



Roj: **STSJ GAL 1981/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:1981**

Id Cendoj: **15030330012017100156**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **3/2015**

Nº de Resolución: **172/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BENIGNO LOPEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA : 00172/2017

PONENTE: D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

RECURRENTE: Viraventos Energy S.L.

ADMINISTRACION DEMANDADA: Consellería de Economía e Industria

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres. D.

BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ.- Pte.

DOLORES RIVERA FRADE

JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

A CORUÑA, 29 de marzo de 2017.

En el recurso contencioso-administrativo que, con

el número 3/15, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por Viraventos Energy S.L., representada por el Procurador D. Luis ANGEL Paineira Cortizo, dirigida por el letrado D. Ricardo Mora González, *contra la desestimación por silencio administrativo por parte de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Economía e Industria, del recurso de reposición planteado frente a resolución de 29 de septiembre de 2014 (Expediente NUM000)*. Es parte la Administración demandada la Consellería de Economía e Industria, representada y dirigida por el Letrado de la Xunta de Galicia.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

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 parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en el que en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por



la que " tenga por presentado este escrito y documentos que le acompañan, y por formulada la demanda correspondiente al presente proceso, y en su día estime el mismo, declarando la responsabilidad he la Administración demandada, condenando a ésta a la indemnización de los daños comprensivos de los gastos realizados para participar en el Proceso selectivo y posterior proceso reglado de autorización para la ejecución de la obra para la instalación de los molinos generador5 de los 50MW adjudicados por la Administración demandada, que suponen un total de 2.365.277,82 €, según el detalle recogido en el anterior FJ VII; y el 10% del lucro cesante de la explotación de los 50 megawats adjudicados por resolución he 26-12-2008, que ascienden a un total de 50 MW, repartidos entre aquellos parques de "Serra da Lagoa" y de Vilouzan, suponiendo una indemnización por lucro cesante de $(56.003.601,00 \times 10\%) = 5.600.360,10$ euros, de los cuales $(8.404.987 \times 10\%) = 840.498,70$ euros corresponden al Parque eólico de Vilouzan, y $(47.598.614 \times 10\%) = 4.759.861,40$ euros corresponden al parque eólico Serra da Lagoa; que son daños efectivos individualizados para la recurrente y evaluables económicamente en la cuantía de 7.965.637,92 €; cantidades ambas que deberán ser actualizadas con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística(y más los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria; o SUBSIDIARIAMENTE declare la admisibilidad de la reclamación de responsabilidad de la Administración planteada en vía administrativa, obligando a la Administración demandada a pronunciarse sobre el fondo de la misma "

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

TERCERO .- Habiéndose recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO .- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo la de 7.965.637,90 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad Viraventos Energy, S.L. interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo por parte de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Economía e Industria, del recurso de reposición planteado frente a resolución de 29 de septiembre de 2014 (Expediente NUM000), por la que se inadmite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la aplicación de la Ley 8/2009, a través de la resolución de desistimiento dictada el 30 de diciembre de 2009 por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, una vez frustrada de forma sobrevenida la posibilidad de desarrollar las instalaciones que fueron objeto de los expedientes de autorización de los parques eólicos "Serra da Lagoa" y "Vilouzán".

En el suplico de la demanda se solicita en total la indemnización de 7.965.637,92 euros, desglosada en los siguientes importes:

- 1) 2.365.277,82 euros por los gastos de participación en el proceso de selección y posterior proceso reglado de autorización para la ejecución,
- 2) 5.600.360,10 euros por lucro cesante.

Todo ello con la actualización correspondiente al Índice de Precios al Consumo y abono de intereses.

Subsidiariamente, postula se acuerde la admisión a trámite de la reclamación administrativa y, con retroacción de las actuaciones, se declare la obligación de la Administración de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

SEGUNDO .- Tras la aprobación del Decreto autonómico 242/2007, de 13 de diciembre, por el que se regulaba el aprovechamiento de la energía eólica en Galicia, la Consellería de Innovación e Industria aprobó la Orden de 6 de marzo de 2008, por la que se determinó el objetivo de potencia máxima en megavatios a tramitar durante el período 2008-2012, y por la que se abrió el plazo para la presentación de solicitudes de autorización de parques eólicos dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En el marco de dicho procedimiento la entidad Viraventos Energy, S.L. presentó solicitudes de autorizaciones para instalación de parques eólicos, para lo que contrató a la empresa Radio Record Montajes, S.L. al objeto de que cumplimentara la tramitación de las mismas.

Por resolución de 26 de diciembre de 2008 fueron seleccionados dos anteproyectos de parques eólicos de la recurrente, con una potencia total estimada de 50 megavatios, en concreto los de "Serra da Lagoa (42 megavatios)" y "Vilouzán (8 megavatios)", con lo que se habilitaba a los promotores a continuar con el



procedimiento necesario para la implantación de los parques eólicos (PEs), mediante el procedimiento de autorización de instalaciones de PEs en un plazo de tres meses.

Para la gestión y ejecución de la implantación de los PEs, Viraventos Energy, S.L. contrató los servicios de la entidad Ceima Ingeniería, S.L., y presentó dos avales ante la Dirección General de Política Energética y Minas, por importe de 840.000 euros ("Serra da Lagoa") y 160.000 euros ("Vilouzán").

