



**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3
003 - A CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA

Teléfono: 981185796 **Fax:** 981185794

Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal

Equipo/usuario: MQ

N.I.G: 15030 33 3 2022 0000174

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0007051 /2022 0001 EQL ESTIMAC MED. CAUTELAR

Sobre ACCION ADMINISTRATIVA Y ACTO ADMINISTR.

De D/ña. ASOCIACION PARA A DEFENSA ECOLOXICA DE GALIZA (ADEGA), PLATAFORMA PARA LA DEFENSA DE LA CORDILLERA CANTABRICA

Abogado: MONTSERRAT MARIA CALVO RIOS, MONTSERRAT MARIA CALVO RIOS

Procurador: LUIS SANCHEZ GONZALEZ, LUIS SANCHEZ GONZALEZ

Contra D/ña. DIRECCION XERAL DE PLANIFICACION ENERXETICA E RECURSOS NATURAIS, GREENALIA WIND POWER S.L.U.

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, DAVID RODRIGUEZ FIDALGO

Procurador: , PATRICIA DIAZ MUIÑO

PONENTE: LUIS VILLARES NAVEIRA

AUTO

Presidente:

Francisco Javier Cambón García

Maxistrada:

Juan Carlos Fernández López
Luís Villares Naveira (Relator)

A Coruña, 16 de Nadal de 2022

FEITOS

Único. Obxecto da tutela precautoria solicitada. Fundamento da pretensión e posición das partes demandadas.

Co escrito de interposición do recurso a parte interesada solicitou a adopción de medidas precautorias en relación á resolución administrativa recorrida, tras o cal se abriu a correspondente peza separada, e traslado ás demais partes do procedemento.

A medida precautoria solicitada consiste na suspensión da execución do acto impugnado, que é a desestimación presunta do recurso de alzada interposto contra a Resolución de 30/7/2021 da Dirección Xeral de Planificación Enerxética e Recursos Naturais pola que se outorgan as autorizacións administrativas



previas e de construción ao parque eólico Monte Toural, sito nos Concellos de Coristanco e Santa Comba (A Coruña).

Fundamenta o/a recorrente a súa solicitude en:

- a. Aparencia de bo dereito, xa que os argumentos de impugnación relativos ao fondo do asunto baséanse na fragmentación artificial do parque eólico e a contravención do dereito da UE e do dereito interno en materia de prazo para o trámite de información pública, motivos que xa deron lugar a anulación doutros proxectos eólicos pola mesma Sala e Sección.
- b. Risco de perda da finalidade lexítima do recurso no caso de non se adoptar a medida precautoria solicitada, porque do contrario sucedería como no asunto da repotenciación do PE de Corme, en que a sentenza anulatoria chega cando o dano ambiental xa está feito e as dificultades de reposición son maiores.
- c. Ponderación circunstanciada de intereses en conflito. Neste caso os intereses ambientais son prevalentes aos particulares e mesmo a outros intereses xerais pero que resultan postergables por aplicación do principio de precaución, incorporado ao acervo xurisprudencial por medio do art. 191 TFUE e os pronunciamentos do TXUE, indicando que non é necesario demostrar a certeza do dano ambiental como condición previa para tomar medidas cautelares de protección, así como unha inversión de carga da proba de demostrar que a actividade resulta segura. No caso de autos, o interese na suspensión vén da protección do medio ambiente así como das condicións de vida da cidadanía máis directamente afectada polo parque. Os argumentos que de contrario se vertan en pro da descarbonización da economía e a guerra de Ucraína deben ser obxectadas indicando que eses principios deben cohonestarse co respecto ao medio ambiente e ao conxunto do ordenamento xurídico.
- d. Non esixibilidade de caución. En primeiro lugar, a LXCA non obriga a que esta se estableza necesariamente, e en segundo lugar, a xurisprudencia vén eximindo ás asociacións conservacionistas desta obriga en atención á defensa que fan de intereses colectivos, e finalmente porque unha caución elevada para unha asociación que non ten ánimo de lucro nin actividade mercantil faría ilusoria a tutela pretendida, porque non podería ser satisfeita por falta de recursos. A falta de caución en ningún caso depararía dano ao interese xeral, máis ao contrario, dada a aparencia de bo dereito.





A Administración oponse ás pretensións actoras con base nos seguintes motivos:

- a) En relación á aparencia de bo dereito, o feito de que a Sala acollese e o TS confirmase determinados argumentos como a fragmentación artificiosa dun parque eólico non xera aparencia de bo dereito en todos os que se alegue; no de autos houbo un respecto escrupuloso á tramitación, e de feito noutro procedemento que concirne ao Monte Toural denegouse a medida cautelar; tamén con relación á argumentación de fragmentación artificiosa como presuposto da medida, que foi rexeitada no caso dos PPEE Monte Tourado e Alto da Croa I. O mesmo debe dicirse sobre o cumprimento de prazos no procedemento, que haberá de estudarse caso por caso. A UE a raíz da guerra de Ucraína recomenda prazos máis breves para a tramitación de procedementos de enerxías renovables.
- b) En canto á perda da finalidade lexítima do recurso, no relativo á afectación de especies polas obras, a Dirección Xeral de Patrimonio Natural presentou informe onde se di que o impacto non será significativo. Tampouco é un problema a construción e posterior anulación da autorización, porque a presunción de solvencia acompaña á administración, quen pode ordenar demoler o indebidamente construído.
- c) Sobre a ponderación de intereses en conflito, a propia Recomendación da UE indica os beneficios da implementación das enerxías renovables a nivel ambiental, cidadán, e de control de prezos, e polo tanto deben terse en conta á hora de adoptar a decisión.

Pola súa banda, a empresa Greenalia Wind Power, SLU oponse ás pretensións actoras cos seguintes argumentos:

- a) a recorrente pretende un pronunciamento sobre o fondo en sede de medidas precautorias. Non concorre a aparencia de bo dereito alegada, porque na medida en que as características técnicas do PE Monte Toural non foron aínda obxecto de análise xudicial, non se pode afirmar que nos atopemos nalgunha das circunstancias que xurisprudencialmente esixe a aplicación da doutrina da aparencia de bo dereito, sen que sexa admisible entrar a coñecer do fondo do asunto en sede cautelar. En todo caso, non existe fraccionamento fraudulento do PE porque a liña de alta tensión (LAT) Campelo-Mesón serve legalmente de enlace a varias centrais de xeración eléctrica. Non se omitiu o efecto sinérxico dos parques no EIA e na DIA.



- b) Inexistencia de risco para o medio ambiente, porque as recorrentes non demostran que a execución da autorización provoque prexuízos graves e irreparables, porque aínda que se afirma a defensa do medio ambiente, tamén se recoñece que a situación é reversible chegado o caso. Non existen danos irreparables porque a DIA é favorable e non se afectan masas de auga, nin hábitats de interese prioritario ou comunitario, que están adecuadamente protexidos, nin espazos naturais protexidos, nin afeccións irreversibles á paisaxe.
- c) A adopción da medida prexudicará o interese público. En primeiro lugar, porque o proxecto foi declarado pola Xunta de interese especial, porque é produción con enerxía renovable e forma parte da estratexia contra o cambio climático, ademais de mitigar os efectos da guerra de Ucraína en materia enerxética.
- d) A medida produciría efectos prexudiciais a Greenalia, que ten previsto un investimento de máis de 12 millóns de euros, e conta con todos os permisos e ten depositada unha garantía para isto, todo o cal debe ser tamén ponderado para denegar a medida.
- e) De acordarse a medida, debe facerse con caución, por importe suficiente para cubrir as perdas irrogadas pola paralización, porque a xustiza gratuíta non exime de que se poda adoptar a fianza.

Concluído o trámite de alegacións procede resolver a petición formulada.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro. Requisitos legais e xurisprudenciais necesarios para a adopción de medidas precautorias.

Segundo o artigo 129, número primeiro, da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (LXCA), *os interesados poderán solicitar en calquera estado do proceso a adopción de cantas medidas aseguren a efectividade da sentenza.*

Engade ao anterior o artigo 130 da LXCA:

1. Logo de valoración circunstanciada de todos os intereses en conflito, a medida precautoria poderase acordar unicamente cando a execución do acto ou a aplicación da disposición lle puidesen facer perder ao recurso a súa finalidade lexítima.





