

Roj: STSJ GAL 20/2011
Id Cendoj: 15030330032011100020
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 3
Nº de Recurso: 7728/2008
Nº de Resolución: 187/2011
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: JULIO CESAR DIAZ CASALES
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

ADMINISTRACION AUTONOMICA

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00187/2011

PONENTE:D. JULIO CESAR DIAZ CASALES

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7728/2008

RECURRENTE:ENEL GREEN POWER ESPAÑA S.L.

ADMINISTRACION DEMANDADA:CONSELLERIA DE IN NO VACION, INDUSTRIA E COMERCIO

CODEMANDADA:AUCOSA EOLICA S.A. , VENTAURIA ENERXIA RURAL S.A., ENERXIAS RENOVABLES DE GALICIA S.A. ,

ENEL UNION FENOSA RENOVABLES S.A., VIRAVENTOS ENERGY S.L., VENTOS DE BEITUREIRA S.L.

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

ILMO.SR PRESIDENTE :

IGNACIO ARANGUREN PEREZ

ILMOS.SRES.MAGISTRADOS :

IGNACIO ARANGUREN PEREZ

JULIO CIBEIRA YEBRA PIMENTEL

JULIO CESAR DIAZ CASALES

En A CORUÑA, a dieciséis de Marzo de dos mil once.

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso- administrativo número PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0007728 /2008 interpuesto por el Procurador/Letrado PROCURADOR D/Dña. IGNACIO PARDO DE VERA LOPEZ y LETRADO D. JUAN JOSE LAVILLA RUBIRA en nombre y representación de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L. contra *Decreto 242/2008 de 13/12/07, publicado en el DOGA 2 DE 3/1/2008 QUE REGULA EL APROVECHAMIENTO DE ENERGIA EOLICA DE GALICIA*. Comparece como parte demandada CONSELLERIA DE INNOVACION, INDUSTRIA E COMERCIO dirigido por LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA. Ha sido parte codemandada AUCOSA EOLICA, S.A., VENTAURIA ENERXIA RURAL, S.A. , ENERXIAS RENOVABLES DE GALICIA,S.A. , ENEL UNION FENOSA RENOVABLES,S.A. , VIRAVENTOS ENERGY, S.L. , VENTOS DE BEITUREIRA S.L. , representadas por el PROCURADOR D. JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO, ELENA MIRANDA OSSET, JUAN LAGE FERNANDEZ CERVERA, JUAN LAGE FERNANDEZ CERVERA, VICENTE ESTEVEZ DOAMO, MARIA CARMEN CAMBA MENDEZ y dirigidas por el Letrado D. ULISES C. BERTOLO GARCIA, GLORIA ANTUÑA PEREZ, JAVIER GARCIA MARTINEZ, CORAL YAÑEZ CAÑAS, ANA MARIA LOPEZ PIÑEIRO, XOAN ANTON PEREZ LEMA.

Siendo PONENTE el Magistrado Ilmo. JULIO CESAR DIAZ CASALES.

HECHOS

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la/s parte/s recurrente/s para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinente, se acabó suplicando que se dictase sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución impugnada en este procedimiento.

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

TERCERO.- Habiéndose recibido el asunto a prueba y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para la votación y fallo del recurso el día 15 de Febrero de 2011, fecha en la que tuvo lugar.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.- El objeto del presente recurso contencioso-administrativo viene constituido por el *Decreto 242/2007, de 13 de diciembre, de la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia* por la que se regula el aprovechamiento de energía eólica en Galicia.

La recurrente, después de referir en la demanda los precedentes normativos que regulaban el aprovechamiento eólico en Galicia, fundamentalmente constituidos por el *Decreto 205/1995* y el *Decreto 302/2001, de referir que con arreglo al primero* es titular de un Plan Eólico Estratégico aprobado por Resolución de 25/4/1996, ampliado en 2000 y modificado en 2002, con un total de 568,20 MW, y señalar que bajo la vigencia del *Decreto 242/2007, impugnado en el presente recurso, se convocó un concurso por Orden 6 de marzo de 2008* que se resolvió por Resolución de 26 de diciembre de 2008, en la que no resultó adjudicataria de ninguno de los 584 MW a los que aspiraba, fundamenta el recurso en los siguientes motivos 1) Invalidez del Decreto por la falta de aportación de la memoria económica o estudio económico financiero, exigible con arreglo al *Art. 24 de la Ley 50/1997 del Gobierno, como resulta del informe del Consello Consultivo de 27/12/2001* y tiene establecido la jurisprudencia en St. del TSJG de 27/12/2002 y del T.S. de 27/11/2006 y 24/2/2009 ; 2) La nulidad de la limitación de la posibilidad de establecimiento de parques eólicos a los de régimen especial contenida en el *Art. 2.3 del Decreto* resulta ilegal porque prohíbe establecer un parque eólico de régimen ordinario, solo permite su instalación dentro de las Áreas de Desarrollo Eólico, vulnera lo dispuesto con carácter básico tanto por la Ley de Sector Eólico como en el *Decreto 661/2007* por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica, e incluso aparece contradicho en el *Art. 28 del propio Decreto* impugnado al otorgar a la elección entre el régimen especial u ordinario carácter facultativo, carece de rango normativo para la imposición de la limitación y vulnera la finalidad que con arreglo a la *Ley 10/1995 de Ordenación del Territorio de Galicia* corresponde a los Planes Sectoriales de Incidencia Supramunicipal, entre cuyas finalidades no se incluye la opción por un determinado régimen retributivo; 3) los *Arts. 3.3, 8, 10, 11 y 12.3.3.4* en los aspectos en los que se habilita a la Consellería para la limitación de la potencia máxima que se tramitará en un período determinado, se

