



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

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

Equipo/usuario: MQ

N.I.G: 15030 33 3 2019 0001592

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0007478 /2019 /

Sobre ACCION ADMINISTRATIVA Y ACTO ADMINISTR.

De D/ña. ASOCIACION ECOLOXISTA VERDEGAIA

Abogado: PEDRO ARGIMIRO TREPAT SILVA

Procurador: MARIA MONTSERRAT LOPEZ RODRIGUEZ

Contra D/ña. CONSELLERIA DE ECONOMIA, EMPREGO E INDUSTRIA, FERGO GALICIA VENTO SL

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, CARLOS SEOANE DOMINGUEZ

Procurador: , JOSE CERNADAS VAZQUEZ

D./ D^a. MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ, Letrado de la Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003, de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO n° 0007478 /2019 ha recaído , del tenor literal:

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00309/2020

PONENTE: D. FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7478/2019

RECURRENTE:ASOCIACION ECOLOXISTA VERDEGAIA

ADMINISTRACION DEMANDADA:CONSELLERIA DE ECONOMIA, EMPREGO E INDUSTRIA

CODEMANDADA:FERGO GALICIA VENTO S.L.

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA



Ilmos Sres. e Ilma. Sra.:

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA
JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRIGUEZ
CRISTINA MARIA PAZ EIROA
JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ

En A CORUÑA, a 11 de diciembre de 2020.

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7478/2019 interpuesto por el Procurador D^a. MARIA MONTSERRAT LOPEZ RODRIGUEZ y dirigido por el Letrado D. PEDRO ARGIMIRO TREPAT SILVA en nombre y representación de ASOCIACION ECOLOXISTA VERDEGAIA contra DESESTIMACION PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DA CONSELLERIA DE ECONOMIA, EMPREGO E INDUSTRIA DO RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPOSTO CONTRA O ACORDO ADOPTADO POLO CONSELLO DE XUNTA DE GALICIA O 27.06.2019 SOBRE MODIFICACION DA APROBACIÓN DEFINITIVA DO PROXECTO SECTORIAL DE INCIDENCIA SUPRAMUNICIPAL DO PARQUE EÓLICO DE ORIBIO, ACORDÓ QUE SE FAI PUBLICO POR RESOLUCIÓN DE 04.07.2019 POLA DIRECCIÓN XERAL DE ENERXIA E MINAS (DOGA NÚM 154 DE 14.08.2019) . Ha sido parte demandada CONSELLERIA DE ECONOMIA, EMPREGO E INDUSTRIA dirigido por ABOGACIA DE LA COMUNIDAD. Comparece como parte codemandada FERGO GALICIA VENTO S.L., representada por el Procurador D. JOSE CERNADAS VAZQUEZ y dirigido por el Letrado D. CARLOS SEOANE DOMINGUEZ.

Siendo PONENTE el Magistrado Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA.

HECHOS

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la/s parte/s recurrente/s para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinente, se acabó suplicando que se dictase sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución impugnada en este procedimiento.





SEGUNDO.- Conferido traslado a la/s parte/s demandada/s, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho consignados en la/s contestación/nes de la demanda.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

TERCERO.- No habiéndose recibido el asunto a prueba y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para la votación y fallo del recurso el día 20 de noviembre de 2020, fecha en la que tuvo lugar.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Que la Asociación Ecologista "Verdegaia" impugna la desestimación presunta del recurso de reposición contra Acuerdo del Consello da Xunta de 27-6-2019 sobre modificación de la aprobación definitiva del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio, que publicó la Resolución de 4-7-2019 de la Dirección Xeral de Enerxía e Minas (DOG num. 154 de 14-9-2019), pidiendo que se declare que no se ajusta a derecho y es nulo, con imposición de costas.

SEGUNDO.- Que la codemandada, la mercantil "Fergo Galicia Vento S.L." opone la inadmisibilidad del recurso por incumplimiento del requisito procesal del art.45.2.d) de la LJCA; pero la Asociación actora fue requerida, al respecto, por diligencia de ordenación de la LAJ de 6-9-2019 por 10 días, que se aportó el 10-9-19 y teniéndose por subsanado el defecto por Decreto de la LAJ de 12-9-2019, resolución que no fue impugnada.

TERCERO.- Que el terreno tiene la calificación de espacio natural protegido como zona de conservación de la ZEC Ancares-Courel, Zona de Especial Protección de Valores Naturales (ZEPVN), zona de Rede Natura 2000, y, en tales áreas no están permitidos los parques eólicos, excepto la repotenciación de los ya existentes, conforme al Plan Director da Rede Natura, Decreto da Xunta 37/2014, de 27 de marzo, que en su art. 60.3, dispone en su apartado d) entre los usos y actividades prohibidas la implantación de nuevos parques eólicos con excepción de los proyectos de repotenciación de parques eólicos existentes; localizándose entre las grandes áreas paisajísticas, de las Serras Orientais (AEIP-01-17), Area de Especial Interés Paisajístico, O Courel del Catálogo das



paisaxes de Galicia aprobado por el D. 119/2016, de 28 de julio (DOG num. 160, de 25 de agosto), siendo los terrenos considerados área potencial en el Plan de Recuperación del Oso Pardo Cantábrico y zona incluida en la potencial Reserva de la Biosfera Ribeira Sacra-Serra de Oribio; como área potencial de distribución del oso pardo según el texto del proyecto de decreto por el que se revisa el Plan para su recuperación en Galicia, sometido a información pública y audiencia de los interesados mediante Resolución de 12-3-2013 de la Dirección Xeral de Conservación da Natureza (DOG de 11-4-2013), especie catalogada en peligro que regula el Catálogo Gallego de especies amenazadas, cuyo proyecto incluía como área de distribución potencial el Courel Alto-Serra de Oribio y el Corredor Ancares Courel, incluyéndose los terrenos que unen el área de presencia en Ancares y las áreas de distribución potencial de Courel-Oribio; apareciendo en la Memoria Técnica del Plan de Recuperación del águila real en Galicia el parque eólico que se sitúa en "Área de Distribución Potencial y de Dispersión", a 3 km. del "Área de Presencia" y a 15 km. del "Área Crítica", siendo tal especie catalogada en peligro de extinción (D. 88/2007, de 19 de abril: Catálogo Gallego de especies amenazadas), lo que implica (art. 15) la elaboración de un plan de recuperación ; en el informe de la Dirección Xeral de Patrimonio Natural de 25-10-2019 se indica respecto a la gatafornerla (aguilucho pardo) que tras la aprobación del D. 88/07, la Consellería de Medioambiente e Desenvolvemento Sostible licitó un contrato de asistencia técnica para la elaboración de Planes de Recuperación y Conservación de tal especie que figura como vulnerable, especie amenazada en el R.D. 139/2011, de 4 de febrero, Anexo, presentándose un documento de propuesta técnica de "Plan Integral de Conservación de gatoformela", cuya distribución en Galicia se ubicó en áreas montañosas de central gallega y montaña oriental de Lugo, además de Ourense, basándose en datos de Martí y Moral (2003); y el mismo informe indica que las "breixeiras secas europeas", incluidas en Anexo de la Directiva 92/43/CEE del Consello de 21-5-1992, de conservación de hábitas naturales y fauna y flora silvestres, se afectan por el parque eólico, el impacto visual sobre el Camino de Santiago Francés, no se evita, con la decoración con motivos jacobeos de los aerogeneradores, impacto que se incrementa con el aumento del tamaño.

CUARTO.-Que el proyecto autorizado por la Resolución de 31-5-2007 con DIA aprobada el 12-8-2005 no fue construido, ni instalado, cuando indicaba la resolución que lo autorizaba que el promotor tendría un plazo de 12 meses contados a partir de la fecha de ocupación de los terrenos para la puesta en marcha de la instalación, y en tal resolución ya se expresan los





acuerdos con las CMVMC de Abrádelo, Pasantes, Gundriz, Santa Mariña, Queixadoiro y la CMMC de Carqueixada (DOG num.117, de 19-6-2017); como se recoge en los antecedentes séptimo a decimosegundo de la Resolución "Fergo" llegó a acuerdos con la CMVMC en las que se instalaría el P.E. Oribio en 2006 y 2007, lo que evitó tramitar un expediente de expropiación para la ocupación de los terrenos de esas comunidades; y, en cumplimiento de los acuerdos "Fergo" ha pagado a las CMVMC, apareciendo del informe del ingeniero industrial D.Toribio Hernánsaz David, emitido con arreglo a los datos de relevancia y documentos aportados por Fergo u obtenidos por sus propios medios de los archivos de organismos públicos, titulado "ponderación de las consecuencias de la suspensión provisional del acuerdo del Consello de la Xunta de Z7/672019 y sus disposiciones normativas", fechado en 9-11-2019, elaborado para su presentación en la pieza separada de medidas cautelares num. 7342/19, que Fergo ha pagado a las CMVMC la cantidad de 293.885,70 euros, mientras que, a propietarios individuales para que le permitiesen acceder y ocupar la zona del parque para poder iniciar los obras, así en un caso para "retirar estacas" durante el año 2019, hubo de pagarles la suma de 23.082,60 euros, y, además, durante los años 2005 a 2007 abonó a titulares privados por los terrenos necesarios para el acceso, otros 27.641,60 euros; es decir, durante los años 2005 a 2007 el promotor abonó a las CMVM y particulares por terrenos necesarios para el P.E. Oribio, haciendo innecesaria su expropiación, la suma de 321.527,30 euros, mientras que en 2019 pagó a titulares particulares la cantidad de 23.082,60 euros para que le permitieran acceder, por empleo a "retirar estacas", a la zona del parque; aparece acreditado, y así constaba en la propia Resolución de 31-5-2007, que la promotora ya tenía a su disposición en esa fecha de 2007 los terrenos para ejecutar la "puesta en marcha" de las instalaciones, habiendo el proyecto autorizado en 2007 caducado por el transcurso en los 12 meses desde la ocupación, por adquisición onerosa, de los terrenos, negocio jurídico que se perfecciona por el acuerdo en la cosa y en el precio, aunque ni el uno ni la otra se hubiesen entregado, sin haber puesto en marcha, ni siquiera iniciado, las instalaciones; no pudiéndose interpretarse en ningún caso, que la concesión hubiese sido otorgada y autorizada "ad perpetuum", "sine die"; dejando el "dies a quo" del plazo a la mera voluntad del concesionario, según las reglas del art. 3 C.Civil, ni ampararse un abuso de derecho o su ejercicio antisocial debiendo ejercitarse los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 C.c) (Título Preliminar); en todo caso la empresa podía iniciar las instalaciones tras la aprobación en 28-5-2009 del Proyecto Sectorial de incidencia supramunicipal por lo que las obras habrían de comenzar durante el período de



junio/2009 a junio/2010; regulándose en el art. 6 C.Civil, la ineficacia de la exclusión de la Ley aplicable, de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, así como en fraude de Ley.