2. A medida precautoria poderase denegar cando desta se puidese seguir unha perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiro que o xuíz ou tribunal ponderará en forma circunstanciada.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

A doutrina da Sala Terceira do Tribunal Supremo sobre a xustiza precautoria pode resumirse nos seguintes termos, seguindo o Auto do 21 de setembro de 2004:

- A. A razón de ser da xustiza precautoria, no proceso en xeral, encóntrase na necesidade de evitar que o lapso de tempo que transcorre ata que recae un pronunciamento xudicial firme supoña a perda da finalidade do proceso. Coas medidas precautorias trátase de asegurar a eficacia da resolución que poña fin ao proceso ou, como di expresivamente o artigo 129 da LXCA, *asegurar a efectividade da sentenza*. Por iso o *periculum in mora* forma parte da esencia da medida precautoria e o artigo 130 da LXCA especifica como un dos supostos en que procede a adopción de tal medida aquel en que a *execución do acto ou a aplicación da disposición lle puidesen facer perder ao recurso a súa finalidade lexítima*. En definitiva, coa medida precautoria trátase de **asegurar** que a futura sentenza poida levarse á práctica de modo útil.
- B. A decisión sobre a procedencia das medidas precautorias debe adoptarse **ponderando as circunstancias do caso**, segundo a **xustificación ofrecida** no momento de solicitar a medida precautoria, en relación cos distintos criterios que deben ser tomados en consideración segundo a LXCA e tendo en conta a finalidade da medida precautoria e o seu fundamento constitucional. A decisión sobre a procedencia da medida precautoria comporta un alto grao de ponderación conxunta por parte do tribunal dos seguintes criterios:
- a) **Necesidade de xustificación ou proba**, aínda incompleta ou por indicios, daquelas circunstancias que lle poidan permitir ao tribunal efectuar a valoración da procedencia da medida precautoria. Como sinala un ATS do 3 de xuño de 1997: *a mera alegación, sen proba ningunha, non permite estimar como probado que a execución do acto impugnado (ou a vixencia da disposición impugnada) lle poida ocasionar prexuízos, nin menos que estes sexan de difícil ou imposible reparación*. O interesado en obter a suspensión ten a carga de probar axeitadamente que danos e perdas de reparación imposible ou difícil concorren no caso



para acordar a suspensión, sen que sexa suficiente unha mera invocación xenérica, liña xurisprudencial que confirma, por todos, o ATS de 7/8/2009.

b) **Imposibilidade de prexulgar** o fondo do asunto. As medidas precautorias teñen como finalidade que non resulte irreparable a duración do proceso. Como sinala a STC 148/1993, *o incidente precautoria entraña un xuízo de cognición limitado en que o órgano xudicial non debe pronunciarse sobre as cuestións que lle corresponde resolver no proceso principal*".

c) **O *periculum in mora***. Conforme o artigo 130.1 LXCA: *logo de valoración circunstanciada de todos os intereses en conflito, a medida precautoria poderase acordar unicamente cando a execución do acto ou a aplicación da disposición lle puidesen facer perder ao recurso a súa finalidade lexítima*. Este precepto consagra o chamado *periculum in mora* como primeiro criterio a considerar para a adopción da medida precautoria. Se ben, debe terse en conta que a aseguranza do proceso, novo parámetro esencial, para a adopción da medida precautoria, non se esgota na fórmula clásica da irreparabilidade do prexuízo, senón que a súa xustificación pode presentarse, con abstracción de eventuais prexuízos, sempre que se advirta que de modo inmediato pode producirse unha situación que faga ineficaz o proceso. Non obstante, débese ter en conta que a finalidade asegurable a través das medidas precautorias é a finalidade lexítima que se deriva da pretensión formulada ante os tribunais.

d) **A ponderación de intereses:** intereses xerais e de terceiro. Conforme o artigo 130.2 LXCA, a medida precautoria pode denegarse cando desta pode seguirse perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiro que o xuíz ou tribunal ponderará en forma circunstanciada.

O criterio de ponderación de intereses concorrentes é complementario do de perda da finalidade lexítima do recurso e foi destacado frecuentemente pola xurisprudencia: *ao xulgar sobre a procedencia (da suspensión) débese ponderar, ante todo, a medida en que o interese público esixa a execución, para outorgar a suspensión, con maior ou menor amplitude, segundo o grao en que o interese público estea en*





xogo. Por conseguinte, na peza de medidas precautorias deben ponderarse as circunstancias que concorren en cada caso e os intereses en xogo, tanto os públicos coma os particulares en forma circunstanciada, segundo esixe o citado artigo 130.2 LXCA. Como reitera a xurisprudencia, *cando as esixencias de execución que o interese público presenta son tenues abundarán prexuízos de escasa entidade para provocar a suspensión; pola contra, cando aquela esixencia é de grande intensidade, só prexuízos de elevada consideración poderán determinar a suspensión da execución do acto* (ATS do 3 de xuño de 1997, entre outros moitos).

e) A **aparencia de bo dereito** (*fumus boni iuris*) supuxo unha grande innovación respecto dos criterios tradicionais utilizados para a adopción das medidas precautorias. A dita doutrina permite valorar con carácter provisional, dentro do limitado ámbito que incumbe aos incidentes desta natureza e sen prexulgar o que no seu día declare a sentenza definitiva, os fundamentos xurídicos da pretensión deducida aos meros fins da tutela precautoria.

A LXCA non fai expresa referencia ao criterio do "*fumus boni iuris*", cuxa aplicación lle queda confiada á xurisprudencia e ao reflexo da LAC do ano 2000, que si alude a este criterio no artigo 728.

En calquera caso, debe terse en conta que a máis recente xurisprudencia fai unha aplicación moito máis matizada da doutrina da aparencia de bo dereito, utilizándoa en determinados supostos (de nulidade de pleno dereito, sempre que sexa manifesta, ATS do 14 de abril de 1997, de actos ditados en cumprimento ou execución dunha disposición xeral declarada nula, de existencia dunha sentenza que anula o acto nunha instancia anterior aínda que non sexa firme; e de existencia dun criterio reiterado da xurisprudencia fronte ao que a Administración opón unha resistencia contumaz), pero advertindo, ao mesmo tempo, dos riscos da doutrina ao sinalar que *a doutrina da aparencia de bo dereito, tan difundida, canto necesitada de prudente aplicación, debe ser tida en conta ao solicitarse a nulidade dun acto ditado en cumprimento ou execución dunha norma ou disposición xeral, declarada previamente nula de pleno dereito ou ben cando se impugna un acto idéntico a outro xa anulado xudicialmente, pero non (...) ao predicarse a*



nulidade dun acto, en virtude de causas que han ser, por primeira vez, obxecto de valoración e decisión, pois, do contrario prexulgaríase a cuestión de fondo, de maneira que por amparar o dereito á efectiva tutela xudicial, vulneraríase outro dereito, tamén fundamental e recollido no propio artigo 24 da Constitución, cal é o dereito ao proceso coas garantías debidas de contradición e proba, porque o incidente de suspensión non é trámite idóneo para decidir a cuestión obxecto do preito (AATS do 22 de novembro de 1993 e 7 de novembro de 1995, e STS do 14 de xaneiro de 1997, entre outras). Máis recentemente as SSTS de 24/7/2006 e 31/12/2006 reiteran a necesidade de que a causa de nulidade sexa clara e manifesta, sen que cumpra afondar nos motivos do recurso, debéndose descartar a súa concorrencia no resto dos casos. En igual sentido o ATXSG de 21/11/2005.

Segundo. Verificación da concorrencia en caso de autos dos presupostos da adopción da medida precautoria.

Ao aplicar a doutrina anterior ao suposto de autos, a conclusión que alcanza esta Sala é que concorren as circunstancias que xustifican a adopción da medida precautoria solicitada, polas razóns que a continuación se detallan.

A. Sobre a concorrencia do risco de dano irreparable pola duración do procedemento.

Sostén a demandante, cunha técnica que en realidade nos obriga implicitamente a remitirnos ao FX 3º da súa demanda, que existe un dano irreparable derivado da afectación tanto ao humidal da Braña Rubia-Lagoa de Alcaián, como o do Marco do Couto; así como a varias especies vulnerables ou en perigo de extinción, e endemismos botánicos únicos, concretamente a *Lycopodiella inundata* (en perigo de extinción), a *Euphorbia uliginosa* (en perigo de extinción), a *Spiranthes aestivalis* (vulnerable) ou a *Centaurea ultreiae* (en perigo de extinción). Ponse especial atención na *Centaurea ultreiae* Silva Pando, que é un endemismo galego cuxa poboación mundial total está composta por 6.821 individuos en perigo crítico de extinción (Atlas y Libro Rojo de la Flora Vasculare Amenazada de España, 2004) distribuídos en dúas cuadrículas de 10x10 km arredor do Monte Castelo e acontorna da Braña Rubia-Lagoa de Alcaián.





