



Roj: **STSJ GAL 1482/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:1482**

Id Cendoj: **15030330032016100142**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **16/03/2016**

Nº de Recurso: **7611/2011**

Nº de Resolución: **233/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00233/2016

PONENTE: D. JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRIGUEZ

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7611/2011

RECURRENTE: GALICIA VENTO II S.L.

ADMINISTRACION DEMANDADA: CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA

CODEMANDADA: NORVENTO S.L., FERGO GALICIA VENTO-PEE S.L., PUENTENGASA S.L., HERCULES S.L.U., EOLICA GALENOVA S.L., BELTAINÉ RENOVABLES S.L., FENOSA WIND S.L., ALDESA ENERGIAS RENOVABLES S.L., FERROLTERRA RENOVABLES S.L., SIGENERA S.L., ESTELA EOLICIA S.L., NIEBLAGEN 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

ILMO.SR PRESIDENTE :

JULIO CIBEIRA YEBRA PIMENTEL

ILMOS.SRES.MAGISTRADOS :

JULIO CIBEIRA YEBRA PIMENTEL

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRIGUEZ

En A CORUÑA, a 16 de marzo de 2016.

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7611/2011 interpuesto por el Procurador D. LUIS SANCHEZ GONZALEZ y dirigido por el Letrado D. GUILLERMO GONZALEZ DE OLANO en nombre y representación de GALICIA VENTO II, S.L., contra Resolución de la Consellería de Economía e Industria de 7-6-11 que desestima recursoalzada contra resolución de 20-12-10 de aprobación de relación de anteproyectos de Parques Eólicos seleccionados al amparo de la Orden de 29-3-10 para la asignación de 2.325 mw de potencia, modalidad de nuevos Parques Eólicos en Galicia de Nuevos Parques Eólicos de Galicia. Ha sido parte demandada CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, dirigido por el LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA. Comparece como parte codemandada NORVENTO S.L., FERGO GALICIA VENTO-PEE S.L., PUENTENGASA S.L., HERCULES S.L.U., EOLICA GALENOVA S.L., BELTAINÉ RENOVABLES S.L., FENOSA



WIND S.L., ALDESA ENERGIAS RENOVABLES S.L., FERROLTERRA RENOVABLES S.L., SIGENERA S.L., ESTELA EOLICIA S.L., NIEBLAGEN S.L., representados por el PROCURADOR D^a MARIA JESUS GANDOY FERNANDEZ; D. JOSE CERNADAS VAZQUEZ; D^a MONTSERRAT BERMUDEZ TASENDE; D^a MARTA DIAZ AMOR; D^a MARIA ANGELA OTERO LLOVO; D. JOSE MARTIN GUIMARAENS MARTINEZ; D. JUAN LAGE FERNANDEZ CERVERA; D^a PILAR CASTRO REY; D. DIEGO RAMOS RODRIGUEZ; D^a CRISTINA MEILAN RAMOS; D. JOSE MARTIN GUIMARAENS MARTINEZ; D. LUIS ALBERTO DEQUIDT MONTERO y dirigidos por el LETRADO D. FRANCISCO GARCIA **GOMEZ DE MERCADO**; D. JESUS FRANCISCO VAZQUEZ MAYO; D. FRANCISCO MATEOS CASQUERO; D. GONZALO BARRIO GARCIA; D. GONZALO BARRIO GARCIA; D. FRANCISCO MATEOS CASQUERO; D^a. MARIA ELENA CALLEJA MARTIN; D^a. LIDIA HURTADO HERRERIA; D. JOAQUIN DE FUENTES BARDAJÍ; D. EDUARDO PEREZ VILA; D. CESAR PEREZ MALDONADO; D. CARLOS PEREZ BOUZADA.

Siendo PONENTE el Magistrado Ilmo. D. JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRIGUEZ.

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 pertinentes, 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.