Presentada la correspondiente solicitud de autorización de los PEs, a la que se acompañaba la documentación requerida en el artículo 13 del Decreto 242/2007, se dio inicio a la tramitación de los expedientes.

Por resolución de 7 de agosto de 2009 la Consellería de Economía e Industria acordó suspender la tramitación del procedimiento seguido para el otorgamiento de las autorizaciones de las instalaciones de PEs al amparo del Decreto 242/2007, en tanto no se aprobase la nueva Ley que se estaba tramitando y, de no aprobarse antes, por el plazo de seis meses desde la publicación de dicha resolución, que se llevó a cabo en el Diario Oficial de Galicia de 14 de agosto de 2009.

Con fecha 22 de diciembre de 2009 se dictó la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, que estableció el nuevo procedimiento administrativo de solicitud, tramitación y autorización administrativa para la construcción de PEs, que sustituía al procedimiento contenido en el Decreto 242/2007.

Respecto a los procedimientos de autorización de PEs iniciados al amparo de la Orden de 6 de marzo de 2008 y del Decreto 242/2007, como a la solicitud interesada por Viraventos Energy, S.L., la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009, establece:

" 1. Las justificadas razones que motivan esta norma son causas necesarias y suficientes de interés público que determinan el desistimiento de los procedimientos de autorización de parques eólicos en tramitación instruidos al amparo de la Orden de 6 de marzo de 2008.

2. En aplicación de lo previsto en el párrafo anterior, la persona titular de la consejería competente en materia de energía, en el plazo del mes siguiente a la entrada en vigor de la ley, dictará resolución acordando, expresa y unilateralmente, el desistimiento y, en consecuencia, la finalización del procedimiento y de los trámites instruidos al amparo de la Orden de 6 de marzo de 2008.

3. El desistimiento se comunicará a los operadores económicos interesados que hayan participado en el referido procedimiento.

4. Las indemnizaciones que en su caso se deriven del desistimiento se referirán exclusivamente a los gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud siempre y cuando tales documentos no sean utilizados en las nuevas convocatorias que se produzcan al amparo de la presente ley.

5. En el plazo de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la ley la consejería competente en materia de energía dictará las resoluciones oportunas iniciando el proceso de convocatorias mencionado en el art. 28º de la presente norma".

En cumplimiento del mandato contenido en el apartado 2 de la norma anteriormente mencionada, la Consellería de Economía e Industria dictó la resolución de 30 de diciembre de 2009 acordando el desistimiento de los procedimientos de PEs en tramitación instruidos al amparo de la Orden de 6 de marzo de 2008, declarando extinguida la eficacia de la medida cautelar provisional de suspensión del procedimiento de autorizaciones de PEs acordada mediante resolución de 7 de agosto de 2009.

Viraventos Energy, S.L. impugnó dicha resolución de desistimiento, por entender que era nula al traer causa de aquella disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009 que consideraba inconstitucional, lo que dio lugar al procedimiento nº 8105/2009 seguido ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que concluyó por sentencia desestimatoria de 24 de abril de 2013 .

Antes de que hubiere transcurrido un año desde la notificación de la sentencia aludida, el 24 de abril de 2014 , Viraventos Energy, S.L. presentó ante la Xunta de Galicia reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados como consecuencia del desistimiento por parte de la Administración de los procedimientos de autorización de los PEs, reclamación que resultó inadmitida a trámite por haber transcurrido más de un año desde que se dictaron los actos administrativos que generaron los perjuicios que se reclamaban, entendiendo que resultaban irrelevantes, a los efectos de interrupción de la prescripción, tanto las previas reclamaciones en vía administrativa como el recurso jurisdiccional interpuesto anteriormente ante esta misma Sala.

Recurrida en reposición dicha decisión, la parte actora no obtuvo respuesta de la Administración a su impugnación.



TERCERO .- La Letrada de la Xunta de Galicia alega, en primer lugar, la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, porque entiende que el "*dies a quo*" para computar el plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 es la de notificación de la resolución de 30 de diciembre de 2009, por la que se acordó el desistimiento de los procedimientos de PEs en tramitación instruidos al amparo de la Orden de 6 de marzo de 2008.

Argumenta la defensora de la Administración autonómica que, de haber algún daño producido para la recurrente, que esta no tenga el deber de soportar, nacerá de la propia resolución de desistimiento del concurso eólico, dictada por imperativo de la Ley, que produce, *ipso facto*, su efecto lesivo, de ser el caso.

Por el contrario, la recurrente estima que el día inicial del cómputo de aquel plazo de un año es aquel en que le fue notificada la sentencia de 24 de abril de 2013 de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el procedimiento nº 8105/2009, porque ese es el momento en que se desvaneció cualquier posibilidad para la recurrente de obtener un pronunciamiento que permitiera la retroacción de los expedientes de autorización de los PEs de 50 megavatios promovidos al momento anterior en que le fue notificado el desistimiento, y en el que la demandante pudo conocer, en sus dimensiones fácticas y jurídicas, el alcance de los perjuicios producidos.