QUINTO.- Que el art.60.3 del Plan Director da Rede Natura 2000, aprobado por Decreto de la Xunta 37/2014, de 27 de marzo, en su apdo.d), entre los usos y actividades prohibidas, incluye la implantación de nuevos parques eólicos con excepción, al amparo del art. 31 de la Ley 8/2009, de 23 de diciembre, de los proyectos de parques eólicos existentes al amparo del Decreto 138/2010, de 5 de agosto; la norma establece la autorización excepcional de modificación de PE en Red Natura 2000 "existentes", en explotación, con aerogeneradores ya instalados, sin que sea posible (art. 6 C.c) autorizar la nueva instalación, por la modificación de un proyecto que ni se comenzó a ejecutar, en zona de especial protección en que, la realidad social actual (art. 3 C.c) entienden que han de prohibirse; además de que las propias expresiones de la norma "modificación" y "existentes" no se ajustan a un P.E. que, materialmente, ni se ha iniciado su construcción; en nada afecta la declaración de validez de la implantación del P.E. Oribio en Rede Natura 2000 por la S. del TSXG de 12-6-2013, PO num. 8022/2009, al ser legal en tal fecha la implantación del P.E. en Rede Natura, lo que se prohíbe desde el 2014.

SEXTO.- Que la DIA aprobada en 12-8-2005 está obsoleta y caducada si se aplica el plazo del art. 14.1 del R.D. Legislativo 1/2008, de 11 de enero, en su art. 14, aplicable a la AGE y sus Organismos públicos, así como el plazo de vigencia de las DIA del art. 43 de la LEA, 21/2013, de 9 de diciembre, también aplicable a la AGE y a sus organismos públicos; la Ley 1/1995, de 2 de enero, de Protección Ambiental de Galicia, no fijaba un plazo de vigencia y solamente a partir de la Ley 7/2019, de 23 de diciembre, se introdujo un nuevo art. 9 bis en la Ley 1/95 para limitar en el tiempo las DIA de competencia autonómica; el art. 4 C.civil permite entender que, no pudiendo considerarse "ad perpetuum" las DIA, y no previendo expresamente su caducidad la Ley 1795 de PAG, supletoriamente, le sería de aplicación el de 5 años (ahora fijado en 6) del art. 13 del R.D. Legislativo 1/2008, procediendo la aplicación supletoria o analógica de una norma a un supuesto no contemplado por otra con la que se aprecia identidad de razón, cuyo vacío haya de suplicarse, al adolecer de insuficiencia, y al no ser el ordenamiento jurídico previsor, es la técnica adecuada ante una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en la actualidad, exigiendo una respuesta judicial, no existe prórroga de la





vigencia de la DIA de 2005 para un proyecto de P.E. que no fue ejecutado, ni siquiera iniciado, y el nuevo proyecto eólico carece de DIA, toda vez que la de 2005 no versaba, ni tenía por objeto las múltiples y diversas actuaciones materiales y de ordenación legislativa que operan sobre el territorio hasta el año 2019, en que se pretende la iniciación de la ejecución material del P.E. Oribio; la D.T. 1ª de la Ley 21/2013, de 13 de diciembre, LEA, traslada las Directivas 2001/42/CE, de 27 de junio y 2011/92/UE, de 13 de diciembre, derogando la legislación ambiental anterior, estableciendo un derecho temporal (6 años) para el caso de que la DIA anterior estuviese vigente, no caducada conforme a la normativa previa, como la de 2005, toda vez que tal D.T.1ª no se aplica a las DIA anteriores que incurriesen en caducidad, que eran ya inexistentes, y no existe ninguna prórroga, ni solicitud, de la vigencia de la DIA, ni de la ejecución del parque, y ya ha transcurrido el mes desde la notificación de la DIA de 2005 para realizar modificaciones a la fase 1ª, consistiendo el parque de 2018 en un nuevo proyecto que carece de DIA, toda vez que, por los múltiples cambios normativos, la DIA de 2005, no lo ampara.

SEPTIMO.- Que la Resolución de 4-10-2005 de la Dirección Xeral de Industria, Enerxía e Minas, (DOG num. 220, de 16-11-2005), publicaba la DIA del proyecto de P.E. Oribio, en los t.m. de Triacastela e Samos, promovido por "Fergo Galicia Vento S.L.", estableciendo expresamente que podría revisarse, de oficio o a instancia del promotor, sin límite temporal, cuando se incorporen medidas de mayor protección ambiental del medio, y el plazo de un mes desde la notificación de la DIA cuando se esté ante supuestos que tecnológicamente presenten graves dificultades para su implantación o impliquen modificaciones importantes en la actividad, permitiendo las nuevas conseguir los objetivos; en el presente caso, Fergo produciría la misma energía aprobada, aunque con menor aerogeneradores, que tendría mayor mayor; se debía ejecutar el P.E. en dos fases; y, si con motivo del procedimiento de autorización de la 2ª resultase necesaria alguna modificación sustantiva en las infraestructuras o instalaciones respecto a la DIA 2005, será preciso, a efectos ambientales el informe de la Dirección Xeral de Calidade e Evaluación Ambiental; así pues, la DIA autorizaba la revisión de las condiciones en la 1ª fase en el plazo de un mes, mientras que para la 2ª fase solamente si es necesaria una modificación significativa en las infraestructuras o instalaciones, con informe favorable; y no es aplicable que años después, sin ejecutar la 1ª fase se modifiquen significativamente, como no sustanciales, estructuras e instalaciones, como potencias de aerogeneradores, cambio de modelos de los mismos, con los



consiguientes impactos ambientales y paisajísticos, ampliándose los viales y accesos al P.E.; las modificaciones solicitadas extemporáneamente para la 1ª fase no están dentro de la DIA de 2005, que no se actualiza, como si se hace (Addenda del promotor de 3-1-2019) en lo relativo a la legislación urbanística y planeamientos, pese a la aparición de valores culturales y ambientales merecedores de singular y especial protección; la integración paisajística y el aumento considerable del diámetro del rotor y altura de los aerogeneradores, no son compatibles con el BIC Camiño de Santiago-Camiño Francés, ni con la ZEC, espazos naturais Ancares-Courel; no se actualiza a la legislación medioambiental, a diferencia de lo que acontece con la urbanística y planeamiento que si se conforme a la situación del año 2019, en que se pretende iniciar la ejecución del P.E. Oribio.

OCTAVO.- Que conforme al art. 46 de la Ley 4272007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, relativo a "conservación de la Red Natura 2000", cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar las especies o hábitats, se someterá a una adecuada evaluación, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio; no bastando una DIA ordinaria o simplificada, sino que ha de evaluar adecuadamente la RED Natura, con sus repercusiones, aún meramente posibles, y, en el caso de conocerse la existencia de elementos del paisaje ecológicamente relacionados con espacios que posean importancia para la biodiversidad y la coherencia de la RED Natura (corredores ecológicos y refugios de paso) señalados en el art. 10 de la Directiva 92/43/CEE, habrán de evaluarse, indentificando preliminarmente los impactos previsibles, siéndole aplicable tal Directiva del Consejo de 21-5-1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres; la DIA de 205, pese a las modificaciones del proyecto que se impugna, no se actualiza ni se amplía con la preceptiva información pública; los valores paisajísticos del área afectada por el P.E., reconocidos por el Catálogo das Paisaxes, concurren con otros usos forestales, patrimoniales y espacios naturales, siendo preciso analizar su compatibilidad y prevalencia que tiene la protección medioambiental sobre la ordenación industrial y urbanística, debiéndose aplicar el principio de precaución, así como el de no regresión de espacios naturales y ecosistemas, obligando a un estudio riguroso de la compatibilidad de usos, como considera el T.S., s.s. de 30-9-2011 (RC 1294/2008) y de 29-3-2012 (RC 3425/2009) que fundamentan el principio de no regresión planificadora en relación con la calificación de





zonas verdes y suelos especialmente protegidos, apoyándose en el art. 45.CE, como en el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible de la legislación estatal sobre el suelo y art. 2 y concordantes del TRLS de 2008, indicando la de30-9-2011 la cláusula "caseta STILL", que una vez que se declara una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, que ha de ser respetado, salvo un interés público (que no privado) prevalente, como informa el Consejo de Estado en su Dictamen num. 3297/2002; tal "efecto trinquete", o "derechos adquiridos legislativos" o "intangibilidad de derechos fundamentales" o "carácter irreversible de derechos humanos" tiene la finalidad de proteger los avances alcanzados en las normas ambientales, con base a su carácter finalista de protección de suelos verdes y rústicos especialmente protegidos, exigiéndose una motivación concreta en la discrecionalidad de planificación urbanística; el art. 6 de la Directiva obliga a que los Estados adopten las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de especies, exigiendo que los planes o proyectos que puedan afectar a tales zonas se sometan a una adecuada evaluación de sus repercusiones ambientales, poniendo de relieve la protección reforzada de salvaguarda de la biodiversidad que supone la clasificación de determinados terrenos en lugar de ZEPA, conforme a la Directiva 791/409/CE, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, debiendo los Estados adoptar las medidas adecuadas para protegerlas, evitando el riesgo de su desaparición derivado de la ejecución de proyectos de infraestructuras que amenacen sus hábitats, SStJ de 25-10-2007 (C-334/04), de 18-12-2017, (C-186/06), 14-10-2010 (C-535/07) (T.S. s. 14.1.2013 RC 214/2010), y, en 2005 (DIA) no estaba consolidada la Rede Natura 2000 con Plan Director de 2014, ni estaba vigente el Catálogo de Especies Amenazadas (abril 2007), por lo que "Fergo", al retomar el proyecto en 2018 habría de presentar una nueva DIA y la Consellería habría de emitir una nueva DIA, conforme al art. 60.3.d.2 del Plan Director Rede Natura 2000, al estar en zona de conservación ZEC Ancares-Courel, zona de Especial Protección de Valores Naturales (ZEPVN), de Rede Natura 2000, como área potencial en el Plan de Recuperación del Oso Pardo Cantábrico, así como zona incluida en Reserva de la Biosfera Ribeira Sacra-Serra do Oribio, y se incumple la Directiva 92/43/CEE, documento "información 2019/C 33/01.Gestión de Espacios Natura 2000, Disposición del art. 6 sobre hábitats (DOUVEC 25 de enero), sin existir una sucesión cronológica de la DIA, al ser una etapa que precede a las demás, sirviendo de base, especialmente, para la autorización o denegación del proyecto, debiéndose llevar a cabo antes de tal decisión (C-127/02, apdo 42), que no se cumple con lo realizado por la DXPC, DXPN y DXC



