraestructura de evacuación, pero sobre todo, existe una tramitación por separado entre este parque eólico y los parques de Borreiro e Porto Vidros, con los que guarda una interdependencia mutua. Incluso existiría también una interconexión con otros parques que están en la misma área geográfica, todo lo cual, impide tener por válida la evaluación del impacto ambiental del parque de autos, que no tuvo en cuenta el proyecto eólico en su conjunto, lo que implica que la Declaración de Impacto Ambiental existente (en adelante, DIA) es nula.

(ii) Existe un incumplimiento de las distancias a los núcleos de población: por afección acústica de los aerogeneradores CR-06 y CR-08 al núcleo de población de Cuiña (TM Cercedo-Cotobade), lo que vulnera los derechos fundamentales de los afectados previstos en los arts. 18.1 y 2 de la CE (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio), en relación con el derecho a la integridad moral reconocido en el art. 15 del Texto mencionado; todo ello, por causa del ruido.

(iii) Se incumple el trámite de información pública: no le consta a la recurrente (aunque dice que a fecha de interposición del recurso no dispuso de toda la documentación del expediente), que el trámite de información pública se practicara tal y como exigen las Sentencias de este Tribunal dictadas en los PO's núms. 7196/2.020 y 7419/2.020, es decir, no figura que el proyecto se sometiera al trámite de información pública junto con los informes de las Administraciones sectoriales, lo que imposibilitó que el Ayuntamiento pudiera efectuar alegaciones con pleno conocimiento de causa y, a la vez, infringe el principio de participación y acceso a la información que como Administración afectada se le reconoce en los arts. 35, 36 y 37 de la LEA (Ley 21/13, de 9 de diciembre).

5.-No es necesaria la constitución de una caución por parte del Ayuntamiento, debido a que, conformidad con el art. 9 del Convenio de Aarhus, los Estados miembros están



obligados a prever medidas cautelares en materia ambiental “*sin que su costo sea prohibitivo*”.

La representación Letrada de la Xunta de Galicia, se opone a la adopción de la medida cautelar, **ADUCIENDO**, muy resumidamente:

(I) Inexistencia de una prueba indiciaria sobre el daño medioambiental irreversible, mínimamente sustentable.

El proyecto de este parque eólico fue sometido a evaluación de impacto ambiental ordinaria, procedimiento en el que constan analizados a través de diversos informes, todos los posibles efectos del proyecto que pudieran menoscabar el medio ambiente y otros factores, como la salud humana y el patrimonio cultural. Además, de conformidad con la normativa aplicable, no toda afección (o impacto) debe dar lugar a la adopción de una medida cautelar, solo aquellas que pudieran ocasionar un impacto “*significativo*” que serían, según el art. 5.1 b) de la LEA aquellas que “*supongan una alteración de carácter permanente o de larga duración*” en alguno de aquellos factores. El informe pericial de la parte solicitante de la medida cautelar, no desvirtúa el trabajo profesional realizado, porque no analiza la documentación que se generó en el expediente tanto por el sector privado como público, limitándose a cuestionar aspectos puntuales como las medidas protectoras, correctoras y compensatorias impuestas, y, a sostener, -sin una mínima motivación-, que tendrá un impacto ambiental crítico, que, de conformidad con la LEA. “*es aquel cuya magnitud es superior al umbral aceptable. Con él se produce una pérdida permanente de la calidad de las condiciones ambientales, sin posible recuperación, incluso con la adopción de las medidas protectoras o correctoras.*” Por todo ello, no procede que la Sala acoja sus consideraciones y deje de lado, las conclusiones obtenidas en el riguroso procedimiento de evaluación de impacto ambiental realizado, teniendo en cuenta además, que la adopción de una medida cautelar de suspensión, según pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo debe proceder en casos tasados. A los efectos de rebatir el informe de parte, presenta los contrainformes siguientes: 1.-El de los biólogos Sres. Arcos Fernández y Salvadores Ramos. 2.-El del Servicio de Arqueología. 3.-El del Director del IET. 4.-El de la Jefa de Servicio de Energía. 5.-El del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra, Sr. Apodaca Espinosa.