TERCERO.- Habiéndose recibido el asunto a prueba y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para la votación y fallo del recurso el día 11 de marzo de 2016, 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.- A través del presente recurso contencioso-administrativo se impugna resolución de 7 de junio de 2011 por la que se desestima recurso de alzada contra la de 20 de diciembre de 2010 de la Dirección Xeral de Industria, Energía e Minas por la que se aprobó la relación de anteproyectos de parques eólicos seleccionados al amparo de la Orden de 29 de marzo de 2010 para la asignación de 2.325 MW de potencia en la modalidad de **nuevos parques eólicos en Galicia**.

La parte actora fundamenta el recurso en los motivos siguientes: **Indebida** exclusión (en base al art. 6.1 de la Orden de 29 de marzo de 2010) de su anteproyecto de Parque Eólico denominado "Sierra de Órrea", pues el contenido de ese artículo provoca una conclusión diferente, como expone en su escrito de demanda, y también **indebida** exclusión de la Actuación Industrial denominada "aprovechamiento energético de la biomasa mediante gasificación" incluida en el Plan de Naturaleza Industrial aportada por la misma, pues (tal exclusión) se fundamenta en la indebida catalogación de la citada actuación como una instalación encuadrada en el grupo B.6 del art. 2.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuando dicha instalación a su juicio debe encuadrarse en el grupo A.1.3 del mismo cuerpo legal.

La Administración demandada (teniendo según Decreto de 29 de enero de 2015 por de resolución de 3-12-2014 contestada la demanda, solo a efectos del completo del expediente) se opone a la pretensión actora por los siguientes motivos: Del informe del completo del expediente se extrae que el recurrente incurrió en claro error que no se trata de un simple error material, cuya rectificación debiera dar lugar no a la mera exclusión de tres aerogeneradores, sino a la reformulación del proyecto entero, con perjuicio para los demás concurrentes, sin que sea deber de dicha Administración advertir que hay errores en los proyectos presentados, sino que es deber de los concurrentes poner la debida diligencia en la confección de los mismos. En segundo lugar resulta también del completo del expediente que la actuación "aprovechamiento energético de la biomasa mediante gasificación", la misma debe ser catalogada en el Grupo B6 del RD 661/07, como instalación de biomasa, por ser conforme no solo a su denominación, sino también a su naturaleza y fin: la producción de energía eléctrica usando como combustible biomasa. Las referencias al invernadero son escasas y sin repercusión alguna, pues ni reflejan gastos ni previsión de ingresos de los mismos, por lo que su exclusión es correcta.

En cuanto a las codemandadas en dicho Decreto de 29 de enero de 2015 se acordó la CADUCIDAD del derecho de NORVENTO, S.L, FERGO GALICIA VENTO-PEE S.L, KAEKIAS EÓLICA S. A, BELTAINÉ RENOVABLES S.L.,



SIGENERA S.L., NIEBLAGEN S.L., y por perdido el trámite de contestación a la demanda *en su totalidad*, así como la CADUCIAD DEL DERECHO DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA **RESPECTO DEL COMPLETO EXPTE**, a FENOSA WIND S.L., ESTELA EÓLICA SL y PUENTEGASA SLE, teniéndose por contestada la demanda, según consta en autos.....

En efecto en tal Decreto se contiene que en este recurso por resolución de fecha 3-12-14, se les concedió un plazo de 11 días para que las que se habían personado contestasen simultáneamente a la demanda completa de expediente, poniéndose de manifiesto el mismo en Secretaría, sin que, desde que le fue notificada la resolución, hayan presentado escrito alguno de contestación, ni efectuado alegaciones, NORVENTO, S.L, ESTELA EÓLICA, S.L., FERGO GALICIA VENTO-PEE, S.L, PUENTEGASA, S.L, KAEKIAS EÓLICA S. A, BELTAINE RENOVABLES, S.L., FENOSA WIND S.L., SIGENERA S.L., NIEBLAGEN S.L., y por las representaciones de Fenosa Wind SL, Ferrolterra Renovables SL, Puentegasa SL y Estela Eólica SL, se han presentado por todas ellas escritos de contestación según consta en autos. Y con fecha 10 y 23 de diciembre se presentaron escritos de contestación a la demanda en su totalidad por parte de Eólica Galenova SL y por parte de Hércules S.L.U, Aldeasa Energías Renovables SL y Ferrolterra Renovables SL. sendos escritos de contestación al completo, verificándose por todos ellos el traslado conferido por la resolución de 3-12-2014 y con fecha 19 de diciembre la mercantil Galicia Vento II SL, presentó escrito de alegaciones a la contestación de la demanda presentada por la mercantil Torre de Hércules SL.