establece un procedimiento de concurso para el caso de que las solicitudes excedan la convocada o se postulen varios proyectos sobre un mismo espacio físico, resultan inválidas a criterio de la recurrente por vulnerar la reserva material de *ley impuesta en el Art. 53* en relación con el *Art. 38 de la C.E.* además de vulnerar los principios básicos contenidos en la legislación estatal en relación con la actividad de producción de energía eléctrica, indicando que así lo señaló el Informe de la Comisión Nacional de la Energía de 6 de noviembre de 2008 en relación con el Proyecto de Regulación del Gobierno Cantabro, indicando que no cabe mudar el régimen diseñado por la Ley del Sector Eléctrico, por otro cuasiconcesional, por otra parte señala que se omitió el sometimiento tanto del *Decreto como de la Orden prevista en el Art. 8* a la evaluación ambiental estratégica, que resultaba exigible con arreglo a la *Ley 9/2006* ; 4) la fórmula para la acreditación de la solvencia económica impuesta en el *Art. 5* resulta contraria al principio de proporcionalidad; 5) la prohibición contenida en el *Art. 5* de instalación en Espacios Naturales Protegidos es contrario a lo dispuesto en el *Art. 16 de la Ley 9/2001 de Conservación de la Naturaleza* que permite su autorización por parte de la Consellería de Medio Ambiente, además no tiene suficiente rango normativo para establecer una prohibición general y resulta desproporcionado; 6) el adverbio "particularmente" contenido en el *Art. 6.2 del Decreto* impugnado resulta inválido porque solo cabe valorar los proyectos en los que exista una relación directa entre los realizados y el que se pretende autorizar, por ello huelga la precisión y determina la invalidez del término; 7) el *Art. 9.2 del Decreto* relativo a los compromisos adicionales y el *Art. 10.1 f)* que refiere su valoración hasta el 30% de la puntuación total, además de vulnerar el principio de libertad de empresa, reserva de ley impuesta por los *Arts. 38 y 53 de la C.E.* , máxime cuando no se trata de unas previsiones voluntarias ya que al valorarse hasta en un 30% de la puntuación total no resultará viable ninguna propuesta que no la incorpore, por lo que se convierte en obligatoria de facto, pero además señala que la Comunidad Autónoma incurre en desviación de poder al imponerlos porque no tienen relación alguna con las finalidades que pueda tener en cuenta a la hora de decidir el otorgamiento de las autorizaciones, por lo que concluye que vulneran el principio de no discriminación ya que dispensa un trato desigual a circunstancias que no tienen relación alguna con el sentido de la regulación; 8) la exigencia contenida en el *Art. 13.1.2 del Decreto* de que la solicitud de autorización del P.E. incorpore el Estudio de Impacto Ambiental y que deba presentarse en el plazo de 3 meses contraviene el *Art. 7.1 del Relegislativo 1/2008 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental* de proyectos -que reproduce lo dispuesto en el RDL 1302/1986, vigente al tiempo de promulgación del Decreto impugnado-, conforme al cual es el órgano ambiental el que debe determinar la amplitud y nivel de detalle de los estudios de impacto ambiental y además debe hacerlo en el plazo de 3 meses; 9) la imposición de acreditar el punto de interconexión con la instalación en un plazo de 3 meses además de vulnerar el derecho estatal básico, que en este caso viene establecido por el RD 1955/2000 que distingue según el acceso se produzca en relación con una red de transporte o de distribución, además de otorgar un plazo -de 3 meses- claramente insuficiente en relación con la regulación establecida en la legislación estatal, por lo que tacha de arbitraria esta disposición; 10) invalidez del *Art. 18 del Decreto* que exige la presentación de una relación de los acuerdos alcanzados con los propietarios afectados por el parque o la justificación de la imposibilidad de alcanzarlos, entendiéndose que la disposición excede las competencias de la administración autonómica en materia expropiatoria al no limitarse a la declaración de utilidad pública y adentrarse en el terreno de la necesidad de ocupación; 11) el *Art. 23.1* al imponer que el plazo de 12 meses para solicitar la puesta en servicio se cuente desde la aprobación del proyecto sectorial en lugar de la fecha de ocupación de los terrenos incurre en arbitrariedad, porque para esto último será necesario el ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de la administración y por ello la ejecución del parque dependerá de la voluntad de la administración; 12) nulidad de la prohibición de transmisión de las autorizaciones contenida en el *Art. 30* por regular una cuestión civil ajena a la competencia autonómica, en todo caso exigiría su regulación por una norma con rango de ley y contraviene la legislación básica estatal que prevé la transmisibilidad de las autorizaciones; 13) invalidez de la *Disposición Transitoria Primera del Decreto* , porque la potencia de los Planes Eólicos Empresariales tienen carácter estimativo y no limitativo, como resulta tanto de las *disposiciones del Decreto 205/1995* como de la práctica administrativa, por lo que concluye que la disposición está privando a las empresas de un derecho patrimonializado constituyendo un supuesto de expropiación sin indemnización; 14) el apartado 2 de la *Disposición Transitoria* también resulta viciado de invalidez por no preverse un trámite de audiencia para la declaración de caducidad de los Planes Eólicos Empresariales por el transcurso del plazo y no contemplar la posibilidad de la prórroga tácita de los mismos en base a la imposibilidad de instalar toda la potencia prevista por falta de publicación de los procedimientos de autorización que con periodicidad trianual se establecían en el *Decreto 302/2001* , por lo que entiende que razones de justicia material imponen entenderla prorrogada; 15) invalidez parcial de la *Disposición Transitoria 2* en la medida en que solo se reserva a los titulares de los PEEM una cuota cuando no pudieron instalarlas por motivos de planificación cuando debía extenderse a cualesquiera motivos imputables a la administración; 16) nulidad de la *Disposición Transitoria 3 del Decreto* porque la consideración de las áreas de investigación y reserva existentes como áreas de desarrollo eólico en tanto no se apruebe el plan sectorial eólico de Galicia supone una modificación de éste sin respetar los tramites establecidos en la *Ley 10/95* de información pública, audiencia de los entes locales afectados y sin evaluación ambiental estratégica exigible conforme con la *Ley*