(II) En cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, considera que los intereses que corresponde hacer prevalecer son los intereses públicos que serían -al ser un proyecto de energía renovable eólica, con un proyecto de ejecución de 25.539.444,38 €-: el favorecimiento de la iniciativa económica, la generación de puestos de trabajo y la generación de riqueza.

Defiende que la energía eólica contribuye a reducir la dependencia de los combustibles fósiles, por lo que disminuyen las emisiones nocivas de gases de efecto invernadero. Extracta parcialmente el contenido de Autos del TS en los que dice, que, aunque las evaluaciones de impacto ambiental fueran ilegales por su parcialidad, contienen medidas dirigidas a precaver los posibles daños al medioambiente y que, aunque no se produjese su total eliminación, no por ello debería acordarse la suspensión, habida cuenta que la instalación se dirige a mejorar el servicio eléctrico de una zona deficientemente atendida. También dicen, que, no puede evitarse en un Estado de Bienestar que la población demanda sean necesarios ciertos sacrificios, e incluso unos mínimos daños al medio. Y que, entender lo contrario sería tanto como paralizar el crecimiento económico y el desarrollo de la industria.

Invoca a su favor el art. 3 del Reglamento (UE) 2.022/2577 del Consejo, de 22 de diciembre de 2.022, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables. Al respecto del mismo, considera que es aplicable, pese a que la Sala en anteriores Autos dice que no lo es, porque no estaba en vigor y constituye legislación excepcional. Fundamenta su postura, en resumen, en los argumentos siguientes: (1) Su contenido trasciende lo procedimental por su importancia (2) Por lo que dice el apartado 4º del art. 1 del Reglamento y (3) El espíritu del art. 3 es agilizar el despliegue de las energías renovables. El artículo 3 del Reglamento establece que: *“1.-Se presumirá que la planificación, construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía procedente de fuentes renovables y su conexión a la red, así como la propia red conexas y los activos de almacenamiento, son de interés público superior y contribuyen a la salud y la seguridad públicas, al ponderar los intereses jurídicos de cada caso (...) 2.Los Estados miembros garantizarán, al menos en el caso de los proyectos que se consideren de interés público superior, que al ponderar los intereses jurídicos de cada caso en el proceso de planificación y concesión de autorizaciones, se dé prioridad a la construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía procedente de fuentes renovables y al desarrollo de la infraestructura de la red conexas. Por lo que se refiere a la*



protección de especies, la frase anterior solo debe aplicarse en tanto en cuanto se adopten medidas adecuadas de conservación de especies que contribuyan a mantener las poblaciones de esas especies en un estado de conservación favorable, o a restablecerlas a eses estado, y se destinen suficientes recursos financieros, además de zonas, a tal efecto.”

(III) En cuanto a la apariencia de buen derecho, dice que rige la presunción de validez de los actos administrativos (art. 39 LPAC) y rebate la totalidad de los motivos esgrimidos por la demandante, alegando: a) Sobre la posible fragmentación artificiosa, arguye que su análisis en esta sede cautelar conllevaría conocer sobre el fondo del asunto y prejuzgarlo lo que está proscrito; resultando además, que no hay tal fragmentación de este parque ni los parques de Vidro Porto e Borreiro, ni con otros, a tenor de los razonamientos del informe de la Jefa del Servicio de Energía 09/10/23, y dado además, de que este último parque no fue autorizado. b) Respecto al cumplimiento de las distancias con la población y el vacuno en ecológico, se remite al informe mencionado anteriormente para defender que están cumplimentadas. Los aerogeneradores cumplen las distancias mínimas con relación a los núcleos de población, según el segundo informe de la Dirección Xeral de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Respecto a la afectación a la salud, con la eliminación de uno de los aerogeneradores (CR07) -tras un tercer informe de la Dirección Xeral de Saúde Pública- se concluye que estará preservada habida cuenta que no se verá afectada significativamente. Respecto a las distancias con el ganado vacuno en ecológico, reconoce que hay en activo dos granjas de ganado bovino (del operador Isidro) que no ha presentado alegaciones al respecto y que en el escrito de alegaciones de la recurrente aportado a la vía administrativa aporta una imagen de la que se infiere que la poligonal del proyecto de este parque eólico no abarca el área de afección de 2 km respecto de la zona de cría que indica. c) Por lo que hace a los informes sectoriales, en escrito de alegaciones complementarias, aporta la STS que casa la de esta Sala Contenciosa, que debe llevar ahora a denegar la medida cautelar, porque ya no concurre el fumus en que se sustentaron Autos anteriores de suspensión de autorizaciones de parques eólicos.

