

987209212



JDO. CONTENCIOSO/ADMIVO. N. 1
LEÓN

55700

En cumplimiento de lo ordenado, expido el presente en León a
del dos mil

AVD./ INGENIERO SAENZ DE MIERA N° 6

Número de Identificación Único: 24099 45 3 2009 0001017

Procedimiento: PIEZA SEPARADA DE SUSPENSION 0000119 /2009 0001

Sobre ADMINISTRACION LOCAL

De D/ña. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ORNITOLOGIA

Procurador Sr./a. D./Dña .

Contra D/ño . ALCALDE DE RIELLO

Procurador Sr./a. D./Dña.

PIEZA SUSPENSION. N° 98/2009

PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 119/09

AUTO

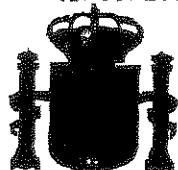
En León, a once de septiembre de dos mil nueve.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Letrado D. Carlos González-Antón Álvarez, en representación y asistiendo a la Sociedad Española de Ornitología, y al Grupo el Estudio Y Defensa de la Montaña Oriental Leonesa, se ha interpuesto solicitud de medidas Cautelares al amparo del art. 135 de la LJCA, respecto la Resolución del Alcalde de Riello de fecha 29 de mayo de 2.009, por la que se concede licencia Ambiental y Urbanística, a la mercantil Energías Especiales de Alto Ulla, S.A., para la construcción del Parque Eólico Valdesamario.

SEGUNDO.- Incoado el expediente, se ordenó la formación de la presente pieza separada.

987209212



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El principio de eficacia de la actuación administrativa, contemplado en el artículo 103 de la Constitución, con el apoyo que recibe la presunción de legalidad del acto administrativo (artículo 57 de la ley 30/92), da lugar a la regla general de la efectividad de los actos administrativos que se mantiene en principio, aún cuando el acto sea recurrido. Sin embargo dicha regla general debe compaginarse con el principio de la tutela judicial efectiva que también recoge el artículo 24 de la Constitución, y del que deriva que el control jurisdiccional de la actuación administrativa deba proyectarse sobre la efectividad del acto administrativo. Asimismo, el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos está consagrado en el artículo 56 de la citada Ley, hallándose su fundamento en la necesidad de dotar a las Administraciones Públicas de un instrumento idóneo para desarrollar su actividad de servicio a los intereses generales con eficacia, lo que determina el carácter no suspensivo de los recursos establecido como regla general. En este sentido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 26 de marzo de 1986, ha declarado que la ejecutividad de los actos administrativos no es contraria a la Constitución, desde el momento en que supone el desarrollo del principio de eficacia que proclama el artículo 103 del Texto Fundamental.

Lo anterior obliga a controlar en cada supuesto en concreto la regla general de la efectividad arriba apuntada, valorando en qué medida el interés público demanda una inmediata ejecución, así como los perjuicios que puedan derivarse de la misma.

SEGUNDO.- El artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa dispone que únicamente pueden adoptarse medidas cautelares, y entre ellas, la suspensión del acto recurrido, cuando la ejecución del acto pueda hacer perder

987209212



su finalidad legítima al recurso, debiendo adoptarse aquéllas que aseguren la efectividad de la sentencia que pueda dictarse, entendida como ejecución en forma específica y no por equivalente de su contenido, mediante la satisfacción concreta de la pretensión deducida por el recurrente en caso de que ésta alcance éxito.

A su vez el artículo 130.2 exige una ponderada y circunstanciada valoración de los intereses en conflicto a la hora de acordar cualquier medida cautelar, que podrá denegarse cuando de la misma pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Por su parte, El art. 135 LJCA dispone que el Juez o Tribunal podrá adoptar la medida cautelar sin oír a la parte contraria, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso. En el caso de que se adopte la medida interesas se convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. En este sentido la STS de 11 de julio de 2.003 (EDJ 2003/50928) expone que la tutela cautelar "inaudita parte" a que se refiere el artículo 135 citado, sólo es posible, ante circunstancias que pongan de manifiesto una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de medidas cautelares que, según los trámites ordinarios, se produce al término del incidente correspondiente, con respeto del principio general de audiencia de la otra parte. La Ley 29/98 consiente que se sacrifique, de manera provisional, dicho principio de contradicción sólo cuando las circunstancias de hecho no permitan, dada su naturaleza, esperar ni siquiera a la sustanciación de aquel incidente procesal, debido al perjuicio que se irroga con dicha demora, perjuicio que debe tener su encaje en la "pérdida de la finalidad legítima del recurso".