9/2006 .

En atención a lo expuesto termina suplicando que se dicte sentencia por la que, con estimación de la demanda, se declare no conforme a derecho y se anule el *Decreto 242/2007 de 13 de diciembre* , por el que se regula el aprovechamiento de energía eólica de Galicia y, subsidiariamente, se anulen las previsiones especialmente impugnadas.

Segundo.- Con carácter previo al fondo del asunto ha de estudiarse el motivo de inadmisión de la demanda opuesto por la personada como interesada, VIRAVENTOS ENERGY, S.L. consistente en la falta de acreditación de que los administradores mancomunados que adoptaron la decisión de interponer el recurso fueran precisamente el órgano societario estatutariamente competente para su adopción.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que el escrito de interposición del recurso vino acompañado de la orden firmada por los administradores mancomunados de la sociedad, Carlos José y D. Alexis para la interposición del recurso, fechada el 26 de febrero de 2008, esto es el mismo día de la interposición y, por lo tanto, dentro del plazo para recurrir.

Por otra parte de la documental acompañada por la entidad recurrente con su escrito de conclusiones, aunque conviene advertir que con arreglo a la literalidad del *Art. 138.1 de la LRJCA* debió aportarse dentro de los 10 días siguientes a la notificación del escrito conteniendo la alegación de la causa de inadmisión, resulta que los referidos administradores fueron reelegidos para el ejercicio de sus cargos, por haber expirado su anterior mandato por Acuerdo de 30 de junio de 2009, elevado a público el 29 de julio siguiente, por lo que ha de concluirse que, sí la reelección es por agotamiento del anterior, que en la fecha de adopción del acuerdo para recurrir ostentaban la condición que se atribuían pero además resulta que estaban integrada esa facultad entre sus competencias, con arreglo a lo dispuesto en el *Art. 27* de los Estatutos en atención a que se confiere a los administradores todas las atribuciones que por Ley o los estatutos no resulten de otros órganos de la Sociedad, por lo que se impone la desestimación de este motivo de inadmisión.

Tercero.- Comenzando por el primero de los motivos de impugnación relativo a la nulidad del reglamento impugnado por falta de aportación de un estudio económico-financiera o una memoria económica que reputa exigible y determinante de nulidad de pleno derecho con arreglo a la aplicación supletoria de lo dispuesto en el *Art. 24 de la Ley 50/1997 del Gobierno* , sobre el que, curiosamente, no incide en el escrito de conclusiones.

Del contenido del expediente resulta que ya con respecto al borrador del *Decreto la Dirección General de Presupuestos había informado el 24 de julio de 2007* que no tenía nada que objetar a la propuesta normativa en el entendimiento de que el procedimiento habría de ser desenvuelto con los presupuestos ordinarios de la Consellería de Innovación e Industria (folios 417 y 749 del expediente). Por otra parte de una lectura desapasionada del Dictamen del Consello Consultivo de Galicia de 27 de Diciembre de 2001, aportado por la entidad recurrente como documento número 2 de los acompañados con el escrito de proposición de prueba, se extrae precisamente la conclusión contraria a la alcanzada por el recurrente, porque de la misma resulta que después de referir la exclusión de la LPA como procedimiento especial el de elaboración de disposiciones generales extracta la St. del T.C. 15/1989 de 26 de enero que sienta el criterio de que las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trate de regular los procedimientos para la elaboración de sus propias normas de carácter general, por lo que solo cabría recurrir al derecho estatal en defecto de legislación autonómica, que era la situación existe al tiempo de la emisión del Dictamen del Concello Consultivo, pero al tiempo en el que se aprobó el Decreto recurrido la cuestión aparecía regulada por la *Disposición Adicional 4 de la Ley 14/2006 de 28 de diciembre* , de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2007 -que es la que estaba vigente en el momento de la aprobación del Decreto impugnado, pero que se reiteró en la *Ley 16/2007* - la exigencia de la memoria económica financiera venía condicionada a que las iniciativas legislativas o propuestas normativas representaran un incremento del gasto público, por lo que excluida la concurrencia de esta condición, como resulta del informe referido del Director General de Presupuestos de la Consellería de Facenda, ha de concluirse que tal estudio o memoria no resultaba preceptivo, lo que determina la desestimación de este motivo de impugnación.

