



Roj: **STSJ ICAN 172/2014 - ECLI:ES:Tsjican:2014:172**

Id Cendoj: **35016330022014100030**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **2**

Fecha: **16/01/2014**

Nº de Recurso: **300/2010**

Nº de Resolución: **5/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VARONA GOMEZ-ACEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Presidente

D./D^a. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

D./D^a. CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ VIREL

D./D^a. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 16 de enero de 2014.

Visto por esta Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda con sede en Las Palmas, integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo número 0000300/2010, interpuesto por PROYECTOS Y DESARROLLOS RENOVABLES S.A., representado el Procurador de los Tribunales D. /Dña. MARIA DEL CARMEN BENITEZ LOPEZ contra COMUNIDAD AUTONOMA, habiendo comparecido, en su representación y defensa el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, versando sobre Industria. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO, se ha dictado la presente sentencia con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso la Orden 4 de agosto de 2009 del Consejero de Empleo, Industria y Comercio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que resuelve para el sistema eléctrico de Fuerteventura, el concurso público para la asignación de potencia convocado por Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de 27 de abril de 2007, así como contra la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición interpuesto ferente a la misma.

SEGUNDO.- La representación de la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado.

TERCERO.- La Administración demandada y las codemandadas contestó a la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

CUARTO.- Se recibió el proceso a prueba, practicándose la admitida y formulando las partes conclusiones escritas, por lo que se declaró concluso para sentencia. La Sala acordó por Providencia de 13 de diciembre de 2012 la realización de una prueba pericial, a cuya efecto fue designado el perito y fijado el objeto de la pericia. Una vez entregado el informe pericial se dio traslado a las partes del mismo a fin de que al, propio tiempo de formular alegaciones sobre su contenido, en aplicación de los dispuesto en los artículos 33.2 y 65.2 de la Ley jurisdiccional, pudieran plantear otros motivos para fundar sus pretensiones. Finalmente, evacuado tal trámite, se señaló día para votación y fallo.



Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso cuya cuantía es indeterminada

Es ponente el Ilmo. Sr. Don FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este proceso contencioso-administrativo la Orden 4 de agosto de 2009 del Consejero de Empleo, Industria y Comercio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que resuelve para el sistema eléctrico de Fuerteventura, el concurso público para la asignación de potencia convocado por Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de 27 de abril de 2007, así como contra la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición interpuesto frente a la misma.

En el suplico de la demanda se pide que se revoque el acto recurrido y se vuelva valorar el parque eólico de Montañas Negras, en los criterios D1 y D2 y otorgándole una puntuación de 9 y 5 puntos y le sean sustraídos a el Parque Quebrada del Mojeque la puntuación asignada por tales conceptos.

La parte recurrente funda su demanda esencialmente en que por una defectuosa ubicación de su proyecto, la Administración no ha admitido la disponibilidad de los terrenos y ubica las parcelas sobre las que se levanta en el Termino Municipal de Puerto Rosario, siendo así que lo está en el Término municipal de Antigua.

La Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias se opone a los motivos aducidos defendiendo la corrección de la puntuación asignada y su consecuencia.

SEGUNDO.- Antes de examinar lo que constituye propiamente las pretensiones deducidas, debemos hacer una referencia genérica la normativa que regula el concurso público para la asignación de potencias eléctricas eólicas en cada sistema eléctrico insular, mediante nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en la red, y el sistema general previsto para la resolución del mismo.

La normativa reguladora viene establecida en el Decreto 32/2006, de 27 de marzo, por el que se regula la instalación y explotación de los parques eólicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y la Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de 27 de abril de 2007, por la que se convoca el concurso público para la asignación de potencia.

El artículo 4 del Decreto establecía que "La potencia eólica máxima que podrá estar instalada y conectada a la red en el año 2015 en los sistemas eléctricos insulares, no podrá sobrepasar los valores siguientes: Sistema eléctrico Potencia (MW) Gran Canaria 411, Tenerife 402, Lanzarote-Fuerteventura 162, La Palma 28, La Gomera 8, El Hierro 14 en total 1.025." Y preveía que "La Consejería competente en materia de energía determinará a través de la realización de los estudios pertinentes, en función de la evolución de la demanda y de las restricciones técnicas de los grupos térmicos, la potencia de origen eólico que gradualmente podrá conectarse a las redes eléctricas, dentro de los valores señalados en el punto anterior."

Por su parte el Artículo 5 del Decreto establece que: "La asignación de potencia se realizará por la Consejería competente en materia de energía, mediante procedimiento de concurso público teniendo en cuenta principalmente, criterios de eficiencia energética, protección medioambiental, seguridad del suministro y afección al sistema eléctrico, que se concretarán en las convocatorias correspondientes. Todo ello al objeto de lograr el establecimiento de soluciones integradas, que racionalicen el uso del escaso suelo existente en Canarias, que limiten el impacto medioambiental, y que proporcionen un tratamiento global a las infraestructuras eléctricas".

Por su parte la Orden de convocatoria disponía que la potencia eólica máxima a asignar está dividida en dos tramos y se distribuye por islas, de forma tal que para la isla de Fuerteventura, que ahora nos interesa, se establece un primer tramo de 17 MW y un segundo de 13 MW en total 30 MW. (El total de todas las Islas es de 440 MW correspondiendo 214 MW al primer tramo y 226 al segundo).

Se constituye una Comisión técnica de evaluación, cuyas funciones son la valoración de las solicitudes presentadas de acuerdo con los criterios de variación fijados y formular la propuesta de asignación de potencia.

Las solicitudes presentadas que obtengan mayor valoración, se incluyen en el primer tramo de la potencia asignada a cada isla. El segundo tramo se completará con las solicitudes que obtengan menor puntuación y no pueden obtener la puesta en servicio antes de 2009. Se asignará potencia hasta alcanzar la cifra establecida en la Orden para cada uno de los tramos, indicando a qué tramo corresponde.

La valoración de las solicitudes se hace de acuerdo con los criterios de eliminación por afección y emplazamiento previstos en la Orden y la asignación de potencia se hará a favor de la proposición que haya



obtenido la mayor puntuación por aplicación de los criterios de valoración recogidos en la Orden, hasta alcanzar la cifra correspondiente a cada tramo.