(IV) Finalmente, con carácter subsidiario, caso de estimarse la medida cautelar, solicita que se imponga la caución que este Tribunal entienda equitativa, pero que vaya en función (o que se equiparable) al valor del proyecto de ejecución, o bien, la que se estime prudente.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

La representación de Naturgy, se opone a la adopción de la medida cautelar siguiendo la línea argumental (en términos generales) de la Xunta de Galicia. Para el hipotético supuesto de que se adopte la medida, que se fije una caución, a satisfacer por el Ayuntamiento demandante, en la cantidad de 1.806.545,78 €, que se corresponde con los conceptos que desglosa en el cuadro adjunto (redacción del proyecto, tasas de tramitación, puntos de conexión, trabajo de gabinete, etcétera).

TERCERO.- Los PRESUPUESTOS para la ADOPCIÓN de las CAUTELARES.

Presupuestos. El órgano jurisdiccional, antes de la adopción de una medida cautelar, debe verificar que la pretensión de quien la solicita, reúne los siguientes presupuestos previos: -peligro de daño jurídico (*periculum in mora*); -apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); y -interés preponderante.

Peligro de daño jurídico. (art. 130 de la LRJCA). La medida cautelar puede adoptarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, es decir, cuando el retraso en la decisión del litigio haga que la futura Sentencia que se vaya a dictar sea inútil. El criterio del *periculum in mora*, significa que procederá conceder la medida cautelar cuando de la ejecución del acto pudieran derivarse perjuicios de reparación imposible o difícil. En el contexto de una interpretación extensiva, los daños de reparación imposible o difícil se encuentran incluidos en la expresión “*hacer perder su finalidad al recurso*”, que es la actualmente operativa en la materia, por lo que no existe obstáculo a conceder la medida cautelar cuando hubiera riesgo de que se produjeran tales daños. Este es el criterio decisor de la suspensión cautelar.

Apariencia de buen derecho. Encuentra su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia de 19/06/1.990 (Asunto Factortame), y fue incorporada al acervo de nuestro Tribunal Supremo mediante el Auto de fecha 20/12/1.990, Ar 10.142 (Ponente: González Navarro), que posteriormente se ha visto seguido de otros muchos, asentado un criterio jurisprudencial absolutamente consolidado (STS 29/12/2.008, rec. 2.161/2.007). No está presente, por tanto, en los arts. 129 y 130 de la LRJCA, puesto que los dos elementos en los que se basan esos preceptos son el peligro por la mora procesal y la ponderación de intereses en juego, aplicándose solamente la apariencia de buen derecho de



manera residual, cuando “*de un vistazo o a golpe de vista*” se aprecia bien fundamentada la impugnación de quien pretende la tutela cautelar, lo que sucede en los en los siguientes concretos supuestos: (1) supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; (2) actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; (3) existencia de una Sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; (4) existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, (5) casos de prosperabilidad ostensible de la demanda porque “*sean manifiestas las infracciones al ordenamiento jurídico que aquejan a las Resoluciones impugnadas*”. Así lo señala el ATS 29/05/2.023, rec. 535/2.023 (al hilo de la solicitud de suspensión de Reglamento estatal) y también, el más reciente, ATS de 10/07/2.023, rec. 56/2.023 (que deniega la solicitud de suspensión de Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se determina la sede física de la futura AESIA). Este carácter residual hace que el *fumus boni iuris* no sirva por sí solo para fundamentar una petición de justicia cautelar, necesita que concurran los otros dos supuestos del *periculum in mora* a la luz de las circunstancias concurrentes, tal y como explica el ATS de 19/09/2.022 (rec. 727/2.022). Es decir, no es un criterio determinante para acordar la medida cautelar solicitada, sino que se trata de un criterio complementario. La jurisprudencia ha sostenido que la aplicación restrictiva de la apariencia de buen derecho se debe a la prohibición de entrar en el fondo del asunto, como dice el Auto de 24/09/2.020, rec. 204/2.020.