Cuarto.- En relación con el segundo de los motivos de impugnación, referente a la supuesta exigencia de que los parques eólicos sometidos al procedimiento de autorización publicados con arreglo al Decreto hubieran de estar sometidos al régimen especial de producción, contraviniendo la libre iniciativa empresarial y el carácter voluntario del sistema de retribución, que deduce de el término "especial" contenido en la definición de las Áreas de Desarrollo Eólico del *Art. 2.3 del Decreto* .

De la interpretación conjunta de lo dispuesto de los *Arts. 1 y 28 del Decreto* impugnado con los *Arts. 27 y 28 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico* resulta que la interpretación que cabe dar a este término "especial" incluido en el *Art. 2.3* es otro que el otorgado por la entidad recurrente, porque es el *Art. 1* el que define el objeto del *Decreto* como la regulación del régimen jurídico de las instalaciones de producción de electricidad a partir de la energía eólica, sin ninguna consideración a su régimen retributivo, esto es se acojan al régimen ordinario o especial, de hecho del *Art. 28 del Decreto* resulta que será posteriormente cuando el titular de la autorización haya de optar por acogerse a uno u otro régimen, por lo que ha de concluirse que no se impone como única opción el régimen especial, como entiende el recurrente, lo que ocurre es que tal vez la expresión se introdujo por coincidir en algunos aspectos con aquellas que las Comunidades Autónomas pueden autorizar, conforme con lo dispuesto en el *Art. 28.3 de la Ley del Sector Eléctrico*, en la redacción dada por el *Real Decreto Legislativo 7/2006*, pero como se dijo nada excluye que el titular de la autorización opte por el régimen ordinario, de modo que pese a que la introducción del término "especial" no resulta afortunada al poder inducir a la confusión alegada por la recurrente, máxime cuando en el precedente del *Art. 3 del Decreto 302/2001* no solo no se contenía esa expresión sino que se vinculaba la diferenciación a las limitaciones de potencia, no cabe declarar su nulidad cuando con una interpretación integradora de la totalidad de la disposición se puede deducir su interpretación correcta y acorde con la legalidad, por lo que se impone la desestimación de este motivo de impugnación.

Quinto.- Entrando en los motivos de impugnación relativos a los *Arts. 3.3, 8, 10, 11 y 12.3.3.4* a la supuesta vulneración del principio de libertad empresarial y de transformación de un sistema de liberalización de la producción eléctrica en un sistema cuasi-concesional.

Por lo que hace a la previsión contenida en los *Arts. 3.3 y 8 del Decreto* conforme al cual la Consellería publicará la previsión de potencia máxima que se tramitará durante un período, debiendo hacerlo a través de anuncio en su página web y un mes antes de la convocatoria prevista en el *Art. 8*, no puede aceptarse que tal previsión conculque la liberalización de la producción eléctrica, cuando como señala el Letrado de la Xunta, es una consecuencia lógica de la regulación y la limitación de capacidad de las preexistentes redes de transporte y distribución, que condiciona las posibilidades de producción.

Por lo que se refiere a la impugnación de los *Arts. 10, 11 y 12.3 y 4*, en el que percibe la recurrente un régimen concesional contrario al principio de autorización reglada previsto en la *Ley 54/1997, del Sector Eléctrico*. Es necesario comenzar por advertir que en el *Art. 10* se contiene los criterios de valoración pero conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del *Art. 12* solo entrarán en juego cuando la suma de las potencias presentadas fuera superior a la potencia máxima prevista en la orden de la convocatoria, ya que en caso de ser igual o inferior se admitirían la totalidad de las propuestas salvo que dos o más resultaran concurrentes sobre el mismo espacio territorial. De lo que ha de concluirse que no se desvirtúa el sistema autorizatorio con uno previo de concurrencia competitiva cuando, como dice la *Directiva Comunitaria 2006/123/CEE* referida en la exposición de motivos de la *Ley 8/2009* por la que se regula el aprovechamiento eólico de Galicia, el mismo venga impuesto por un número limitado de autorizaciones disponibles o motivado por la escasez de los recursos naturales. En el presente caso ambas circunstancias imponen la necesidad de establecer un procedimiento de preselección de solicitudes, ya que, como hemos concluido, la limitación de megavatios ofrecidos viene impuesta por las necesidades de optimizar las redes de transporte y distribución, imponiendo aquella limitación el procedimiento de selección de las solicitudes con arreglo a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, en términos de la St. del T.S. de 30 de enero de 2007, también referida en la exposición de motivos de la Ley referida anteriormente. Por lo que también este motivo de impugnación ha de decaer.