De los respectivos escritos se extraen los motivos de oposición siguientes: con carácter principal la inadmisibilidad del recurso de la actora por no acreditar su legitimación para recurrir, al no acompañar ni siquiera copia de los estatutos sociales que le habiliten para su interposición y con carácter subsidiario su disconformidad con los motivos de la demanda.

SEGUNDO.-Sobre la inadmisibilidad por falta de acreditación de legitimación para interponer el recurso, como causa de oposición al mismo, que por algunas codemandadas (Eólica Galenova SL y Torre de Hércules S.L.U.) se formula, ha de rechazarse, pues tal y como indica el demandante en su escrito de oposición, que presentó el 19 de diciembre de 2014, obra en autos, documento nº 5 en el que se constata que el poderdante Humberto, en su condición de administrador solidario de la sociedad recurrente, nombrado en la propia escritura de constitución de 9 de julio de 2010, certifica con fecha 7 de septiembre de 2011 el acuerdo de interponer el recurso a nombre de dicha sociedad, adjuntando incluso a ese escrito de alegaciones de 19 de diciembre de 2014 copia de la escritura de constitución y de los estatutos de la Sociedad que lo legitiman, lo que exige entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo que en él se suscita.

TERCERO.- Sobre el fondo del Asunto, los motivos de *inadecuación a derecho de la exclusión de la solicitud del Parque Eólico denominado "Sierra de Órrea" del concurso eólico y de inadecuación a derecho de la indebida exclusión de la Actuación Industrial denominada "aprovechamiento energético de la biomasa mediante gasificación" incluida en el Plan de Naturaleza Industrial aportado sobre los que la recurrente GALICIA VENTO II, S.L.* pretende se REVOQUE la resolución recurrida, y se RETROTRAIGA el procedimiento de selección de anteproyectos de dicha zona en los términos que SUPLICA, han de rechazarse a la vista del resultado de la prueba practicada.

Si en su escrito de **demanda** expone que el presente recurso tiene como fundamento los mismos argumentos que se plantearon en su día, en el recurso de alzada, y que a su juicio no resultaron desvirtuados, al contrario en la resolución desestimatoria del mismo se pretende justificar los errores en que incurrió la Comisión de Valoración, y en muchos casos, para justificar dicha actuación contradiciendo los propios criterios de la primitiva resolución objeto del recurso de alzada, **en el de conclusiones** sostiene que se ha constatado que, en el contexto del "concurso eólico" derivado de la Orden de 29 de marzo de 2010, formuló solicitud de autorización de PE... y del mismo modo que a su juicio se ha probado que la Comisión de valoración en su reunión de 7 de octubre de 2010 establece como criterio de valoración a los presentes efectos... "6. Os parques eólicos que teñan aerogeneradores situados **fora das ADES** desbotaránse do proceso de selección por aplicación do artigo 6.1", confer acta nº NUM000, que obra al f. 444.

Esto es (que) adopta expresamente el criterio de eliminar y excluir directamente del proceso de selección aquellos parques eólicos que tengan todo o PARTE de sus aerogeneradores fuera de las ADES, sobre la base de ese artículo.

Del mismo modo- añade- se constató que la Resolución recurrida (FD 4º) sigue tal criterio y en particular su Anexo II (causa 2 que señala). En definitiva es el hecho de que parte de los aerogeneradores se encuentran fuera de la ADE señalada con el número 10 en base a ese artículo de la Orden citada, así lo manifiesta expresamente la Comisión, lo establecen los informes existentes y se recoge en la resolución combatida.