La Sala considera que la parte recurrente lleva razón en este aspecto, porque hasta que le fue notificada la sentencia de 24 de abril de 2013 tenía la posibilidad de que fuese anulada la resolución de desistimiento, y, por consiguiente, de que se procediese a la retroacción de los expedientes de autorización de los PEs, en cuyo caso lógicamente no se hubieran producido los perjuicios que ahora reclama. Por tanto, sólo desde ese momento se puede afirmar que se manifiesta el efecto lesivo, porque al conocer que se han frustrado sus expectativas de anulación de la resolución de desistimiento ya puede empezar a cifrar los daños y perjuicios que puede reclamar. Y es que si la recurrente reclamase sin esperar a que se dictase la sentencia que decidía la impugnación jurisdiccional de aquella resolución de desistimiento, se le podría argumentar que todavía no se le había producido daño o perjuicio alguno ante la expectativa, que todavía tenía, de que prosperase la pretensión de retroacción de los expedientes de autorización.

En ese sentido, las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2011, 25 de enero de 2013 y 4 de febrero de 2014, han declarado que el principio de la "*actio nata*" impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción mientras no se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción, interrumpiendo el plazo prescriptivo cualquier reclamación que manifiestamente aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio, a lo que lógicamente cabría añadir las actuaciones dirigidas a que ese daño no tenga lugar, como sucede con la que promovió la demandante a fin de poder desarrollar los proyectos de aprovechamiento eólico que habían sido seleccionados, lo cual incluía asimismo la solicitud de que se plantease una cuestión de inconstitucionalidad de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009, petición que fue denegada.

Al denegarse el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición transitoria 1ª, apartado 4, de la Ley 8/2009, quedó vedada la posibilidad de obtener un pronunciamiento resarcitorio en el procedimiento nº 8105/2009, reconociéndosele, no obstante, la posibilidad de reclamación por vía de la responsabilidad patrimonial, que es lo que ahora hace, razón que se añade a la anteriormente argumentada para hacer improsperable la prescripción invocada.

En consecuencia, el día 24 de abril de 2014, en que se planteó la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración, no había transcurrido aquel plazo del año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

CUARTO .- Con el objetivo de conseguir la reparación integral o plena indemnidad respecto al daño ocasionado, aclara la actora en la demanda que reclama todos los daños que le fueron generados, que se concretan en: 1º el importe de los gastos en que ha incurrido Viraventos Energy, S.L. para la instrumentación de la solicitud de autorización de los dos PEs, de conformidad con el régimen jurídico y el procedimiento establecido en el Decreto 242/2007, y 2º la pérdida patrimonial debida al indudable valor que tenían los dos proyectos, al haber superado una fase de concurrencia competitiva con otros promotores, que otorgaba a la actora un derecho exclusivo y excluyente a desarrollar dichos proyectos en las zonas proyectadas.

Es decir, la demandante considera que la limitación de la indemnización que se contiene en la disposición transitoria 1ª, apartado 4, de la Ley 8/2009, resulta improcedente, por lo que no restringe la reclamación a los gastos en que ha incurrido Viraventos Energy, S.L. para la instrumentación de la solicitud de autorización de los dos PEs, cuyos expedientes de autorización finalizaron por el desistimiento acordado unilateralmente por la Administración autonómica, sino que la extiende al valor que tenían dichos proyectos al haber superado una fase de concurrencia competitiva con otros promotores que le otorgaba un derecho exclusivo y excluyente a desarrollar dichos proyectos en las zonas proyectadas, pues el hecho de que no todos los anteproyectos



presentados fueran seleccionados, y que sólo algunos (entre ellos los de Viraventos Energy, S.L.) tuvieran el derecho de continuar con la tramitación para su implantación tiene un valor, lo que entiende la actora que supone que su pérdida por el desistimiento entraña asimismo un daño efectivo, porque argumenta que el sacrificio singular impuesto a la recurrente consiste en la imposibilidad de desarrollar los PEs previamente seleccionados.

Tras resaltar la vulneración del principio de confianza legítima generado por los actos normativos previos de la Xunta de Galicia, se afirma en la demanda que Viraventos Energy, S.L. tenía el derecho adquirido al desarrollo de los proyectos relativos a los PEs y explotación de los mismos, derivado de su participación en el procedimiento de autorización de PEs, y, en el marco de éste, la preselección de los anteproyectos relativos a los dos PEs, y la presentación de la solicitud de autorización.

En ese sentido, argumenta la demandante que, dada la naturaleza reglada del procedimiento de autorización establecido en el Decreto 242/2007, carente de toda discrecionalidad, con independencia de que las autorizaciones de instalación de PEs no hubieran llegado a materializarse por causas no imputables a los administrados, considera que su derecho a instalar y desarrollar dichos PEs, seleccionados por la Administración mediante la resolución de selección de anteproyectos, estaba previamente constituido y adquirido y, por ende, dentro de la esfera patrimonial de las empresas que, como Viraventos Energy, S.L., formularon la correspondiente solicitud de autorización.

Esta Sala, en las sentencias de 16, 23 y 30 de octubre de 2013, todas ellas de la Sección 3ª, dictadas en el seno de recursos formulados frente a la resolución de desistimiento, ha defendido la procedencia de exigir indemnizaciones por la vía de la responsabilidad patrimonial desde la perspectiva reparadora integral del daño, al margen de los términos en que las mismas se configuran en el apartado 4 de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009.