Los criterios de valoración utilizados en la Orden de convocatoria son:

- A) Criterios de eficiencia energética y sostenibilidad. A su vez divididos en dos subcriterios y con puntuación máxima de 35 puntos.
- B) Otros criterios medioambientales. Divididos en tres subcriterios 20 puntos.
- C) Criterios de seguridad del suministro y afección al sistema eléctrico. Divididos en cuatro que suman 31 puntos.
- D) Criterios socioeconómicos. Dos subcriterios que suman 14 puntos.

Con lo hasta aquí expuesto y habida cuenta que existen una pluralidad de recursos con idéntica pretensión a la ejercitada en este (37 para la totalidad del Archipiélago, de los que corresponden a la isla de Fuerteventura un total de 2 recursos que afectan a 3 parques), podemos establecer unas premisas iniciales, que serán válidas para cuantas sentencias hayamos de dictar.

De una parte, los criterios que en las distintas resoluciones adoptemos, deben ser aplicados de forma idéntica, no solo por la consabida unidad de doctrina, cuanto porque se trata de criterios que, en unos casos se refieren a cálculos matemáticos que caen fuera de toda discrecionalidad, – incluso de la denominada discrecionalidad técnica –, y porque, al ser comunes para la totalidad de los licitadores, no hacerlo implicaría un trato discriminatorio inadmisibles. A ello se debe que la Sala haya acordado la realización de un único y ulterior informe pericial, – para todos los recursos, luego individualizado por islas –, cuyos efectos hemos extendido a la totalidad de los recursos referidos a una misma isla como unidad de adjudicación máxima de potencia a asignar.

De otra que, dado que todos los recursos versan sobre la eliminación de ofertas o la corrección de la valoración efectuada por los propios proponentes, la estimación por mínima que sea de una exclusión indebida o cualquier variación sobre la puntuación asignada en fase administrativa, afectará a la totalidad de las proposiciones a nivel de isla, que hayan sido mejor valoradas que la del recurrente y eventualmente podrá ser afectada por la que se pronuncie en un tercer recurso.

Por esta, – y otras razones que iremos pormenorizando –, la eventualidad de que se estime impugnaciones de alguno de los criterios de valoración realizados por la Administración, no podrá implicar que se estimen pretensiones de plena jurisdicción, – consistentes en declarar el derecho a obtener la asignación de potencia licitada –, sino a lo sumo el que se realice una nueva valoración de acuerdo con los criterios corregidos. Tal corrección como decimos debería afectar a la totalidad de las solicitudes que se encuentren en idéntica situación.

En base a ello, al dar traslado a las partes del informe pericial judicial que la Sala acordó realizar, hemos planteado a las partes por la vía del artº 33.2 y 65.2 de la Ley jurisdiccional, la posible existencia de otros motivos de impugnación o defensa que pudiera resultar de las conclusiones generales de aquel informe.

Las anteriores consideraciones nos llevan a estructurar esta, y las restantes sentencias en dos partes. En la primera dejamos constancia de las consideraciones generales en torno a la interpretación de las disposiciones reguladoras el concurso examinado (Decreto autonómico 32/2006 y Orden de Convocatoria). En la segunda, nos referimos específicamente a las particularidades suscitadas en la demanda y contestación de este recurso.

TERCERO.- Estudiando los diversos motivos de impugnación apuntados en los distintos recursos, y según resulta del informe pericial judicial elaborado a instancia de esta Sala, se deduce que determinados errores se producen directamente por la formulación de la Orden de convocatoria del recurso, que hemos de poner de relieve, tanto por el posible efecto de la anulación de las diversas adjudicaciones y exclusiones, cuanto para que sean tenidos en cuenta ante la eventualidad de corregir la evaluación de los distintos proyectos presentados. Veamos:

- A) El artº 5 del Decreto 32/2006, dispone que la asignación de potencia se realiza teniendo en cuenta principalmente, criterios de eficiencia energética, protección medioambiental, seguridad del suministro y afección al sistema eléctrico, que se concretarán en las convocatorias correspondientes.

Para definir los dos primeros (eficiencia energética y protección ambiental), que tienen una muy alta puntuación como hemos visto, – 35 sobre 100 –, se define el denominado Índice Básico de Eficiencia Energética, IBEE, mediante una fórmula recogida en el anexo IV de la convocatoria, que sin embargo da un resultado contrario a los criterios definidos en el Decreto, según pasamos a examinar:



El primero de ellos es el procedimiento elegido para calcular el IBEE, que resulta ser contrario a la finalidad que prevé el Decreto 32/2006, y que como se recuerda en el antecedente cuarto de la Orden de convocatoria no es otra que "la eficiencia energética de las instalaciones eólicas constituye un criterio fundamental a la hora de evaluar las diferentes solicitudes de asignación de potencia. En este sentido, se ha considerado que uno de los parámetros más significativos para establecer la eficiencia de una instalación eólica, así como para minimizar los efectos que sobre el medio ambiente produce su incorporación al parque de generación de energía eléctrica, es la estimación de la producción anual de energía por unidad de área ocupada de terreno".

Según indica el apartado 1 (Configuración geométrica del Parque Eólico por filas) del Anexo IV de la Orden de 27 de abril de 2007, "para asegurar un adecuado aprovechamiento del viento disponible es conveniente agrupar los aerogeneradores de un parque en filas perpendiculares a la dirección predominante del viento. Si bien esta organización es teóricamente sencilla e intuitiva, en la práctica puede no ser posible posicionar los aerogeneradores según este simple ordenamiento". En este sentido, el subprocedimiento segundo previsto en la Orden para el cálculo del IBEE consiste en la estimación de la producción anual de energía (PAE) de cada aerogenerador suponiendo "alineación perfecta con la dirección predominante del viento", y posteriormente, en el subprocedimiento de cálculo tercero, dicha PAE es corregida a la baja para tener en cuenta la "desalineación con la dirección predominante del viento".

Sin embargo según se deduce del informe pericial, "en el procedimiento del cálculo del IBEE, es tan alto el peso específico de la reducción del área ocupada por el parque (14,30%) en comparación con la pérdida de rendimiento energético del mismo por desalineación (1,96%) que, a efectos de cálculo del IBEE y por tanto de valoración del criterio A1, resultaría más favorable a los intereses de un promotor presentar en su solicitud, para una misma parcela disponible, un parque con la máxima desalineación (el "Parque S04 EXCESO"), en lugar del ("Parque S01 EXCESO"), cuando la configuración de éste último es la más lógica e intuitiva para maximizar el aprovechamiento energético del viento, tal y como inspira el apartado 1 (Configuración geométrica del Parque Eólico por filas) del Anexo IV de la Orden. Es más favorable el "Parque S04 EXCESO" frente al "Parque S01 EXCESO", incluso partiendo con una desventaja energética del 3,55% por localización geográfica.