Sexto.- Por lo que se refiere al motivo de impugnación relativo a la invalidez del Decreto por ausencia de la Evaluación Ambiental Estratégica, que reputa exigible con arreglo a la *Ley 9/2006*.

La entidad recurrente alcanza aquella conclusión al equiparar el Decreto y la Orden que se dicte a su amparo a los planes y programas definidos en el *Art. 2 de la Ley 9/2006*, pero olvida, sin duda interesadamente, que en el presente caso la administración no traza estrategias, directrices y propuestas para la satisfacción de necesidades sociales sino que se limita a establecer el marco para que sean las empresas, en un sector liberalizado, aunque sometido, como se dijo, a una previa selección de concurrencia competitiva, las que prevean su satisfacción a través de unas propuestas que, como bien dice la recurrente, sí exigen, una vez preseleccionadas y con carácter previo a la autorización de instalación, la declaración de impacto ambiental, con arreglo a los *Arts. 6 y 13.1.2 del Decreto* impugnado.

Pero además tampoco puede desconocerse que el *Decreto se publica con el marco de un Plan Sectorial Eólico de Galicia aprobado el 5 de octubre de 1.997* y modificado el 5 de diciembre de 2002 que, en su día, ya fue sometido a evaluación ambiental y cuya vigencia se conserva, como resulta de la previsión

contenida en la *Disposición Transitoria Tercera del Decreto* y que, cuando se modifique, también habrá de superar dicho trámite, por lo que se impone la desestimación de este motivo de impugnación.

Séptimo.- Por lo que se refiere a la denuncia relativa a la desproporción de la fórmula de acreditación de la solvencia económica a través de la presentación de documentación acreditativa de poseer fondos propios equivalentes al 20% de la inversión, la alegación de desproporción resulta totalmente huérfana de prueba alguna, al margen de las referencias contenidas en la demanda de la posible perversión de la previsión para el caso de que la participación en el capital social de la promotora de uno de los partícipes que sí cuente con el porcentaje de fondos públicos resulte mínima, lo que no garantizaría la su viabilidad económica, pero olvida la recurrente, por un parte, que esta exigencia ya se contenía en la normativa anterior en el *Art. 16.3 apartado b), en idéntico porcentaje, por lo que la opción del reglamento* puede reputarse como neutra respecto a la situación preexistente, por otro, que la exigencia de acreditación de la capacidad económico-financiera para la ejecución del proyecto viene impuesta por los *Arts. 21 y 28 de la Ley de Sector Eléctrico*, que con el proyecto se ha de incluir el estudio técnico- económico de viabilidad del proyecto, que podría permitir que la misma venga dada por recursos diferentes de los fondos propios y, por último que para la concreción de los fondos propios podría recurrirse a la determinación de los que son reputados como tales por el Plan General de Contabilidad aprobado por RD 1514/2007, por lo que también este motivo de impugnación ha de decaer.

Octavo.- Por lo que hace a la impugnación de la previsión contenida en el *Art. 6* de la prohibición de instalación de parques eólicos en los espacios naturales protegidos, dado el carácter absoluto cuando con arreglo al *Art. 16 de la Ley 9/2001 de Conservación de la Naturaleza* se admiten los usos tradicionales y otros se condicionan a la autorización de la Consellería de Medio Ambiente, ha de estarse, como advierte el Letrado de la Xunta en su contestación y la práctica totalidad de los comparecidos como interesados, a la tácita derogación de esta previsión por lo dispuesto en la *Ley 9/2002 de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*.

En relación con lo anterior habríamos de convenir que de atender a la redacción originaria de la *Ley 9/2001 con arreglo al Art. 32.2 letra f)* los terrenos sometidos a algún régimen de protección por aplicación de la *Ley 9/2001 de Conservación de la Naturaleza* deben venir clasificados como Suelo Rústico de Protección de Espacios Naturales y en ellos, con arreglo lo dispuesto en el *Art. 39* de la misma, solo resultarían autorizables las construcciones destinadas a turismo rural de la *letra e) del Art. 33*, resultando prohibidos los de producción, servicio, transporte y abastecimiento de energía eléctrica y gas, que se prevén en la *letra f) del Art. 33. Pero esa situación habría cambiado a raíz de la modificación operada por la Ley 15/2004 de 29 de diciembre* que modifica el *Art. 39* y permite que con autorización autonómica se lleven a cabo las actividades y usos constructivos que se refieren en la letra f), esto es, entre otras, los centros de producción, servicio, transporte y abastecimiento de energía eléctrica y gas, por lo que, atendiendo a la redacción de la Ley al tiempo de la aprobación del Decreto impugnado, los parques resultarían autorizables si cuentan con la previa autorización de la Consellería de Medio Ambiente, de modo que la exclusión contenida en el *Art. 6.2 del Decreto* podría, al tiempo de su redacción, carecer de cobertura legal al no contemplar la posibilidad de autorización por parte de la Consellería de Medio Ambiente. Al respecto conviene advertir que, aunque no resulten aplicables al presente caso por razones temporales, ya que se promulgaron con posterioridad al *Decreto impugnado, la LOUGA resultó nuevamente modificada por las Leyes 2/2010 de 25 de marzo y 15/2010 de 28 de diciembre*, y en la primera de ellas se incide nuevamente en la cuestión y por reforma del *Art. 33.2* parece que solo resulta autorizable por la Comunidad Autónoma las instalaciones de transporte, distribución y evacuación de energía eléctrica, pero no las de producción.