Y en las sentencias de esta Sala, también de la Sección 3ª, de 16 de septiembre de 2015 y 16 de marzo de 2016, se ha declarado que concurren los elementos precisos para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En orden a concretar la indemnización que reclama, la recurrente especifica las siguientes partidas:

- Gastos derivados de la presentación, en la primera fase del procedimiento, de las solicitudes de autorización relativas a cada uno de los dos PEs, consistentes en gastos para elaborar todos y cada uno de los documentos necesarios y dar cumplimiento a las formalidades requeridas de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 242/2007):

1) 2.365.277,82 euros por los gastos de participación en el proceso de selección y posterior proceso reglado de autorización para la ejecución, en los que se incluyen los gastos técnicos, de asalariados, papelería, gestoría, jurídicos, así como los avales constituidos para la tramitación de los Pes.

2) 5.600.360,10 euros por lucro cesante.

QUINTO .- Aparte de la alegación de prescripción de la acción, que ha sido rechazada anteriormente, en el escrito de contestación a la demanda se aduce que la sentencia sólo puede condenar a admitir a trámite la solicitud de responsabilidad patrimonial, pero no entrar a resolver sobre la cuestión de fondo, argumentando que el artículo 89.4 de la Ley 30/1992 permite a la Administración resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, afirmando que ello es lo que ha ocurrido en este caso, al entenderse concurrente el instituto de la prescripción.

Ya en cuanto a lo que propiamente constituye la cuestión de fondo, la defensa de la Administración autonómica admite como únicos gastos que se podrían llegar a incluir en el alcance de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009 los que, como propios de la primera fase, aparecen limitados a la documentación en el artículo 9 del Decreto 242/2007, no los demás.

De hecho, la Xunta se opone a los gastos de la segunda fase, por reputarlos, además de excesivos y carentes de acreditación, indebidos y fraudulentos por haberse hecho entre dos empresas vinculadas, como Viraventos Energy, S.L. y Radio Record Montajes, S.L., entendiendo que esos gastos de la documentación que habría que presentar para la autorización de los PEs, que se relacionan en el artículo 13 del Decreto 242/2007, no entran dentro del alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que aparece claramente acotada por la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009.

En todo caso, la Letrada de la Xunta fija como fecha límite para admitir los gastos de la solicitud de admisión a trámite el 30 de diciembre de 2009, fecha de la notificación de la resolución de desistimiento, negando todos los de fecha posterior.



Seguidamente, la defensora de la Administración autonómica incide en la diferencia entre la documentación de admisión a trámite que había que presentar para un anteproyecto frente a la exigible para la autorización de un parque eólico, trascribiendo a continuación, en el escrito de contestación, los artículos 9 y 13 del Decreto 242/2007, que se refieren a unos y otros.

Otras razones que esgrime la Letrada de la Xunta de Galicia para oponerse a los gastos de la segunda fase son: 1º Que no se encuentran debidamente justificados, porque debieran aportarse por la recurrente facturas acompañadas con acreditación fidedigna de pago mediante extractos o certificaciones bancarias debidamente identificados, sellados y firmados por la entidad financiera en original o copia compulsada, 2º Que se incluyen conceptos no indemnizables, como los gastos de comisiones de avales, que ninguna relación guardan con la instrumentación de la solicitud o los gastos de asesoramiento jurídico, 3º Que se producen entre empresas vinculadas, Viraventos Energy, S.L. y Radio Record Montajes, S.L., que invalidan de plano su realidad, como lo evidencia el hecho de tener ambas el mismo domicilio social y ser el Sr. Rodrigo Presidente de la primera entidad y Administrador único de la segunda y, 4º los gastos son muy superiores al valor de mercado, para lo que aporta informe elaborado por el Instituto Energético de Galicia.

Asimismo, la Administración demandada niega y rebate la reclamación en cuanto se refiere al lucro cesante.

SEXTO .- La alegación de la Xunta de Galicia, sobre la no posibilidad de resolver la cuestión de fondo, no puede prosperar, ya que, aunque el artículo 89.4 de la Ley 30/1992 prevé la posibilidad de la inadmisión de la solicitud, en primer lugar, en el caso presente no se ha dictado ninguna resolución expresa en dicho sentido, y en segundo lugar, se ha argumentado en fundamento anterior que no procede apreciar la concurrencia de la prescripción de la acción.

Resultaría paradójico que, incumpliendo la Administración su obligación de resolver expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial (artículo 42.1 de la Ley 30/1992), se viese beneficiada ahora por la demora en decidir el fondo del litigio, siendo así, además, que en el seno de este ha manifestado claramente su postura. Ello al margen de que si se accediese a la petición de la Letrada de la Xunta de Galicia se desvanecería la naturaleza jurídica del silencio negativo como ficción legal establecida en beneficio del administrado para permitirle el acceso a la vía jurisdiccional.

En consecuencia, no existe óbice alguno para entrar a decidir sobre la cuestión de fondo de este litigio.

SÉPTIMO .- Con arreglo al artículo 139.3 de la Ley 30/1992, la indemnización que corresponde a los particulares por la aplicación de actos legislativos que no tengan el deber jurídico de soportar ha de ser, en todo caso " *en los términos que especifiquen dichos actos* ", por lo que no cabe reclamar más allá de lo que se contiene en el apartado 4 de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009, que lo concreta en los " *gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud siempre y cuando tales documentos no sean utilizados en las nuevas convocatorias que se produzcan al amparo de la presente ley*".