A demanda acompaña un mapa coa área de distribución dos aeroxeradores superposto tanto coa Lagoa de Alcaián como da distribución da endémica *Centaurea ultreiae*. Explicase que os movementos de terras e a apertura de pistas producirá unha fragmentación de áreas e unha transformación de solos, que ademais se verá agravada pola concorrencia das obras complementarias de liñas de evacuación e outros elementos consubstanciais ao PE.

Entende a Sala que a acreditación da existencia dun hábitat ecolóxico que con certeza se vai ver afectado polas obras é clara. Un hábitat que na dimensión do espazo xeográfico de humedais está recoñecido no Inventario de Humedais de Galicia (códigos 1110234 e 1110331) así como coa categoría de área de especial protección paisaxística no Catálogo de Paisaxes de Galicia. No relativo ás especies ameazadas ou en perigo de extinción aparecen catalogadas no Decreto 88/2007. Ningún destes extremos relativos á singularidade e catalogación de espazos e especies foi discutido de contrario.

Ante esta situación, entende a Sala que a acreditación dun risco de dano irreparable derivado da execución das obras que permite a autorización é clara. Polo demais, o TS ten sintetizado na STS de 8/7/2011 (Roj: STS 4514/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4514 N° de Recurso: 4222/2010) que: "*o periculum in mora, constitúe o primeiro criterio a considerar para a adopción da medida cautelar. Aínda que, ha de terse en conta que o aseguramento do proceso, non se esgota, na fórmula clásica da irreparabilidade do prexuízo, senón que a súa xustificación pode presentarse, con abstracción de eventuais prexuízos, sempre que se advirta que, de modo inmediato, pode producirse unha situación que faga ineficaz o proceso.*", abondando con que se produza unha situación que altere un hábitat de forma significativa.

As demandadas parten de recoñecer esta realidade da concorrencia dun dano ambiental, pero obxectan que o propio proxecto prevé medidas correctoras para restaurar o medio que incluso poden mellorar a situación actual.

Non corresponde aquí analizar no fondo a eficacia das medidas correctoras propostas sobre o papel, pero resulta innegable que os movementos de terra, escavacións, apertura de pistas, presenza de vehículos pesados, creación de infraestruturas estables de servizo da instalación de produción enerxética, así como a das liñas de evacuación, van producir un impacto significativo no ecosistema descrito, e esa é a razón pola que se prevé esa necesidade de corrección para evitar que a perda que se produce -o que non é controvertido, tampouco- teña



carácter de definitivo, se ben o que se inclúe nas medidas é unha prognose, é dicir, unha expectativa de que sobre determinadas actuacións se acaden determinados resultados, o que pasa por recoñecer un momento irremediabilmente seguro de perda e outro posterior esperado (aínda que non seguro) de recuperación.

No mellor dos casos, as medidas que as codemandadas expoñen como correctoras da situación o que fan é partir do recoñecemento dun dano ecolóxico efectivo aos elementos bióticos e abióticos do ecosistema (estes últimos de forma menos intensa), para a partir de aí, precisar unha batería de actuacións que busquen restablecer un equilibrio que as obras rompen. Esta ruptura e posterior reequilibrio implica como mínimo un lapso temporal de quebra ecolóxica, que só en caso de aplicación correcta e estrita das medidas se pode rencamiñar, sen que tal restauración se poda dar por certa de forma automática por se tratar dun espazo ecosistémico fráxil e singular (tanto é así que hai unha especie endémica da zona en perigo crítico de extinción) onde a previsibilidade de restauración depende de moitos factores e non funciona como cando se substitúe unha perda polo seu equivalente económico; por iso en supostos coma este non resulta eficaz o argumento nin da solvencia administrativa nin das fianzas ambientais, pois a perda pode resultar irreparable sen que o diñeiro a poda restaurar.

O sacrificio aos bens ambientais aquí descrito é especialmente sensible no relativo tanto ás especies en perigo de extinción como particularmente á especie endémica en perigo crítico, polo que para a Sala queda acreditado no seu conxunto, un dano ambiental certo no caso de comezar as obras cuxa suspensión se pretende, derivada da interacción destas nun hábitat especialmente sensible polos elementos relacionados, que pode acadar o carácter de irreversible neste caso ao se afectar o hábitat dunha especie endémica en estado crítico de extinción, sen prexuízo do que de seguido se dirá a respecto do principio de precaución.

B. Sobre a ponderación circunstanciada dos intereses en conflito.

Sosteñen as demandantes a prevalencia do interese público na preservación do medio ambiente, que debe ser completada en sede cautelar coa observancia nese eido do principio de precaución e non só o de prevención; e que estes principios deben reputarse prevalentes sobre os que se alegan de contrario, que son o interese xeral na economía, o avance na





descarbonización e a transición enerxética ou a independencia enerxética nun contexto internacional escalada de prezos pola guerra de Ucraína, así como as recomendacións europeas na materia de axilización de proxectos de implantación de enerxías renovables.

A primeira cuestión que debe subliñarse é que con carácter xeral ningún interese prevalente debe haber por riba daquel consistente en que a realización de actividades de interese xeral -con repercusión en calquera outro principio, valor ou dereito constitucional- se produza dentro da legalidade, porque do contrario en nome da mellor das causas estaríamos sacrificando o Estado de Dereito, algo que un Tribunal non pode lexitimar discursivamente. Por esta razón a ponderación de intereses terá sempre en conta este frontispicio, como lembrou a STS de 10/5/2011 (Roj: STS 2704/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2704 N° de Recurso: 3623/2010) á hora de axuizar a determinación do interese prevalente nun caso semellante ao aquí estudado.

En segundo lugar, unha vez que se constata a tensión entre intereses lexítimos e amparables do punto de vista da legalidade e mesmo da promoción constitucional, debemos ver cal deles se pode ver irremediabilmente sacrificado ou máis gravemente afectado en función da decisión que se adopte en sede cautelar. Neste sentido é importante indicar dende xa que hai fins e dereitos constitucionalmente lexítimos cuxa materialización por medio da executividade do acto admite demora, sen máis perda que a propia do retardo do procedemento, e pola contra, hai outros dereitos e intereses dignos de protección cuxa prematura execución do acto poderían afectar irremediabilmente e só seren reparables de xeito imperfecto posteriormente. Isto é o que sucede co medio ambiente, un dos bens en tensión no presente asunto.

Teñamos en conta por una banda que en espazos ecosistémicos sensibles (polas razóns que sexan, neste caso pola presenza dunha especie en perigo crítico de extinción) os cálculos de supervivencia e recuperación que se poden acadar coas medidas correctoras sempre conteñen un ámbito de incertidume ao non se tratar a botánica en particular ou as ciencias biolóxicas en xeral de ciencias exactas que permitan predicir un resultado de forma axustada, como se produciría cando, como sucede noutros eidos da actuación administrativa, cabe unha satisfacción polo equivalente económico.

Postos nesta tesitura, a intervención por medio da executividade do acto produce, de forma (como mínimo) transitoria ineludiblemente unha afectación ecosistémica, por



pequena que sexa, derivada da execución de obras nun espazo natural. Dicimos como mínimo transitoria porque só posteriormente se poderá comprobar se o dano producido é recuperable por medio das medidas correctoras impostas no trámite de impacto ambiental. E isto dependerá como mínimo de tres situacións cumulativas: que as obras se executen estritamente no marco do declarado no proxecto; que as medidas correctoras se implementen de forma exacta a como se prevén nos documentos ambientais; e que finalmente unhas e outras - executadas nos seus estritos termos- teñan a idoneidade de acadar o resultado de restauración perfecta ou imperfecta do equilibrio ambiental roto pola intervención humana.