e CC, retrospectiva de una DIA de 2005 a los años 2018-2019; la Directiva EIA , 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-4-2014, que modifica la Directiva 2011/92/UE, sobre evaluación de proyectos con repercusión en el medio ambiente (art. 2 apdo. 3), dispone que los Estados velarán por procedimientos coordinados y conjuntos, de forma que la información pertinente y las conclusiones sean claramente diferenciables e identificables, pudiéndose distinguir información y conclusiones, la consulta ciudadana es un aspecto fundamental del Convenio de Aarhus y de las Directivas EIA y EAE, publicidad y consulta pública, teniendo las ONG ambientales reconocidas derecho a participar en el procedimiento de autorización (TJ; C-243/15, apdo.49), participando efectivamente en los trabajos durante todo el proceso ambiental (C-243/15, apdo. 46), y, al modificarse el proyecto hubo de ejecutarse una DIA con participación efectiva ciudadana sobre la repercusión ambiental del proyecto modificado, no bastando informe retrospectivo de la DIA del proyecto originario no ejecutado, ni iniciado.

NOVENO.- Que el documento de orientación de la Comisión Europea para desarrollo de energía eólica y Natura 2000 señala que al igual que otros usuarios del suelo, el sector eólico debe enmarcarse dentro de la legislación medioambiental y de la UE, en la que se incluyen las Directivas de Habitats y Aves, teniendo ambas Directivas por objeto la conservación de los hábitats europeos más valiosos y amenazados, y, en particular se exige a los Estados miembros que designen las zonas fundamentales para su conservación, zonas que se conocen como lugares Natura 2000 y forman parte de una red europea de espacios, denominada Natura 2000, y en tales lugares las Directivas exigen que los planos, proyectos de "desarrollo" se lleven a cabo de manera que no afecten negativamente a la integridad del lugar Natura 2000, estableciendo el art. 6 de la Directiva de Habitats el procedimiento para autorizar planes o proyectos en lugar Natura 2000, prestando especial atención a la necesidad de basar las decisiones en información y conocimientos científicos sólidos, pues dado que el viento es un recurso abundante en la UE, el nuevo documento hace especial hincapié en la necesidad de una ordenación estratégica del territorio, recomendando, particularmente, la elaboración de mapas de sensibilidad de la vida silvestre que identifiquen las zonas en que los proyectos de P.E. puedan constituir un riesgo, aún bajo, para la vida silvestre y naturaleza, planificando estratégicamente el impacto de los P.E. para identificar y reducir el impacto de conflictos, evitándose durante el proceso de autorización recoger una evaluación incompleta del impacto, siendo importante la consulta y diálogo con expertos en medio ambiente desde las





primeras etapas, para encontrar soluciones que minimicen o eviten en la medida de lo posible efectos negativos sobre lugares Natura 2000; concluyéndose en el estudio "las implicaciones ambientales ecológicas en Galicia", de la UCM, que el proceso de implantación de P.E. por las empresas promotoras no es inocuo con el ambiente, y a pesar de la existencia de una amplia y variada legislación sobre esta temática, las lesiones ambientales se están produciendo constantemente, y, en relación a Galicia, resulta evidente que tanto en los Decretos como en la Ley existen diferentes líneas de actuación y de modo notable, en relación a la afectación ambiental por parte de las normativas, a pesar del tiempo de desarrollo normativo y siendo Galicia una Comunidad pionera en el aprovechamiento eléctrico de la energía eólica, sigue existiendo un gran vacío legal en materia ambiental en la que se amparan las empresas energéticas para llevar adelante sus proyectos, y la administración competente en energía tendió a una interpretación tremendamente productivista, asumiendo sin problemas que el incremento de potencia y la producción eólica eran netamente positivas en términos ambientales, al margen del modo en cómo se posibilite dicho incremento, pareciendo la respuesta normativa seguir agarrada a una respuesta productivista, ahora ligeramente teñida de un color más ambiental en el que, como mucho, se deja cierto papel determinante a la administración en la materia, modo de planificar las energías renovables en su desarrollo en que no se acaba de incorporar, como eje central, la variable ambiental, perjudicando la percepción social sobre el uso de energías renovables que deriva de la contradicción manifiesta entre un discurso pseudoecologista en las motivaciones que se expresan en la normativa y las disposiciones que regulan su uso, situación que se agrava cuando la sociedad no tiene canales para la participación en el desarrollo de las renovables, quedando relegados a un papel pasivo, de afectados, frente a un papel activo, de agresores y beneficiarios, de las empresas o administración, siendo algunos de los efectos de la inexistencia de una política sectorial global en relación a los asentamientos eólicos; los P.E. están vetados en zona de protección Rede Natura, y el impulso de la energía eólica ha de planificarse evitando toda posible interferencia para la ampliación de la Rede Natura, salvando el impacto visual por P.E. en las proximidades de LIC, sin que puedan situarse los P.E. y luego pretender ampliar la Rede Natura cuando las especies a proteger no entienden de planeamientos o fronteras, por lo que las zonas ecológicamente más relevantes han de obtener una protección íntegra, sin que pueda haber espacios protegidos rodeados de molinos de viento, siendo la filosofía de la UE sobre la Red Natura la que debe ser una "red ecológicamente coherente", con



espacios y hábitats representativos de cada territorio y no una serie de LICs, zepas aisladas, rodeados de polígonos industriales, garantizando así la "viabilidad ecológica", pues las especies no entienden de límites administrativos.

DECIMO.-Que procede anular y dejar sin efecto, por no ser conforme a Derecho, la Resolución y Acuerdo impugnado, así como sus disposiciones normativas, toda vez que el proyecto 2007-2009 estaba caducado, al no poder considerarse, por requerir en esencia un límite temporal, como una concesión "sine die" "ad perpetuum" o "eterna", proscrita en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que se extinguió por el transcurso de los 12 meses desde la ocupación o disposición de los terrenos, a lo que no obsta que, en 2019, hubiesen adquirido por escasa entidad para los nuevos viarios o cambios de emplazamiento, cuando para el proyecto 2007-2009 ya se disponía de los terrenos precisos para su instalación, además de haber caducado por el transcurso, sin iniciarse, de los 5 años de la legislación estatal, de aplicación analógica y supletoria, dado el vacío en la legislación gallega; porque la DIA de 2005 resulta obsoleta para amparar la evaluación ambiental del proyecto modificado de 2018, por los múltiples y variados cambios legislativos y de catalogaciones de especial protección del terreno, no pudiendo entenderse validada, por una prospección vía informes gubernativos; y, en todo caso y, porque se autoriza un P.E. en Rede Natura 2000, lo que constituye un uso o actividad prohibida por Decreto de 27-3-2014, sin que el P.E. de Oribio pueda considerarse "existente" para su excepcional autorización, por cuanto que no se había comenzado a ejecutar el de 2007-2009, no estando en explotación, ni instaladas aerogeneradores, sin que pueda "modificarse" lo que no existe, debiendo interpretarse por restrictivamente las excepciones, mayormente en supuesto de repercusión en terreno con tan altos niveles de protección, toda vez que conforme a la C.E. y Directivas Comunitarias prevalece el valor medioambiental sobre el uso o desarrollo industrial; los preceptos del Título Preliminar del C.Civil, sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 3 a 7) fundamentan la prevalencia del uso medioambiental en suelos como la Serra de Oribio sobre el prohibido (salvo la restrictiva excepción de una favorable actualización de los existentes) uso industrial como Parque Eólico; estando ante un parque inexistente en la realidad física y material en 2014 y con un proyecto caducado por el transcurso de 12 meses sin procederse a su instalación desde la ocupación de los terrenos, que la propia resolución de 2007 que autorizó el proyecto de P.E. de Oribio consideró, entre otros motivos para su aprobación, la disposición del suelo por acuerdo con los propietarios.





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

UNDECIMO.- En virtud de lo expuesto y de conformidad con el art. 139 de la LJCA se le imponen a las partes demandadas las costas correspondientes en la cuantía de 2.000 euros honorarios de Letrado, además de los derechos de la Procuradora al estar obligada la asociación recurrente al venir obligada (art. 23.2 LJCA) a comparecer representada por tales profesionales.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS :

Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACION ECOLOXISTA VERDEGAIA contra DESESTIMACION PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DA CONSELLERIA DE ECONOMIA, EMPREGO E INDUSTRIA DO RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPOSTO CONTRA O ACORDO ADOPTADO POLO CONSELLO DE XUNTA DE GALICIA O 27.06.2019 SOBRE MODIFICACION DA APROBACIÓN DEFINITIVA DO PROXECTO SECTORIAL DE INCIDENCIA SUPRAMUNICIPAL DO PARQUE EÓLICO DE ORIBIO, ACORDÓ QUE SE FAI PUBLICO POR RESOLUCIÓN DE 04.07.2019 POLA DIRECCIÓN XERAL DE ENERXIA E MINAS (DOGA NÚM 154 DE 14.08.2019); anulándolas y dejándolas sin efecto, e imponiendo a las demandadas las costas del procedimiento como se deja expuesto en el F.D. 11º de esta sentencia.