TERCERO.- En la interpretación de estos preceptos nuestro Tribunal Supremo ha ido elaborando una doctrina, hoy consolidada en orden a la apreciación de distintos elementos a

987209212



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

la hora adoptar las medidas cautelares solicitadas, y la relación que se debe establecer entres ellos. Así, ya en el en Auto de 6 de abril de 1999, se afirmaba que la nueva regulación de las medidas cautelares en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia, y que, por ello, la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. En la STS de STS de 14 de junio de 2.006, de una forma más prolija se razonaba: "debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá



987209212

acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia--- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo

987209212



130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 "in fine", al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del nº 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3)". Como conclusión de todos estos elementos apuntados, destaca la el TS tres aspectos básicos: En primer término, la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado periculum in mora como fundamento de las innominadas medidas cautelares; en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema legal exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero; y, en tercer lugar, la

987209212



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

doctrina jurisprudencial permite una valoración provisional y limitada de los fundamentos de la pretensión: doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).

CUARTO.- En el caso que nos ocupa, teniendo presente que se insta la medida con posterioridad a la interposición del recurso contra la Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Riello, y a la vista del comienzo de las actuaciones materiales amparadas en las licencias que se combaten en el presente procedimiento, de no accederse a la suspensión de la eficacia de dichas licencias concedida a Energías Especiales de Alto Ulla, S.A., para la construcción del Parque Eólico Valdesamarío, en los términos municipales de Riello y Valdesamarío, se perdería la finalidad legítima del recurso, desde la óptica de la plena efectividad de la sentencia y de su función de restablecimiento de la situación jurídica y material. Y ello en tanto, si se ejecutan las obras se alterará de forma irreversible el espacio natural afectado, de forma que una posterior apreciación de los argumentos de las recurrentes, en cuanto al incumplimiento de la Directiva AVES y las normas de transposición, y su reflejo en los hábitats afectados y en la fauna y flora silvestre, tendrían una eficacia atenuada, puesto que el daño ecológico se habría producido.

Como ya tuvo ocasión de señalar este Juzgado en el Auto de 6 de junio de 2.008, dictado en pieza de medidas cautelares, dentro del P.O. 42/08, y referente a un parque Eólico próximo al que nos ocupa, y aparece indiciariamente de los documentos técnicos aportados con la solicitud de las medidas, la zona afectada, coincide con el hábitat de Urogallo Cantábrico, especie declara por la Orden MAM/2231/2005, como "En peligro de extinción", y cuya protección ya se recogía en la Directiva AVES, Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. De esta forma, se podría incurrir en la comisión de una infracción prevista en el art. 47.2 Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad,

987209212



actualmente en vigor. Por otro lado la propia Junta de Castilla Y León, a través del Decreto 4/2.009, de 15 de enero, establece el Plan de Recuperación del Urogallo Cantábrico (*Tetrao urogallus cantabricus*) y se dictan medidas para su protección en la Comunidad de Castilla y León, siendo de especial significación los artículos 4 a 7.

Pero si lo anterior determina la concurrencia del *periculum in mora*, no apreciándose motivos por los que deba prevalacer el interés energético general, y el particular de la mercantil titular de las licencias, sobre el interés, también general al medioambiente, y a la conservación de los espacios protegidos, es lo cierto que en el presente supuesto no puede obviarse las últimas Sentencias y Autos dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla Y León, con sede en Valladolid, y que son citadas en el escrito de solicitud de medida, en relación con distintos Parques Eólicos cuya instalación se realizaba o estaba prevista en la misma zona (Omaña). En cuanto a lo que aquí interesa, cabe transcribir el Auto de 28 de julio de 2.009 (en la línea de los Autos de 30 de julio de ese mismo mes, que razona: "Es procedente la adopción de la medida cautelar de suspensión de la Resolución impugnada puesto que de no adoptarse la instalación litigiosa podría llevarse a cabo y, en caso de una sentencia estimatoria, su ejecución sería prácticamente imposible, teniendo en cuenta, además, la apariencia de buen derecho de la pretensión de la parte recurrente (Ss. del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1990, 10 de noviembre de 1992, 14 de marzo de 1994 y 10 de octubre de 2007, entre otras, y sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1993) que se aprecia de modo ostensible en este momento procesal -lo que se indica a los efectos de resolver este incidente, sin perjuicio, por tanto de lo que se diga en su día en la sentencia que se dicte-.