Todo este periplo está lexitimado constitucionalmente se acaso só cando a actuación resulta conforme a dereito, caso no cal a intervención humana no medio implicará un sacrificio *xustificad*o (na resolución de tensión entre dereitos e polo principio de proporcionalidade) de bens ambientais. Pero cando a actuación resulta contraria a dereito, atopámonos con que a lesión transitoria ou definitiva ao medio ambiente resultou inxustificada e o conxunto da cidadanía foi privada temporal ou definitivamente dun ben común.

Explicamos o anterior como antecedente dos principios de prevención e precaución que rexen dende hai décadas no eido de medio ambiente na tutela cautelara.

Se o principio de prevención fai referencia á necesidade de evitar riscos coñecidos antes de que se produzan, o de precaución alude a evitar ameazas de danos descoñecidos ou incertos, cando poden aparecer como consecuencia dunha actividade que xera riscos, estando acreditada a existencia do risco inherente á actividade.

A STS de 08 de marzo de 2012 (ROJ: STS 1666/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1666 Recurso: 4638/2008) refírese a este principio no seu FX 6º, indicando que:

"Polo demais, cabe efectuar unhas breves reflexións achega do principio de precaución, que inspira hoxe o Dereito ambiental da Unión Europea, xa recollido na STS desta Sala do 26 de decembro de 1989 en que declaramos que "calquera interpretación que se faga polos órganos competentes das normas aplicables ha de partir daquel mandato constitucional de protección da natureza, polo que, en caso de dúbida, han de inclinarse por negar a autorización para calquera actividade que poida danar ou menoscabar o desexable equilibrio natural" , no presente caso con maior razón ao poder danarse a saúde das persoas.





Os principios de cautela e de acción preventiva que o Tratado Constitutivo da Comunidade Europea menciona no seu artigo 174 (senalando que neles, xunto a outros, ha de basearse a política da Comunidade no ámbito do medio ambiente e que tal política ha de contribuír a alcanzar, tamén, o obxectivo da protección da saúde das persoas), permiten inferir unha regra de dereito que impón á Administración o deber de non autorizar, ou de non autorizar sen a previa adopción das debidas medidas de salvagarda, aquelas actuacións sobre as que exista un temor fundado da súa probabilidade de ser causa de danos graves á calidade do medio ambiente ou á saúde das persoas; e iso, por tanto, aínda cando ese temor, que ha de ser fundado e hao de ser da probabilidade de danos graves, non descanse no soporte dunha proba plena, indubitada ou inequívoca. (..)

Neste sentido, aplicando tal principio, na STS do 5 de xullo de 2011, RC 3796/2007 , declaramos que "A protección do medio ambiente pode facerse desde un Dereito reactivo, que faga fronte aos danos que xa se produciron ("quen contamina paga"), pasando por un Dereito que faga fronte a riscos coñecidos antes de que se produzan ("prevención"), ata un Dereito que prevexa e evite ameazas de danos descoñecidos ou incertos ("precaución"). O principio de precaución, derivado do principio de previsión do Dereito alemán ---("Vorsorgeprinzip")--- foi incorporado por diversos instrumentos internacionais sobre o medio ambiente (desde a Declaración de Río sobre medio ambiente e desenvolvemento de 1992) e polo Dereito primario da Unión Europea (Artigo 130.2 R do Tratado da Unión Europea, modificado polo Tratado de Lisboa) e a citada Directiva 92/43/CEE, do Consello , do 21 de maio, (sobre a conservación dos hábitats naturais e da flora e fauna salvaxes) así como pola xurisprudencia da Unión (desde as iniciais Sentenzas do TXCE "Reino Unido/Comisión e National Farmers' Union," do 5 de maio de 1998). Recóllese hoxe na Lei 42/2.007, do 13 de decembro, do Patrimonio Natural e da Biodiversidade."

Esta última resolución, a STS, de 15 de xullo de 2011 (ROJ: STS 5294/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5294 Recurso: 3796/2007) engade que "Na zona, e circunstancias de protección ambiental que se acaban de expresar, son de aplicación os principios de cautela e precaución do Dereito da Unión europea, que fai recaer sobre a entidade que pretende unha acción con impacto negativo no medio ambiente a carga da proba, para demostrar a compatibilidade da intervención co mesmo. // Cando a



intervención afecta, como no presente caso, a especies protexidas e en perigo de extinción devanditos principios serven a unha actitude de respecto á contorna natural que implica o abandono do principio de arrogancia dos seres humanos en relación co desenvolvemento sostible da súa contorna."

A vixencia do principio de precaución non se produce só no momento da decisión xudicial sobre o fondo do asunto, senón que ha de informar, polas razóns que se expuxeron *supra*, a tutela cautelar, é dicir: cando existe o risco certo (porque a actividade que desencadea a execución do acto incide no medio ambiente) sobre un ben xurídico tan sensible como un espazo natural protexido polas figuras expostas e con varias especies en perigo concreto de extinción, unha delas endémica e sometida a perigo crítico, a protección do *statu quo* ambiental adquire unha relevancia excepcional, porque aínda que non exista a certeza de que a actividade vai causar un dano irreparable, dado que a súa evitación depende dun cúmulo de factores diverso e non verificable *ex ante* e menos aínda en sede cautelar, a preeminencia do ben xurídico medio ambiente, así concretada, debe prevalecer sobre outros intereses en conflito, dos que pasamos a dar conta, para verificar a súa posición na resolución da tensión en relación ao medio ambiental.

Así, as demandadas sinalan principalmente a descarbonización enerxética da man da implantación de enerxías renovables e a crise de prezos e escaseza de determinadas enerxías fósiles derivada da guerra da Ucraína, feitos que anoan á Recomendación 2022/822, de 18 de maio sobre a axilización de procedementos de autorización de implantación deste tipo de instalacións.

Unha simple lectura dos termos en que se formulan todas as consideracións xa nos advirte da limitada forza de obrigar dos argumentos. En efecto, son fins loables tanto a transición como a soberanía enerxéticas, pero nin unha nin a outra se poden facer a costa da vulneración doutros bens xurídicos, de aí que a posta en cuestión da súa legalidade poda determinar a súa suspensión cautelar. Neste caso concreto está posta en causa a idoneidade do emprazamento da instalación enerxética, e ofrécese poderosas razóns ambientais que poñen en cuestión a reversibilidade da situación ambiental que podería crearse coa súa execución. Ante esta tesitura, un argumento estritamente coxuntural como é a guerra en Ucraína non pode ser determinante da prevalencia da construción da instalación, sinxelamente porque dada a fase na que se atopa o procedemento de autorización e a súa entrada en funcionamento, dificilmente





a súa posta en marcha contribuirá a aliviar a crise enerxética. Dicimos isto porque a propia empresa reconece un prazo de tres anos para executar as obras, ao que se deben de sumar os previsibles prazos adicionais de verificación, o que crea un horizonte como mínimo de medio prazo para que o PE proxectado puidese verter enerxía á rede. Aínda que ninguén pode predicir a duración da guerra, fiar a decisión cautelar da prevalencia de intereses a cal dos escenarios será máis probable é cando menos especulatorio, alén de que o caudal deste proxecto, por máis que meritorio, será modesto (menos de 50 MW) na súa contribución ao total enerxético da rede, o que determina que non esteamos nunha achega por si soa relevante para o escenario de carestía enerxética bélica ou mesmo postbélica.

Outro tanto debe dicirse sobre o argumento da descarbonización da economía, xa que dificilmente este proxecto por si só vai resultar relevante nesa hercúlea empresa (só en Galicia hai instalados, segundo datos da patronal do sector de público coñecemento, arredor de 3897 MW) polo que o impacto que aquí temos que considerar é o do proxecto sometido a consideración da Sala, neste caso para os efectos da tutela cautelar pretendida.

Ambos os dous argumentos parten do erro de considerar que se estea aquí sometendo a consideración da Sala a todo o sector eólico con proxectos en tramitación, e non é así. O argumento sería relevante se por exemplo a medida se reclamase a respecto dun regulamento que afectase ao conxunto do sector, aí si deberíamos facer unha estimación adaptada á dimensión desoutra suspensión pretendida. Pero aquí só debemos ponderar as cuestións relativas a este PE. Así o ten considerado tamén a STS de 24/5/2011 (Roj: STS 2952/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2952) no seu FX 6º: *"trátase tan só dun parque eólico respecto do cal a incidencia temporal da medida cautelar non pode, pola súa propia natureza, senón ser limitada e a súa repercusión nos intereses xerais do sistema eléctrico mínima"*. No mesmo sentido se pronuncia a STS de 10/5/2011 (Roj: STS 2704/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2704 Nº de Recurso: 3623/2010) no seu FX 3º *in fine*.