Es decir, con la figura del IBEE se favorecen configuraciones de parques eólicos alejadas del principio de máximo aprovechamiento energético, poco razonables desde el punto de vista técnico y que atenderían al interés del promotor por alcanzar la máxima valoración posible en su solicitud".

Quiere decir ello que al contrario de lo que ordena el Decreto, se premia la falta de eficiencia energética por desalineación de los aerogeneradores en relación con el viento predominante, en aras a la reducción por superposición del área de sensibilidad eólica de los aerogeneradores. Si la máxima eficiencia energética se obtiene alineando los aerogeneradores perpendiculares a la dirección del viento predominante, la fórmula elegida, al sobrevalorar la superficie del área de sensibilidad eólica, – que como a continuación veremos no coincide con el área realmente ocupada –, propicia el diseño de parques desalineados en relación con aquella dirección y por ello menos eficientes.

B) Pero es que además se confunde las áreas de sensibilidad eólica, – la suma de ellas –, con área que realmente ocupa el parque.

La Orden de 27 de abril de 2007 define en sus Anexos II (Plan Eólico) y IV (Procedimiento de cálculo del IBEE) el área ocupada por un parque eólico como "la superficie de terreno contenida en la envolvente poligonal constituida por los contornos exteriores de las áreas de sensibilidad eólica de los aerogeneradores que componen el parque, proyectada y medida en un plano horizontal".

De esta forma, siendo constante el resto de las variables, un parque constituido por una fila de 5 aerogeneradores, con una separación de 200 metros, obtendrá igual puntuación en el cálculo del IBEE, que otro en que la separación sea de 400 metros, aunque este último ocupe el doble de suelo. Ello por la sencilla razón de que se computará como área ocupada por el parque eólico, en uno y otro caso, exclusivamente la suma de las áreas de sensibilidad eólica y no el espacio intermedio entre ellas, que también es ocupado por el parque.

C) Por último, la Comisión Técnica de Evaluación, acordó por unanimidad desde el Acta núm. 2 realizar el cálculo del IBEE utilizando la herramienta informática del Instituto Tecnológico de Canarias.

Ante los recursos interpuestos contra las ordenes de resolución del concurso, que cuestionaban la no obligación de uso de la herramienta del Instituto Tecnológico de Canarias, la Comisión ratificó su decisión de seguir manteniendo el criterio de usar la aplicación informática para el cálculo del IBEE, argumentando que usa los criterios de una forma objetiva y según lo establecido en la Orden de 27 de abril de 2007.

Sin embargo, según resulta del análisis de la aplicación informática del Instituto Tecnológico de Canarias que realiza el Informe pericial de constante cita, se puede concluir que dicha herramienta informática no cumple



la Orden al no redondear por exceso los valores de V_{buje} , K_{buje} , $P(V_i)$ y $?(n)$ según las precisiones aritméticas exigidas en la misma.

Lo expuesto en este apartado, resulta directamente de la Orden de convocatoria, sin que intervenga una determinada interpretación de la Comisión de valoración, cuestión que asimismo pasamos a examinar.

- Finalmente y también dentro del cálculo del IBEE, se pone de relieve en el repetido dictamen pericial, una divergencia en la utilización de las curvas de potencia asociadas a los generadores.

Según el Anexo II de la Orden de 27 de abril de 2007, el Plan Eólico de cada solicitud de asignación de potencia debe incluir como punto 3 del apartado C (Aerogeneradores) las curvas de potencia de las máquinas eólicas certificadas por el fabricante.

Según consta en el Acta núm. 2 y siguientes, la Comisión Técnica de Evaluación analizó la conveniencia de utilizar cada una de las curvas de potencia, certificadas por los fabricantes, inclinándose finalmente por realizar el cálculo del IBEE utilizando la herramienta informática del Instituto Tecnológico de Canarias, con las curvas de potencia cargadas por la citada entidad.

Al margen de que tal criterio pueda ser o no más objetivo, – apreciación en todo caso que es casuística –, no existen motivos reflejados en las bases de la convocatoria, que permita desechar curvas de potencia alternativas, en condiciones normalizadas o no, si el fabricante las certifica y garantiza el cálculo de producción de energía realizado con las mismas para las condiciones de viento presentes en el emplazamiento.

CUARTO.- Como ha quedado expuesto, el litigio se reduce a examinar la corrección de la puntuación asignada en relación con los criterios mencionados, actuando como parámetro de contraste - como "Ley del concurso" - la Orden de 27 de abril de 2007 de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de nuevo parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios, publicada en el Boletín Oficial de Canarias el día 4 de mayo de 2007, cuyo Anexo III contiene los criterios de valoración.

Vamos a examinar los que han resultado de una u otra forma polémicos, bien en su interpretación, bien en la aplicación que se ha realizado en sede administrativa, – esencialmente por la Comisión de evaluación del concurso –, con independencia de que hayan sido directamente invocados en este preciso recurso por lo que con anterioridad hemos expuesto en relación con la interconexión de todos los recursos.

El primero de ellos es el Criterio de eficiencia energética y sostenibilidad (A 35 puntos) y más específicamente, el cálculo del subcriterio "Valoración de energía por unidad de terreno ocupado (A1 25 puntos)". Este criterio se extrae el denominado Índice básico de Eficiencia Energética IBEE. El Anexo IV de la Orden desarrolla con precisión el procedimiento de cálculo del IBEE.

El mismo Anexo IV indica cuáles son los "datos necesarios para realizar el cálculo del IBEE" y la precisión aritmética requerida para cada uno de ellos, indicando a su vez expresamente que "los cálculos habrán de realizarse con al menos tantas cifras decimales como tenga el dato con mayor precisión aritmética involucrado en el cálculo". La Comisión de evaluación y los informes aportados por la Administración, sostienen que el número de decimales debe ser único para todos los subprocedimientos implicados en el cálculo del IBEE y que en todo caso la precisión debe ser 7 decimales.