No obstante la cobertura de la exclusión contenida en el *Art. 6.2 del Decreto* ha de buscarse en lo dispuesto en la *Ley Estatal 42/2007 de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y la Biodiversidad*, al permitir en su *Art. 45*, parcialmente transcrito por la recurrente en su escrito de conclusiones, que las Comunidades Autónomas fijen las medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, de conservación necesarias, entre las que ha de incluirse la exclusión contenida en el precepto impugnado, siendo su entrada en vigor prácticamente simultánea con la aprobación del Decreto impugnado -ya que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el día 14 de diciembre y el *Decreto tiene fecha de 13 de diciembre* - pero que ya se había producido al tiempo de la publicación de la *disposición reglamentaria en el DOGA -que se produjo el 3 de enero de 2008* - por lo que, pese a que al tiempo de la aprobación del Decreto se producía una suerte de carencia de cobertura por anticipación a la normativa de cobertura, al tiempo en el que habría de desplegar sus efectos esa carencia venía suplida por la entrada en vigor de la *Ley 42/2007*.

Noveno.- Por lo que se refiere a la impugnación del adverbio "particularmente" contenido en el *Art. 9.1.5 a)* considera la recurrente que los únicos antecedentes que habrían de ser valorados serían los relativos al sector eólico, por lo que aboga por la supresión del término, pero olvida que esta expresión se

contiene en un subapartado relativo al proyecto de desarrollo económico y en este ámbito liberalizado la concurrencia competitiva podría ser un factor favorable para posibilitar la innovación tecnológica, por lo que no cabe desconocer los que los promotores pudieran haber llevado a cabo en otros ámbitos cuando, por una parte, resulta de la Exposición de Motivos del Decreto que se persigue que el desarrollo eólico se concentre en un limitado número de promotores, que es precisamente el resultado que se conseguiría si se aceptara la interpretación que defiende la recurrente en el sentido de que solo se tuvieran en cuenta los proyectos eólicos y, por otra, en el término cuya supresión se pretende se prioriza las experiencias específicamente relativos al sector eólico, lo que también resulta razonable, por lo que se impone la desestimación de este motivo de impugnación.

Décimo.- Por lo que se refiere a la impugnación de los compromisos adicionales previstos en el *Art. 9.2* y su valoración, contenida en el *Art. 10.2* en el que se especifica que en ningún caso podrían suponer el 30% del total de la valoración. Han de comenzarse por hacer dos precisiones, la primera, que estos compromisos son de carácter voluntario, reducen sus efectos a la consideración de la valoración de la propuesta, por lo que en ningún caso pueden determinar su inadmisión, por lo que ha de excluirse que los mismos afecten a la libertad empresarial ni supongan una planificación económica para reservar al sector público un sector de actividad, sin rango legal suficiente, como se dice en la demanda.

Realizada esa primera puntualización, y entrando en el supuesto carácter desproporcionado de la valoración otorgada, ha de advertirse que la concreción de la puntuación que se remite a la orden de la convocatoria, estableciéndose en el Decreto un límite máximo que no puede ser excedido que es del 30% del total que, abstractamente considerado, no resulta desproporcionado y que, a reserva del juicio que pudiere merecer en función de la comparación con la valoración otorgada a los otros parámetros, ni se convierten en imprescindibles para la consideración de la propuesta, de hecho, atendiendo a las alegaciones vertidas por VENTUARIA en su escrito de contestación a la demanda, una sociedad participada exclusivamente por la recurrente (FINISTERRA EÓLICA, S.A) resultó adjudicataria de 174 MW en el procedimiento autorizatorio abierto con arreglo al Decreto impugnado, prueba evidente de que en la práctica la libertad empresarial de la recurrente no resultó impedida.

Pero en cualquier caso, con independencia de que estos compromisos adicionales pueden adolecer de una cierta indeterminación en cuanto a la forma en la que han de materializarse en el proyecto, ya que no se especifica las fórmulas de participación pública en el capital social de la promovente, cómo podrían canalizar la atracción del ahorro de los particulares para participar en los proyectos económicos de exploración de la energía eólica o las fórmulas de implicación de los propietarios de los terrenos en la producción, no cabe desconocer que pese a los indudables beneficios que reporta la energía eólica la misma, como dice la exposición de motivos de la *Ley 8/2009* por el que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia, tampoco resulta totalmente inocua imponiendo servidumbres en el contorno para el paisaje y para el hábitat, por lo que también están afectados aspectos medioambientales y de ordenación del territorio, que pese a ser generales para la totalidad de la población resultan más gravosas para quienes se ven afectados por su instalación, de modo que no resulta desproporcionado que se valore que por los promotores se busquen fórmulas compensatorias o de retorno de dichos perjuicios por parte de quién, en principio, se beneficia de su producción.