A su juicio, pues, cometió dicha Comisión *error* en cuanto a la concreta interpretación de ese precepto, extralimitando por tanto sus facultades, ya que si el mismo, que transcribe, establece como criterio general



que las subestaciones y los aerogeneradores de los parques eólicos presentados a concurso deben ubicarse dentro de la delimitación geográfica de las ADEs y sobre la base de esa regla establece única y concretamente dos posibles consecuencias a su incumplimiento: 1) si una subestación de un PE solicitado, se encuentra fuera de la delimitación..., el PE en su conjunto quedará excluido del proceso de selección y 2) Si *uno o varios aerogeneradores* de un PE..., se sitúan fuera de la delimitación de la ADE, solo se excluirán los aerogeneradores afectados del proceso de selección, **la norma es clara y no necesita a su juicio ningún tipo de interpretación** . . . se excluirán expresamente dichos aerogeneradores del proceso de valoración, pero el RESTO debe ser objeto de esa valoración y no de exclusión automática, tal y como pretende la Comisión y establece la resolución recurrida, adicionando que ninguna codemandada ha cuestionado este extremo, por lo que el acuerdo referido de su reunión de 7 de octubre es contrario al art. de la Orden de 29 de marzo de 2010 y contrario a derecho.

Recuerda a mayores que las posibles exclusiones de PE solicitados a concurso *en modo alguno pueden dejarse a criterio interpretativo o discrecional de la Comisión* ; muy al contrario las condiciones, criterios y normativa expresamente establecidas en dicha Orden resultan de obligado cumplimiento por mandato imperativo de la misma, y si por parte de las codemandadas se ha manifestado que la verdadera razón de la exclusión de su solicitud del PE "Sierra de Órrea" está en el hecho de que la POLIGONAL ENVOLVENTE de dicho PE se encuentra fuera, *a su juicio se ha constatado que este aspecto no es así* , ya que tanto la subestación como los aerogeneradores son los que enmarcan y condicionan la poligonal de una determinada solicitud de PE, pero si en aplicación del art. 6.1 citado se excluyen de valoración y se suprimen los aerogeneradores ubicados fuera, AUTOMÁTICAMENTE la poligonal del PE se adapta (se debe adaptar) a los propios límites de dichas ADEs, **sin que este hecho suponga una reconfiguración diferente del parque eólico primitivo** .

Otra interpretación resultaría contraria a la lógica y al mandato del citado artículo. De hecho esta es la interpretación expresamente adoptada por la Comisión en su reunión de 7 de octubre de 2010, en el punto. 3.3 en el que acuerda: "en los casos en los que la poligonal envolvente del parque definida por el solicitante exceda de la poligonal que delimita la ADE se ajustará el exceso de la poligonal envolvente a la poligonal envolvente de la ADE a los efectos de aplicar los requisitos de la Orden contenidos en el art. 6.1."- confer f. 444. Luego, difícilmente puede ser excluida la solicitud de PE porque su poligonal se encuentre fuera de la poligonal de la ADE.

Manifiesta también que por las codemandadas se ha venido defendiendo discrecionalidad de la Comisión en cuanto a los aspectos técnicos, sin embargo, a su juicio, **no han de confundirse** las facultades de interpretación técnica de la Comisión sobre aquellos aspectos técnicos que las solicitudes pudieren presentar- aspecto que no cuestiona y a su juicio es válida y dispone de solvencia jurídica-, *con una evidente extralimitación* de facultades derivada de una interpretación normativa de los tasados criterios valorativos que se derivan de la Orden de convocatoria, en la que a su juicio aquí incurre la Comisión, por lo que no solo inaplica el art. 6.1 sino también el art. 9.1 de aquella Orden así como el art. 35 de la Ley 8/2009 y 54.2 de la Ley 30/1992 , premisas que reducen su función a verificar los requisitos de capacidad de los solicitantes y a evaluar sus solicitudes de acuerdo con los criterios de selección de las propias normas que regulan la convocatoria, normas que por un lado ha de respetar la resolución recurrida en su integridad y por otro la discrecionalidad técnica que pudiere sustentar el criterio de la Comisión y aquí la resolución recurrida se aparta de las mismas, pese a ser un elemento reglado y la Comisión no solo comete una restricción arbitraria con la exclusión de su solicitud sino que modifica los elementos básicos del concurso y afecta o trata de forma desigual a los solicitantes, condicionando el resultado final del concurso e incluso las obligaciones a las que están sometidas los adjudicatarios. Luego en modo alguno nos encontramos ante un ejercicio de discrecionalidad técnica propia de un órgano de selección como es la Comisión de valoración.