En ese sentido, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011 (recurso de casación 260/2009) ha declarado que para que proceda la indemnización ha de existir un sacrificio patrimonial singular de derechos legítimos afectados de manera especial, mientras que la sentencia del mismo alto Tribunal de 9 de julio de 2012 (Casación 6433/2010), en relación con la responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico (que por su analogía, puede ser citada en el caso presente), ha declarado que es necesaria la patrimonialización de los aprovechamientos para la entrada en juego de este instituto.

Por su parte, la Sección 3ª de esta Sala se ha pronunciado asimismo sobre asuntos, de índole análoga al presente, de reclamación de responsabilidad patrimonial por parte de otras empresas concurrentes al mismo concurso eólico, en las sentencias de 16 de septiembre de 2015 (procedimiento ordinario 7007/2012), 16 de marzo de 2016 (procedimiento ordinario 7766/2011) y 16 de noviembre de 2016 (procedimiento ordinario 7532/2012).

De dichas sentencias son asumibles ahora los argumentos siguientes que se contienen en ellas:

" Se ha producido un evidente daño a la entidad demandante, que ha de atribuirse a la Administración, quien ha truncado el proceso de adjudicación acordando el desistimiento. Dado el carácter objetivo de la responsabilidad resulta indiferente que aquel daño obedezca a un funcionamiento normal o anormal de la Administración, y que en este supuesto, resulta ser que la Administración provocó la causa que concluye con la declaración de desistimiento de la convocatoria del concurso.

Decidido que concurren los elementos precisos para la declaración de responsabilidad, el resarcimiento, ha de comprender sin duda aquellos daños, de carácter antijurídico, que el interesado no tiene el deber de soportar, enlazados directamente a la declaración de desistimiento, a los que alude la Disposición Transitoria Primera

de la Ley 8/2009 que en su apartado 4º incorpora los criterios valorativos establecidos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La lectura del precepto permite entender que los gastos indemnizables son aquellos que se realizaron en la previa fase administrativa para poder participar en el concurso y que posteriormente devinieron inútiles, debido a la declaración de desistimiento, como no podía ser de otra manera, en cuanto se trata de gastos que han de ser asumidos como consecuencia del concurso. Y decimos que no podía ser de otra manera, porque la propia institución de la responsabilidad patrimonial exige como se sabe, que el daño sea efectivo.

La determinación singularizada de tales perjuicios indemnizables debe concretarse en todos aquellos gastos que de acuerdo con las bases del concurso exigía la presentación de la oferta, según los artículos 9 y 13 del Decreto 242/2007, de 13 de diciembre por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en Galicia, por consiguiente todos los gastos realizados para confeccionar la documentación que había de presentarse para participar en el concurso son indemnizables".

Del tenor del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 y de los argumentos anteriormente expuestos se desprende que cuando se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, como ahora sucede, no está prevista la reparación integral, sino que la indemnización será en los términos que especifiquen los actos legislativos, de modo que sólo son indemnizables los conceptos que se contienen en el apartado 4 de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009, sin que pueda hablarse de que la actora tiene un derecho adquirido a desarrollar los proyectos en las zonas proyectadas, ni tampoco de que ese derecho estuviese dentro de su esfera patrimonial, tal como exige la jurisprudencia.

Al tratar de la impugnación contra la resolución de desistimiento de 30 de diciembre de 2009 ya había tenido ocasión el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de marzo de 2016 (Recurso de Casación 4059/2013), de descartar que se pudiera hablar de un derecho adquirido una vez que una empresa hubiera sido preseleccionada en la primera fase, argumentando:

" A la vista del procedimiento descrito no puede admitirse, como pretende la parte recurrente, que las empresas que han sido preseleccionadas en la primera fase tienen un "derecho adquirido" a que se les conceda la autorización administrativa siempre que presenten la documentación administrativa pertinente dentro del plazo, afirmando, incluso que la falta de algún documento, solo podía determinar la concesión de un plazo para su subsanación.

La superación de la primera fase no determina la obtención de la autorización administrativa, aun cuando se presente la documentación necesaria, pues existe una segunda fase en la que se abre un auténtico procedimiento administrativo (con instrucción, propuesta de resolución y resolución) en el que existe un periodo de información pública con alegaciones, petición de informes técnicos, ambientales y urbanísticos y, sobre todo, la necesidad de someter el proyecto a una declaración de impacto ambiental cuya valoración positiva será requisito indispensable para el otorgamiento de la autorización administrativa y aprobación del proyecto de ejecución. Este procedimiento finaliza con una resolución administrativa que puede ser estimatoria o desestimatoria de su autorización. Es más, la falta de resolución expresa en el plazo establecido determina su desestimación.

Sostener, como pretende la parte recurrente, que en su condición de empresa seleccionada que presentó la documentación requerida dentro del plazo, tenía desde ese mismo momento el "derecho adquirido" a obtener la autorización administrativa para la instalación del proyecto de parque eólico presentado carece de respaldo normativo alguno y no responde a la realidad. Tras la superación de esa primera fase, al igual que ocurre con las empresas que no necesitan un proceso de preselección (por no superar las solicitudes la potencia máxima prevista en la orden de convocatoria, ni existir coincidencia sobre el mismo espacio territorial) deben someterse al procedimiento administrativo de obtención de la autorización para instalar y poner en funcionamiento el proyecto presentado, incluyendo la existencia de varios informes y una evaluación de impacto medio ambiental que, de ser negativa, determinaría la denegación del proyecto. Sin que sea posible confundir las memorias ambientales e informes presentados por la parte con la declaración de impacto medio ambiental realizada por el órgano competente para ello".