Finalmente, en relación á Recomendación 2022/822 invocada singularmente pola Administración demandada, por moito que se busque nas pasaxes citadas ou no resto do documento, non se atopará referencia ningunha a que a axilización administrativa se deba producir a costa de relaxar os estándares de protección ambiental ou de participación cidadá no procedemento, e por esa razón ningunha das directivas ou regulamentos que se invocan no texto son das que constitúen o



armazón comunitario ambiental ou de acceso da cidadanía en materia de medio ambiente, de onde debemos concluír que nin na letra nin no espírito da Recomendación se pretenda un retroceso nestas materias.

Polo demais, esta Sala e Sección xa se ten pronunciado en idéntico sentido con ocasión do AT SXG de 17/11/2022 (PO 7052/2022) confirmatorio en reposición neste punto do Auto de 19/9/2022, en cuxo FX 1º dixemos que:

"cando se trata de realizar ese xuízo comparativo a propósito de actuacións con incidencia ambiental, a regra xeral é atender á suspensión das actuacións presuntamente atentatorias ou que afecten o medio ambiente, ben xurídico que protexen os artigos 45 CE e 37 da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea, e que atopa un reforzo nos principios de cautela e de acción preventiva a que se refire o artigo 191.2 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (en igual sentido os AaTS de 17.02.90 e 15.09.09, así como as SsTS de 29.01.10 e 21.10.10)."

Polas anteriores consideracións, a Sala entende que na ponderación de intereses en conflito a protección do medio ambiente ha de ser prevalente nesta sede cautelar.

C. Sobre a aparencia de bo dereito das pretensións actoras.

Sosteenen as demandantes que lles asiste este principio xurisprudencial que informa a tutela cautelar, ao versar o fondo do asunto sobre a fragmentación artificiosa do proxecto eólico; a contravención do Dereito da Unión Europea e do dereito interno no relativo á execución dos trámites de información pública por redución de prazos á metade e por falta de posta a dispor dos informes sectoriais. A administración e a empresa opóñense por considerar que as alegacións feitas a respecto dun PE non son extrapolables a outro, e que neste caso existiu ademais avaliación de impacto ambiental ordinaria.

Resulta de utilidade lembrar, tal como fan todas as partes, como sintetiza actualmente a xurisprudencia a vixencia deste principio para fundamentar a medida precautoria. Neste sentido a STS de 15 de decembro de 2015 (ROJ: STS 5081/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5081) no seu FX 4º indica que:





"Non debe cuestionarse que as medidas cautelares son unha manifestación do dereito á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 CE) e que, por iso, a suspensión cautelar non ten carácter excepcional, de xeito que sen desvirtuar a doutrina dos autos impugnados na parte que se relaciona co primeiro dos fundamentos das medidas cautelares, o "periculum in amora", que se reputa correcta, ha de terse en conta, con todo, a evolución que supuxo, respecto dos criterios tradicionais, a toma en consideración do chamado " fumus bonis iuris" ou aparencia do bo dereito como elemento integrador do artigo 130 LJCA .

O « fumus bonis iuris» ou aparencia de bo dereito é considerado no dereito común da xustiza cautelar como un requisito esixible para que poida adoptarse unha resolución desta natureza, pois non parece que a quen, manifestamente, asiste a razón a limine litis deba resultar prexudicado polo atraso en obter unha resolución de fondo. En principio constitúe, pois, un requisito de carácter negativo para integrar as perspectivas mínimas indispensables de bo éxito que debe reunir a pretensión principal á que accesoriamente está ligada a pretensión cautelar, pois mentres o exercicio da acción non está suxeita restrición algunha, por imperativo do art. 24 CE , o exercicio da pretensión cautelar, en canto supón en certo xeito a anticipación provisional dunha resolución favorable á pretensión de fondo, esixe unha xustificación, prima facie ou en aparencia, do seu fundamento.

No dereito público as prerrogativas exorbitantes da Administración e a consecuente necesidade da xustiza cautelar de constituír un contrapeso ou límite ás devanditas prerrogativas, especialmente da executividade da actuación administrativa, determinou, entre outras consecuencias, que o fumus bonis iuris ou aparencia de bo dereito se desdibuxa como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) e convértase nun criterio positivo, xunto con outros, para determinar a procedencia da medida cautelar.

A doutrina do « fumus bonis iuris» ou «aparencia do bo dereito» supón unha gran innovación respecto a os criterios que tradicionalmente viñan sendo considerados á hora de acordar ou denegar a suspensión. Dita doutrina permite valorar con carácter provisional, dentro do limitado ámbito que incumbe aos incidentes desta natureza e sen prexulgar o que no seu día se declare na sentenza definitiva, entre outros factores, as posicións das partes



e os fundamentos xurídicos da súa pretensión aos meros fins da tutela cautelara.

Este Tribunal Supremo admitiu este criterio nalgunhas resolucións ás veces con gran amplitude (ATS 20 decembro de 1990 , 17 ene. 1991 , 23 abril 1991 , 16 xullo 1991 , 19 decembro 1991 , 11 marzo 1992 , 14 maio 1992 , 22 marzo 1996 e 7 xuño 1996), aínda que no actual estado da xurisprudencia prevalece unha doutrina que acentúa os seus límites e aconsella prudencia e restrición na súa aplicación. (..)

Pois ben, na actualidade, a xurisprudencia do Tribunal Supremo admite o criterio de aparencia de bo dereito, entre outros, en supostos de nulidade de pleno dereito, sempre que sexa manifesta; de actos ditados en cumprimento ou execución dunha disposición xeral declarada nula; de existencia dunha sentenza que anula o acto nunha anterior instancia aínda que non sexa firme; de existencia dun criterio reiterado da xurisprudencia fronte ao que a Administración opón unha resistencia contumaz ou, de modo moi excepcional, de prosperabilidade ostensible da demanda.

En efecto, a nosa xurisprudencia advirte fronte aos riscos de prexuízo (Dogma vom Vorwegnahmeverbot na doutrina alemá), declarando que «a doutrina da aparencia de bo dereito, tan difundida, como necesitada de prudente aplicación, debe ser tida en conta ao solicitarse a nulidade dun acto ditado en cumprimento ou execución dunha norma ou disposición xeral, declarada previamente nula de pleno dereito ou ben cando se impugna un acto idéntico a outro que xa foi anulado xurisdiccionalmente, pero non ao predicarse a nulidade dun acto, en virtude de causas que han de ser, por primeira vez, obxecto de valoración e decisión no proceso principal, pois, pola contra prexulgaríase a cuestión de fondo, de maneira que por amparar o dereito a unha efectiva tutela xudicial, vulneraríase outro dereito, tamén fundamental e recolleito no propio artigo 24 da Constitución , cal é o dereito ao proceso coas garantías debidas de contradición e proba, porque o incidente de suspensión non é trámite idóneo para decidir a cuestión obxecto do preito».

En definitiva, non é a peza de suspensión o lugar indicado para axuizar de maneira definitiva a legalidade da actuación administrativa impugnada. Agora ben, a doutrina de que se trata permite valorar a existencia do dereito con carácter provisional, dentro do limitado ámbito que incumbe aos incidentes desta natureza, e sen prexulgar o





que no seu día declare a sentenza definitiva, aos meros fins da tutela cautelar.

E é que existen supostos singulares nos que a aparencia de bo dereito, dentro dos límites en que cabe realizar na peza de medidas cautelares, imponse con tal intensidade que se con carácter xeral a perda da finalidade lexítima do recurso é o elemento central da decisión cautelar, debe ponderarse o posible resultado do asunto principal e o desvalor que representa desde o punto de vista da tutela xudicial efectiva a execución do acto administrativo impugnado.

Por outra banda, desde as sentenzas *Factortame* e *Zuckerfabrik*, de 19 xuño 1990 e 21 febreiro 1991, respectivamente, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea recoñece a **competencia do xuíz nacional para suspender preventivamente a execución das leis do país que estivesen en contra do Dereito Europeo e, máis aínda dos actos administrativos cando existisen fundadas dúbidas sobre a súa validez, e mesmo adoptar medidas cautelares positivas fronte á súa aplicación.** Desta doutrina dedúcese que naqueles casos en que o acto impugnado poida estar en contradición co dereito europeo o principio de primacía do devandito dereito sobre o interno permite ao órgano xurisdiccional acordar unha medida cautelar encamiñada a suspender a aplicación do expresado acto ou a garantir a eficacia da resolución que poida ditarse."

