

**Id. Cendoj:** 28079130032011100189  
**Organo:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Tipo de Resolución:** Sentencia  
**Fecha de resolución:** 10/05/2011  
**Nº Recurso:** 3623/2010  
**Ponente:** MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil once.

**VISTO** por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación número 3623/2010, interpuesto por PRODUCTORA DE ENERGÍA EÓLICA SA (PRODENE SA), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Nuria Munar Serrano, contra el Auto de fecha 30 de abril de 2010 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, en la pieza separada de suspensión del recurso número 627/2009. Ha sido parte recurrida la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ORNITOLOGÍA, representada y defendida por la Procuradora D<sup>a</sup> Maria Rosario Castro Rodrigo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo número 627/2008, interpuesto por la Sociedad Española de Ornitología, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, dictó Auto de 30 de abril de 2010 en la pieza separada de suspensión, por el que desestimaba el recurso de súplica interpuesto por PRODENE contra el Auto de 30 de julio de 2009 por el que estima la medida cautelar solicitada por la "Sociedad Española de Ornitología (SEO)" acordando la suspensión de la ejecutividad de la Resolución del Viceconsejero de Economía de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León de 14 de diciembre de 2006, por la que se otorga autorización administrativa del Parque Eólico "Sance" en el término municipal de Riello (León).

**SEGUNDO.-** Contra los referidos autos, la representación procesal de "Productora de Energía Eólica SA", preparó recurso de casación que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, tuvo por preparado al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 13 de julio de 2010, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el cual expuso los siguientes motivos de casación:

Único: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción por infracción de las normas del ordenamiento jurídico -artículo 130 LJCA- y de la jurisprudencia relativa a la adopción de medidas cautelares. Y alega que los autos impugnados no son ajustados a Derecho, y ello por dos razones -íntimamente relacionadas- (i) porque infringe la jurisprudencia de esa Excm. Sala relativa al "*fumus bonis iuris*", (ii) la relativa al "*periculum in mora*" y a la ponderación de intereses motivada en cada caso.

Terminando por suplicar dicte Sentencia por la que, de conformidad con el artículo 95 de la LJCA, se estime el recurso formulado por la recurrente al amparo del artículo

88.1.d), por infracción del artículo 130 de la LJCA y de la jurisprudencia aplicable y, en consecuencia, case la sentencia recurrida y levante la suspensión de la eficacia de la autorización administrativa para la instalación del Parque Eólico Salce.

**CUARTO.-** Admitido el recurso de casación, la representación procesal de la "Sociedad Española de Ornitología" presentó escrito de oposición al recurso en fecha 4 de febrero de 2011 en el que suplica dicte sentencia por la que desestime íntegramente dicho recurso de casación, confirmando el Auto de instancia, con expresa condena en costas a los recurrentes en casación.

**QUINTO.-** Por providencia de 23 de febrero de 2011, se nombro Ponente a la Excm. Sra. Magistrada Doña Maria Isabel Perelló Doménech, y se señaló para votación y fallo el día 26 de abril de 2011, fecha en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** En este recurso de casación se impugna por la entidad "Productora de Energía Eólica SA" los Autos dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de fechas 31 de julio de 2009 y 30 de abril de 2010, este último desestimatorio del recurso de súplica contra el anterior que acordó la suspensión del acto objeto de impugnación.

Este acto administrativo que es objeto de suspensión a través de la medida cautelar adoptada por la Sala de instancia es la resolución del Viceconsejero de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León de 14 de diciembre de 2006, que tras la

declaración de Impacto Ambiental, concede a la entidad mercantil "Productora de Energía Eólica SA" -PRODENE- autorización administrativa para la instalación de un parque eólico en la localidad de Riello (León). La Sala de instancia accede a la suspensión interesada por la entonces recurrente, la sociedad Española de Ornitología (SEO/Birdlife) con fundamento en las siguientes razones jurídicas que se exponen en los fundamentos jurídicos segundo y tercero del primero de los Autos mencionados que son del siguiente tenor literal:

*<<SEGUNDO.- Es procedente la adopción de la medida cautelar de suspensión de la Resolución impugnada puesto que de no adoptarse la instalación litigiosa podría llevarse a cabo y, en caso de una sentencia estimatoria, su ejecución sería prácticamente imposible, teniendo en cuenta, además, la apariencia de buen derecho de la pretensión de la parte recurrente (SS.del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1990, 10 de noviembre de 1992, 14 de marzo de 1994 y 10 de octubre de 2007, entre otras, y sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1993) que se aprecia de modo ostensible en este momento procesal -lo que se indica a los efectos de resolver este incidente, sin perjuicio, por tanto de lo que se diga en su día en la sentencia que se dicte-.*

*En este sentido ha de señalarse que falta desde un punto de vista ambiental una "adecuada evaluación", a la que se refiere el art. 6.3 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, del proyecto de parque eólico autorizado por la Resolución impugnada al no examinarse en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) "simplificada" llevada a cabo por la Delegación Territorial de León de la Junta de Castilla y León la incidencia de los otros proyectos de parques eólicos -hasta 20 se mencionan por la parte actora- previstos en las inmediaciones del autorizado por dicha Resolución. A esto ha de añadirse que no se contempla en la DIA formulada por esa Delegación Territorial la ubicación de la central donde se va a evacuar la energía generada, haciéndose únicamente mención a que la conexión del parque con el sistema eléctrico está previsto realizarla mediante una línea eléctrica aérea de alta tensión a 132 KV ó 220 kV, según las disponibilidades de la zona, sin que se precise este punto en el proyecto, lo que ha de considerarse insuficiente desde un punto de vista ambiental -lo que se indica a los*

*solos efectos de este incidente, como se ha dicho-, como se señala en la reciente sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2009, dictada al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm.2 de León de 14 de abril de 2008 , dictada en el P.O.núm.34/04.>>*

*<<TERCERO.- No impide la medida cautelar de suspensión de la Resolución impugnada la alegación formulada por la representación de PRODENE de que esa Resolución "ya ha sido ejecutada", lo que no está acreditado -y esto no resulta de su alegación de haberse presentado el proyecto de ejecución-, y tampoco el interés público de las instalaciones eléctricas al que se refiere asimismo esa representación, pues el interés público prevalente no es tanto esas instalaciones sino que las mismas se realicen de acuerdo con las previsiones legales, toda vez que el principio de eficacia de la actuación administrativa ha de efectuarse siempre "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", como establece el art.103 de la Constitución, lo que aquí no acontece por las infracciones apreciadas en la Resolución impugnada, lo que se indica, como se ha reiterado, a los solos efectos de este incidente.>>*

Formulado por la Administración Autonómica recurso de suplica, es desestimado por la Sala de instancia con sustento en las razones que se expresan en el fundamento jurídico primero del Auto de 30 de abril de 2010:

*<< El recurso de súplica interpuesto por el Procurador D.José María Ballesteros González, en la representación que ostenta, contra el auto de esta Sala de 30 de julio de 2009, que adoptó la medida cautelar solicitada por la parte actora de suspensión de la ejecutividad de la Resolución impugnada del Viceconsejero de Economía de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León de 14 de diciembre de 2006, por la que se otorga autorización administrativa del Parque Eólico "Sanlce" en el término municipal de Riello (León), ha de ser desestimado por los motivos que exponen a continuación.*

*En efecto, concurre el supuesto de "periculum in mora", pues de no adoptarse la medida cautelar se producirían perjuicios de difícil reparación al modificarse la realidad física existente con las infraestructuras y la instalación de los aerogeneradores previstos en el acto impugnado, afectando a las aves, alterando su hábitat, pudiendo también producir la mortandad de las mismas por colisión con esos aerogeneradores, como se ha indicado por la parte demandante, y concurre también la apariencia de buen derecho de esa parte, como se dijo en el auto impugnado. En este aspecto ha de reiterarse que falta desde un punto de vista ambiental una "adecuada evaluación", a la que se refiere el art.6.3 del RD. 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir y garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, al no examinarse en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) simplificada llevada a cabo la incidencia de los otros proyectos de parques eólicos -20 se mencionaban por la parte actora- previstos en las inmediaciones del aprobado por la Resolución impugnada. Y tampoco se contempla en esa DIA la ubicación de la central donde se va a evacuar la energía generada.*