Pues bien, el Anexo IV de la Orden de 27 de abril de 2007 dispone que, a efectos de cálculo del IBEE, se hará uso, – como dato –, de las coordenadas UTM de cada aerogenerador con precisión métrica, es decir, redondeando por exceso a cero cifras decimales las coordenadas que lo localizan geográficamente.

Sin embargo, la interpretación que ha realizado la Administración, según veremos a continuación, implica asumir un error o desviación por exceso o defecto en la distancia real entre aerogeneradores, que puede alcanzar hasta un valor máximo de $\pm 1,414$ metros.

Este error de distancia da lugar a que parques eólicos cuyos aerogeneradores cumplen, según su localización geográfica exacta, las distancias mínimas previstas en el artículo 25.2 del Decreto 32/2006 entre líneas de un mismo parque y entre aerogeneradores de una misma línea, se vean sin embargo posteriormente penalizados en el cálculo del IBEE, como si no cumplieren tales distancias, al redondear por exceso a cero cifras decimales, sus coordenadas UTM.

El informe pericial judicial pone como ejemplo un parque eólico compuesto por 2 aerogeneradores de 71 metros de diámetro de rotor (DR), cuya localización geográfica exacta los sitúa a 142 metros de distancia (S), equivalente a 2 diámetros de rotor ($dij=S/DR$), cumpliendo así con la distancia mínima requerida entre aerogeneradores de una misma línea según el artículo 25.2 del Decreto 32/2006 .

Se trata de dos aerogeneradores cuyas coordenadas UTM con precisión de tres decimales, serían:



AE 1,1 Coordenadas X: 638.436,894, Y: 3.208.914,113; y AE 1,2 Coordenada X: 638.305,703, Y: 3.208.968,454.

La distancia obtenida es de 142,0000801 m, es decir 2,0000011 por tanto superior a 2 veces el diámetro del rotor.

A efectos de cálculo del IBEE, el redondeo por exceso a cero decimales de las coordenadas UTM disminuye la distancia virtual entre aerogeneradores en 30,67 cm, pasando de 142,0000801 a 141,6933308 m (S'), siendo suficiente dicha merma para no cumplir ahora con la distancia mínima de 2 diámetros de rotor requerida ($d_{ij}=S'/DR$). Es decir, se está eliminando un aerogenerador por incumplir una distancia, siendo así que la distancia real es la exigida por el Decreto y las bases del concurso.

Por otro lado, según consta en diferentes actas, la Comisión Técnica de Evaluación considera que algunas solicitudes obtienen en su autovaloración un IBEE diferente al que resulta de la aplicación de la herramienta informática del Instituto Tecnológico de Canarias debido a que el promotor no redondea las coordenadas UTM en exceso, tal y como indica la Orden de 27 de abril de 2007, sino que efectúan el redondeo por defecto, según argumenta el informe de la Viceconsejería de Industria y Energía acompañado a la contestación a la demanda.

Queda fuera de toda duda que a efectos de cálculo del IBEE las coordenadas UTM de los aerogeneradores se redondean por exceso, tal y como exige el Anexo IV de la Orden de 27 de abril de 2007, si bien se demuestra en el informe pericial "que de forma general el redondeo de las coordenadas por exceso o defecto no afecta al resultado del IBEE y por ello es erróneo atribuir a un redondeo por defecto, diferencias entre la autovaloración del IBEE realizada por los promotores y el valor que resulta de la herramienta informática del Instituto Tecnológico de Canarias, salvo que se den las circunstancias excepcionales antes comentadas".

La siguiente cuestión consistiría en preguntarse de donde viene el error del resultado que ha supuesto la eliminación de solicitudes que cumplían las distancias mínimas que exigían tanto el Decreto como la convocatoria. Como veremos son de un cúmulo de desacertadas interpretaciones.

Según consta en diferentes actas, la Comisión Técnica de Evaluación considera que el criterio indicado en el anexo IV de la Orden que establece que "En todos los casos los cálculos habrán de realizarse con, al menos, tantas cifras decimales como tenga el dato con mayor precisión aritmética involucrado en el cálculo", resulta ser de 7 cifras decimales según determina el parámetro $\sigma_{i,j}$ del Índice Básico de Eficiencia Energética.

Sin embargo tal parámetro no es un dato necesario para el cálculo del IBEE, ya que estos son los indicados expresamente en el apartado 0 del Anexo IV de la Orden de 27 de abril de 2007 entre los que no figura aquel. La mayor precisión aritmética de los datos previstos en la Orden es de 3 cifras decimales, que se corresponde con la velocidad media anual (V) de viento y el parámetro de forma (K) de la distribución de Weibull.

Pero es que además la interpretación que realiza la Administración de la base que dispone que "En todos los casos los cálculos habrán de realizarse con, al menos, tantas cifras decimales como tenga el dato con mayor precisión aritmética involucrado en el cálculo", es también errónea. Como hemos visto el cálculo final del IBEE, en tanto se sostiene que el número de decimales debe ser idéntico para todos los cálculos, con independencia de los datos que estén involucrados en cada cálculo, produce un resultado erróneo.

Por el contrario y dado que desde la propia Orden se estructura el procedimiento para el cálculo del IBEE, en cuatro subprocedimientos, en cada uno de los cuales intervienen datos con precisiones aritméticas distintas, forzoso es concluir que los resultados hayan de justificarse con precisiones aritméticas diferentes. A ello conduce igualmente el literal que se refiere a que "los cálculos", (en plural), hayan de realizarse con tantas cifras como tengan los datos "involucrados" (en ese cálculo) y no en los otros subprocedimientos. Es decir el resultado de cada fórmula debe tener los decimales que tenga los datos que componen esa precisa fórmula y no ser unitaria, – siete decimales según la Comisión –, para todas ellas, sea cual sea el número de decimales de los datos de tal fórmula.

No se puede aducir, – como hace el informe pericial de la Administración y su propia representación judicial –, que dado que la Orden indica un mínimo, – al menos –, la Comisión puede optar por el número de decimales que estime conveniente, aun cuando el elegido produzca un resultado erróneo y contrario a la realidad. No solo por cuanto tal apreciación es en sí misma contraria a la lógica y la finalidad perseguida por la convocatoria y el Decreto que la regula, sino, con mucha más razón, por cuanto se descarta la autovaloración realizada por los promotores de acuerdo con la base 4 c) de la convocatoria, que sin embargo no incumplen la Orden de convocatoria y no incluyen los errores apuntados. Luego volveremos sobre ello.