Esta doutrina, singularmente na facultade do xuíz nacional como xuíz comunitario e a súa relación coas medidas cautelares foi reiterada, entre outras, nas STS n° 1668/2016, de 7 de xullo (ROJ: STS 3292/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3292) ou na STS n° 443/2017, de 14 de marzo (ROJ: STS 1001/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1001).

A doutrina xeral sobre a aparencia de bo dereito é ratificada recentemente na STS n° 1582/2022, de 29 de novembro (ECLI:ES:TS:2022:4365 N° de Recurso: 1314/2022) nos mesmos termos que os aquí expostos.

Finalmente, debemos indicar que a xurisprudencia ten admitido a proxección da aparencia de bo dereito ante supostos análogos de apreciación de causas de nulidade cos que constitúen a *ratio decidendi* do procedemento en curso, e fíxoo ademais entre outros, en supostos relativos á impugnación de autorizacións administrativas para a construción de parques eólicos onde estaba comprometida a correcta aplicación do dereito comunitario. Neste sentido, a STS de 24/5/2011 (Roj:



STS 2952/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2952) ao examinar a corrección xurídica dunha medida cautelar consistente na suspensión de autorización dun PE, indica:

" Quinto.- A primeira parte do motivo non pode ser acollida. Esta Sala non descartou, senón que apoiou, que poidan ser pertinentes, a efectos de outorgar a tutela cautelar, consideracións sobre a aparencia de bo dereito do acto impugnado, en supostos específicos caracterizados pola existencia de precedentes xurisprudenciais, ou cando se trate de actos de aplicación directa de disposicións xerais anuladas, entre outros. En particular, mantivemos que se a pretensión cautelar refírese a dereitos derivados da aplicación, directa ou indirecta, de normas de dereito comunitario, respecto dos cales as xurisdicións nacionais han de dispensar a tutela conforme a unhas pautas xurídicas homoxéneas para todos os Estados membros, procederá a toma en consideración dos criterios usualmente utilizados para o efecto polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea: entre eles aparece reiteradamente -con diversos matices que non son agora do caso- a aparencia de bo dereito.

É certo que o uso deste criterio non permite anticipar o fallo definitivo, e así o advirte o tribunal de instancia nos seus dous autos de modo reiterado. O que si pode devandito tribunal, cando exista a posibilidade de que concorran prexuízos relevantes (e sobre iso versará a segunda parte do recurso) é efectuar un exame provisional dos elementos do acto impugnado e se advirte algunha irregularidade substancial, xa a primeira vista, tomala en consideración. E deberá facelo cando, como aquí ocorre, o que está en xogo é a protección de valores ambientais cuxa preservación tratan de garantir as Directivas comunitarias 79/409/CEE ou 92/43/CEE, nos casos en que puidesen resultar afectados polos proxectos correspondentes determinados espazos naturais protexidos.

No suposto de autos a Sala afirma que o parque eólico cuxa autorización suspende afecta a un espazo de especial protección para as aves (o que non implica, en contra do manifestado pola recorrente, que se atope dentro dela)/dela). E destaca a insuficiencia da avaliación de impacto ambiental "simplificada" que se fixo no seu momento, prescindindo da que considera, en principio e baixo a reserva xa dita, necesaria. A iso engade o precedente, sen dúbida relevante, de que a mesma Salga xa anulara por sentenza, con carácter firme, outra autorización análoga dun parque eólico (Murias II) na





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

mesma zona, precisamente por mor das deficiencias daquela modalidade de avaliación.

Con estes elementos de xuízo o tribunal de instancia podía lexitimamente apreciar a aparencia de bo dereito da pretensión actriz que contaba ao seu favor cun claro precedente xudicial"

Proxectada esta doutrina sobre o caso de autos, a Sala chega á conclusión de que se dan os presupostos da aparencia de bo dereito.

En efecto, as partes demandadas fan fincapé nos seus escritos de oposición no feito de que o PE impugnado é diferente dos PPEE dos que no seu día de declarou a ilegalidade da autorización por fragmentación artificial, e como a ubicación xeográfica é diferente nun e noutro caso, a situación non é extrapolable e a análise de situación que se faga será a *primeira vez* que sexa analizada. Esta afirmación non é exacta. Por suposto que o suposto litixioso será a primeira vez que será axuizado, pero *ratio decidendi* xurisprudencia consolidada e a argumentación que constitúe o fundamento de fondo do litixio en curso son idénticos, e ese é un dos supostos recoñecidos xurisprudencialmente para a apreciación da aparencia de bo dereito. Loxicamente, esta afirmación só pode facerse dende a achega cautelar, isto é, sen entrar a coñecer os detalles do asunto, porque daquela estaríamos entrando a analizar o fondo e xa estaríamos na fase de plenario, que é o que dan a entender as demandadas, e non é o caso, e así o salvagarda en casos semellantes a STS de 10/5/2011 (Roj: STS 2704/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2704 N° de Recurso: 3623/2010) no seu FX 3° parágrafo terceiro.

Para os efectos da xurisprudencia consolidada á que se opón a actividade administración cuxa infracción denuncia a demandante poden citarse as STS n° 768/2017, de 6 de maio (ROJ: STS 1933/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1933) ou a STS n° 556/2017, de 30 de marzo (ROJ: STS 1390/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1390).

No mesmo sentido, as seguintes sentenzas desta Sala e Sección: STSXG n° 269/2020, de 17 de novembro (ROJ: STSJ GAL 6614/2020- ECLI:ES:TSJGAL:2020:6614) ou a STSXG n° 254/2020, de 9 de novembro (ROJ: STSJ GAL 5691/2020 ECLI:ES:TSJGAL:2020:5691).

A primeira delas foi recorrida en casación e confirmada pola STS n° 160/2022, de 9 de febreiro (ROJ: STS 586/2022 - ECLI:ES:TS:2022:586).

En consecuencia, só por esa razón cabería apreciar razoablemente a existencia de aparencia de bo dereito, sen



prexuízo de que no momento do exame sobre o fondo a Sala poda chegar a unha conclusión diferente, se tal como indican as demandadas, a situación deste PE nada tivese que ver coas outras situacións anuladas de forma reiterada e confirmadas pola xurisprudencia. Debe acollerse así este argumento de aparencia de bo dereito para suspender o acto impugnado.

Pero é que ademais a demandante presenta outro motivo, sobre o que as demandas gardan silencio nos seus escritos de oposición, relativo á infracción de normas de dereito europeo. En síntese, alégase que no expediente administrativo que precedeu á autorización, o trámite de información público foi reducido por Lei autonómica a 15 días en determinados supostos entre os que se atopa o de autos, e tal redución contraría o teor literal da directiva cuxo contido incorpora a norma. Pois ben, dúas sentenzas desta Sala e Sección dixemos que tal situación, ao ser contraria ao dereito comunitario polas circunstancias (normativas, non fácticas) concorrentes, debía dar lugar á inaplicación da Lei galega e á aplicación do contido da Directiva 2014/51/UE, do Parlamento Europeo e do Consello do 16 de abril de 2014, en materia de prazos de información pública en relación ao trámite ambiental. Fixémolo nas SSTSXG n° 17/2022 de 21 de xaneiro (ROJ: STSJ GAL 550/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:550) e a STSXG n° 18/2022, de 21 de xaneiro (ROJ: STSJ GAL 551/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:551), con idéntica argumentación:

“DÉCIMO QUINTO.- Deixouse para o final a análise dos dous motivos que afectan o trámite de información pública; así, en sexto lugar, sostén o letrado dos actores que o artigo 33.7 da LAEGCEFCA ordena que tal trámite fágase durante un prazo de trinta días, que neste caso non se respectou ao reduci-lo a quince, e sen que resulte de aplicación o apartado 4 da disposición adicional primeira de tal lei.

