



Roj: **STSJ GAL 6193/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:6193**

Id Cendoj: **15030330032020100245**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **11/12/2020**

Nº de Recurso: **7342/2019**

Nº de Resolución: **311/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00311/2020

PONENTE: D. FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7342/2019

RECURRENTE:ASOCIACION AMBIENTAL E CULTURAL PETON DO LOBO 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 7342/2019 interpuesto por el Procurador D^a. LAURA LORENZO ARCEO y dirigido por el Letrado D^a. ANA MARTINA VARELA VELO en nombre y representación de ASOCIACION AMBIENTAL E CULTURAL PETON DO LOBO contra Resolución de 4-7-19 de la D. Xeral de Enerxía e Minas, de la Consellería de Economía, Emprego e Industria, por la que se hace público el acuerdo del Consellode la Xunta de Galicia de 27-6-2019, que aprueba la modificación de aprobación definitiva del Proyecto Sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio, y de las disposiciones normativas contenidas en dicho proyecto, publicado en el DOG num. 154 de 14 de agosto y contra la aprobación del correspondiente documental ambiental en el que

se sustenta la actual aprobación del proyecto. 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. José Cernadas Vázquez y dirigido por el Letrado D.Carlos Seoane Domínguez.

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 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.- No 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 diciembre 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 Ambiental e Cultural Petón do Lobo impugna la Resolución de la Dirección Xeral de Enerxía e Minas de 4-7-2019, que publica el Acuerdo del Consello da Xunta de 27-6-2019 que aprueba la modificación de la aprobación definitiva del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del Parque Eólico de Oribio y de sus disposiciones normativas, DOG un. 154, de 14 de agosto y

2

contra la aprobación del correspondiente documental ambiental en que se sustentan; pretendiendo que se declaren tales disposiciones no conformes a derecho, anulándolas y dejándolas sin efecto, con mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas e imposición de costas (suplico de la demanda), para en conclusiones, tras la alegación de la Xunta, en su contestación, retirar la petición sobre las medidas cautelares, toda vez que las mismas finalizan cuando se pone fin al procedimiento (art. 132 LJCA).

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

3

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 gatoferneta", 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 Consejo de 21-5-1992, de conservación de hábitats 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. Roman , 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

4

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 perpetuam" , "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

5

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 perpetuam" 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

6

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 prevía 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.

7

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 de 30-9-2011 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

8

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

9

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 Hábitats 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

10

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 posibilitase 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 perpetuam" 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

11

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.

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:

12

Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACION AMBIENTAL E CULTURAL PETON DO LOBO

contra la Resolución de 04.07.19 DE LA D.XERAL DE ENERXIA E MINAS, DE LA CONSELLERIA DE ECONOMIA. EMPREGO E INDUSTRIA, POR LA QUE SE HACE PÚBLICO EL ACUERDO DEL CONSELLO DE LA XUNTA DE GALICIA DE 27.06.2019, QUE APRUEBA LA MODIFICACIÓN DE APROBACIÓN DEFINITIVA DEL PROYECTO SECTORIAL DE INCIDENCIA SUPRAMUNICIPAL DEL PARQUE EÓLICO DE ORIBIO, Y DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS CONTENIDAS EN DICHO PROYECTO, PUBLICADO EN EL DOG Nº 154 DE 14 DE AGOSTO Y CONTRA LA APROBACIÓN DEL CORRESPONDIENTE DOCUMENTO AMBIENTAL EN EL QUE SE SUSTENTA LA ACTUAL APROBACION DEL PROYECTO.; 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 (1578-0000-85-7342- 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.

13

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 7342/2019.

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.- 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

14

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.

Ese fue el acuerdo que impugnó la asociación a través de este PO 7342/2019, en cuya demanda se pretendió su anulación, por haber vulnerado la normativa sobre parques eólicos de Galicia, que prohíbe emplazarlos en los espacios protegidos por la Red Natura 2000, por no haberse tratado de una modificación no sustancial, por la insuficiencia ambiental y falta de actualización de la DIA, por no haberse publicado el texto del modificado, por no haberse sometido el texto a una evaluación ambiental simplificada, por vulnerar la normativa sobre biodiversidad y de conservación de los hábitats y de la flora y fauna silvestres, por no haberse justificado el interés público y social del modificado del proyecto, por vulnerar la normativa sobre clasificación urbanística, por la posible caducidad del proyecto y por la incidencia de las nuevas normas sobre el texto aprobado.