Interés preponderante. (art. 130 LRJCA) En todo incidente de suspensión cautelar aparecen dos intereses enfrentados, los perseguidos por la actuación administrativa impugnada y los de la parte que reclama la medida cautelar. Por eso, la LRJCA exige que el órgano judicial realice una valoración de los intereses en conflicto antes de adoptar una resolución, de manera que solo se adopte la medida cautelar cuando el interés que invoca el que la solicita se estime más digno de protección que el de los demás. Además, la medida cautelar puede ser denegada cuando puede causar una perturbación grave a los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ha de ponderar. Por tanto, aunque sea claro que la adopción de la medida cautelar pueda causar una perturbación grave del interés general, si existe un interés particular más digno de protección, debe acordarse la adopción de la medida cautelar. La LRJCA ha plasmado el criterio del interés preponderante en cada caso, sin que





pueda partirse de un valor superior del interés general, que ha de concretarse en cada caso para juzgar su importancia.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

CUARTO.- La RESPUESTA de la SALA.

Se adopta la medida cautelar de suspensión por lo que sigue:

1º) Aseveran las codemandadas que la jurisprudencia dominante dice que la adopción de la medida cautelar de suspensión procede sólo en casos tasados, pero eso no es cierto. El ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14/09/2.017 rec. 543/2.017, por citar una resolución del Alto Tribunal, entre otras muchas que hay, dice al respecto que: *“Las medidas cautelares no constituyen una excepción, sino un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respeto 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 de la CE (‘Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican’). Si la justicia cautelar no equilibra debidamente esos poderes exorbitantes de la Administración, no sólo conculca ese derecho fundamental (el 24 CE), sino también, en último término, la propia dignidad del individuo, vulnerando el art. 10.1 de la CE que nos dice que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.*

2º) Restan las codemandadas valor a la prueba en forma de informe pericial que la solicitante de justicia cautelar aporta con su escrito de interposición del recurso contencioso, que fue emitida por la entidad Tysgal, S.C., porque a su entendimiento, debe otorgarse primacía a la documentación administrativa y a los informes *“ad hoc”* confeccionados para integrar en esta pieza (que reiteran, por cierto, la documentación administrativa previa), que considera serían más rigurosos, los cuales, demostrarían (de nuevo, a su consideración), que el daño medioambiental no va a ser irreversible, pues todo lo más, serían recuperables los eventuales perjuicios, al haberse previsto la adopción de medidas correctoras y