Y más adelante la misma Sentencia del Tribunal Supremo lo reitera al razonar:

" Tampoco se aprecia vulneración alguna de los principios de buena fe o confianza legítima pues no se han anulado derechos concedidos, como reiteradamente venimos afirmando, y los perjuicios que puedan derivarse de la terminación unilateral de los procedimientos ya iniciados viene impuesta por una decisión del legislador y como tal los daños que pudieran derivarse de la misma deben ser tratados como una responsabilidad patrimonial del legislador. A tal efecto, debe recordarse que la Ley 8/2009, de 22 de diciembre ya establece la posibilidad de indemnizar determinados daños, en los términos previstos en el art. 139.3 de la Ley 30/1992, conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera apartado cuarto...".



En base a la anterior argumentación ha de quedar excluida la reclamación en concepto de pérdida patrimonial sufrida, pues la misma no trae causa de aquellos gastos imprescindibles para la instrumentación de la solicitud, y no puede aducirse que, por el hecho de haber sido preseleccionada en la primera fase, la actora haya adquirido derecho alguno.

Tampoco pueden ser incluidos en dicho concepto de gastos imprescindibles en la instrumentación de la solicitud lo satisfecho por el coste financiero de los avales.

Dichos avales fueron otorgados, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Viraventos Energy, S.L. en el procedimiento de acceso y conexión a la red de transporte de cada uno de los dos PEs.

Ya hemos visto antes que el 7 de agosto de 2009 (con publicación en el Diario Oficial de Galicia de 14 de agosto) la Consellería de Economía e Industria acordó suspender la tramitación del procedimiento seguido para el otorgamiento de las autorizaciones de las instalaciones de PEs al amparo del Decreto 242/2007, mientras que el 22 de diciembre de 2009 se publicó la Ley 8/2009 (DOG de 29 de diciembre), cambiando el modelo de aprovechamiento eólico, con la creación del canon eólico y el fondo de compensación ambiental, por lo que, en cumplimiento del apartado 1 de la disposición transitoria 1ª, se dictó la resolución de 30 de diciembre de 2009 de desistimiento de los PEs en tramitación al amparo de la Orden de 6 de marzo de 2008, la cual ha sido declarada conforme a Derecho en sentencias de la Sección 3ª de esta Sala, y confirmadas por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de marzo de 2016, antes mencionada y parcialmente reproducida.

Tal como aclaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016, el nuevo modelo eólico implantado resulta incompatible con las adjudicaciones que perpetúen en el tiempo un modelo ya superado, de cuya legalidad se duda, y cuya oportunidad y conveniencia para el interés público se cuestiona, aprobándose un nuevo modelo que exige unas nuevas bases y unas nuevas condiciones a las que deben someterse los nuevos adjudicatarios de este tipo de instalaciones.

Dado el cambio de modelo eólico y que en los artículos 40 y siguientes de la Ley 8/2009 se regula todo lo relativo a la constitución de las fianzas que habían de presentarse para el nuevo procedimiento a convocar, que no se conecta con el anterior que se tuvo por desistido, en ningún caso tenía justificación el mantenimiento de los avales constituidos por razón del procedimiento anterior, por lo que actora debió solicitar su cancelación, de modo que, aparte de la deficiente justificación de los costes financieros y comisiones de dichos avales, estos gastos no han de ser incluidos entre los que considera indemnizables el apartado 4 de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009.

Un concepto similar ya fue excluido por la Sección 3ª de esta Sala en la sentencia de 16 de noviembre de 2016 (recurso nº 7532/2012, en el que asimismo se reclamaban los daños y perjuicios derivados de la frustración de instalaciones de aprovechamiento eólico en aplicación de la transitoria 1ª de la Ley 8/2009), en la que se razonó:

" En relación a los gastos que configuran el cuarto bloque, como son los de aval bancario, tampoco merecen ser acogidos por no ser gastos imprescindibles de instrumentación de la solicitud de participación y porque, además, el mismo es girado por la entidad bancaria a un tercero, de modo que la recurrente no puede reclamar por ese tercero, siendo a mayor abundamiento que constituyen gastos posteriores a la resolución de desistimiento "

Ahora bien, si tenemos en cuenta el informe pericial de la demandada, elaborado por don Nazario, jefe de área de energías renovables del Inega, y don Pascual, director del departamento de energía y planificación del Inega, se llega a la conclusión de que deberían indemnizarse los gastos financieros y de comisiones de los avales correspondientes a la anualidad de 2009, lo cual es justo si se tiene en cuenta que hasta el 30 de diciembre de 2009 no se dictó la resolución de desistimiento.