CUARTO.- Si la primera de las cuestiones que señala, pues, la recurrente es *la relativa a que solo tres de los catorce aerogeneradores se encuentran fuera de la poligonal de la ADE*, lo que a su juicio determina que deban excluirse éstos, *más no el Parque , del informe a que el complemento del expediente remitido se refiere puede extraerse la corrección de la exclusión del PE Serra de Órrea* , dado que la recurrente incurrió en un claro error material o de fondo en la presentación de su solicitud de autorización en el marco del referido PE, el cual no ha de confundirse con una mera omisión de datos o de circunstancias, como el nombre y domicilio social o número de identificación fiscal de la entidad y por supuesto la persona que le represente; los hechos, razones y peticiones que se han de concretar con claridad en la solicitud de autorización ni con la obligación acompañar los documentos *preceptivos* , pues si ese escrito de solicitud no reuniera tales datos legalmente exigibles ni acompañare los documentos preceptivos, el órgano competente sí debiere en base a lo dispuesto en el art. 71 de la Ley 30/1992 , requerir a quien la hubiere firmado para que en el plazo de 10 días *subsane la falta de esos datos o acompañe los documentos preceptivos con apercibimiento de que, si así no lo hiciera, se archivará el expediente* .



Obviamente han de considerarse solo subsanables los defectos de que adolezcan las solicitudes en relación con los requisitos de contenido que se establecen por tanto en el art. 70. No resultan, sin embargo, subsanables los defectos sustantivos, materiales o de fondo, como ha venido reconociendo la jurisprudencia del TS.

Por tal motivo no solo *no cabe* su rectificación, como pretende la entidad recurrente, dado que **no sería suficiente con excluir los tres aerogeneradores**, << fin de reformular el proyecto entero >>, visto el error cometido en el proyecto, que reconoce en su escrito de demanda, folio 8 in fine y 9 ab initio, cuando manifiesta que es un hecho evidente e incuestionable que deviene lógicamente de un error **propio** " en la identificación de las UTM de los vértices de la poligonal de la citada ADE ", el cual ha conducido obviamente a los órganos técnicos del proceso, en el ejercicio de su potestad de valoración, a que le haya excluido por entender que su oferta vulnera una condición o requisito básico de la convocatoria del concurso de referencia, como es *que la envolvente poligonal*, ya fuere originaria o *rectificada* -previa baja de los aerogeneradores mal ofertados-, *no se ubicaba correctamente en la ADE*, lo que por aplicación de lo dispuesto en la ley 8/2009, implica la exclusión de tal oferta, al entrar en contradicción con la previsión legal existente.

En ese sentido el informe de la Dirección Xeral de Industria, Enerxía e Minas señala que "debido a que la localización de la poligonal y de las posiciones de los aerogeneradores parten de unas coordenadas erróneas con la eliminación de las máquinas fuera de la ADE habrá que hacer una reformulación del anteproyecto original, lo que supondría la formulación de un nuevo parque y no sería simplemente la corrección de un posible error material.

El propio anexo II de la Orden rectora del concurso establece que las poligonales envolventes deben estar de forma íntegra en las ADEs y a mayor abundamiento no podrán estar en ningún punto *a una distancia menor a 200 metros de ningún aerogenerador del parque propuesto*. Esa distancia que señala la Orden de convocatoria viene justificada en el PSEG, en coordinación con el que se ha de integrar *la base del concurso en cuyo tenor literal se ampara la recurrente, al entender que es, no la adaptación automática de la poligonal del Parque a la poligonal de la ADE en aplicación del acuerdo de la reunión de 7 de octubre de 2010 sino la distancia mínima a esa poligonal de la ADE la que ha de tenerse también en cuenta*, al ser a partir de ella cuando el ruido de un aerogenerador- efecto doppler- deja de tener carácter molesto y es hasta susceptible de confundirse con el viento.