Notifíquese a las partes haciéndole saber que la misma **no es firme**, y que contra ella, se podrá interponer **recurso de casación** establecido en el art. 86 y ss de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su nueva modificación operada por la L.O. 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, por las personas y entidades a que se refiere el art. 89.1 de la Ley 29/1998, con observancia de los requisitos y dentro del plazo que en él se señala. Para admitir a trámite el recurso, al interponer deberá constituirse en la cuenta de depósito y consignaciones de este Tribunal **(1578-0000-85-7478-19-24)**, el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (BOE num. 266-de 4/11/09), y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.



Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el magistrado don Juan Carlos Fernández López a la sentencia de 11 de diciembre de 2020, dictada en el recurso número 7478/2019.

Desde el máximo respecto a la decisión adoptada por la mayoría, y con amparo en lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, manifiesto mi discrepancia frente a la sentencia citada, por las razones que expongo.

PRIMERO.- Con carácter previo debo advertir que el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la que discrepo menciona una incidencia ajena a este recurso.

Realizada esa advertencia, y para un mejor desarrollo de mi postura discrepante, considero de interés hacer una mención a los hechos relevantes que se constatan en el extenso expediente administrativo, que traen causa del Decreto 302/2001, de 25 de octubre, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia, a cuyo amparo se promovió un procedimiento público para solicitar autorizaciones para instalar parques eólicos, al que acudió la sociedad mercantil "Fergo Galicia Vento, SL", que solicitó una para el situado en la sierra de Oribio, dentro de los términos municipales de Samos y Triacastela (Lugo), donde preveía instalar veinte aerogeneradores, si bien en el curso del procedimiento se ordenó fraccionar la instalación en dos fases con reparto de las potencias, una para los trece primeros y otra para los siete restantes. Al amparo de lo dispuesto en el Decreto 442/1990, de 13 de septiembre, de evaluación de impacto ambiental para Galicia, y precedido del trámite de información pública y de los informes de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, de Augas de Galicia, de la Consellería de Sanidade y de las direcciones generales de Conservación da Natureza, Turismo, Patrimonio Cultural, Obras Públicas y Patrimonio Cultural, con fecha 12.08.05 aprobó la de Calidade e Avaliación Ambiental de la Consellería de Innovación, Industria e Comercio la declaración de impacto ambiental; también ese departamento, esta vez en su





condición de competente en materia industrial, previo informe favorable la Dirección Xeral de Urbanismo, y mediante resolución de 31.05.07, autorizó y declaró de utilidad pública las instalaciones y aprobó el proyecto de ejecución para ponerlas en marcha en el plazo de doce meses contados a partir de la fecha de la ocupación de los terrenos. A continuación informó el 15.04.09 la Dirección Xeral de Desenvolvemento Sostible que no era preciso someter el proyecto sectorial a la evaluación ambiental estratégica contemplada en la Ley 6/2007, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia, tras lo cual acordó el 28.05.09 el Consello de la Xunta de Galicia aprobar definitivamente el proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio, que se confirma en sentencia de esta sala de 12.06.13.

A partir de ahí, presentó la promotora dos solicitudes de modificación del proyecto; la primera el 04.11.15, para la valoración ambiental para sustituir los modelos de los aerogeneradores, a lo que accedió aquel centro directivo mediante resolución de 13.04.16, con la advertencia de que se mantendrían las condiciones de la DIA de 12.08.05, así como las observaciones realizadas en los informes de 04.02.16 de la Dirección Xeral de Conservación da Natureza y de 14.03.16 de la Dirección Xeral de Patrimonio Cultural; y la segunda el 30.01.18, a lo que siguió la petición formulada el 26.10.18 para que se reconociera como no sustancial tal modificación, peticiones que se informaron por cuatro centros directivos: el 27.06.18 (el de Patrimonio Natural), el 30.07.18 (el de Patrimonio Cultural), el 26.09.18 (el de Calidade Ambiental e Cambio Climático) y el 28.11.18 (el de Ordenación do Territorio e Urbanismo), tras lo cual resolvió el 05.02.19 la Dirección Xeral de Enerxía e Minas reconocer no sustancial esa segunda modificación. Seguidamente presentó la promotora el 16.05.19 una addenda al proyecto sectorial, que el 23.04.19 recibió la conformidad de la Dirección Xeral de Ordenación do Territorio e Urbanismo, tras lo cual elevó la Dirección Xeral de Enerxía e Minas su propuesta al Consello de la Xunta de Galicia que, en acuerdo de 27.06.19, aprobó la modificación de la aprobación definitiva de ese proyecto sectorial, así como sus disposiciones normativas. Frente a ese acuerdo interpuso el 14.09.19 la "Asociación Ecologista Verdegaia" un recurso de alzada que no se resolvió.

La desestimación presunta de ese recurso fue impugnada por esa asociación, a través de una demanda en la que su letrado mencionó esos hechos y pretendió la anulación de aquélla, para lo cual comenzó por advertir que el parque eólico de Oribio se ubica dentro del Lugar de Importancia Comunitaria Ancares-Courel de la Rede Natura 2000, reconocido por el Decreto 72/2004, de 2 de abril, que se calificó posteriormente como



Zona de especial conservación en el Plan director de la Rede Natura 2000, aprobado por Decreto 37/2014, de 27 de marzo, que destaca la existencia en ese espacio de importantes masas de flora y fauna de interés, al margen de que también discurre un trecho del Camino de Santiago y se incluye dentro del "Área de especial interés paisajístico O Courel". Tras esa advertencia, sostuvo que fueron seis los vicios que amparan la pretensión anulatoria: el primero, que la declaración de impacto ambiental del proyecto de 2005 había caducado, al haber transcurrido los cinco años previstos en el artículo 14 del texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero; el segundo, que aunque estuviera vigente, no sería suficiente al no evaluar específicamente las afecciones del parque eólico al espacio Red Natura 2000, al paisaje y al Camino de Santiago en el que se ubica; el tercero, que el artículo 32 de la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crea el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, prohíbe implantar nuevos parques eólicos en espacios de la Red Natura 2000 de Galicia; el cuarto, que el acuerdo impugnado no observó el procedimiento establecido en esa ley, al no haberse publicado la resolución de la Dirección Xeral de Enerxía e Minas de 05.02.19 que reconoció que la modificación del proyecto no era sustancial; el quinto, que el parque eólico afecta negativamente a la flora y fauna de interés comunitario y en peligro de extinción; y el sexto, que la modificación del proyecto es incompatible con las medidas de conservación de la Red Natura 2000 que se derivan de la propuesta autonómica de declaración de la reserva de la biosfera de la sierra de Oribio donde el parque se ubica.

A esas pretensiones y a sus motivos se opusieron los letrados de la Xunta de Galicia y de la promotora codemandada.

SEGUNDO.- Dado el largo tiempo transcurrido entre la fecha en que la promotora solicitó la autorización para instalar el parque eólico controvertido y la fecha de la resolución impugnada, considero necesario hacer una referencia a las normas vigentes en tal período, que se inician con la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental, si bien no contiene precepto alguno de interés al caso y ni siquiera se citó en el Decreto 302/2001, sobre aprovechamiento de energía eólica, al que se sujetó la solicitud de la autorización para instalar el parque litigioso, reglamento que hizo referencia en su disposición adicional cuarta a la futura aprobación del Plan Eólico de Galicia y a la fijación de las condiciones para que las instalaciones de parques eólicos que se aprobaran pudieran ser compatibles con las zonas propuestas para su inclusión en la Red Natura 2000. También fijaba la primera





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE XUSTIZA

disposición final de ese reglamento que, en lo no dispuesto en él, se aplicarían la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, así como los reglamentos que expresamente citaba.

En el ámbito estatal estaba todavía vigente el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, entonces vigente, que finalmente se refundió en el texto refundido antes citado, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, cuyo artículo 5 enumeraba las cinco actuaciones que comprendía la evaluación de impacto ambiental de los proyectos, esto es, la solicitud del promotor ante el órgano sustantivo de someter su proyecto a evaluación de impacto ambiental, la determinación del alcance del estudio de impacto ambiental por el órgano ambiental, la elaboración del estudio de impacto ambiental por el promotor del proyecto, la evacuación del trámite de información pública y de consultas a las Administraciones públicas afectadas y los interesadas y, finalmente, la declaración de impacto ambiental emitida por el órgano ambiental, regulada en su artículo 12 y sujeta al plazo de caducidad contemplado en su artículo 14, sobre el que se volverá después.

Volviendo a la normativa autonómica, era el artículo 5 del Decreto 442/1990 el que regulaba el procedimiento para declarar el impacto ambiental, donde se exigía que la promotora presentara el estudio de impacto ambiental, para ser sometido a un trámite de información pública y a informes complementarios previos al examen por el órgano ambiental que tendría que formular la declaración de impacto ambiental para, después remitirse al órgano sustantivo que autorizaría, en su caso, el proyecto con las prescripciones pertinentes sobre la forma de realizar el seguimiento de las actuaciones, de conformidad con el programa de vigilancia ambiental. A tal procedimiento se atuvo en este caso la promotora del parque eólico de Oribio, que entraba dentro del apartado 13 del anexo I de tal reglamento, referido a todas las actuaciones que produjeran una alteración física o una pérdida de los valores naturales culturales, científicos o educativos de los espacios naturales en régimen de protección general.

Es importante advertir que tal reglamento fue después derogado por la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, que regula en sus artículos 33 y siguientes los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y de evaluación de incidencia ambiental, si bien tan sólo aplicables a las solicitudes de licencias o de autorizaciones que se presentaran después de la entrada en vigor de esa ley, como refería su disposición transitoria primera, lo que no fue el caso del parque eólico de Oribio, cuyo proyecto sectorial de incidencia supramunicipal se aprobó definitivamente por acuerdo del Consello de la Xunta de



Galicia de 28.05.09, precedido del informe de la Dirección Xeral de Desenvolvemento Sostible 15.04.09, con arreglo al cual, y puesto que se trataba de un proyecto sectorial de incidencia supramunicipal objeto de evaluación ambiental, no era preciso someterlo a la evaluación ambiental estratégica contemplada en el artículo 5 de la LMUMOTLG, aunque afectara a espacios naturales incluidos en la Red ecológica europea Natura 2000.