QUINTO.- Abordamos ahora, la forma en que se ha calculado el área de sensibilidad eólica de un aerogenerador. El Decreto 32/2006, de constante cita contiene en el artículo 3 Definiciones de los términos empleados entre ellos el área de sensibilidad eólica de un aerogenerador que "se define como la delimitada por un contorno cuyos vértices serán los puntos de intersección que se generarían al trazar dos líneas paralelas a la dirección



del viento dominante a una distancia de dos (2) diámetros a ambos lados del eje del rotor, y dos líneas perpendiculares a la dirección del viento dominante, una que pase a una distancia de ocho (8) diámetros del eje de simetría del fuste del aerogenerador a sotavento y otra a una distancia de ocho (8) diámetros a barlovento".

El criterio de la Comisión Técnica de Evaluación para interpretar la afección por áreas de sensibilidad eólica se valora y acuerda en el Acta número 5, de fecha 4 de febrero de 2009, tras haber sido estudiadas las solicitudes y realizadas las propuestas de asignación de potencia en las islas de La Palma (Acta número 2, de 24 de noviembre de 2008), La Gomera (Acta número 3, de 1 de diciembre de 2008) y Lanzarote (Acta número 4, de 4 de diciembre de 2008).

La Comisión procede a valorar el alcance de la afección por áreas de sensibilidad eólica a raíz del recurso interpuesto por una entidad promotora de tres proyectos de parques eólicos en La Palma, denegados precisamente por tal circunstancia.

La Comisión acuerda en el Acta número 5 que "no podrá asignarse potencia a ningún aerogenerador si dentro de su área de sensibilidad eólica se encuentra un aerogenerador perteneciente a un parque eólico ya autorizado, con consumo asociado que tenga potencia asignada, que le haya sido concedida exención de presentarse al concurso, con repotenciación en trámite u otra solicitud del mismo concurso que en su conjunto tenga mayor puntuación, así como si queda alguno de los aerogeneradores que conforma la solicitud dentro del área de sensibilidad eólica de un aerogenerador perteneciente a uno de los parques eólicos anteriormente citados".

Y para ello tiene en cuenta que "el aerogenerador incluye a su envolvente, que es igual al diámetro del rotor (conocida también como vuelo del aerogenerador), así como a su plataforma, torre, buje, góndola y las palas del mismo".

Conforme a lo anterior, la Comisión acuerda representar el aerogenerador mediante una circunferencia de diámetro igual al del rotor, y considerar que la afección por área de sensibilidad eólica tiene lugar cuando existe solape de la misma con la envolvente del aerogenerador.

Resulta así que la Comisión Técnica de Evaluación realiza una doble interpretación del artículo 25 del Decreto 32/2006, ya que considera a efectos de evaluar la afección por áreas de sensibilidad eólica prevista en el artículo 25.1 que "el aerogenerador incluye a su envolvente", mientras que para fijar "la distancia mínima entre dos aerogeneradores", tal y como requiere el artículo 25.2, calcula la distancia entre ejes de fustes.

No existen argumentos en el Decreto 32/2006 ni en la Orden de 27 de abril de 2007 que lleven a pensar que, a efectos interpretativos del artículo 25 del Decreto 32/2006, es decir, de afección entre aerogeneradores, se deba distinguir entre aerogenerador definido como envolvente o como eje de fuste según se trate respectivamente del apartado 1 ó 2 del citado artículo, cuando ambos apartados hacen referencia textualmente sin distinción alguna entre ellos a un concepto único de "aerogenerador".

Dado que la Orden de 27 de abril de 2007 evalúa los requerimientos mínimos de distancia entre aerogeneradores y la afección por proximidad entre ellos mediante separación entre ejes de fustes, y que la citada Orden no determina criterio alguno distinto para evaluar la afección por áreas de sensibilidad eólica, resulta imperativo considerar también a estos efectos, el eje del fuste y no la envolvente del aerogenerador, todo ello en base a una interpretación coherente y única del artículo 25 del Decreto 32/2006.

SEXTO.- Antes de proseguir se impone efectuar una somera reflexión sobre el alcance de la revisión jurisdiccional en los procesos selectivos o de concurrencia como el presente.

La jurisprudencia clásica ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril de 1983, 9 de febrero de 1985, y 14 de abril de 1987 entre otras muchas), pero la más reciente doctrina del Tribunal Supremo se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión proposición "más ventajosa" y similares son más bien, un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (Inflexión que se adivina desde la STS 2 de abril y 11 de junio de 1991).

Conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre", en relación con el cual - sin hacer, por supuesto, aplicación de la presunción "iuris tantum" de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso - sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado



con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, véase la STS 25 mayo 1998 .

La potestad de adjudicación de que se trata no es, por supuesto, ajena al Derecho. En su origen, en su procedimiento, efectos y elemento teleológico, es plenamente jurídica, aunque en su ejercicio concreto, en la determinación de lo "más conveniente" para el servicio, los Tribunales sólo puedan acudir para el control que ejercen a la técnica del concepto jurídico indeterminado (a través de las zonas de certeza y halo de incertidumbre).

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.1 CE), la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y el control judicial de la Administración (art. 106.1 CE) consagran un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en el que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos (constitucionalmente) suficientes, no se producen exenciones a la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia (STC 34/1995). Ahora bien, el derecho a la tutela se circunscribe al ejercicio por las personas de "sus derechos e intereses legítimos" (STC 62/1983 [RTC 1983, 62]). Pero, por una parte, el art. 24.1 CE no legitima un proceso que conduzca a una alteración de la posición jurídica del recurrente. Y por otra, la decisión administrativa, en casos como el presente de adjudicación de un concurso, que exige tomar en cuenta criterios técnicos, será ajustada a Derecho siempre que además de no apartarse de las bases o pliego de cláusulas, no aparezca como arbitraria o injustificada, o aparezcan aquellas como ajenas a la finalidad teleológica pretendida con la convocatoria.

En definitiva, el control judicial tiende al cumplimiento, no solo de las garantías organizativas y procedimentales, sino también a la razonabilidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión y que en su razonamiento no se ha efectuado una aplicación arbitraria de los conceptos que incorpora la norma.

Con lo expuesto en los anteriores fundamentos, podemos obtener una doble conclusión en el plano netamente jurídico.