En este sentido ha de señalarse que para la instalación de que se trata se ha llevado a cabo una evaluación de impacto ambiental "simplificada", como se admite en la propia

987209212



Resolución de la Viceconsejería de Economía de 24 de enero de 2007, formulada por la Delegación Territorial de la Junta en León, cuando lo que procedía era la "Evaluación Ordinaria", cuya competencia no corresponde a esa Delegación, como resulta de lo dispuesto en los arts. 9, 10, 16 y concordantes del Decreto Legislativo 1/2000, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales de Castilla y León, vigente cuando se efectuó la citada evaluación ambiental, toda vez que, como se ha alegado por la parte actora -y resulta de la documentación aportada- el proyecto de parque eólico afecta a la zona de "Omaña", que es una zona de especial protección para las aves, como resulta de su declaración como ZEPA, y en este sentido se ha pronunciado la reciente sentencia de esta Sala 10 de junio de 2009, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm.2 de León dictada en el PO núm.34/04, cuya copia consta aportada por la parte actora, en la que se declaró la nulidad de la autorización otorgada del parque eólico "Murias II", en el término municipal de Murias de Paredes (León), entre otros motivos, por haberse sometido a "evaluación simplificada" de evaluación ambiental y aprobarse por la Delegación Territorial de la Junta en León, cuando se debía haber sometido a "evaluación ordinaria".

TERCERO.- La falta desde un punto de vista ambiental de una "adecuada evaluación", a la que se refiere el art. 6.3 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, del proyecto de parque eólico autorizado por la Resolución impugnada también se aprecia en este momento procesal -se insiste a los efectos de este incidente, sin perjuicio de lo que se diga en su día en la sentencia que se dicte- al no examinarse en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) simplificada llevada a cabo, como se ha dicho, por la Delegación Territorial de la Junta en León, la incidencia de los otros proyectos de parques eólicos -hasta 18 se mencionan por la parte actora- previstos en las inmediaciones del aprobado por la Resolución impugnada.

987209212



A esto ha de añadirse que no se contempla en la DIA formulada por la citada Delegación Territorial de León la ubicación de la central donde se va a evacuar la energía generada, haciéndose únicamente mención a que la conexión del parque con el sistema eléctrico está previsto realizarla mediante una línea eléctrica aérea de alta tensión a 132 KV ó 220 kV, según las disponibilidades de la zona, sin que se precise este punto en el proyecto, lo que ha de considerarse insuficiente desde un punto de vista ambiental, como se indica en la citada sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2009".

En atención a lo expuesto, la urgencia de la medida aparece con claridad meridiana, y en consideración a los elementos de juicio con los que cuenta en este momento el Juzgador, procede acordar como medida provisionalísima, oficiar a la Administración municipal demandada, y en su caso a la autonómica, para que proceda a paralización inmediata de la ejecución de las obras que se estén realizando amparadas en las licencias impugnadas, sin perjuicio de citar a la parte recurrente, a la Administración recurrida, y a la mercantil que ejecuta las obras, a una comparecencia ante este Juzgado, a fin de decidir el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar aquí adoptada.

CUARTO.- No se aprecia la existencia de circunstancias que provoquen realizar una especial condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la L.J.C.A.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

987209212



Se ACUERDA como medida provisionalísima la suspensión de ejecutividad de las licencias impugnadas, y por ende, proceda oficiar al Ayuntamiento de Riello, y en su caso a la Administración autonómica, dentro de la obligación de colaboración, para que proceda a paralización inmediata de la ejecución de las obras que se estén realizando amparadas en las licencias impugnadas, para la construcción del Parque Eólico Valdesamario.

Requíerese de inmediato a la citada Administración por vía fax, a fin de que se lleve a efecto la suspensión decretada.

Cítese a la parte recurrente, a la Administración recurrida, a la mercantil que ejecuta las obras, a una comparecencia ante este Juzgado, a fin de decidir el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar aquí adoptada, que se celebrará el próximo miércoles, día 16 de septiembre de 2009, a las 12 horas.

Notifíquese esta resolución a las partes de forma inmediata y llévase testimonio a los autos principales.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda, manda y firma, Luis Alberto Gómez García, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de León. Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

Conado inserto concuerda bien y fielmente con su original a que
en cumplimiento de lo ordenado, expido el presente en León a
del dos mil

ance Sphick