En la medida en que la Ley 8/2009 que regulaba el aprovechamiento eólico en Galicia entró en vigor unos meses después de aprobarse el proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio, no se aplicaba su artículo 27, referido a la instalación de nuevos parques, ni tampoco su artículo 31 (luego 32), que prohibía ubicarlos en los espacios naturales declarados como zonas de especial protección de los valores naturales para formar parte de la Red Natura 2000, pero sí se aplicaba el artículo que imponía la necesidad de la autorización previa para introducir una modificación sustancial (como luego se indicará), sin perjuicio de lo previsto en dos de sus disposiciones transitorias sobre las situaciones preexistentes; la primera, para poner fin a los procedimientos en curso de autorización mediante el desistimiento unilateral del departamento competente por razones de interés público, con posibilidad de indemnizar a los interesados por los gastos debidamente justificados que no pudieran aprovecharse en las nuevas convocatorias ajustadas a la nueva ley; y la cuarta, que mantenía la vigencia del Decreto 302/2001 para todos aquellos parques eólicos y parques eólicos singulares que fueron admitidos a trámite en órdenes de convocatoria formuladas al amparo de esta legislación, al tiempo que derogaba el Decreto 242/2007.

Sí resultaba de aplicación la disposición transitoria primera de la LEA, que la sujetaba a los proyectos cuya evaluación ambiental estratégica o evaluación de impacto ambiental que se iniciaran a partir de su entrada en vigor, pero también a las modificaciones de las características de los proyectos aprobados con anterioridad, que estarían sujetas a la evaluación de impacto ambiental ordinaria o simplificada contempladas en los apartados 1.c) y 2.c) de su artículo 7; lo que en ningún caso se aplicaba a las comunidades autónomas era el plazo fijado en su artículo 43 (disposición final octava), como tampoco la Ley 5/2017, de 19 de octubre, de fomento de la implantación de iniciativas empresariales en Galicia, cuyos artículos 37 y 38 regulaban el procedimiento de tramitación conjunta para las futuras autorizaciones de instalaciones de energía eléctrica autonómicas, lo que no afectaba a la de Oribio, que ya disponía de ella desde hacía ocho años, mediante un acuerdo confirmado por sentencia de hacía cuatro





años; y por lo mismo, tampoco se aplicaba su disposición transitoria tercera sobre los procedimientos en tramitación, pero sí la cuarta sobre el plazo para obtener la autorización de explotación de los parque eólicos que contaran con una autorización.

Debo recordar que, antes de la entrada en vigor de las últimas leyes citadas, había aprobado el órgano sustantivo el proyecto para ejecutar el parque (el 28.05.09), precedido de la formulación de la DIA por el órgano ambiental (el 12.08.05), que no goza de facultades discrecionales para decidir si un proyecto precisa o no de la evaluación de impacto ambiental atendiendo a su dimensión, sin tomar en consideración su naturaleza y localización, como han señalado las SstJUE de 28.02.08, asunto C-2/07, y 21.03.13, asunto C-244/12, así como las SsTS de 14.02.11 y 27.11.13, de suerte que la ausencia de la evaluación de impacto ambiental constituye una causa de nulidad de pleno derecho, debido a la esencial trascendencia y sustantividad de tal trámite. Acerca de éste, recuerdan las SsTC 13/1998 y SsTS de 09.07.15, 18.07.17 y 16.03.18, así como la STS de 05.03.18, que la evaluación de impacto ambiental es una técnica de protección ambiental de carácter preventivo que consiste en un procedimiento complejo formado por un conjunto de estudios técnicos comprensivos de todos los elementos necesarios para conocer el proyecto (público o privado), y su incidencia en el medioambiente, que se abre a la participación pública y a la emisión de informes por los organismos y autoridades, tras cuya cumplimentación está en condiciones el órgano ambiental de evaluar su impacto o efectos para el medioambiente, que concluye con un informe -la DIA-, que es el objetivo y fin último que persigue el procedimiento de evaluación, y que se pronuncia sobre la conveniencia o no de realizar el proyecto y fija las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medioambiente. Finalmente, después de emitirse la DIA, se debe otorgar la autorización por el órgano sustantivo, ya que si se produce aquella en la misma fecha que ésta, resulta imposible ponderar su procedencia.

En todo caso, como advierte el defensor autonómico, tanto los estudios como la declaración final son actos de trámite que pueden incurrir en deficiencias, si bien no se pueden impugnar de forma autónoma, sino con ocasión del recurso que se interponga frente a la resolución final que autorice el proyecto de que se trata, como lo ha recordado este sala en su sentencia de 08.10.15 (PO 4316/10), que señaló que si bien los supuestos de negativa a emitir las declaraciones de impacto ambiental se han considerado actos de trámite cualificados susceptibles de impugnación independiente, ya que tal decisión produce un efecto inmediato y se adopta con criterios propios e independientes, sin que se integre en la decisión que



aprueba el proyecto (SsTS de 13.03.07, 27.03.07, 23.01.08, 08.04.11, 10.11.11 y 13.03.12), en el caso de que se hayan emitido, se trata de actos de trámite simples que se integran dentro de un procedimiento complejo, por lo que no son susceptibles de recurso autónomo o independiente de la resolución final del procedimiento de autorización de la obra o actividad (SsTS de 17.11.98, 13.11.02, 25.11.02, 11.12.02, 13.10.03, 24.11.03, 27.03.07, 23.01.08, 14.11.08, 29.05.09, 23.11.10, 16.02.11, 07.10.11, 10.11.11, 13.12.11 y 13.03.12). Esto es lo que se hizo con ocasión de la aprobación del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio por acuerdo autonómico de 28.05.09, que vino precedido de numerosos cambios normativos desde que se solicitó su autorización en un procedimiento iniciado de oficio (ahora se hace a instancia de interesado), cuya legalidad fue confirmada en la sentencia de esta sala de 12.06.13.

TERCERO.- Se ha hecho referencia a la Red Natura 2000, que contiene limitaciones y prohibiciones que afectan a los parques eólicos, por lo que debe recordarse que tal red ecológica europea fue creada a través del artículo 3 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, dictada para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 130.R del Tratado, sobre el objetivo esencial de dar normas efectivas para la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, favorecer el mantenimiento de la biodiversidad y fomentar la conservación de los hábitats naturales prioritarios y de las especies prioritarias de interés comunitario.

Tal directiva definía en su artículo 1.k) los lugares de importancia comunitaria como aquéllos que contribuyan de forma apreciable a mantener o restablecer un tipo de hábitat natural o especies que se contemplan en esa directiva, en un estado de conservación favorable y que pueda de esta forma contribuir de modo apreciable a la coherencia de Natura 2000, compuesta por los lugares que alberguen tipos de hábitats naturales y de hábitats de especies que figuran en tal directiva, con la finalidad de garantizar su mantenimiento o, en su caso, su restablecimiento en un estado de conservación favorable, lo que propiciaba que su artículo 3 impusiera a cada estado miembro la obligación de contribuir a la constitución de esa red en función de la representación que tengan en su territorio los tipos de hábitats naturales y los hábitats de especies.

Con arreglo a lo dispuesto en su artículo 4, según los tipos de hábitats naturales y de especies autóctonas que se enumeraban en los anexos de esa directiva, cada estado miembro propondría





una lista de lugares con indicación de tales tipologías, para su remisión a la Comisión dentro de un plazo de tres años, tras lo cual ésta, de común acuerdo con cada uno de los estados miembros, redactaría dentro de otro plazo de tres años un proyecto de lista de lugares de importancia comunitaria, que finalmente aprobaría la propia Comisión, previo el dictamen del Comité a que se refiere la directiva.

De acuerdo con lo previsto en tal precepto, así como en el artículo 6, la consecuencia que producía la aprobación de tal lista era que, dentro de un plazo máximo de seis años, cada estado miembro debería conceder al lugar de importancia comunitaria la designación de zona especial de conservación y tendría que fijar las prioridades que procedieran, en coherencia con la Red Natura 2000; ello supondría que tuvieran que adoptar las medidas apropiadas para evitar en esas zonas el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, así como la obligación de someter cualquier plan o proyecto que pudiera afectar de forma apreciable a esos lugares a una adecuada evaluación de sus repercusiones; no obstante, la circunstancia de que las conclusiones de tal evaluación fueran negativas no suponía que no se autorizara la realización del plan o proyecto, siempre que existieran razones imperiosas de interés público de primer orden, en cuyo caso el estado miembro tendría que tomar las medidas compensatorias necesarias para garantizar que la coherencia global de la Red Natura 2000 quedara protegida. Para dar el debido cumplimiento a la directiva, su artículo 23 otorgaba a los estados miembros un plazo de dos años para poner en vigor su normativa interna, lo que en caso de España se realizó mediante el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, cuyo artículo 3 hizo una mención especial a los criterios que las comunidades autónomas tendrían en cuenta para que las zonas que designaran pudieran formar parte de la Red Natura 2000.

Cumplidos esos trámites, y en lo que ahora interesa, mediante Decisión 2004/813/CE de la Comisión de 7 de diciembre, se aprobó la lista de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica, que los estados miembros remitieron entre los meses de marzo de 2002 a julio de 2004, mientras que por Decisión de ejecución de la Comisión de 7 de noviembre de 2013, se adoptó la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica.

En la medida en que la Red Natura 2000 está compuesta por los lugares de importancia comunitaria, hasta su transformación en zonas especiales de conservación, en el ámbito nacional se aprobó la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio



natural y de la biodiversidad, cuyo artículo 42.3 establecía que, una vez aprobada la lista de aquellos lugares, y antes del transcurso de seis años, deberán ser declarados como zonas de especial conservación por las comunidades autónomas, que aprobarán el correspondiente plan o instrumento de gestión.