QUINTO.- Luego tales datos no evidencian una actuación de la Comisión en relación al criterio de exclusión, *fuera de contexto, en la que se haya extralimitado de sus facultades en el marco de lo que se viene denominando margen de discrecionalidad técnica*, (cuya validez y solvencia jurídica no resulta cuestionada incluso por la propia recurrente), y de que fuere más allá de una función de interpretación meramente técnica de los criterios legales y tasados contenidos tanto en las bases reguladoras del concurso eólico como en las normas legales de aplicación, ya que conforme a criterio jurisprudencial del TS, que esta Sala comparte, entre otras, sentencias, en la de 18-1- 2012, el núcleo de esa teoría, como la denomina la recurrente, lo constituye el juicio de valor técnico, emitido por el órgano calificador debido a la presunción de acierto de que goza y se le presume por su preparación especializada, y que consecuencia de ello es que dicho juicio técnico solo es susceptible de revisión o control jurisdiccional tan solo cuando consten errores ostensibles o evidentes perceptibles sin necesidad de conocimientos especializados, como son los constatables con simples comprobaciones sensoriales o criterios de lógica elemental o común y en este caso que se enjuicia ya se deja razonado que los errores en que se fundamenta la pretensión actora no evidencian el desconocimiento del poder razonable que se presume en el órgano evaluador, pues nada en ese sentido deja acreditado.

Se pone de manifiesto también en demanda que el PE "Serra de Órrea" ha sido excluido a diferencia de otros 59 que, **en idéntica situación**, no lo han sido cuando se señala que " *pretender justificar que cincuenta y nueve solicitudes se deben a un mero error de definición de la poligonal y, por el contrario, defender que la solicitud formulada por mi representada no es fruto de error alguno, cuando menos supone una extralimitación de facultades sumamente sorprendente, más si cabe cuando las consecuencias en uno y otro caso, son radicalmente diferentes* ", si bien ha de tenerse en cuenta que el tratamiento dado a la aquí recurrente ha sido, como no podía ser de otro modo, idéntico al dado a las empresas. Así en el anexo IX. Síntese da situación final dos parques eólicos tras a análise dos requerimientos técnicos, obrante a los folios 1292 y ss del EA puede constatar que únicamente dos empresas presentaron su solicitud con la subestación transformadora (SET) fuera de la poligonal o aerogeneradores fuera de la ADE. Y esas dos empresas fueron ENERGIN RODONITA GALICIA, S.L.- concretamente su PE. Monte Cacho-, folio 1302 del expediente y GALICIA VENGO II, S.L. en concreto el PE Serra de Órrea, folio 1309 del expediente, como se aprecia en la documentación que obra en autos, resultando luego los dos parques excluidos, tal y como se desprende del Anexo II de la resolución recurrida, folio 2353 y página 21.008 del DOG de 28 de diciembre de 2010. Luego no se atisba un trato discriminatorio o perjudicial para la aquí recurrente.



SEXTO.- El segundo motivo en que articula su pretensión y por tanto **la segunda de las cuestiones que suscita la recurrente** versa sobre la inadecuación a derecho de la indebida exclusión de la actuación industrial denominada "aprovechamiento energético de la biomasa mediante gasificación" incluida en el Plan de la Naturaleza industrial aportada por la misma.