Tampoco cabe desconocer que el aspecto que más dudas plantea es el de la participación pública en el capital social de las solicitantes que se refiere en el *apartado 2.1. del Art. 9* y que con arreglo a la Disposición Adicional Única habría de desarrollarse con arreglo a la normativa que resulta de aplicación. Pero atacada tal previsión por el incumplimiento de la *Ley 3/85 de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia* no se alcanza a entender el reproche cuando la previsión representa una opción válida con arreglo a las previsiones contenidas en el *Art. 46 de la referida Ley* adoptada, a través del reglamento impugnado, por el mismo órgano que había de decidir tal participación, como una opción legítima en la orientación de su política económica, ya que la misma habría de instrumentalizarse a través de entes de derecho público que tuvieran como objeto social la implantación de sistemas de producción de energía y que pueden revestir formas diversas, de modo que se trata del ejercicio de una opción que, sin duda, pudiera merecer sus críticas pero que no puede reputarse ilegal por vulnerar ni el principio de libertad de empresa ni disposiciones legales o constitucionales, como defiende la recurrente. Por lo que se impone la desestimación de este motivo de impugnación.

Undécimo.- La entidad recurrente impugna las exigencias impuestas en los apartados 2 y 3 del *número 1 del Art. 13* por vulnerar la legislación estatal y por el establecimiento de plazos claramente insuficientes en relación con los procedimientos afectados en la misma.

De conformidad con el *Art. 13.1 del Decreto 242/2007* en el plazo de los 3 meses siguientes a la notificación de la resolución de la admisión a trámite del proyecto o de su selección, habrá de presentarse la

solicitud de autorización del parque que ha de venir acompañada, entre otros documentos y con arreglo al apartado 2, del estudio de impacto ambiental del área afectada por el proyecto de parque eólico. En relación con este aspecto aduce la recurrente que contraviene lo dispuesto en el *Real Decreto Legislativo 1/2008* que reproduce lo dispuesto en el *Real Decreto Legislativo 1302/1986*, vigente al tiempo de promulgación del Decreto impugnado y particularmente en lo que respecta a que sea el órgano ambiental el que determine la amplitud y el nivel de detalle de la evaluación (*Art. 7.1 del RDLeg. 1/2008*).

Al respecto ha de convenirse que como señalan en su contestación el Letrado de la Xunta, además de ENERGÍAS RENOVABLES DE GALICIA, S.A. y VIRAVENTOS el Decreto impugnado se remite expresamente, aunque no en este artículo sino en el *Art. 14.7*, a que la tramitación de la declaración de impacto ambiental seguirá el procedimiento previsto en el *Decreto 442/1992 que, a su vez, fue declarado expresamente en vigor por la D.T. 2ª de la Ley 1/1995 de Protección Ambiental de Galicia*, por lo que ha de concluirse que la recurrente yerra sobre la normativa procedimental con la que ha de hacerse la comparativa para determinar lo razonable o no del plazo para la presentación de la documentación.

En cualquier caso ha de advertirse que en este momento ya debieron tenerse en cuenta no solo las determinaciones del Plan Sectorial Eólico que, como se dijo, ya debió ser objeto de evaluación ambiental (*Art. 3.2.5 del Decreto impugnado*) y que la solicitante de la autorización con el proyecto presentó la memoria ambiental con análisis de las afecciones y las medidas correctoras previstas (*Art. 9.1.4*) por lo que el exigido estudio de impacto ambiental ha de considerarse que ya estaba sino avanzado sí, al menos, esbozado, por lo que se impone la desestimación de este motivo de impugnación.

Lo mismo ocurre con la exigencia del *apartado 3 del Art. 13.1* referente a la exigencia del punto de interconexión de la instalación, cuando de la interpretación del precepto con arreglo a su literalidad resulta que solo se exige la acreditación de la existencia de un punto de interconexión, aunque no se culminara el proceso con el titular de la red de distribución o de transporte, como parece entender el recurrente, lo que resulta de la equiparación que en el mismo se hace de la acreditación del punto y la participación en proyectos de construcción de infraestructuras de evacuación, así como de la circunstancia de que con arreglo al *Art. 27 del Decreto* la existencia del punto de conexión solo resulta imprescindible para la autorización del parque (*Art. 27*), lo que resulta coherente con lo dispuesto en los *Arts. 21 y 28 de la Ley del Sector Eléctrico*, puesto que en éstos se prohíbe expresamente el otorgamiento de la autorización sin que se obtuviera previamente la autorización de la conexión, por lo que también este motivo de impugnación ha de decaer.

En cualquier caso, como advierte en su contestación VIRAVENTOS, S.A., centrándonos en el aspecto referente al plazo de 3 meses, hemos de convenir que el reglamento establece el marco en el que va a desarrollarse todo el proceso para culminar en la puesta en servicio de un parque eólico, por lo que ninguno de los participantes en el proceso puede desconocer las sucesivas fases y nada impide que vaya adelantando la justificación del cumplimiento de los requisitos que le van a ser impuestos en las mismas, por lo que podrá anticipar los estudios al anuncio de la publicación de la convocatoria, que con arreglo al *Art. 3* debe anticiparse en 1 mes a la publicación de la orden, después se abre el plazo de presentación de solicitudes y terminado éste un nuevo plazo de 6 meses para el dictado de la resolución (*Art. 12.2.2*) que incrementado con el de 3 meses para la presentación de la solicitud de autorización hacen, cuando menos, un plazo 10 meses, en los que los promotores podrían ir haciendo acopio de la documentación necesaria, por lo que también por esta razón se impone la desestimación de ambos motivos de impugnación.