En primer lugar, de manera directa y particularizada, la interpretación que ha sostenido la Comisión de Evaluación de la forma en que se ha calculado el área de sensibilidad eólica de un aerogenerador, es claramente contraria a lo dispuesto en el Decreto y la Orden de convocatoria y por tanto debe ser rechazada y calculada en función de la distancia de los ejes del fuste.

En segundo lugar, -- y esta con carácter más general --, la Orden de 27 de abril de 2007 que convoca el concurso, es contradictoria con las disposiciones del Decreto que es la norma jurídica de referencia, contiene determinaciones erróneas que conllevan resultados arbitrarios y contrarios a las finalidades establecidas en tal norma. Por ello incurre en causa de nulidad.

Ahora bien, ciertamente no podemos declarar la nulidad de la Orden de convocatoria, por cuanto no ha sido solicitada por los demandantes a cuyas pretensiones estamos vinculados, ex artº 33 Ley jurisdiccional y de la elemental congruencia. Sin embargo de ello no se puede deducir que tales causas de nulidad no trascienda a la aplicación que se ha realizado por la Administración de las determinaciones que conllevan resultados erróneos o arbitrarios, como seguidamente explicaremos.

En las alegaciones finales del representante de la Administración y el informe que acompaña, se admiten los errores a que induce la Orden de convocatoria, -- específicamente el error en la medición de la distancia entre aerogeneradores, por el redondeo de las coordenadas UTM y la utilización de 7 cifras decimales en todos los subprocedimientos para los cálculos del IBEE --, pero se exculpa su trascendencia en base a que la cifra de decimales señalada en la Orden de convocatoria tiene el carácter de mínima , -- "al menos" es la expresión literal --, y en que tal Orden no fue recurrida en tiempo y forma y por ello resulta intangible. Ni uno ni otro motivo puede ser acogido.

Sin acudir a la doctrina jurisprudencial más reciente elaborada con carácter general sobre la discrecionalidad técnica en la evaluación de los procesos en concurrencia, -- a la que luego aludiremos --, existe una causa más próxima para tal rechazo. La Orden de convocatoria preveía que las solicitudes fuesen expresamente autovaloradas por el promotor, -- Base 4 c) --, valoración que solo puede ser rechazada si se advirtiera que es contraria a las propias bases de la convocatoria, cosa que no sucede en los supuestos en que el promotor utilizó el mismo procedimiento pero eligiendo menos decimales o redondeando por exceso o defecto las coordenadas UTM para el cálculo de la distancia entre aerogeneradores. Queda así de relieve que excluir la autovaloración del proyecto, que cumple la errónea fórmula impuesta por la convocatoria, para sustituirla por otra asimismo errónea, resulta una elección claramente arbitraria.

A ello se une la consideración de que los errores y desviaciones que contiene la Orden de convocatoria en relación con el Decreto regulador a que venimos refiriéndonos, no eran detectables, -- o eran muy difícilmente



detectados –, por si solos y solo aparecen, no sin cierta dificultad, cuando comprobamos que el resultado deviene absurdo o contrario a la norma. Como hemos explicado en base al informe pericial judicial, la formula elegida para concretar conceptos indeterminados usados por el Decreto, – eficiencia energética, sostenibilidad, protección medioambiental etc –, es técnicamente, – matemáticamente –, desacertada y produce resultados contrarios a la finalidad de la norma. La discrecionalidad técnica que correspondía a la Administración, se ha ejecutado en una doble etapa, la primera al elegir la formula contenida en la Orden de convocatoria, la segunda en la elección del procedimiento de evaluación y por tanto la revisión jurisdiccional a que antes hemos aludido debe comprender ambas fases.

Existe una ulterior razón, cuya virtualidad es aplicable a un mayor número de recursos, cual es la necesidad de que la Comisión de valoración debió usar la posibilidad de requerir a los promotores la subsanación de posibles defectos en que haya incurrido el proyecto presentado, sobre todo cuando tal posible defecto es producto, no del incumplimiento paladino de la convocatoria, sino de una interpretación discutible de sus determinaciones. Ello sin perjuicio, – o incluso por disponerlo así –, del tramite de subsanación e información previsto en la Base 5 de la Orden de convocatoria.

En efecto, la STS de 4 de febrero de 2003, dictada en recurso de casación en interés de ley número 3437/01, admite expresamente que el trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es plenamente aplicable en los procesos selectivos o de concurrencia, al considerar en su fundamento de derecho sexto que "resulta aplicable en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/92, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor y como señala en este punto el Ministerio Fiscal, la redacción del apartado segundo del artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva para la ampliación prudencial hasta cinco días del plazo cuando la aportación presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado".

Con posterioridad, son varios los pronunciamientos similares, que se ratifican en la anterior doctrina. Así, cabe citar la Sentencia, de 14 de septiembre de 2004, dictada en el recurso de casación 2400/99, en la que se cuestiona la aplicación del artículo 71 de la Ley 30/92 en un recurso administrativo, cuyo fundamento de derecho tercero sostiene lo siguiente:

"Lo que hace la sentencia recurrida es interpretar aquel requisito con un criterio de racionalidad (deducible de lo que dispone el artículo 9.3 de la Constitución) y ponderar las singulares circunstancias del caso enjuiciado, para, en función de todo ello, permitir que el recurso administrativo sea una posibilidad de completar lo exigido en la convocatoria por apreciar razones que así lo aconsejaban.

Por otra parte, la decisión que adopta, como expresamente señala, es coincidente con el criterio sentado por esta Sala en la sentencia de 11 de octubre de 1991 y representado por la conveniencia de evitar, en los procesos selectivos, exclusiones que puedan resultar desproporcionadas.

En relación con lo que antecede, conviene subrayar que ciertamente los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE).

Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad, que antes se han apuntado, no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance. Cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber ocurrido".

Como hemos visto en los antecedentes expuestos, resulta que las opciones de los proyectos presentados por la entidad demandante, son excluidos o indebidamente valorados por existencia de un error virtual, de centímetros en la colocación de un aerogenerador, error que además se produce por una determinada lectura de las bases. Parece excesivo que en tales circunstancias se produzca la exclusión del proyecto en lugar de requerir que la colocación de tal generador se desplace unos centímetros dentro de la parcela disponible. En definitiva, en trámite de subsanación hubiera sido exigible que la Comisión identificase con precisión el defecto a subsanar, aunque se hubiera detectado en el momento final de la evaluación.