*Frente a lo que se alega en el recurso de súplica, no se dice en el auto impugnado que cada parque eólico tenga que tener una línea eléctrica a la que evacue la energía producida, sino, como se ha indicado, que no se contempla en este caso en la DIA formulada la ubicación de la central donde se va a evacuar la energía generada, que es distinto. Podría decirse que en este caso, como se ha indicado por la parte actora en su escrito de oposición al recurso de súplica, haciendo referencia a lo señalado en la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2009, al parque eólico al que se refiere la Resolución impugnada no se autosuficiente para cumplir la finalidad que le es propia.>>*

**SEGUNDO.-** Contra las referidas resoluciones se formula por Productora de Energía Eólica SA recurso de casación al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción del artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional y de la jurisprudencia que los interpreta. Sostiene esta entidad que los Autos impugnados no se ajustan a derecho pues infringen la jurisprudencia de esta Sala relativa al *fumus boni*

*iuris* , al *periculum in mora* , y la adecuada ponderación de intereses. Seguidamente, pasa a detallar cada uno de estos aspectos, para concluir que una correcta interpretación de los intereses concurrentes lleva a la improcedencia de la suspensión cautelar.

Como se observa de la fundamentación antes expuesta, la Sala de instancia considera que procede la adopción de la medida de suspensión, puesto que en caso contrario, esto es, de no acogerse, la instalación litigiosa podría llevarse a cabo y en el caso de que se dictara una Sentencia favorable su ejecución devendría ya imposible. Para ello advierte la ausencia, desde la perspectiva ambiental, de una "adecuada evaluación" del proyecto eólico al no contemplarse en la Declaración de Impacto Ambiental la incidencia de otros proyectos de parques en las inmediaciones, y de la ubicación de la central donde se va evacuar la energía generada. Esta insuficiencia del proyecto se reitera en la ulterior resolución desestimatoria de la súplica en la que se subraya la relevancia de estos singulares aspectos omitidos en la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental, constatación que conduce a confirmar la medida adoptada.

Frente a esta apreciación jurídica opone la recurrente la trasgresión de la doctrina sobre el *fumus boni iuris* , pues, a su entender, la Sala ha entrado a realizar una interpretación excesivamente amplia de este elemento que supera los límites jurisprudenciales, entrando indebidamente a prejuzgar el fondo del asunto a través de la valoración de la prueba sobre el contenido de la Declaración de Impacto Ambiental, valoración propia del procedimiento principal y no de la medida cautelar, creando así una situación de indefensión material, al anticiparse ciertamente la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada.

Sobre el *periculum in mora*, y la ponderación de intereses se afirma que la Sala de instancia únicamente ha procedido a valorar el interés público ambiental, obviando en su ponderación que la garantía del suministro eléctrico es un interés general, según ha declarado esta Sala en diversas ocasiones, con cita de nuestra Sentencia de 14 de mayo de 2008, a lo que añade la jurisprudencia que exige que la afección a las aves

por parte del parque eólico sea grave. En este caso -se dice- el parque eólico no se encuentra en zona protegida y no existen especies en peligro de extinción, de manera que no puede prevalecer el interés medioambiental sobre el general en el suministro eléctrico, sobre todo cuando los perjuicios invocados no se acreditan ni se identifican mínimamente. Por ello, se concluye, al no ponderar adecuadamente el interés general en el suministro de garantía eléctrica se infringe el artículo 130 de la LJCA y la jurisprudencia que lo interpreta.