Como se indicou, aquel precepto dispón que tanto o proxecto de execución (ou o substitutivo), como o estudo de impacto ambiental, deberanse someter conxuntamente a un trámite de información pública durante un prazo de trinta días; e tamén se indicou no primeiro fundamento de dereito desta sentenza que o Consello da Xunta de Galicia acordou o 15.02.18 declarar de interese especial a modificación substancial do proxecto do parque eólico de Corme, cos efectos de tramitalo de forma prioritaria e con redución dos prazos na instrución do procedemento de autorización administrativa previa e de construción, así como do procedemento de avaliación ambiental e do proxecto sectorial á metade, o que -certamente- tiña o seu amparo





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

no punto 4 da disposición adicional primeira desa mesma lei.

E así se conduciu a Xefatura Territorial da Consellería de Economía, Emprego e Industria na Coruña na súa resolución de 21.03.18, tal e como consta no expediente administrativo, onde obra a certificación estendida o 30.04.18 sobre a exposición do proxecto de modificación substancial -que incluía o proxecto sectorial cuxa aprobación se solicitou o 02.11.17- ao preceptivo trámite de información pública, neste caso por un prazo de quince días.

Debe advertirse que a definitiva implantación dun parque eólico ten lugar dentro dun procedemento no que se integran cinco actuacións diferentes, como se infire do disposto no artigo 29 da LAEGCEFCA; así, a autorización previa e a de construción (apartados 1 e 4.c); o documento ambiental (apartado 4.d); o proxecto sectorial (apartado 4.e); e a declaración de utilidade pública (apartado 4.f)). Ao indicado hai que engadir que cada unha desas actuacións ten o seu propio trámite de información pública, que en todos os casos é de 30 días, segundo o disposto respectivamente nos artigos 33.7 desa lei, 36.1 de LEA, 13 do Decreto 80/2000 e 144 do Real Decreto 1955/2000, do 1 de decembro, polo que se regulan as actividades de transporte, distribución, comercialización, subministración e procedementos de autorización de instalacións de enerxía eléctrica.

Pero o que aquí interesa é reparar no prazo reducido a que se refire o apartado 4 da disposición adicional primeira da LAEGCEFCA, que establece unha excepción ao prazo xeral de 30 días previsto no seu artigo 33.7, que neste caso estivo motivada, como ordena o artigo 35.1.e) da LPACAP (xa citada), e que procedería para o referido trámite de información pública, xa que se atopa comprendido dentro da instrución do procedemento administrativo de autorización, como sinalan os artigos 75 a 83 da lei que se acaba de citar (neste último atópase tal trámite), cuxo artigo 33.1 dispón que a redución á metade nos procedementos que se declaren urxentes non afectará "á presentación de solicitudes e recursos", condición ou excepción que non pode interpretarse de forma extensiva (artigo 4.2 do Código civil).

Pero se nada impide reducir o prazo de información pública de 30 días á metade no caso da actuación tendente a obter a autorización previa e de construción -estritamente



suxeita á lei de aproveitamento eólico-, non sucede o mesmo coa redución que a súa disposición adicional primeira fixo respecto dese trámite no que concerne á instrución do procedemento de avaliación ambiental, que se suxeita ao disposto na Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental, cuxo artigo 36.1 fixa un prazo para iso non inferior a 30 días hábiles, precepto que se atopaba vixente xa desde o ano 2018, e que traspuxo, de forma tardía, a Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de decembro de 2011, relativa á avaliación das repercusións de determinados proxectos públicos e privados sobre o medio ambiente.

En efecto, ao referirse ao trámite de información pública, tal directiva ordenaba no seu artigo 6.3 aos estados membros que garantisen tal trámite "dentro duns prazos razoables", termo ambiguo que felizmente se concretou coa modificación que a ese precepto deulle o artigo 1 da Directiva 2014/51/UE, do Parlamento Europeo e do Consello do 16 de abril de 2014, de forma tal que dispuxo que "o prazo fixado para a consulta do público interesado sobre o informe de avaliación do impacto ambiental a que se refire o artigo 5, apartado 1, non será inferior a 30 días". E engadiu algo máis no seu artigo 2, que era a obrigaón imposta aos estados membros de traspoñer tal directiva "como moi tarde o 16 de maio de 2017".

Xa é sabido que a consecuencia que produce a non transposición en prazo dunha directiva é que cobre efecto directo vertical, sempre que as súas disposicións sexan claras, precisas e inequívocas, como sinalan as SSTXUE de 05.02.62, asunto C-26/62 ("Van Gend & Loos"), 14.12.71, asunto C-43/71 ("Politi"), 04.12.74, asunto C-41/74 ("Van Duyn"), 09.03.78, asunto C-106/77 ("Simmenthal"), e outras de cita interminable que as reproducen. Así pois, xa primacía do dereito comunitario sobre o autonómico non deixa lugar a dúbidas, do que se conclúe que non fose acorde a dereito a redución do prazo de información pública á metade no procedemento de avaliación do impacto ambiental establecido no apartado 4 da disposición adicional primeira da LAEGCEFCA, xa que en ningún caso podía ser inferior a 30 días, que logo o artigo 36.1 de LEA (tarde), precisou que serían hábiles e, por certo, tanto para o proxecto, como para o estudo de impacto ambiental.

O indicado supón unha censura ao contido desa disposición, despois de que estende indebidamente e á marxe do ordenamento superior o prazo reducido do trámite de





información pública ao procedemento de avaliación do impacto ambiental, o que esixe matizar o preceptuado no artigo 33.7, que non se verá afectado despois de que ordena que tal trámite realícese conxuntamente tanto no que concirne ao proxecto de execución, como ao estudo de impacto ambiental, aínda que coa precisión de que para o primeiro dispoñerán os cidadáns dun prazo de alegacións de 15 días, en tanto que será de 30 hábiles para alegar fronte ao estudo de impacto ambiental, e xa que non se fixo dese xeito, a consecuencia que de tal comportamento derívase é que se teña que acoller o sexto motivo de nulidade que formula a demanda."

Neste caso, a aparencia de bo dereito é aínda máis evidente que no motivo anterior, porque aquí a Sala deixa inaplicada unha norma con rango de Lei por contrariar o dereito comunitario. Aínda que é certo que entre os supostos citados pola xurisprudencia sobre a aplicación da doutrina do *fumus boni iuris* non aparece concretamente este, non é menos certo que se trata dunha situación analóxica á anulación dunha norma de rango regulamentario, porque se trata dunha inaplicación dunha norma de rango inferior por contrariar outra de rango superior, é dicir, unha cuestión de xerarquía normativa onde a Sala funciona como tribunal comunitario de control de legalidade do dereito europeo, asegurando os principios de primacía e efecto directo. Ademais, no que a aplicabilidade da mesma doutrina da Sala ao suposto de autos se refire, temos que salientar que a cuestión é netamente xurídica, polo tanto nin sequera se pode facer depender, como se pretendía no motivo anterior, das concretas circunstancias fácticas, porque aquí a única circunstancia fáctica relevante sería que se tivese acordado un trámite de información pública de 30 días e non de 15, algo de telo feito no seu momento a Xunta, estaría contrariando a súa propia normativa con rango de lei, algo que nin a administración nin a empresa alegan sequera.

Se poñemos este razoamento en conexión coa xurisprudencia citada da STS de 15 de decembro de 2015 a respecto da tutela cautelar do xuíz nacional como xuíz comunitario e salvagarda por esta vía dos principios de primacía e efecto directo do dereito comunitario, podemos concluír que resulta plenamente de aplicación a doutrina da aparencia de bo dereito a este suposto, e polo tanto converxe como argumento para acordar a suspensión do acto impugnado.

Debe sinalarse finalmente que tal criterio foi adoptado xa entre outros no ATXSG de 17/11/2022 (PO 7052/2022) confirmatorio en reposición neste punto do Auto de 19/9/2022.



D. A causación de graves perdas á empresa codemandada.

Alega Greenalia que a medida lle produciría efectos prexudiciais xa que ten previsto un investimento de máis de 12 millóns de euros, e conta con todos os permisos e ten depositada unha garantía para isto, todo o cal debe ser tamén ponderado para denegar a medida.

En relación aos gastos que se din incorridos, no caso de que a Autorización recorrida resulte conforme a dereito non se van perder, e dende logo a interesada ningunha alegación fai nese sentido, nin de perda de oportunidade pola suspensión cautelar, porque o único que lle deparará como perda, ao sumo, será un comezo retardado das obras.