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

15

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 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 luego dio lugar al texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de

11 de enero, 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

16

naturales culturales, científicos o educativos de los espacios naturales en régimen de protección general.

Considero 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, 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 Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; 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

17

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.

Debe recordarse 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 aquélla en la misma fecha que

18

ésta, resulta imposible ponderar su procedencia. En todo caso, tengo que recordar que la declaración de impacto ambiental 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.

En todo caso, 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, 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. No obstante, a partir de ahí, y una vez que entró en vigor la ley gallega sobre aprovechamiento eólico que introdujo, por primera vez, la autorización de nuevos parques en los espacios protegidos por la Red Natura 2000, solicitó la promotora en dos ocasiones modificar el proyecto autorizado, la segunda de las cuales dio lugar al acuerdo de ese órgano colegiado de 27.06.19, que es el que el letrado de la actora pretende que sea anulado por los vicios que le precedieron.

TERCERO.- A pesar de que la demanda no planteó como motivo de nulidad la caducidad de la DIA de 12.08.05, sino la "posible caducidad del proyecto de ejecución", la sentencia de 11.12.20 de la que discrepo consideró que aquélla había caducado y que estaba obsoleto que en modo alguno comparto.



En efecto, he hecho antes referencia al artículo 14 del TRLEIAP, 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. Es muy importante 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, debo recordar igualmente algo muy relevante que la sentencia de la que discrepo omite, que es la constante y pacífica jurisprudencia 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 concurren, 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, para mí no cabe duda que la autorización para instalar en parque eólico de Oribio podría caducar, pero previa el dictado de una resolución que así lo acordara. Con todo, 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 que antes he 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.

Se olvida la sentencia de la que discrepo que 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 pidió 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 incorporó 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 presumo 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 ni la sentencia de 11.12.20, ni el argumento de la demanda acerca 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 sobre 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 he indicado 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.

Todas estas cuestiones las ignora la sentencia de la que discrepo y entiendo que es fundamental no olvidar la norma transitoria que acabo de reproducir, con arreglo a la cual, nada impedía que se pudiera dictar 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, tampoco 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, entiendo que la promotora no sólo había comenzado las obras antes del transcurso del plazo de 12 meses señalado en la autorización, sino también dentro del plazo fijado en la ley básica estatal, todo ello sin olvidar que la caducidad que la demanda denuncia y que acogió la sentencia de la que discrepo, 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 entiendo que los dos primeros motivos de nulidad relacionados con la caducidad de la DIA y de la aprobación del proyecto sectorial no debieron ser acogidos en la sentencia de 12.12.20.

CUARTO.- Paso a continuación a referirme al argumento de la demanda acerca de si la modificación del proyecto era o no sustancial y el grado de afecciones que suponía su ejecución al espacio y a los recursos naturales, con la consecuencia de que se tenía que haber sometido el proyecto a la evaluación ambiental ordinaria o, en su caso a la simplificada y en cualquier caso a una evaluación ambiental estratégica.

A la modificación de los proyectos se refieren las dos leyes citadas en el segundo punto de este voto discrepante; la de aprovechamiento eólico de Galicia de 2009, y la estatal de evaluación ambiental de 2013, ambas aprobadas después de la aprobación del primer proyecto sectorial, pero antes del acuerdo de modificación de 27.06.19 que aquí se impugna.

En el caso de la ley estatal de evaluación ambiental, contemplaba dos artículos que, según su disposición final octava, eran básicos: el 6 y el 7, que el letrado de las demandantes considera que fueron vulnerados. No es el caso del artículo 6, puesto que no se refiere al sometimiento de los proyectos a una evaluación ambiental estratégica, sino tan sólo para aprobar planes o programas, lo que no era el caso.