Así, ya en el ámbito autonómico, por Decreto 72/2004, de 2 de abril, se declararon determinados espacios como zonas de especial protección de los valores naturales, entre ellos el de Os Ancares-O Courel, y mediante Decreto 37/2014, de 27 de marzo, se declararon zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria de Galicia y se aprobó el Plan director de la Red Natura 2000 de Galicia, que es el instrumento de planificación y gestión que establece los objetivos y medidas de gestión para los espacios naturales que se incluyen en su ámbito de aplicación, con la finalidad de asegurar un estado de conservación favorable de los tipos de hábitats naturales y de las especies de interés comunitario.

A todo lo indicado debo añadir lo que ha indicado la STS de 06.07.15, a propósito de que la evaluación de impacto ambiental es un mecanismo preventivo dirigido a neutralizar posibles afecciones ambientales producidas por determinadas actividades, como las de parques eólicos, sobre las cuales se han pronunciado las SsTS de 28.03.06, 30.04.08, 14.10.13, 02.06.15, 10.06.15, 13.07.15, 17.07.15, 14.09.15, 21.09.15, que hacen hincapié en la necesidad de armonizar los intereses energéticos con los valores paisajísticos y de protección del medio ambiente, la flora y la fauna, así como tener en cuenta como criterio clave el desarrollo sostenible, sin que los promotores de estas instalaciones de producción de energía eléctrica puedan seleccionar discrecionalmente el espacio en que pueden construirse, pero sin que tampoco proceda denegar la autorización para su instalación cuando se pretenda su ubicación en espacios naturales protegidos o en zonas de alto valor ecológico -por situarse en los principales corredores o pasos de aves migratorias o por incidir lesivamente en la protección de paisajes singulares-, ya que la localización de un parque eólico deberá minimizar los impactos negativos sobre las especies que gocen de una protección singular, de modo que será el criterio de la sostenibilidad del desarrollo la clave de la decisión que se adopte para legitimar o no la ubicación de un parque eólico en un lugar concreto.

De acuerdo con lo indicado, sostengo que cuando se dictó el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 28.05.09 que aprobó el proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio, no existía ninguna prohibición para autorizar la instalación de nuevos parques en el espacio de la Red Natura; no obstante, a partir de ahí, ahí, y una vez que entró en vigor la ley gallega sobre aprovechamiento eólico que introdujo esa prohibición, solicitó en dos ocasiones la





promotora modificar el proyecto autorizado en el año 2009, la segunda de las cuales dio lugar al acuerdo de ese órgano colegiado el 27.06.19, que es el que el letrado de la actora pretende que sea anulado por los vicios que le precedieron.

CUARTO.- Y el primero de ellos es la caducidad de la DIA de 12.08.05 y de la autorización del proyecto de ejecución del parque eólico de 31.05.07, tanto por no haber comenzado las obras en el plazo de doce meses ahí contemplado, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del TRLEIAP, como por lo contemplado en el artículo 43 y el apartado 3 de la disposición transitoria primera de la LEA.

Acabo de hacer referencia en el anterior punto al artículo 14 del TRLEIAP que ampara el primero de esos dos argumentos, según el cual, la declaración de impacto ambiental del proyecto caducará si, una vez autorizado, no comenzara su ejecución en el plazo fijado en la resolución, que en este caso era de doce meses contados a partir de la fecha de ocupación de los terrenos. Pero se debe reparar en que el Decreto 302/2001 no exigía que las promotoras de los parques de eólicos pretendidos dispusieran ya de forma efectiva de los terrenos en que se ubicarían, ya que su artículo 18.5 establecía que, después de formularse la DIA -lo que tuvo lugar el 12.08.05-, se otorgaría audiencia a la interesada y se resolvería la aprobación del proyecto, lo que tuvo lugar el 31.05.07 (después se produjo una aprobación definitiva el 28.05.09, tras rechazar la posible evaluación ambiental estratégica del proyecto), pero sin que ello supusiera que se comenzaran ya las obras, pues su artículo 27 señalaba que la promotora podría solicitar, simultáneamente con la autorización de las instalaciones, el reconocimiento de su utilidad pública a efectos de la ocupación de los bienes precisos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y concordantes de la Ley del sector eléctrico. Y esto fue lo que sucedió con la resolución de 31.05.07 que, al tiempo que aprobó el proyecto, declaró la utilidad pública de las instalaciones.

Al margen de lo indicado, conviene recordar que existe una constante y pacífica jurisprudencia que la sentencia de 11.12.20 pasa por alto, que preconiza que la caducidad de las licencias no opera de forma automática por el simple transcurso del tiempo, sino que exige un acto formal declarativo, precedido de la incoación del oportuno procedimiento en el que, previa audiencia al interesado y de los informes precisos, se ponderen las circunstancias que concurren a efectos de resolver lo que proceda (STS de 10.04.85, 20.05.85, 04.11.85, 22.01.86, 09.07.88, 12.05.89, 14.03.90, 28.05.91, 01.02.94, 15.12.94, 24.07.95, 16.04.97,



24.03.98, 03.06.02 y 22.06.02). No cabe duda que los pronunciamientos jurisdiccionales han sido más numerosos cuando se está en presencia de licencias urbanísticas, pero ello no impide que se aplique a todo tipo de autorizaciones, en la medida en que comportan el reconocimiento de derechos en favor de sus titulares, lo que exige que la caducidad deba analizarse de forma moderada, flexible y teniendo en cuenta las circunstancias que concurran, para ser declarada con carácter restrictivo, especialmente cuando exista una inequívoca voluntad de su titular de abandonar los derechos que se le reconocieron con la autorización. Así pues, el hecho de que la norma que haya contemplado el efecto de la caducidad no hubiera recogido que deba exigir, en todo caso, su previa declaración formal, no permite entender que ésta no sea necesaria y que aquélla opera automáticamente, pues a ello se opone el mandato contenido en el artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (antes 54.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), según el cual, todos los actos que limiten derechos subjetivos sean motivados, lo que pasa por dictar la resolución formal, precedida de la instrucción del procedimiento debido (artículos 75 a 88 de la primera ley citada y 78 a 89 de la segunda).

De acuerdo con lo indicado, no cabe duda que la autorización para instalar en parque eólico de Oribio podría caducar, previa resolución que así lo acordara, pero el problema surge con la declaración de impacto ambiental, que no es el acto que autoriza el proyecto, sino el que fija las condiciones medioambientales, previa evaluación de las incidencias que se puedan producir, tras lo cual será el órgano sustantivo el que acepte o discrepe de tal declaración y autorice o no el proyecto, como recuerdan las SsTS de 17.11.98 y 25.06.15. Por ello, podría ser posible que tal declaración pudiera caducar de forma automática desde su dictado, pero este no es el caso, pues el artículo que contempla ese efecto no computa el plazo a partir de la fecha en que se dictó, sino desde el comienzo de la ejecución del proyecto que se autoriza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del TRLEIAP, plazo que, en este caso, era de doce meses contados a partir de la fecha de ocupación de los terrenos, fecha futura y condicionada que, por estar indeterminada, precisaba de una prueba veraz para su correcta concreción (lo que no sucedía si el "dies a quo" fuera la fecha de la DIA), lo que refuerza lo antes indicado a propósito de la necesidad de incoar un procedimiento para determinar la fecha de la ocupación de los terrenos y si ésta se produjo de forma normal o si existió alguna demora





imputable a la beneficiaria para declarar, en su caso, la caducidad de la declaración de impacto ambiental. Sobre el citado precepto se ha pronunciado la STS de 25.06.15, que examinó un supuesto de caducidad de la declaración de impacto ambiental, pero en la que el órgano sustantivo fue el Ministerio de Fomento, por lo que resultaba de aplicación lo previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 6/2010, de 24 de marzo, que modificó el texto refundido de 2008; pero tal disposición no era aplicable a las comunidades autónomas, por no tener la condición de norma básica, con arreglo a la ley citada, cuya exposición de motivos ya advirtió que esta "ley afecta únicamente a la evaluación de impacto ambiental en el ámbito de la Administración General del Estado, por lo que no tiene carácter básico. Lo que sí resulta de interés de la STS de 25.06.15 es tener en cuenta que, al igual que en el presente caso, la declaración de impacto ambiental se había sujetado a lo dispuesto en el artículo 4 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1302/1986, que no contenía ninguna previsión específica en materia de caducidad, lo que sí hizo el referido artículo 14 del texto refundido de 2008 en los términos ya advertidos, por lo que -según la citada sentencia- el plazo de caducidad de cinco años para los proyectos que debían ser autorizados por la Administración General del Estado no debía computar desde la fecha de tal autorización, sino desde la entrada en vigor de esa ley, ya que, en otro caso, se estaría dando efectos a una previsión claramente restrictiva, aplicándola a un momento en el que no existía jurídicamente, solución congruente con lo preceptuado en la disposición transitoria segunda de la Ley 6/2010, según la cual, "las declaraciones de impacto ambiental de proyectos formuladas por la Administración General de Estado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición final primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, mantendrán su validez durante un plazo de tres años contados a partir de la entrada en vigor de esta ley". Por último ante la pregunta que se hizo el propio tribunal acerca de si la dilación en la ejecución del proyecto podría privar a la declaración de impacto ambiental de la posibilidad de lograr su finalidad, respondió que la propia disposición transitoria segunda de la Ley 6/2010 salió al paso de tal posibilidad al establecer que, "con carácter previo a la ejecución de dichos proyectos, el órgano sustantivo deberá solicitar informe del órgano ambiental relativo a si se han producido cambios sustanciales en los elementos esenciales que sirvieron de base para realizar la evaluación de impacto ambiental". No obstante, como he indicado, esas disposiciones no se aplican a la Comunidad Autónoma de Galicia, y ya que la autorización



del proyecto se produjo en el año 2009, debía estarse al plazo de doce meses ahí previsto, a contar a partir de la fecha de ocupación de los terrenos, lo que es una cuestión fáctica necesitada de la debida prueba a cargo de los letrados que lo discuten, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil -al que se remite el 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa-, así como en las SsTC 217/1998, 10/2000, 135/2001, 3/2004 o 4/2005, las SsTS de 13.03.89, 29.11.91, 19.02.94, 17.03.95, 22.01.00, 24.03.01, 28.04.01, 24.10.02, 02.04.08, 15.04.11 o 17.07.12 y las de esta sala de 23.03.13 y 15.05.20.

