



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00070/2024

-

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 0001590

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0007274 /2023 0001
EQL ESTIM. MED. CAUTEL.

Sobre: INDUSTRIA Y ENERGIA

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

ABOGADO MARIA BELEN RODRIGUEZ PALLEIRO

PROCURADOR D./D^a. PALOMA GARCIA BESCANS

Contra D./D^a. VICEPRESIDENCIA PRIMEIRA E CONSELLERIA DE ECONOMIA,
INDUSTRIA E INNOVACION, ALTO DE MONTOUTO SL ALTO DE MONTOUTO SL

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD, PABLO EGERIQUE MOSQUERA

PROCURADOR D./D^a. , JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA

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

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE:

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ

MARIA DOLORES LOPEZ LOPEZ

LUIS VILLARES NAVEIRA

MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la presente Pieza Separada, formada en el recurso contencioso-administrativo arriba referido, interpuesto por el/la Procurador/a D./Dña. PALOMA GARCIA BESCANS en nombre y representación de ASOCIACION AUTONOMICA AMBIENTAL E CULTURAL PETON DO LOBO contra resolución de 10-4-23 de la Dirección General de Planificación Energética y Recursos Naturales , la

parte recurrente solicita la medida cautelar consistente en la suspensión de la efectividad del acto impugnado . Se dio traslado a la Administración demandada y parte codemandada con el resultado que consta en autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La POSICIÓN de las PARTES.

La representación procesal de la asociación "Petón do Lobo" en OTROSÍ DICE del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, INTERESA se adopte la MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN de la ejecutividad de la Resolución de fecha 10/04/2.023, dictada por Dirección General de Planificación Energética y Recursos Naturales, que otorga autorización administrativa previa y autorización administrativa de construcción de las instalaciones relativas al proyecto de parque eólico "Alto de Montouto" sito en los Ayuntamientos de A Cañiza y Covelo (Pontevedra).

En apoyo de su pretensión, ALEGA, en síntesis, que:

Si no se adopta la medida cautelar el recurso contencioso perderá su finalidad legítima y ello por las razones siguientes: en primer lugar, porque es un hecho objetivo que las primeras obras de instalación física del parque eólico producirán perjuicios al medio ambiente en gran medida de carácter irreversible, (ingentes movimientos de tierra en actividades de desmonte, excavaciones para construcción de zanjas, creación o modificación de viales de acceso, terraplenes, vertederos); en segundo lugar, este parque afecta



a las Turberas del Alto de Montouto y de Fontefría, que son brezales húmedos de zonas frías, que ven limitada su expansión y conectividad a consecuencia de la implantación de las infraestructuras del proyecto eólico; en tercer lugar, se trata de un enclave de alto valor ecológico que debía mantenerse en un estado de conservación favorable afectando la construcción del parque a especies protegidas de flora; así como, a hábitats de interés comunitario (HIC), igualmente, su zona de afección se incluye dentro de una de las áreas prioritarias de reproducción, de alimentación, de dispersión y de concentración local de aves incluidas en el CGEA, como por ejemplo, el águila real, el búho real, etcétera; también en su área de afección se encuentran especies de mamíferos catalogados como vulnerables CGEA y CEEA y espacios pertenecientes a la Red Natura 2000: "Baixo Miño", "Río Tea", "Serra do Cando", "Río Arnoia"; en cuarto lugar, las infraestructuras de este proyecto eólico y el de Ato de Telleira se solapan, lo que acrecienta el impacto negativo sobre el medio ambiente, efectos de que debieron haberse evaluado conjuntamente, y además, debe tenerse en cuenta que el MITECO prevé, para la misma área geográfica, implantar otro proyecto eólico entre un parque y otro; en quinto lugar, que los parques referidos se encuentran a unos 800 y 900 metros lo que ocasiona impacto paisajístico a los enclaves pertenecientes a la Red Natura. Para avalar su postura aporta informe de la Bióloga Verónica Crecente Cabanas;

En cuanto a la ponderación de intereses en conflicto, invoca a su favor el art. 191.2 del TFUE más el Auto de esta Sección que adopta la medida cautelar de suspensión en otro caso (PSS 7329/2.022) y considera que debe prevalecer el interés público de protección del medio ambiente, frente a los intereses privativos de carácter económico de la empresa

promotora y a los intereses públicos asentados en la crisis energética y la promoción de energías renovables;

Por lo que hace a la apariencia de buen derecho, cita la Sentencia de esta Sección dictada con fecha 26/05/2.023 en el PO núm. 7052/2.022 y sostiene que el proyecto eólico alberga la figura de la fragmentación artificiosa porque comparte infraestructuras y se solapan las poligonales con el de Alto de Telleira.