Por último y para agotar el alcance de esta sentencia, debemos dejar apuntada la posibilidad que tiene la Administración de rectificar los errores de la Orden de la convocatoria que hemos detallado, en cuanto pueden ser considerados como errores materiales o aritméticos de acuerdo con lo dispuesto en el artº 105.2 de la Ley 30/92 de Procedimiento administrativo común.

SÉPTIMO.- Pues bien, retomando el recurso a que se contrae este procedimiento, resulta que según las bases segunda y cuarta del concurso, cada solicitud corresponderá a un único parque eólico y deberá ir acompañada de un Plan Eólico con los contenidos previstos en el Anexo II de la Orden, entre otros la localización geográfica y los terrenos (apartados E y F respectivamente del Plan Eólico).

- En relación a la localización geográfica y los terrenos, el Plan Eólico debe incluir planos sobre hoja de cartografía con los siguientes datos entre otros: codificación y localización geográfica de cada aerogenerador en coordenadas UTM; superficie de terreno disponible para ejecutar el parque eólico; así como propuesta de distribución en planta de las instalaciones de generación, señalando las cimentaciones, canalizaciones, estaciones transformadoras, accesos y cualquier otro elemento afecto al parque, a excepción de la línea de evacuación y el punto de conexión al sistema eléctrico.

- Determina la propia base cuarta del concurso que los datos sobre hojas de cartografía se referirán a las facilitadas por Cartográfica de Canarias, S.A. (GRAFCAN), siempre en hojas con fecha de emisión posterior a 1996 y en formato dwg o dgn.

La entidad demandante propuso para ejecutar el parque dos parcelas, que según consta en el Plan Eólico V-07/538 son las Parcelas 123 y 126 del Polígono 19 del término municipal de Antigua, cuyas referencias catastrales son 35003A019001230000TY y 35003A019001260000TP respectivamente.

La Orden de 3 de marzo de 2009, le fue asignada potencia a dicho parque.

Se interpusieron diversos recursos de reposición, en uno de los cuales, interpuesto por Endesa Cogeneración y Renovables SA., se afirmaba que el mencionado parque se ubicaba realmente en la parcela 41 del polígono 8 del Termino Municipal de Puerto Rosario. Como consecuencia en el Acta 8 de la Comisión Técnica de evaluación acuerda comprobar la ubicación del parque mediante la Cartografía de la Dirección General del Catastro, determinando que de acuerdo con tal cartografía, efectivamente se sitúa en la parcela 41 del polígono 8 del Termino Municipal de Puerto Rosario, lo que determina que le sean sustraídos la puntuación correspondientes a los criterios D1 al haber suscrito un convenio con el Ayuntamiento de Antigua y no de Puerto Rosario y D2 por no acreditar la disponibilidad de los terrenos.

Es claro que en este particular el recurso debe prosperar por cuanto, como ha puesto de relieve el informe pericial en la forma que luego detallamos existe un error en los límites de las parcelas proveniente de que tales límites coinciden con los que separan ambos términos municipales y desde luego para subsanar tal error la Administración no debió acudir a la cartografía del Catastro, – que no era la requerida en las bases de la convocatoria –, ni desechar el informe topográfico presentado por la entidad recurrente.

Resumidamente del informe pericial judicial y de los obrantes en la causa se extraen las siguientes conclusiones:

" Las Parcelas 123 y 126 del Polígono 19 del término municipal de Antigua tienen como lindero norte el límite de dicho término municipal con el contiguo de Puerto del Rosario.

Los límites municipales de la isla de Fuerteventura integrados en la cartografía de GRAFCAN provienen de la información digitalizada de la Cartografía del Servicio Geográfico del Ejército, del año 1975 y a escala 1:25.000. Dichos límites municipales no están conciliados y acordes a la precisión del mapa topográfico 1:5.000, según confirmación de GRAFCAN.

En conclusión, la precisión de la cartografía de GRAFCAN en relación a los límites municipales es función de la fuente de información disponible, que en el caso de la isla de Fuerteventura es la información digitalizada de la Cartografía del Servicio Geográfico del Ejército, del año 1975 y a escala 1:25.000, no acorde por tanto a la precisión requerida en el mapa topográfico 1:5.000.

4.4.- Coordenadas UTM del parque eólico.

Las coordenadas UTM de los 8 aerogeneradores que componen el parque eólico son las que figuran en el apartado E (Localización geográfica) y en el plano nº1 (Localización geográfica) del Plan Eólico V-07/538.

4.5.- Verificación catastral.

Según consta en el Plan Eólico V-07/538 los aerogeneradores del parque eólico se sitúan en las Parcelas 123 y 126 del Polígono 19 del término municipal de Antigua (provincia de Las Palmas), cuyas referencias catastrales son 35003A019001230000TY y 35003A019001260000TP respectivamente.

Se comparan las fichas catastrales presentadas en el Plan Eólico a efectos de acreditar la disponibilidad de terrenos, con las actualmente disponibles en la Sede Electrónica del Catastro (<https://www.sedecatastro.gob.es/>).

Según la información gráfica de las fichas catastrales anteriores, las Parcelas 123 y 126 del Polígono 19 del término municipal de Antigua tienen como lindero norte el límite de dicho término municipal con el contiguo de Puerto del Rosario

contiguas con la Parcela 41 del Polígono 8, de este término municipal, cuya referencia catastral es 35018A008000410000UD y cuyo lindero sur es el límite con el término municipal de Antigua.

Para su verificación se descarga de la Sede Electrónica del Catastro la cartografía catastral con historia en formato digital, que incluye tanto la situación actual de las parcelas como su geometría en los últimos años.

Acompaña a la cartografía catastral unas tablas con dos campos llamados FECHAALTA y FECHABAJA, con los que se controla la historia de los elementos gráficos. Ambos campos son numéricos y su formato es la fecha del año, el mes y el día. Nunca se modifica en la cartografía catastral la geometría de un elemento gráfico, sino que se borra y se crea uno nuevo. De esta forma cuando se crea un elemento gráfico nuevo se pone como FECHAALTA la fecha actual y como FECHABAJA 99999999 mientras permanece vigente, y cuando se borra se pone como FECHABAJA la fecha de borrado.