Pues bien, no pide el letrado de la parte actora prueba alguna sobre tal extremo, lo que no obsta para tener presente que a los folios 9460 y 9461 del expediente administrativo consta que la promotora comunicó a la Dirección Xeral de Enerxía e Minas el 29.04.19 el inicio de las obras, lo que se ratifica con los documentos siguientes, así como con la documentación que el letrado de la codemandada ha aportado en la pieza de medidas cautelares, consistente en un informe pericial de 09.11.19, con documentación adjunta, que acredita que la promotora ya había iniciado las obras en esa fecha, precedida de la suscripción de contratos con distribuidoras de energía eléctrica en el año 2016 y del abono de licencias municipales en los años 2009 y 2019, así como de pagos a los titulares de terrenos necesarios para el acceso entre los años 2005 y 2019, de lo que se presume que la ocupación de los terrenos para comenzar las obras (no afectó el posterior incremento de superficie afectada por la servidumbre de vuelo, al compensarse con la de protección eólica), se demoró por tales causas.

Así pues -sin olvidar lo antes señalado a propósito de que la caducidad de la DIA no es automática, sino que debe declararse previa audiencia y prueba de que se sobrepasó la fecha contemplada en la autorización-, no comparte este magistrado el argumento de que se había sobrepasado el plazo de cinco años de caducidad a que se refiere el artículo 14 del TRLEIAP, pero tampoco el siguiente argumento de la ineficacia de la DIA por no haber comenzado la ejecución del proyecto en el plazo de cuatro años contados desde su publicación, a que se refiere el artículo 43 de la LEA, ya que -como se ha advertido en el segundo punto de este voto discrepante-, tal precepto no era aplicable por razones temporales, como recogió su disposición transitoria primera, ni tampoco se aplicaba el plazo previsto en aquel precepto, que tampoco era básico con arreglo a lo contemplado en su disposición final octava.

No obstante, de acuerdo con esta última disposición, sí se aplicaba al proyecto que aquí interesa el apartado 3 de la transitoria primera, según la cual "las declaraciones de





impacto ambiental publicadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley perderán su vigencia y cesarán en la producción de los efectos que le son propios si no se hubiera comenzado la ejecución de los proyectos o actividades en el plazo máximo de seis años desde la entrada en vigor de esta ley”, en cuyo supuesto, el promotor debería iniciar de nuevo el trámite de evaluación de impacto ambiental del proyecto conforme a lo establecido en ella.

Por lo tanto, con arreglo a esa norma, nada impedía que se dictara el acuerdo gubernativo de 27.06.19 para aprobar la modificación del proyecto sectorial, pues el legislador nacional había extendido la vigencia de todas las declaraciones de impacto ambiental por un plazo de seis años a contar desde el 12.12.13, siempre que dentro de él hubieran comenzado las obras, como fue el caso de las del parque eólico de Oribio. Como complemento de ello, no se puede olvidar que la disposición transitoria cuarta de la Ley 5/2017, de 19 de octubre, de fomento de la implantación de iniciativas empresariales de Galicia, también otorgaba un plazo de cuatro años para que los titulares de autorizaciones para instalar parques eólicos obtenidas antes de la entrada en vigor de esa ley (el 26.10.17), pudieran solicitar la autorización de explotación, vencido el cual sin que la hubieran solicitado, se podría incoar un procedimiento de revocación, con audiencia de sus titulares.

En definitiva, por un lado, la promotora había comenzado las obras antes del transcurso del plazo de 12 meses señalado en la autorización, pero también dentro del plazo fijado en la ley básica estatal, todo ello sin olvidar que la caducidad que la demanda denuncia no opera automáticamente, sino tras declararse expresamente luego de tramitar el oportuno procedimiento, con audiencia de la interesada y la práctica de la prueba que acredite la voluntad inequívoca de ésta de no iniciar la instalación autorizada, por lo que, contrariamente a lo que concluyó la sentencia de la que discrepo, para mí los dos primeros motivos de nulidad relacionados con la caducidad de la DIA y de la aprobación del proyecto sectorial no podrían ser acogidos.

QUINTO.- En segundo y tercer lugar, sostiene la demanda que el acuerdo impugnado que modificó el proyecto de parque eólico y el sectorial de incidencia supramunicipal no resulta jurídicamente viable, puesto que infringía la normativa de protección paisajística, del Camino de Santiago y de la Red Natura 2000; en particular cita lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 11 de la Ley 7/2008, de 7 de julio, de protección del paisaje de Galicia, el Decreto 119/2016, de 28 de julio, que aprobó el Catálogo de los paisajes de Galicia, que incluyó el de la sierra de Oribio en el “Área de especial



interés paisajístico O Courel”, el artículo 32 (antes 31) de la LAECEFCAG, así como el Decreto 227/2011, de 2 de diciembre, que aprobó la delimitación del Camino de Santiago. Los letrados de las adversas coinciden en que esas normas no eran aplicables por razones temporales, así como que el acuerdo gubernativo de 28.05.09 que aprobó el proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio ya fue objeto de ratificación mediante sentencia de esta sala de 12.06.13.

Para resolver estas cuestiones debo comenzar por hacer una referencia a la ley de aprovechamiento eólico, que recogía en su título IV el procedimiento de autorización administrativa de las instalaciones de parques, que se abría con el artículo 27, que disponía que, entre otras actuaciones, precisaban autorización administrativa previa la construcción, la explotación y la “modificación sustancial” de parques eólicos, pero no concretaba lo que debía calificarse como modificación sustancial, ni contemplaba otro procedimiento que el de autorización para instalar nuevos parques; por su parte, su artículo 31 (luego 32) excluía de la implantación de parques eólicos los espacios naturales declarados como zonas de especial protección de los valores naturales para formar parte de la Red Natura 2000, con arreglo a la normativa vigente en cada momento. No obstante, tal ley tuvo varias modificaciones, de la que ahora interesa referirse a la operada por la Ley 5/2017, de 19 de octubre, cuya exposición de motivos justificó tal reforma en la necesidad de racionalizar, coordinar y liberalizar el sector eólico para su desarrollo continuado, pero “con un escrupuloso respeto a la Red Natura 2000”; también se hizo eco de la necesidad de modificar el procedimiento de autorización, que ya no se iniciaba de oficio, sino a instancia de la interesada, y de regular los supuestos y requisitos que debían concurrir para que procediera el reconocimiento de una modificación no sustancial del proyecto, que no estaba contemplada en el texto original. No obstante, la disposición transitoria tercera de esa ley hizo una previsión sobre los procedimientos en tramitación de solicitud de cualquier tipo de autorización administrativa (la que aquí interesa se había solicitado el 03.04.17), según la cual, las promotoras tendrían un plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor de la ley (el 26.10.17), para manifestar expresamente si deseaban optar porque su solicitud se siguiera tramitando por el procedimiento anterior o por el nuevo previsto en esa ley, con la advertencia de que si no manifestaran tal opción en tal plazo, se entendería que deseaban continuar con la tramitación prevista en “la normativa vigente en la fecha de presentación de la solicitud”; en caso contrario, la propia disposición





establecía que se conservarían determinados actos y trámites ya realizados, pero siempre a requerimiento de la promotora. Pues bien, no consta en el expediente administrativo que la promotora hubiera manifestado en plazo su propósito de acogerse al nuevo sistema, pero sí consta que el 26.10.18 presentó una documentación para interesar que la modificación pretendida se calificara como no sustancial, sin mencionar procedimiento alguno, a lo que no puso ninguna objeción la Dirección Xeral de Enerxía e Minas, hasta el punto de que finalmente la calificó de esa forma en su resolución de 05.02.19, con cita expresa de los apartados del artículo 37 de la ley de aprovechamiento eólico en la redacción dada por la ley de 2017.

A pesar de que la promotora no optó expresamente por encauzar su solicitud por el nuevo procedimiento, no considero improcedente que ese centro directivo tomara como criterios los que se establecían en el artículo 37 para determinar que la modificación pretendida no tenía carácter sustancial, ya que el texto originario contenía una laguna en ese sentido que era necesaria colmar para tomar la determinación de si necesitaba o no la autorización contemplada en su artículo 27.1; en igual sentido se expresaba el nuevo artículo 38, que indicaba en su apartado 2 que, en el caso de que las modificaciones no fueran sustanciales y así se reconociera por la dirección general competente en materia de energía, continuarían siendo eficaces las autorizaciones administrativas previas y de construcción de parques eólicos ya reconocidas.

En este punto tengo que volver a lo indicado en el punto segundo, a propósito de que la referida ley de aprovechamiento eólico contemplaba en su disposición transitoria cuarta que el Decreto 302/2001 seguiría siendo de aplicación para todos los parques eólicos que fueron admitidos a trámite en órdenes de convocatoria formuladas al amparo de esa legislación, lo que era el caso del de Oribio, que contaba con una autorización que nunca se dejó sin efecto, ni se declaró caducada, por lo que podía ejecutarse, sin que le fuera de aplicación la prohibición contemplada en el artículo 32 (antes 31) de la nueva ley de aprovechamiento eólico para los "nuevos aerogeneradores" que se fueran a ubicar dentro de la zona de la Red Natura 2000.

Precisamente por eso, la resolución del director xeral de Enerxía e Minas de 05.02.19 que calificó la modificación como no sustancial se remitió al cumplimiento de las condiciones establecidas en la resolución de 31.05.07, así como a las otras cuatro que seguidamente enumeró. Con todo, y ya que el letrado de la actora afirma con acierto que la zona donde se autorizó la ubicación del parque eólico estaba calificada como Lugar de Importancia Comunitaria denominado "Ancares-Courel",



que luego integró la Red Natura 2000, debe recordarse que ya fue objeto de valoración para la protección de su flora y fauna, previa la aprobación del proyecto en el año 2009, con la conformidad de esta sala en la repetida sentencia dictada cuatro años después.