La representación Letrada de la Xunta de Galicia se opone a la medida cautelar, muy resumidamente, por lo siguiente:

1º) No concurre el periculum in mora. Lo que se recurre, en realidad, es la denegación de la medida cautelar de suspensión del parque eólico y no la autorización de construcción del mismo, por lo que nunca se podría llegar a dictar una Sentencia que lo anulase, razón suficiente para denegar de plano la medida cautelar solicitada. El daño irreversible no está acreditado por medio de informe pericial que aporta, pues la perita incurre en la causa de tacha del art. 343.2 de la LEC ("*Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante*") al haber presentado a título particular alegaciones en contra del establecimiento de otro parque ("*As Encrobas*"), y además, el informe no prueba el daño que refiere, ya que no explicita la metodología que utiliza para llegar a dicha conclusión, además de que no rebate en ningún momento ni la DIA ni los informes sectoriales del expediente administrativo que señalan que los daños son en todo caso recuperables. En tercer y último lugar, para rebatir el informe de la recurrente, aporta los informes periciales de los Biólogos, Sres. Arcos Fernández y Salvadores Ramos e



informe del expediente administrativo específico sobre los efectos sinérgicos evacuado en el marco de la evaluación ambiental y más el informe de fecha 18/10/2.023 del Jefe de Servicio de Análisis de Proyectos, Planes y Programas que contradice la tesis de la pericial de la actora, el informe externo de los Biólogos Sres. Arcos Fernández y Salvadores Ramos y más el informe de patrimonio cultural del Servicio de Arqueoloxía de fecha 30/10/23.

2º) En cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, dice que debe prevalecer el interés público de la Administración que con la autorización para la construcción del parque, está en definitiva potenciando un proyecto de energía renovable el cual beneficia el medio ambiente, ya que, el procedimiento de obtención de la energía a su través reduce los gases de efecto invernadero y lucha contra el cambio climático, además de que favorece la iniciativa económica y crea puestos de trabajo. Invoca a su favor el 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, que dispone que los proyectos de energías renovables son de interés público superior y contribuyen a la salud y seguridad públicas, disposición que observa aplicable a este caso desde un punto de vista temporal.

3º) Sobre el *fumus boni iuris*, niega la existencia de una división fraudulenta del parque por conjunción con otro parque en la misma zona por compartir infraestructuras, por otro lado, sostiene que en todo caso esta sería una cuestión de fondo en la que no procede entrar en esta sede cautelar por el peligro de prejuzgar las cuestiones controvertidas del pleito principal. Para acreditar su postura, aporta informe de la Jefa del Servicio de Energía de la Consejería de Industria de

fecha 17/10/2.023. Apoya su opinión al respecto de este extremo, por medio del informe del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra, Sr. Apodaca Espinosa de fecha 24/08/2.023. En el escrito de alegaciones complementarias aporta la STS que casa la de esta Sección que invalidaba un parque eólico por cumplimiento defectuoso del trámite de información pública, por lo que dice que no cabe adoptar la cautelar con base en las Sentencias anteriores de la Sección.

4º) Subsidiariamente, para el caso de que se estimase por la Sala procedente la adopción de la medida cautelar solicitada, que se le imponga una caución que cubra los eventuales daños que al interés públicos o a terceros se pudieran ocasionar hasta que se dicte Sentencia, diciendo que está en juego un proyecto económico de 16.110.214 €.

Por su parte, el escrito de oposición a la medida cautelar de la promotora del parque eólico (la entidad "Alto de Montouto, S.L."), sigue una línea similar a la de la Administración actuante. A mayores, alega que de adoptarse la medida cautelar podría quedar privado de la autorización de explotación del parque eólico, debido a que es requisito sine qua non que previamente hubiera ejecutado el proyecto eólico, y el plazo máximo para obtenerla vence el 24/06/2.025. Para apoyar su postura, aporta el informe Adantia y el informe Adv sobre daño emergente.

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:

"1° 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.

2° 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".

3° 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 RESPUESTA de la SALA.

En la Pss núm. 1 del PO núm. 7244/2.023, consta adoptada la medida cautelar interesada por la Asociación "Ecoloxistas en Acción Galiza". Se trata de mismo proyecto eólico y están inmiscuidas las mismas partes, -salvo la recurrente que aquí es otra ecológica ("Petón do Lobo"), que vierten alegatos sustancialmente iguales para defender sus posiciones, por lo que, por razones de seguridad jurídica y unidad, procede, sin más adoptar la medida cautelar interesada, no sin antes -a los efectos del art. 120.3 de la CE-, reproducir literalmente los argumentos que vertimos en aquella resolución, en la que expusimos que:

"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 10/07/2.014, rec. 1148/2.013). 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 artificiosa 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."

CUARTO. Las costas procesales.

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 la asociación ecologista "Petón do Lobo", 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 en el FD CUARTO.

MODO DE IMPUGNACIÓN

Recurso de **Reposición** en el plazo de **CINCO DÍAS** desde la notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial.

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.