Por el contrario, como ya advertí, el artículo 7 sí se refiere a la evaluación de impacto ambiental de los proyectos, que será ordinaria cuando se introduzca cualquier modificación en las características de un proyecto consignado en el anexo I o en el anexo II, siempre que tal modificación cumpla, por sí sola, los umbrales establecidos en el anexo I (apartado 1.c); de ser ese el caso, el procedimiento ordinario de evaluación pasaría por la elaboración del estudio de impacto ambiental por el promotor, el sometimiento del proyecto y del estudio de impacto ambiental a información pública y consultas, el análisis técnico del proyecto por el órgano sustantivo y el ambiental, la formulación de la declaración de impacto ambiental y la integración de éste en la autorización del proyecto por el órgano sustantivo (artículos 33 a 44). No obstante, considero que no era este el caso, ya que la modificación pretendida no se encontraba en ninguno de los grupos contemplados en el anexo I, en particular el 9.a).7º, relativo a los parques eólicos con más de 10 aerogeneradores o

6 MW de potencia que se desarrollen en la Red Natura 2000, puesto que, como he indicado, no era suficiente con que existiera "cualquier modificación de las características del proyecto" -en el supuesto que aquí se analiza, todavía era de un parque con 12 aerogeneradores-, sino que precisaba que tal modificación cumpliera, "por sí sola", los umbrales establecidos en ese anexo, y este no era el caso, puesto que la modificación, individualmente considerada, estaba por debajo del umbral a que se refería el grupo 9.a).7º del anexo, al consistir en reducir a ocho el número de aerogeneradores del proyecto, con una potencia unitaria de 3 MW.

Y en lo que se refiere a la evaluación de impacto ambiental simplificada, se exige en el repetido artículo 7.2.c) de la LEA para cualquier modificación de las características de un proyecto del anexo I o del anexo II -distinta de las anteriores antes descritas y ya autorizadas, ejecutadas o en proceso de ejecución-, cuando puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente, entendiéndose como estos los incrementos significativos de las emisiones a la atmósfera, de los vertidos a cauces públicos o al litoral, de la generación de residuos, en la utilización de recursos naturales, al patrimonio cultural o "una afección a Espacios Protegidos Red Natura 2000", sin que en este caso se puntualice que la afección sea o no significativa; de ser así, esa evaluación simplificada se iniciaría por el promotor, proseguiría con el trámite de consultas, el informe de impacto ambiental y finalizaría con la autorización del proyecto (artículos 45 a 48). Pero tampoco era el caso, pues para que fuera obligatoria esa evaluación del impacto ambiental simplificada, no era suficiente con que la modificación pudiera afectar al espacio de la Red Natura 2000, sino que era necesario también que se tratara de un proyecto definido en los grupos de los anexos I y II, y ninguno de ellos se ajustaba al caso del parque eólico de Oribio, pues ni siquiera se aproximaba al más cercano, que era el contemplado en el grupo 10 del anexo II, referido a los proyectos que se desarrollen en la Red Natura 2000 relativos a plantas de tratamiento de aguas residuales cuando puedan suponer transformaciones ecológicas negativas para el espacio, obras de encauzamiento y proyectos de defensa de cursos naturales cuando puedan suponer transformaciones ecológicas negativas para el espacio y cualquier otro proyecto no contemplado en tal anexo que suponga un cambio de uso del suelo en una superficie igual o superior a 10 hectáreas.



En definitiva, en mi opinión no resultaban de aplicación los preceptos de la ley estatal que exigían la evaluación ambiental (ni estratégica, ni ordinaria, ni simplificada), por lo que no tiene interés referirse a las afectaciones a que se refería su artículo 7. Con todo, se debe reparar en que las afectaciones que se le impusieron en la autorización inicial de 2009 al parque eólico se veían ahora reducidas, como se consignó en la resolución del director xeral de Enerxía e Minas de modificación no sustancial del proyecto de 05.02.19, que vino precedida de los cuatro informes de los centros directivos competentes en materia de Patrimonio Cultural (30.07.18, folios 6401 a 6403), Patrimonio Natural (30.07.18, folios 6391 a 6398), Calidade Ambiental e Cambio Climático (26.09.18, folios 6414 a 6416) y Ordenación do Territorio e Urbanismo (28.11.18, folios 6548 y 6549), que no vieron las objeciones que plantean los peritos de parte de las actoras sobre el mayor impacto que a los recursos naturales les produce el aumento de longitud de las palas y de la altura de los ocho aerogeneradores, ni la afectación al patrimonio paisajístico, ni al cultural.