compensatorias, pero obvia, -dicho con todo el respeto-, que no estamos ante una competición, lucha o liza entre pericias e informes, sino ante una controversia muy compleja, que se centra en dilucidar si se adopta o no la medida cautelar solicitada, y que, en estos procedimientos en los que existe un escenario de incertidumbre y perentoriedad, se rebaja el estándar probatorio exigible al demandante en el proceso principal, bastando una prueba semiplena de los intereses que peligran y su gravedad. Véase sino la STS de 23/10/2002 (rec. 8451/1.999) que señala que: *“En el juicio cautelar basta una prueba semiplena, un amago presuntivo, en suma: un simple principio de prueba; por el contrario, en el proceso en que se ventile la cuestión de fondo, ya no basta con eso, sino que es necesario una prueba completa (...).”* Pues bien, no se trata de que estemos despreciando o valorando menos el riguroso trabajo efectuado en la vía administrativa, es, simplemente, que, leído el informe pericial de la solicitante, convenimos que tiene por su carácter pormenorizado y exhaustivo, la capacidad suficiente para cumplir el estándar exigible a una prueba indiciaria. Detecta afecciones sobre las 6 variables que analiza (*“hábitat e conservación das aves”, “hábitat e conservación dos cabalos silvestres”, “hábitat e conservación das vacas en ecolóxico”, “efectos sinérxicos e acumulativos sobre a paixaxe”, “fraccionamento e distancia a núcleos de población”*). Valora la documentación aportada por la promotora, la DIA y más efectúa un trabajo de campo contando con fotografías, geolocalizaciones, comprobaciones, consultas efectuadas *“in situ”* con los vecinos y asociaciones. También relaciona los documentos en los que se ilustra. Sólo por lo que respecta a las aves, -cuya existencia en el lugar, no ha sido discutida de contrario-, concluye: *“As aves son unha das especies que máis sofren pola presenza dos parques eólicos, tanto por colisionar coas pas dos aeroxeneradores, como polas molestias asociadas as perturbacións na súa construción como a electrocución polas liñas de evacuación de media ou alta tensión. O voitre leonado é a especie máis afectada polas colisións contra os aeroxeneradores no noso país, especie presente na área onde se proxectou o Parque eólico Campo das Rosas. A área que ocupa a Poligonal do Parque eólico Campo das Rosas alberga varias especies residentes, moitas delas protexidas, así como son un punto importante para a migración de varias especies, algunha delas usando esta zona como ruta para descansar na Lagoa Sacra de Olivares nas Brañas de Xestoso, no Concello de A Estrada. Estas aves migratorias non só van atoparse diferentes barreiras artificiais nas súas rutas como as pas coas que se poden chocar, senón que as luces dos aeroxeneradores poden desorientalas, así como o electromagnetismo procedente das liñas de alta tensión*





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

asociadas ó Parque eólico, que varía o campo magnético terrestre polo que elas guíanse. Ademais, convén sinalar que no Estudo de Impacto Ambiental presentado pola promotora, a mostraxe realizada só foi para especies diurnas, sen enfocarse en identificar ás especies nocturnas presentes na zona, erro que non foi detectado pola Dirección Xeral de Patrimonio Natural. Este erro é moi grave (...).”

3º) Niegan las codemandadas que el parque eólico Campo das Rosas pueda producir efectos perjudiciales en el medio ambiente, por la confluencia en su área de acción de otros parques eólicos; sin embargo, por más que se nos asevere que no hay sinergia sobre el medio 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, porque ello supondría valorar el acervo probatorio lo que pertenece al fondo del asunto, por lo que, nos encontramos con que, actualmente, planea la incógnita sobre si la DIA refiere la radiografía exacta del medio o estaría mediatizada por la fragmentación artificiosa del parque, que es uno de los motivos impugnatorios de la recurrente.

4º) 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 dictarse una Sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante: (i)hay que indemnizar a la promotora por ver paralizada la explotación de su empresa, (ii)hay que deshacer el status quo a costa del erario público debiendo arrancarse las instalaciones del lugar, (iii)y, lo que es más importante, se podría haber 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 hasta obtener la autorización también ha sido amplio, (la primera solicitud de autorización data del año 2.017), por lo que no vemos razones de peso suficiente para que ahora, con premura (urgencia) se proceda a desplegar la actividad empresarial.



5º) En la operación de ponderación de los intereses en presencia, requisito que es complementario del *periculum in mora* tratado anteriormente, 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 el presente caso, en términos indiciarios, la hay, por todo 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.

Es evidente la importancia que reviste para los intereses generales el desarrollo o implementación de instalaciones de producción de electricidad con energía renovable, pero lo que sucede es que no es evidente (notorio) que este interés general haya de prevalecer sobre el medio ambiente.