**TERCERO** .- El único motivo de casación no puede tener favorable acogida. La referencia que se hace en el recurso a la doctrina del "*fumus bonis iuris*" no presenta fundamento, pues como se desprende de lo anteriormente expuesto, la Sala sustenta su decisión de acceder a la suspensión al considerar evidente y verificable que se han omitido en la Declaración de Impacto Ambiental elementos esenciales del proyecto eólico autorizado, cuales son, la incidencia de otros proyectos similares cercanos al contemplado y la indeterminación de la ubicación de la central que permite la evacuación de la energía eléctrica, aspectos relevantes y necesarios para que, a juicio de la Sala, el parque eólico sea "autosuficiente" para cumplir la finalidad que le es propia.

Y este *déficit* advertido y sus consecuencias sobre la autorización administrativa, que coinciden con lo manifestado por la propia Sala en su anterior sentencia firme de 10 de junio de 2009, constituye una apreciación razonable y objetiva de una importante irregularidad en la tramitación de la autorización del proyecto que justifica desde la perspectiva cautelar -a la que se limita el conocimiento- la decisión de dar lugar a la petición de suspensión de la ejecución de la resolución autorizatoria.

Frente a esta apreciación razonada y razonable, basada en datos objetivos obrantes en autos, no cabe aceptar, según se afirma, que nos hallemos ante la valoración anticipada de una prueba que corresponde a los autos principales, ello en la medida que el órgano judicial examina la viabilidad de la medida comprobando el material obrante en el expediente a la luz de las alegaciones de las partes. Singularmente, la Sala constata desde la óptica cautelar, las omisiones en la declaración de Impacto



Ambiental puestas de manifiesto por la entidad recurrente en la instancia, la Sociedad Española de Ornitología, omisión que pone en relación con su anterior criterio sobre esta cuestión, para acceder a la medida interesada. La propia Sala de lo contencioso subraya e insiste en que dicha apreciación lo es tan solo a los efectos cautelares, es decir, ceñida a la perspectiva que es propia de este tipo de tutela, y no se verifica una extrapolación de esta consideración a otros ámbitos. Es decir, dichas apreciaciones que se realizan en una pieza cautelar pueden ser desvirtuadas en el correspondiente período probatorio en el que con plenitud de medios, la parte ahora recurrente tendrá oportunidad de contradecir a través de la aportación de nuevos datos las valoraciones vertidas a estos exclusivos efectos de viabilidad de la medida

Por lo demás, tampoco cabe acoger las alegaciones que giran en torno al *periculum in mora*, pues bajo tal invocación se critica la razonable ponderación de los intereses en conflicto realizada por la Sala de instancia, afirmando, desde una subjetiva perspectiva, que frente a la protección medioambiental debía prevalecer el interés general de la garantía de suministro eléctrico. Esta censura dirigida al criterio mantenido en los autos impugnados no presenta fundamento toda vez que la Sala valora correcta y razonablemente los intereses en juego atribuyendo a cada uno de los contrapuestos su correspondiente valor específico y alcanza la conclusión coherente de que es interés prevalente el que las instalaciones proyectadas se ajusten a las previsiones legales.

La recurrente minimiza en su recurso la trascendencia de la protección ambiental para defender un genérico interés público, como es el de la garantía de suministro eléctrico, que considera prevalente entendiéndose prevalente. No obstante, y aún cuando en algún supuesto de distinta índole, hemos considerado este interés como prevalente (ATS de 21 de octubre de 2008, recurso número 617/2007) concluimos que en el caso enjuiciado la ponderación expuesta por la Sala es equilibrada y razonable y obedece a la constatación de graves irregularidades en la tramitación del expediente y sus eventuales efectos perjudiciales en el medioambiente derivado de la instalación del parque eólico, y responde, en lo sustancial a nuestros parámetros jurisprudenciales en torno a la interpretación de la justicia cautelar.

**CUARTO.-** La desestimación del motivo del recurso lleva consigo la imposición de costas a la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## **FALLAMOS**

NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por PRODUCTORA DE ENERGÍA EÓLICA SA (PRODENE SA), contra el Auto de fecha 30 de abril de 2010 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, en la pieza separada de suspensión del recurso número 627/2009. Imponiendo a la parte recurrente las costas de este recurso

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.-

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.