Además, han de ser incluidos como indemnizables los gastos de la primera fase, es decir, los 184.800 euros que, a juicio de los aludidos técnicos, pueden considerarse imprescindibles para instrumentar la solicitud de admisión a trámite de los anteproyectos, de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 242/2007, pues así lo avala el hecho de que el anteproyecto de Viraventos Energy, S.L. hubiera sido seleccionado en la resolución de 26 de diciembre de 2008, toda vez que revela que se presentaron cuantos documentos eran necesarios con arreglo a dicho precepto y también porque son los únicos gastos que la Administración admite en la contestación a la demanda.

Para la gestión integral de la tramitación de los dos PEs con una potencia total de 50 megavatios, Viraventos Energy, S.L. y Radio Record Montajes, S.L. firmaron un contrato de prestación de servicios, sólo para la fase



de concurso, que incluía un coste fijo de 900.000 euros más IVA y otro variable en función de los megavatios que obtuviera y que ascendió a 975.000 euros más IVA.

Consta en las actuaciones que la empresa recurrente presentó la solicitud de autorización administrativa de los dos PEs, manifestando que acompañaba la documentación requerida en el artículo 13 del Decreto 242/2007 .

Dicho artículo 13 del Decreto 242/2007 establecía en su apartado 1:

" 1. Los titulares de los anteproyectos de instalación de parques eólicos, en el plazo máximo de tres meses contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución de admisión a trámite o de selección, presentarán la solicitud de autorización de la instalación del parque eólico con la que deberán presentar la siguiente documentación:

1.1. Proyecto técnico de ejecución de las instalaciones suscrito por técnico competente y visado por el colegio oficial.

1.2. Estudio de impacto ambiental del área afectada por el proyecto del parque eólico.

1.3. Acreditación del punto de interconexión de la instalación, emitida por la empresa receptora de la energía producida, o documentación justificativa de la participación en proyectos conjuntos de construcción de infraestructuras de evacuación de la energía producida por parques que se vayan a emplazar sobre una misma ADE o sobre áreas próximas.

1.4. En su caso, copia de los acuerdos, contratos o convenios suscritos o del instrumento mediante el cual se formalicen los compromisos adicionales reflejados en el documento previsto en el artículo 9.2º de este decreto.

1.5. Separatas del proyecto para las administraciones públicas, organismos y, en su caso, empresas de servicio público o de servicios de interés general con bienes o servicios a su cargo afectadas por la instalación, con bienes y derechos a su cargo, con el fin de que establezcan el condicionado técnico procedente. Las separatas contendrán como mínimo las características generales de la instalación, documentación cartográfica y un documento de síntesis del estudio de impacto ambiental.

1.6. Proyecto sectorial junto con la documentación exigida por el artículo 10 del Decreto 80/2000, de 23 de marzo , por el que se regulan los planes y proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal.

1.7. En el caso de solicitar la declaración de utilidad pública, en concreto, se presentará la documentación establecida en el artículo 18º de este decreto " .

En este punto conviene recordar que Viraventos Energy, S.L. y Radio Record Montajes, S.L. son empresas vinculadas, ya que, tal como queda dicho, ha quedado demostrado que ambas tienen el mismo domicilio social y comparten cargos directivos, pues el Sr. Rodrigo es Presidente de una y Administrador Único de otra.

Es cierto que la recurrente no oculta el dato de esa vinculación entre ambas entidades, pero el mismo permite poner en cuestión la suma que, en concepto de gastos de la fase segunda, tratan de reclamarse como indemnización por responsabilidad patrimonial derivada del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 (hoy, artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

En efecto, una cosa es el contrato de prestación de servicios celebrado entre Viraventos Energy, S.L. y Radio Record Montajes, y otra diferente los gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud, que son los que pueden ser objeto de indemnización, en base al apartado 4 de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009 , pues basta que aquellas entidades se hallen vinculadas para que sea conveniente extremar la rigurosidad en la exigencia de que los gastos justificados sean imprescindibles para aquella finalidad de instrumentar la solicitud, de modo que no resulta procedente considerar, sin más, como debidamente justificados los gastos que figuran en el contrato entre ellas suscrito, ya que ha de acreditarse que dichos gastos se adecúan a los precios de mercado.

Para tratar de justificar aquella adecuación a los precios de mercado, la demandante se sustenta en las declaraciones y testimonios de diferentes personas que o bien trabajan para ella o han realizado labores para la misma, argumentando que los trabajos eran necesarios para instrumentar la solicitud de autorización de las instalaciones de los dos PEs seleccionados encuadrándose en lo que puede denominarse precios de mercado.

Para confrontar el anterior informe, tratar de desacreditarlo y demostrar que los gastos que en él se contienen son muy superiores a los de mercado, la Administración aporta un informe realizado por el Instituto Energético de Galicia, en el que se refleja que son muy superiores a la media que el Inega ha consultado, máxime si tenemos en cuenta la poca experiencia de Radio Record Montajes, S.L., absolutamente desconocida en el año 2008 en el sector eólico.



Los peritos de una y otra parte están de acuerdo en que los trabajos asociados a la segunda fase son necesarios para instrumentar la solicitud de autorización de un parque eólico, y en ese sentido han de ser incluidos entre los que son susceptibles de indemnización con arreglo al apartado 4 de la disposición transitoria 1ª de la Ley 8/2009, de modo que la discrepancia se centra en la valoración económica de los mismos.