Fai unha alegación específica, iso si, relativa ao prazo concedido ao promotor da Autorización para a súa materialización de tres anos, que cifra como horizonte de execución o 30/7/2024. Neste sentido, tanto a previsión administrativa como a empresarial teñen que ter en conta que o exercicio da tutela xudicial efectiva está sometido, para a súa efectividade, a uns prazos de duración inexcusables, e esa é precisamente a razón de ser da tutela cautelar, a de ponderar que intereses deben prevalecer durante este *interin*. E neste caso, polas razóns expostas, o interese que debe prevalecer é o de suspender a execución para a preservación provisional dos bens xurídicos ligados ao medio ambiente, e pola aparencia de bo dereito dalgunha das pretensións formuladas como motivos de fondo. En situacións así, aínda que a empresa só perciba prexuízos, presérvanse os intereses económicos tanto da propia empresa que estará interesada en non acometer precipitadamente un investimento tan alto sen a certeza xurídica da firmeza da resolución e o conseguinte risco dunha resolución adversa que frustre o investimento; e por outra banda, o interese da administración en non ter que indemnizar innecesariamente as consecuencias económicas dun investimento que posteriormente teña que ser demolido se a resolución final é estimatoria.

Finalmente, debe completarse o anterior coa constatación de que a alegación non vén acompañada dun cronograma de execución que evidencie que o retardo do proceso faga inviable a execución en prazo da obra, polo que a argumentación ofrecida aquí queda tamén orfa de proba.

O lexítimo interese da empresa na execución inmediata do acto non pode neste caso prevalecer sobre o interese xeral de suspensión da autorización.





E. Sobre a constitución da caución previa á suspensión do acto impugnado.

Sosteen as demandadas que en caso de se adoptar a medida de suspensión, ha de ir acompañada dunha caución, que a empresa cifra no equivalente do investimento ou como mínimo dos gastos xa feitos ou subsidiariamente da propia fianza ambiental que ten depositada na administración; pola contra as demandantes, apelando á súa condición de asociacións ecoloxistas e a defensa de intereses colectivos, solicitan a non imposición de caución, que segundo elas impediría a efectividade da medida ao non poder satisfacela.

Nesta materia, é un clásico a cita do ATS nº 2214/1995, de 16 de maio (Roj: ATS 2466/1995 - ECLI:ES:TS:1995:2466A), que indica no seu FX 4º que existindo aparencia de bo dereito concorre unha debilitación da presunción de legalidade que determina que a suspensión do acto impugnado poda acordarse sen caución para os solicitantes, doutrina reiterada en resolucións posteriores, como a STS de 24/5/2011 (Roj: STS 2952/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2952) que a acepta *orbiter dicta* no seu FX 2º, así como na STS de 11/10/2011 (Roj: STS 6262/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6262), no seu FX 2º.

No vínculo entre a concorrencia da aparencia de bo dereito e os riscos derivados de que a tutela cautelar poda non levar á suspensión do acto pola concorrencia dun factor externo ás causas que determinan a súa apreciación, como é a imposibilidade de prestar caución, a STS de 8/7/2011 (Roj: STS 4514/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4514 Nº de Recurso: 4222/2010) ten declarado que a respecto do *fumus bonis iuris* ou aparencia do bo dereito *"resulta obrigada a cita do ATS do 20 de decembro de 1990 . Esta resolución proclama o que chama "dereito á tutela cautelar", inserido no dereito fundamental á tutela xudicial efectiva, "o que, visto pola súa envés, significa o deber que teñen tanto a Administración como os Tribunais de acordar a medida cautelar que sexa necesaria para asegurar a plena efectividade do acto terminal (resolución administrativa ou, no seu caso, xudicial)". E esta forza expansiva do artigo 24.1 CE vén tamén imposta polo principio de Dereito Comunitario europeo recolleito na Sentenza Factortame do Tribunal de Xustiza de Luxemburgo, do 19 de xuño de 1990, principio que fai seu o noso Tribunal Supremo e que se resume en que "a necesidade do proceso para obter a razón non debe converterse nun dano para o que ten a razón"."*



A Sala considera que en casos coma o presente en que as recorrentes son entidades sen ánimo de lucro e sen actividade mercantil xeradora de ingresos, a imposición de caución pode determinar a imposibilidade de outorgar unha suspensión cautelar, aínda que se desen os supostos previstos legalmente para facelo, por un feito externo a eles como é a prestación de fianza. Dado que esta non se configura no art. 133.1. LXCA como obrigatoria, é facultade do Tribunal, pero tamén deber, ponderar os casos en que procede esixila e en cal non.

E neste caso entende a Sala que non procede. Primeiro, e acollendo os argumentos xurisprudenciais expostos, porque a aparencia de bo dereito debilita a posición de presunción de legalidade do acto e polo tanto debe incidir no acceso á suspensión da executabilidade que habitualmente a acompaña, neste caso mediante dispensa da caución (posición que xa acollimos nos AATSXG de 17/11/2022 -PO 7052/2022- confirmatorio en reposición neste punto do Auto de 19/9/2022 e de 18/11/2022 -PO 7053/2022- confirmatorio en reposición neste punto do Auto de 6/10/2022); e segundo, porque o ben xurídico aquí cualificado, en función das circunstancias concorrentes, como prevalente, ten un interese público de primeira magnitude que interpela ao conxunto da cidadanía e por iso se confire acción pública en defensa da legalidade en materia ambiental (art. 22 Lei 27/2006, do 18 de xullo, *pola que se regulan os dereitos de acceso á información, de participación pública e de acceso á xustiza en materia de medio ambiente*) e se sitúa ás entidades de defensa do medio ambiente nunha posición relevante de tutela de intereses colectivos (*vid.* neste sentido a STS de 25/6/2008 -ROJ: STS 4460/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4460 Recurso: 905/2007, FX 4º) sen que as razóns xurídicas que podan asistirlles lles deban negar a obtención da tutela cautelar solicitada por circunstancias económicas que pola natureza das demandantes resultarían imposibles de superar (*Sentenza Factortame TXUE 19/6/1990*), ao carecer dunha fonte de xeración de recursos económicos diferente da simple cota das persoas asociadas, en definitiva, non cabe supeditar a protección cautelar do medio ambiente á situación económica do recorrente, cando este non actúa por un interese meramente particular, senón de carácter colectivo, como recoñeceu tamén a xurisprudencia invocada *supra*.

En consecuencia, a Sala acorda a suspensión do acto sen necesidade de prestación de caución.

Terceiro. Sobre as custas do incidente.





A admisión das pretensións precautorias propostas determina a imposición de custas do incidente ás partes demandadas, de conformidade co disposto no art. 139.1 LXCA, cun límite máximo de 150 euros para cada unha delas.

PARTE DISPOSITIVA

Primeiro. **Acollemos** a solicitude de medida precautoria consistente na suspensión da execución do acto impugnado, que é a desestimación presunta do recurso de alzada interposto contra a Resolución de 30/7/2021 da Dirección Xeral de Planificación Enerxética e Recursos Naturais pola que se outorgan as autorizacións administrativas previas e de construción ao parque eólico Monte Toural, sito nos Concellos de Coristanco e Santa Comba (A Coruña).

Segundo. **Impoñemos as custas procesuais** causadas neste incidente ás partes codemandadas.

Terceiro-. Dedúzase **testemuño** da presente resolución e procédase á súa unión aos autos principais.

Cuarto-. **Notifíquese** esta resolución ás partes interesadas.

Réxime de recursos: Contra esta resolución poderá interpoñerse recurso de **reposición** (art. 80.1. en relación ao art. 79.1 LXCA) ante esta Sección no prazo de cinco días a contar desde o seguinte ao da notificación da resolución impugnada, nos termos sinalados no art. 79 LXCA, que non impedirá a súa inmediata execución.

Así mesmo poderá interpoñer contra ela calquera outro recurso que considere axeitado á defensa dos seus intereses.

Depósito para recorrer: Para admitir a trámite o recurso, ao interpoñer deberá constituírse na conta de depósito e consignacións deste Tribunal (1578-0000-85-7051-22-24), o depósito ao que se refire a Disposición Adicional décimo quinta da Lei Orgánica 1/2009 do 3 de novembro (BOE num. 266 de 4/11/09), e, no seu momento, devólvese o expediente administrativo á súa procedencia, con certificación desta resolución.



Así o acordan, mandan e asinan os Ilmos. Sres. anotados ao marxen, ante mín, o/a Letrado da Administración de Xusticia, que dou fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