En cuanto a la ley de 2008 de protección de los paisajes, el artículo 11 a que se refiere el letrado de la asociación demandante, entiendo que tampoco se aplicaba, pues iba dirigido a los proyectos que debieran someterse al procedimiento de declaración de impacto ambiental, lo que era el caso, pues se estaba en presencia de una modificación del ya aprobado al que le sería de aplicación la normativa anterior, de conformidad con lo dispuesto en su disposición transitoria primera.

Finalmente, en lo que concierne a la afección del modificado al Camino de Santiago, no reprocha el letrado de la actora que el parque eólico de Oribio pasara por tal camino, lo que prohíbe el artículo 78 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia, y antes el artículo 11 de la Ley 3/1996, de 10 de mayo, de protección de los caminos de Santiago, sino que no se realizó el estudio preciso que exige la instrucción 2.5.4 dictada en desarrollo del Decreto 227/2011, para evaluar los efectos e impactos potenciales sobre tal camino y proponer las medidas correctoras para evitar su deterioro. Tampoco comparte esta sala la conclusión a que llega ese letrado, pues consta a los folios 6400 a 6404 del extenso expediente administrativo el informe de la Dirección Xeral de Patrimonio Cultural de 30.07.18 que indicó que la traza del Camino de Santiago se situaba en su punto más próximo a unos dos kilómetros de las obras del parque eólico y en la línea límite de amortiguamiento contemplada en los artículos 13 y 76.5.c) de la primera ley citada; con todo, se le requirió a la promotora una documentación que presentó previamente a la resolución de 05.02.19 que consideró que la modificación interesada no era sustancial.

Así pues, los dos motivos de nulidad que acabo de analizar tendrían que correr la misma suerte desfavorable que los precedentes.

SEXTO.- Por razones lógicas, no entra la sentencia de la que discrepo a analizar el siguiente motivo de nulidad a que se refiere el letrado de la asociación recurrente, acerca de que, sea o no ser legal la resolución de 05.02.19 que calificó la modificación pretendida como no sustancial, sí es ineficaz, al no haberse publicado, a cuyo efecto apela a lo dispuesto en el artículo 34.4 de la LAEG, que impone la publicación de las resoluciones que aprueban las autorizaciones previas de las instalaciones, de cuyas resultas considera que también deben publicarse las de modificación de los proyectos.





De nuevo debo compartir lo argumentado por los letrados de las codemandadas acerca de que si bien es verdad que tal precepto obliga a publicar la resolución de la autorización administrativa previa, nada exige a propósito de su modificación no sustancial, que es a lo que se refiere su artículo 38, cuyo apartado 6 sólo impone que tal resolución se comunique a los departamentos competentes en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente, como así se hizo, al igual que a la promotora interesada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativa común de las administraciones públicas, tal y como consta a los folios 6677 a 6686 del expediente administrativo.

SÉPTIMO.- En quinto lugar sostiene la demanda que la construcción del parque afecta al hábitat predominante en la zona, en concreto a las "breixeiras secas europeas" declaradas de interés comunitario, así como al área potencial de distribución del oso pardo y del área prioritaria de distribución de águila real, especies ambas declaradas en peligro de extinción mediante Decreto 88/2007, de 19 de abril, regulador del Catálogo gallego de especies amenazadas.

No prueba el letrado de la actora tal afectación negativa, pero se remite a un informe que obra en el expediente para amparar su postura, lo que también hacen los letrados de las adversas para apoyar las suyas, de modo que nada impide que se atienda a tales documentos, que deben ser valorados ahora por esta sala, como señalan las SsTS de 20.01.97 y 02.11.99.

Así, apela el letrado de la actora a que los efectos adversos al hábitat y a las especies que en él se encuentran se reconoció en el informe de la Dirección Xeral de Conservación da Natureza de 04.02.16 que obra a los folios 3412 a 3431 del expediente administrativo, lo que supondría la necesidad de elaborar una nueva DIA, como también lo avala el artículo 46.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, para evitar el deterioro de esos hábitats naturales y de las especies que se encuentren en los espacios de la Red Natura 2000.

Lo primero que se debe recordar es que la DIA se aprobó antes de la emisión de ese informe y de la aprobación del catálogo de especies amenazadas y de la ley citada, sin olvidar que fue avalada en sentencia firme de 12.06.13. No obstante, nada impide que, dentro del procedimiento de modificación del proyecto, sea preciso adoptar medidas más rigurosas para proteger el medio, dada su naturaleza evolutiva, si bien no debe olvidarse que la modificación pretendida se calificó como no sustancial, acorde con sus condiciones técnicas, y que el resultado final redujo las afecciones originales al minorar la superficie afectada por el parque eólico, su impacto visual,



su nivel de ruido y su altura (con la reducción de las colisiones de las palas con las aves en vuelo).

En concreto, sobre la presencia del águila real se pronunció en su informe de 01.02.17 la Dirección Xeral de Conservación da Natureza (folios 3473 a 3488), que concluyó que "no se conocen territorios con presencia de ejemplares de águila real incluidos en el área de afección potencial del proyecto, y tampoco existen en ese área territorios con parejas reproductoras", lo que se corroboró en el posterior informe de 27.06.18 de la Dirección Xeral de Patrimonio Natural (folios 6391 a 6397), sin que en ninguno de ellos se hiciera especial referencia a la presencia de otras especies vegetales o animales en el área de afección, como las "breixeiras secas europeas" o los osos pardos, de modo que como no consta otra prueba que la documental del expediente administrativo y la unida al escrito de contestación de la codemandada, el presente motivo de nulidad tampoco podría ser acogido.

OCTAVO.- Finalmente, sostiene la demanda que el acuerdo impugnado es contradictorio con la propuesta autonómica de promover la candidatura para que la Ribeira Sacra y las sierras de Oribio y del Caurel sean declaradas la séptima reserva de la biosfera de Galicia, lo que supone la necesidad de cumplir los objetivos de conservar los recursos genéticos, especies, ecosistemas y paisajes, el desarrollo económico y humano sostenible y el apoyo logístico a las actividades de investigación, educación ambiental, capacitación y vigilancia, así como a respetar lo dispuesto en los artículos 70 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y 80 de la Ley 5/2019, de 2 de agosto, del patrimonio y de la biodiversidad de Galicia, sobre las medidas de conservación de la Red Natura 2000.

Uno de los campos de la promoción del uso sostenible del patrimonio natural y de la biodiversidad son las reservas de la biosfera españolas que, según la exposición de motivos y el artículo 68 de la ley estatal antes indicada, constituyen un subconjunto de la Red Mundial de Reservas de la Biosfera, del Programa MaB (Persona y Biosfera) de la UNESCO, a cuyos objetivos se refiere su artículo 69, a lo que añade que su potenciación se basa en el hecho de que constituyen un modelo de gestión integrada, participativa y sostenible del patrimonio y de los recursos naturales, con los objetivos básicos de conjugar la preservación de la biodiversidad biológica y de los ecosistemas, con un desarrollo ambientalmente sostenible que produzca la mejora del bienestar de la población, potenciando la participación pública, la investigación, la educación en la integración entre desarrollo y medio ambiente, y la formación en nuevas formas de mejorar esa integración. De acuerdo con ello, su artículo 70 dispone





que deberán contar, como mínimo, con una ordenación espacial integrada por una o varias zonas núcleo de la Reserva que sean espacios naturales protegidos, o LIC, o ZEC, o ZEPA, de la Red Natura 2000, con los objetivos básicos antes señalados y que cuenten con el adecuado planeamiento de ordenación, uso y gestión que potencie básicamente tales objetivos.

Pues bien, como he indicado al comienzo, la demanda afirma con acierto que el parque eólico de Oribio se ubica dentro del Lugar de Importancia Comunitaria Ancares-Courel de la Rede Natura 2000, reconocido por el Decreto 72/2004, que se calificó posteriormente como Zona de especial conservación en el Plan director de la Rede Natura 2000, aprobado por Decreto 37/2014, reglamento que, como bien refieren los letrados de las codemandadas, prohíbe en su artículo 23.2.a) que en el territorio delimitado por el ámbito comprendido en él (Red Natura 2000), autorizar nuevos aprovechamientos industriales de energía eólica, y, coherente con ello -y con lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la ley de aprovechamiento eólico de 2009-, su artículo 60.3.d).2º declara como usos y actividades prohibidos la implantación de nuevos parques eólicos. Al respecto se tiene que recordar que la primera norma que impuso esa prohibición fue el artículo 31 (luego 32) de la ley de aprovechamiento eólico, al que siguieron los preceptos reglamentarios que se acaban de citar, que prohíben que en el territorio delimitado por el ámbito comprendido en él (Red Natura 2000), se puedan autorizar nuevos aprovechamientos industriales de energía eólica.

Pero esa prohibición -que se tiene que interpretar en la forma restrictiva que exige el artículo 4.2 del Código civil-, no era aplicable a los parques ya autorizados, como también se infiere de forma clara de lo dispuesto en el artículo 7.2.c) de la ley estatal de evaluación ambiental de 2013 que, según lo ya indicado, es básico y exige en determinados supuestos una evaluación de impacto ambiental simplificada para la modificación de las características de los proyectos definidos en sus anexos I (grupo 9.a).7º) y II (grupo 10) que afecten a los Espacios Protegidos Red Natura 2000, con la advertencia de que podían estar "autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución".

En suma, nada impedía modificar el proyecto del parque eólico de Oribio, aunque estuviera emplazado en la Red Natura 2000 y no se hubiera comenzado a ejecutar, siempre que estuviera autorizado, ni existe tampoco la incongruencia que el letrado de la actora denuncia finalmente en su demanda, por lo que este último motivo de nulidad tampoco podría ser acogido y, con ello, tendría que haberse desestimado la totalidad del recurso.

A Coruña, a 11 de diciembre de 2020.



Firmado: don Juan Carlos Fernández López.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extendiendo y firmando la presente certificación.

En A CORUÑA, a quince de diciembre de dos mil veinte.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ

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 perjuicio, cuando proceda.

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