Por otro lado, no era aplicable al caso el artículo 11 de la ley de 2008 de protección de los paisajes, pues este va dirigido a los proyectos que deban someterse al procedimiento de declaración de impacto ambiental que aquí no procedía, según acabo de indicar, ya que 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. Por otro lado, en lo que concierne a la afección del modificado al Camino de Santiago, no cabe duda que si el parque eólico de Oribio pasara por tal camino, estaría prohibido por el artículo 78 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia (antes artículo 11 de la Ley 3/1996, de 10 de mayo, de protección de los caminos de Santiago), pero ello tampoco era el caso, como consta en el informe de la Dirección Xeral de Patrimonio Cultural de 30.07.18 que obra a los folios 6401 a 6404 del extenso expediente administrativo, 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, 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.

Y es que, como vengo indicando, lo que se aplicaba al caso era la ley gallega 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, precisaba autorización administrativa previa la "modificación sustancial" de parques eólicos, pero no concretaba en su redacción inicial lo que se debía calificar 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, con la modificación operada por la Ley 5/2017, de 19 de octubre, para racionalizar, coordinar y liberalizar el sector eólico, "con un escrupuloso respeto a la Red Natura 2000", concretó los supuestos y requisitos que debían concurrir para que procediera el reconocimiento de una modificación no sustancial del proyecto, que era el que se aplicaba al caso, ya que la solicitud que aquí interesa se presentó el 26.10.18, de modo que no se aplicaba la disposición transitoria tercera prevista para los procedimientos en tramitación de solicitud de cualquier tipo de autorización administrativa (la que aquí interesa se había solicitado el 30.01.18), 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.

Pues bien, en este caso considero que se le dio a la solicitud de 26.10.18 el trámite debido y concluyó con la calificación de la modificación interesada como no sustancial mediante resolución de la Dirección Xeral de Enerxía e Minas de 05.02.19, con la consecuencia a que se refería el artículo 38.2 de la ley, acerca de que, en el caso de que la modificación no fuera sustancial 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 debo volver a lo advertido en el punto segundo de este voto discrepante, a propósito de que la 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.



En suma, en mi opinión, los dos motivos de nulidad que aquí se han examinado deberían correr igual suerte desfavorable que el anterior.

QUINTO.- También se pronuncia la sentencia de 11.12.20 sobre la prohibición de instalar parques eólicos dentro de los espacios protegidos por la Red Natura 2000, lo que es indudablemente cierto, pero se olvida de que tal prohibición no existía en la fecha en que se autorizó el proyecto (por lo demás confirmado por esta sala) y que existía un régimen transitorio que avalaba su implantación. Ello tiene relación con el siguiente motivo de nulidad a que se refiere la demanda, acerca de que el acuerdo de 27.06.19 que se impugna vulneró 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, en relación con la autorización del proyecto en la Red Natura 2000, que contiene limitaciones y prohibiciones que afectan a los parques eólicos.

Tal red ecológica europea fue creada por el artículo 3 de esa directiva 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. Acorde con ello, su artículo 1.k) definía los lugares de importancia comunitaria como aquéllos que contribuyeran de forma apreciable a mantener o restablecer un tipo de hábitat natural o especies que ahí se contemplaban, en un estado de conservación favorable y que pudiera así 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; por ello, su artículo 3 imponía 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 sus anexos, 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 estado miembro, 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.

Finalmente, 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, trasposición que el gobierno español cumplió con la aprobación del 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.