Dicha exclusión tuvo su fundamento en considerar que esa instalación que se deriva de la actuación industrial propuesta, se encontraba incluida en el grupo B.6 del art. 2.1 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuando a su criterio dicha instalación por sus específicas condiciones debe incluirse, sin ningún género de duda en el grupo A.1.3 del mismo cuerpo legal, consiguientemente debe ser inevitablemente valoración, pues así la define el art. 7 de la citada Orden de 29 de marzo de 2010, de donde extrae que la planta de biomasa, que se plantea como actuación industrial, en modo alguno puede catalogarse como una planta de biomasa al uso, esto es de mera generación de energía eléctrica sino como una planta de cogeneración propia ya que, con independencia de la producción de energía eléctrica que se deriva de la misma, supone también una producción de energía calorífica que utilizará el calor excedente de la refrigeración y de los gases de escape de la planta, para la actuación industrial. Esto es, **el invernadero de legumbres** que se plantea como actividad propia, utilizará el calor excedente de la refrigeración y de los gases de escape de la planta de biomasa, aprovechando así el proceso energético en su totalidad, aspecto que recoge la propia Comisión (reunión de 28 y 29 de septiembre de 2010, confer folio 373 del EA e informe IGAPE de 17 de noviembre de 2010, folio 1908) y en particular la Subcomisión del IGPE, que valoró para tal Comisión los Planes de Naturaleza Industrial y es trasladado incluso a la resolución recurrida. En ese sentido, pues, la Comisión identifica la actuación industrial promovida como una instalación de Biomasa clasificada en el grupo B6, pero a su juicio comete un error, en vista de la definición de las instalaciones de ese grupo en el art. 2.1 del RD 661/2007, en la que nada se dice en cuanto a la posible producción o cogeneración de energía eléctrica y calorífica para el proceso industrial.

El mismo artículo define las del grupo A.1.3, definición a la vista de la que no existe duda alguna de que la instalación industrial que plantea la actora debe incluirse en el mismo por tratarse de una instalación destinada a la cogeneración de energía eléctrica y energía calorífica, utilizando combustible principal de biomasa forestal y por ello no se encuentra sometida al régimen de concurso público para su autorización, principal motivo por la que -reitera- en su momento fue excluida, si bien es lo cierto que la Administración y en particular esa Comisión disponía de elementos suficientes para determinar e identificar el tipo de instalación de que se trata.

Obviamente tales afirmaciones resultan desacreditadas por la pericial rendida en autos por el ingeniero técnico industrial Don Anibal, que parte del supuesto de que la instalación de referencia debe encuadrarse en el grupo B6 del Real Decreto 661/2007, sin que la censura que sobre dicha pericial vierte sea óbice a ese aspecto discutido, como es la clasificación de la instalación de referencia, al no cumplir a juicio de ese perito los condicionantes para la clasificación que se pretende, a la vista de todo el proyecto examinado por él, que, pese a lo señalado por la recurrente, no funda su conclusión en la no disponibilidad de algunos datos, sino precisamente en que el proyecto no se acomoda a lo que sería propio de una actividad a calificar en el grupo que pretende.

SEPTIMO.- Sobre costas del Procedimiento. De conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LXCA en su versión vigente en el momento de presentar la demanda, no se aprecian circunstancias que determinen la expresa imposición de costas procesales a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que, con rechazo de la causa de inadmisibilidad opuesta de falta de legitimación activa de la actora, debemos no obstante desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo número 7611/2011 interpuesto por GALICIA VENTO II, S.L, contra resolución de 7 de junio de 2011 por la que se desestima recurso de alzada contra la de 20 de diciembre de 2010 de la Dirección Xeral de Industria, Energía e Minas por la que se aprobó la relación de anteproyectos de parques eólicos seleccionados al amparo de la Orden de 29 de marzo de 2010 para la asignación de 2.325 MW de potencia en la modalidad de **nuevos parques eólicos en Galicia**, sin especial mención en cuanto al pago de sus costas procesales.

Notifíquese a las partes haciéndole saber que contra la misma cabe **recurso de casación ordinario** establecido en el art. 86 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dentro del plazo de **diez días** computados desde el siguiente a su notificación, que se preparará ante esta Sala, a medio de escrito con los requisitos del art. 89 de dicha Ley, para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Asimismo, podrá interponer contra ella cualquier otro recurso que estime adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y



consignaciones de este Tribunal (**1578-0000-85 -7611-11 - 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.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a Ponente D/ña JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRIGUEZ , al estar celebrando audiencia pública la Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