Se invoca por las codemandadas a su favor el art. 3 del Reglamento de la UE, lo que sucede es que, su art. 1 apartado 2º establece que sólo es aplicable: *“a los procesos de concesión de autorizaciones cuya fecha de inicio esté comprendida en su período de aplicación”*. Al respecto de este extremo, su art. 10 apartado 3º dice: *“Será aplicable durante un período de dieciocho meses a partir de su entrada en vigor”*, entrada en vigor que se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 23/12/2.022, por lo que su vigencia abarcaría desde el 23/12/2.022 hasta el 23/06/2.024, resultando que en este caso el procedimiento de concesión de autorización del parque tiene una fecha de inicio -como dijimos anteriormente-, muy anterior a la fecha de vigencia de este Reglamento. Tampoco vemos que se aplicable -como sugiere las codemandadas- el párrafo 3º del art. 1 que dice: *“Los Estados miembros también podrán aplicar el presente Reglamento a los procesos de concesión de autorizaciones en curso en los que no haya recaído decisión definitiva antes del 30 de diciembre de 2022, siempre que se abrevie el proceso de concesión de autorizaciones y se preserven los derechos preexistentes de terceros”*. No consta -ni se ha defendido por las afectadas- que se acortara (abreviara) el proceso de concesión de las autorizaciones.

Restaría por añadir que, recientemente, (nota de prensa de fecha 29/02/2.024) incluso el Tribunal Constitucional en Pleno y por unanimidad, ha considerado prevalente el medio ambiente al suspender cautelarmente no ya un acto administrativo como en este caso, sino





nada menos que parte de dos Leyes, la Ley 4/2.023, de 6 de julio, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral de Galicia y más la Ley 7/2.022, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de esta Comunidad Autónoma. El TC justifica su decisión señalando que: *“en este tipo de incidentes en los que no se toma en consideración la viabilidad de las impugnaciones, tiene preferencia la salvaguarda del interés ecológico medioambiental dada la fragilidad e irreparabilidad de los perjuicios que se podrían producir en caso de su perturbación”* y no aprecia que: *“mantener 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, ni perjuicios económicos de muy difícil reparación”*.

6º) Respecto al *fumus boni iuris*, la moderación aconseja como regla general no acudir a tal criterio cuando el pleito está en sus inicios, salvo los casos absolutamente claros y tasados que hemos descrito en el FD anterior, de hecho, el TS aplica la doctrina del *fumus boni iuris* como sustento de una medida cautelar de forma restrictiva. En definitiva, no cabe entender, (máxime después de la Sentencia del TS que casa las de la Sala), que, de modo evidente y manifiesto, estemos en presencia de uno de los supuestos en los que resulta viable plantea la posible aplicación de esta doctrina, al estar las cuestiones planteadas en el escrito del recurso contencioso indisolublemente ligadas al examen del fondo del asunto, lo que obligaría a pronunciarnos anticipadamente sobre la validez, lo que está vedado al incidente cautelar.

7º) Por lo demás, respecto a la caución a imponer a la ecológica, como hemos expuesto en las piezas correspondientes a los PO's núm. 7329/2.022 y 7244/2.023: *“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.

En la Pss 7215/23, también consta adoptada la medida cautelar de suspensión.

QUINTO.- Las COSTAS.

Dada la naturaleza del procedimiento, no se imponen costas a ninguna de las partes (art. 139.1 de la LRJCA).

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS:

1°.-ESTIMAR el recurso de reposición promovido por la Xunta de Galicia y por Naturgy contra la Providencia de fecha 12/01/2.024, que queda sin efecto.

2°.-ADOPTAR la medida cautelar interesada por el Ayuntamiento de A Estrada de suspensión de la ejecución de la Resolución de fecha 20/04/2.023 dictada por la Dirección Xeral de Planificación Energética y Recursos Naturales que hace público el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 13/04/2.023, por el que se otorga autorización administrativa previa, autorización administrativa de construcción y declaración de utilidad pública, en concreto, así como la compatibilidad con diversos aprovechamientos forestales, de las instalaciones relativas al proyecto del parque eólico Campo das Rosas.

3°.-NO IMPONER las costas a ninguna de las partes.

4°.-NOTIFÍQUESE este Auto a todas las partes, haciéndoles saber, que, contra el pronunciamiento del numeral 1º no cabe recurso en virtud de lo dispuesto en el art. 79.2 de la LRJCA, y, contra el pronunciamiento del numeral 2º, cabe recurso de reposición de conformidad con el art. 79.1 del mismo Texto Legal.

Así, lo acuerdan y firman, los Magistrados/a que figuran anotados/a al margen, de lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

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.