Por lo demás, es oportuno reparar en la ficha del Plan de ordenación de recursos naturales del Espacio Natural Protegido Os Ancares O Courel, que contemplaba prohibiciones para construir nuevos parques eólicos en los espacios de la Red Natura 2000, pero tan sólo se sometió a un trámite de información pública, sin que al final llegara a aprobarse. Por el contrario, como ya he advertido al inicio de este punto, la primera norma que impuso esa prohibición fue el ya citado artículo 31 (luego 32) de la ley de aprovechamiento eólico, al que siguieron los artículos 23.2.a) y 60.3.d).2º del Decreto 37/2014, 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"; a tal advertencia hay que añadir la contemplada en el apartado 3 de su disposición transitoria primera, que condicionaba la eficacia de las declaraciones de impacto ambiental ya publicadas, a que la ejecución de los proyectos comenzaran antes del 12.12.19, por lo que hasta esa fecha no era necesario que los proyectos estuvieran "en proceso de ejecución".

No está de más recordar 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.

Finalmente, el argumento del letrado de la demandante de que no se justificó que el modificado fuera acorde con el interés público o social carece de sentido cuando la resolución de 31.05.07 que precedió al acuerdo de 28.05.09 que aprobó el proyecto original ya hizo esa valoración a efectos de poder expropiar los terrenos necesarios para emplazar el parque pretendido.

En suma, en mi opinión, 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, por lo que también se tendría que desestimar el motivo de nulidad que aquí he analizado.

SEXTO.- En la medida en que la sentencia estimó el recurso por los motivos antes indicados, no llegó a pronunciarse acerca de la vulneración de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia, así como el Decreto 80/2000, de 23 de marzo, por el que se regulan los planes y proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal, debo recordar que estos prevalecen sobre el planeamiento urbanístico, por lo que este se tiene que sujetar a las determinaciones que aquéllos impongan, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24 de la LOTG y 11.1 del Decreto 80/2000; pero tal vinculación no contradice la que el planeamiento urbanístico también debe observar respecto de la clasificación y categorización del suelo que tipifica la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, que en este caso no podía ser otra que la clasificación del suelo como rústico y su categorización como de protección de infraestructuras, a tenor de lo previsto en el artículo 43.2.e) de esa ley, que el letrado de las demandantes considera que ha sido vulnerado.



Así pues, este motivo de nulidad tampoco podría ser acogido.

SÉPTIMO.- Y tampoco se podría acoger el de la falta de publicidad del texto, cuya aprobación se publicó con referencia a su completo contenido, ni menos aún se pueden considerar las nuevas normas aprobadas tras el dictado del acuerdo gubernativo de 27.06.19 que aprobó el modificado.

En suma, de todo lo expuesto concluyo que como no se había declarado en la forma y con las garantías debidas la caducidad, la DIA estaba vigente cuando entró en vigor un precepto básico estatal (el artículo 7.2.c) de la LEA), que permitía modificar los parques eólicos situados en el espacio protegido por Red Natura 2000, aunque no se hubiera iniciado su construcción, siempre que esta tuviera lugar antes del 12.12.19 (apartado 3 de la disposición transitoria primera de esa ley, también básica), lo que está acreditado, en cuyo supuesto precisaría una evaluación ambiental tan sólo en los casos contemplados en sus anexos I y II, entre los cuales no se encontraba el parque eólico de Oribio, cuya modificación se pretendió al amparo de la norma autonómica, que la consiguió previa declaración de que no era sustancial (artículo 37 de la LAEG), tras recabarse y obtenerse los informes favorables de los centros directivos competentes en materia de protección cultural, medioambiental, de la naturaleza y de la ordenación del territorio, por lo que considero que la sentencia de 18.12.19 debió haber confirmado la adecuación a derecho del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 27.06.19, que aprobó la modificación de la aprobación definitiva del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico de Oribio, en los municipios de Triacastela y Samos (Lugo), así como de las disposiciones normativas contenidas en el mencionado proyecto.

A Coruña, a 11 de diciembre de 2020. Firmado: don Juan Carlos Fernández López.

FONDO DOCUMENTAL