La historia de las parcelas 123 y 126, según las tablas de la cartografía catastral, es la siguiente:

La geometría de las parcelas 123 y 126 no se modificó entre el 30-07-2001 y el 27-07-2010, pero es diferente a la actual que data del 04-05-2011. Se verifica a su vez en las tablas de la cartografía catastral que el límite del término municipal de Antigua se modificó el 27-07-2010 y el 04-05-2011, fechas que coinciden con los datos numéricos de FECHABAJA de ambas parcelas, de modo que los cambios geométricos en las mismas pueden ser debidos a las modificaciones en el límite del término municipal, o lo que es lo mismo en el lindero norte de las parcelas.

4.6.- Emplazamiento del parque eólico.

Se procede a representar sobre el mapa topográfico 1:5.000 de GRAFCAN, de fecha 2004-2006, la localización geográfica de los aerogeneradores del Parque Eólico "Montañas Negras" con sus respectivos vuelos, así como la geometría y límites de las parcelas catastrales descargadas digitalmente de la cartografía con historia de la Sede Electrónica del Catastro.

4.7.- Conclusiones.

Atendiendo a los apartados y planos anteriores, se deducen las siguientes conclusiones:

- Según el plano 1 el lindero norte de las Parcelas 123 y 126 del Polígono 19 del término municipal de Antigua, según la cartografía catastral vigente entre el 23-02-2005 y el 27-07-2010, difiere significativamente del límite entre términos municipales de la cartografía de referencia de fecha 2004-2006, cuando ambas líneas deberían coincidir según la información gráfica de las fichas catastrales.

- Según el plano 2 las modificaciones realizadas en las parcelas anteriores y en la Parcela 41 del Polígono 8 de Puerto del Rosario confirman, tal y como se detectó en las tablas de la cartografía catastral, una corrección del límite catastral entre términos municipales materializado por los propios linderos de parcela. En este caso dichos linderos se aproximan sensiblemente al límite entre términos municipales de la cartografía de referencia, si bien ambas líneas siguen guardando ciertas diferencias. Serían atribuibles previsiblemente dichas diferencias a la falta de precisión asociada al límite entre términos municipales en ambas cartografías.

- La documentación cartográfica y catastral disponible concede mayor rigor a la información gráfica representada en el plano 2, según la cual los aerogeneradores y sus vuelos se localizan en el interior de las Parcelas 123 y 126 del Polígono 19 del término municipal de Antigua.

- Sin embargo, atendiendo exclusivamente a la base cartográfica de referencia, se observa que los aerogeneradores se sitúan en el término municipal de Antigua, pero sus vuelos invaden el término municipal de Puerto del Rosario, circunstancia que contradice o cuestiona la verdadera localización de los aerogeneradores a efectos parcelarios.

- Tal y como se expuso en el apartado correspondiente, el límite entre términos municipales en la cartografía base de referencia adolece de falta de precisión. Para localizar por tanto de forma exacta el emplazamiento de



los aerogeneradores, y confirmar si sus vuelos invaden el término municipal de Puerto del Rosario, convendría realizar un replanteo topográfico sobre el terreno".

Hasta aquí el informe del perito judicial. Pues bien la entidad demandante aportó el replanteo topográfico, (folio 3547 E.A.) en el que se hacía constar que los aerogeneradores y su vuelo se ubican íntegramente en las parcelas y que estas se encuentran en el termino municipal de Antigua.

Con el informe topográfico presentado en fase de alegaciones, – y ahora corroborado por el informe pericial judicial –, es suficiente por si solo para entender que el vuelo de ningún aerogenerador queda fuera de los limites reales de la finca propuesta. A ello no se puede oponer como hizo la Comisiona que no estar avalada dicha modificación gráfica por Organismo Oficial competente, y contradecir un documento emitido por la Dirección General del Catastro del Ministerio de Economía y Hacienda. En primer lugar porque la descripción que exigía las bases no eran de las fincas catastrales, sino definidas por la cartografía de Grafcan. Además por que el propio Catastro ha corregido los linderos.

El que luego se corrigiera los linderos de la finca catastral, no implica dar "retroactividad" a la corrección, ni puede considerarse "extemporánea", Ya hemos dicho que la descripción de la parcela que exige las bases, no era de fincas catastrales sino de los datos obtenidos, sobre hojas de cartografía se referirán a las facilitadas por Cartográfica de Canarias, y la localización geográfica de cada aerogenerador en coordenadas UTM., y por ello los limites de la parcela deben ser los reales.

La modificación catastral no lo fue como consecuencia de agregación, segregación, división o cualquier otro negocio jurídico sobre las fincas, sino una alteración de los linderos, cuya realidad física sigue invariable desde la inscripción.

OCTAVO.- Ciertamente procede declarar la nulidad de la Orden objeto de recurso en el particular que supone la valoración del proyecto a que nos referimos, y por ende a las adjudicaciones d potencia que contiene para la Iskla de Fuerteventura, pero sin que podamos realizar una declaración de plena jurisdicción ni en el sentido de adjudicar una determinada puntuación ni de declarar el derecho a obtener la adjudicación solicitada, por las razones que hemos expuesto con anterioridad y que se resumen en que el contenido de esta sentencia debe ser aplicado a la totalidad de los proyectos afectados y que, una segunda o ulterior sentencia referida a la misma isla, puede afectar al resultado final de la puntuación de los presentados.

Como decimos procede la estimación parcial del recurso, y por ello declarar la nulidad de la Orden objeto del mismo y retrotraer el procedimiento a fin de que se realice una nueva evaluación de los proyectos presentados por la demandante, – requiriendo si se considera necesario la subsanación de posibles errores–, y en todo caso, respetando los criterios establecidos en los anteriores fundamentos.

NOVENO.- No se aprecian motivos para hacer especial pronunciamiento sobre las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Por ello, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución decidimos

FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de PROYECTOS Y DESARROLLOS RENOVABLES S.L. frente al acto antes identificado que consecuentemente anulamos a fin de que se proceda de acuerdo con lo expuesto en el fundamento octavo de esta sentencia, sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Al notificarse a las partes se les indicará que esta sentencia es susceptible de recurso de casación –que deberá prepararse en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de la notificación– ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, pero sólo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas en esta sentencia.

Llévese el original al libro de sentencias.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Secretario/a de la Sala doy fe. En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de enero de 2014.