Tras proceder a la lectura reposada de los informes de una y otra parte y escuchar con atención en el acto de la vista los dictámenes emitidos por los técnicos informantes, la intensidad de sus argumentos y la crítica de los informes contrarios, se aprecia mayor fuerza de convicción en el de la parte demandada, ya que don Pascual y don Nazario se han mostrado más firmes en todo momento en la defensa de su tesis de que el contrato celebrado entre la actora y Radio Record Montajes, S.L. es de una cuantía desproporcionadamente elevada, en función de la media de las ingenierías consultadas por el Inega, a lo que se une la poca experiencia de esta última en el sector eólico.

En consecuencia, a la hora de fijar los costes de las tareas necesarias para la obtención de la autorización administrativa de un parque eólico, resulta más convincente el informe elaborado a petición de la Dirección Xeral de Enerxía e Minas, para cuya realización se solicitó información a cinco empresas de ingeniería especializadas en la tramitación de la autorización administrativa de parques eólicos que desarrollan su actividad en Galicia, tres independientes (Ceima Ingeniería S.L., Ela Ingeniería y Medio Ambiente, e Idom Consulting) y dos vinculadas a promotores eólicos gallegos (Adelanta Ingeniería y Tasga Renovables).

Por consiguiente, según el informe pericial de la demandada, los costes de ingeniería de las fases primera y segunda, más adecuados al valor de mercado, se estiman en 103.000 euros para el PE "Vilouzán" y 205.000 euros para el PE "Serra da Lagoa", pero, dado que el grado de avance del expediente de la recurrente sería del 60 %, la valoración conjunta por los dos proyectos es de 184.800.

Sin embargo, esa aminoración por el grado de avance del expediente en un 60% resulta improcedente, porque el pago se refiere al cumplimiento de las solicitudes de autorización administrativa, lo cual está cumplido al 100%, es decir, los trabajos necesarios para instrumentar la solicitud de las autorizaciones administrativas de los dos PEs se habían ejecutado en su totalidad.

De ello se desprende que como gasto indemnizable procede fijar la cantidad de 308.000 euros, a los que han de añadirse los devengados por costes financieros y comisiones de los avales durante el año 2009, suma esta última que habrá de determinarse en posterior fase de ejecución procesal y que, incrementada a la anterior, representa la cantidad que, en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial, ha de abonar la Administración demandada.

OCTAVO .- Debemos recordar que la disposición transitoria primera de la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, en su apartado 4, señala que " *Las indemnizaciones que en su caso se deriven del desistimiento se referirán exclusivamente a los gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud siempre y cuando tales documentos no sean utilizados en las nuevas convocatorias que se produzcan al amparo de la presente ley*".

Tiene relevancia esta disposición toda vez que el Decreto 242/2007, de 13 de diciembre, determinaba, en su artículo 30.3, que "no era posible realizar la transmisión del parque hasta que estuviese instalado". De ello cabe inferir que lo único que se había concedido a la actora era la admisión a trámites de dos anteproyectos de PEs; admisión que, por sí misma, no genera un lucro cesante sino tan sólo unas simples expectativas que no garantizan la realización efectiva del parque eólico. Y ello es así, porque la práctica demuestra que, en muchos casos, a lo largo de la fase de tramitación, surgen incidencias, bien por materia de impacto ambiental bien por diferencias con otras empresas prevalentes, que echan por tierra la culminación de aquellos anteproyectos haciendo inviable la construcción y explotación del parque eólico en la zona pretendida.

Es evidente que para que tal culminación prospere han de concurrir circunstancias técnicas y económicas que posibiliten la instalación del parque eólico y que, en los últimos tiempos, no se dieron, dados los cambios normativos producidos en la materia reguladora del sector eólico que provocó una incertidumbre en el mismo que, a la postre, causó la paralización de la proyección en su día prevista. Así, la derogación del Real Decreto 661/2007 por el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, determinó la supresión de las primas o incentivos a las nuevas instalaciones de energías renovables. En definitiva, tuvieron lugar circunstancias sobrevenidas que provocaron cambios normativos que aminoraron o disminuyeron la rentabilidad de dichos proyectos en relación a años anteriores.

Por todo lo cual procede la estimación parcial del recurso.



NOVENO .- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa , al ser parcial la estimación del recurso, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad **Viraventos Energy, S.L.** contra la desestimación por silencio administrativo por parte de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Economía e Industria, del recurso de reposición planteado frente a resolución de 29 de septiembre de 2014 (Expediente NUM000), por la que se inadmite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la aplicación de la Ley 8/2009, a través de la resolución de desistimiento dictada el 30 de diciembre de 2009 por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, una vez frustrada de forma sobrevenida la posibilidad de desarrollar las instalaciones que fueron objeto de los expedientes de autorización de los parques eólicos "Serra da Lagoa" y "Vilouzán".

Anular el acto administrativo recurrido por ser contrario al ordenamiento jurídico.

Declarar la responsabilidad patrimonial de la Xunta de Galicia, y condenarla a abonar a la recurrente la suma total de 308.000 euros más la suma devengada por costes financieros y comisiones de los avales durante el año 2009, cantidad esta última que habrá de determinarse en posterior fase de ejecución procesal, con abono de los intereses legales desde la fecha de la reclamación en vía administrativa.

En lo demás, y en cuanto al exceso económico pretendido, desestimar la demanda rectora

No hacer imposición de las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa . Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0003-15), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, 29 de marzo de 2017