Finalmente tampoco puede desconocerse que el *apartado 3 del Art. 13 del Decreto* señala que advertidas deficiencias en la documentación presentada -en cuya comprobación habría de pasar necesariamente un plazo, más o menos largo- se requerirá de subsanación por un plazo de 10 días, advirtiéndole que en caso contrario se le tendrá por desistido. Esto es recoge un trámite de subsanación de las solicitudes que habría de integrarse con lo dispuesto en el *Art. 71 de la LPAC* y en el mismo se prevé la ampliación prudencial cuando la presentación de los documentos presente especiales dificultades, entre los que habrían de entenderse comprendidos el estudio de impacto ambiental y el punto de interconexión, de ser necesario seguir el trámite de la Ley del Sector Eléctrico de modo que la previsión reglamentaria, unida a esta posibilidad, no puede reputarse de desproporcionada ni arbitraria, cuando lo justo de los plazos pudiera motivar la posibilidad de su ampliación.

Duodécimo.- Impugna la entidad recurrente la imposición contenida en el *Art. 18.2 del Decreto* de que la solicitud incluya una relación actualizada del número de acuerdos previos conseguidos con los propietarios afectados, de los bienes y derechos que se considere necesaria la ocupación, justificando los motivos por lo que no fue posible llegar acuerdos con los afectados, al entender que tal disposición invade las competencias exclusivas estatales en materia de expropiación forzosa, al no limitarse al ámbito de la utilidad pública y adentrarse en la necesidad de ocupación.

En relación con lo anterior habrá de convenirse que no se trata de incidir sobre la utilidad pública que se deriva directamente de lo dispuesto en la *Ley de Sector Eléctrico*, a cuyo Art. 52 se remite el Art. 17 del Decreto impugnado, sino de atribuir al promotor del parque la responsabilidad de concretar los bienes y derechos cuya ocupación se precise para la instalación, por lo que no incide sobre la causa de la expropiación, como entiende la recurrente, sino sobre un aspecto del procedimiento que, por una parte, afecta a las garantías de los expropiados, incide en el ejercicio de las potestad expropiatoria de la administración pública actuante y además puede tener consecuencias ulteriores en el caso de que llegasen a ocuparse bienes o derechos distintos de los contenidos en la relación, por lo que teniendo declarado el T.C. con ocasión de la St. 61/1997 en relación con el Texto Refundido de la *Ley de Suelo de 1.992*, referida en su contestación por ENERGÍAS RENOVABLES DE GALICIA, S.A. en su FJ 31 "...No se trata aquí de la fijación de una "causa expropiandi", que incumbe a quien ostente la competencia material, sino de un procedimiento expropiatorio. Como se ha insistido, el Estado ostenta una competencia general sobre la expropiación forzosa, que no se limita a lo básico (art. 149.1.18 C.) y que comprende la determinación de las garantías expropiatorias. Ahora bien, ello no significa que pueda establecer y predeterminar en detalle todas las garantías que rodean a la institución, sean en más o en menos (aquí claramente en menos), de cualquier especie expropiatoria y en todos los sectores del ordenamiento. Más allá de su competencia para regular la expropiación con carácter general, el legislador estatal ha de considerar los títulos competenciales sectoriales en juego, con los que deberá articularse. Por ello, cuando el sector de que se trate sea de la exclusiva competencia autonómica, las peculiaridades que merezcan las expropiaciones especiales sólo podrán ser establecidas, en su caso, con un marcado carácter principiar o mínimo y en cuanto sean expresión de las garantías procedimentales generales. En otros términos, a la regulación del procedimiento expropiatorio especial le es aplicable en buena medida la doctrina sobre el reparto competencial del procedimiento administrativo, esto es, que se trata de una competencia adjetiva que sigue a la competencia material o sustantiva, con respeto, claro está, de las normas generales atinentes al procedimiento expropiatorio general que al Estado le corresponde establecer y sin perjuicio también de que no se le pueda negar de raíz la posibilidad de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales ..." Por lo que teniendo en cuenta este precedente es claro que, siendo la competencia material para la autorización de los parques autonómica (Art. 27.13 y 28 del Estatuto Gallego y Art. 3.3 c) de la Ley del Sector Eléctrico) ninguna competencia estatal se invade con semejante previsión.

Por otra parte conviene advertir que el precepto permite que la relación de bienes y derechos con expresión de los acuerdos alcanzados o la relación de los que fuera necesario expropiar por la imposibilidad de alcanzar el acuerdo, con justificación de los motivos de la imposibilidad, no dejan de incidir, por una parte, sobre la necesidad de acreditar la capacidad económica del promovente y de la viabilidad del proyecto y, por otra, sobre el grado de implicación de los afectados con el proyecto, extremos susceptibles de valoración con arreglo a lo dispuesto en los Arts. 5 c) y 9.2.3 del mismo Decreto, por lo que también estos motivos de impugnación han de decaer.

Decimotercero.- Por lo que hace a la denunciada arbitrariedad del contenido del Art. 23 al imponer que el acta de puesta en servicio del parque no pueda exceder de 12 meses desde la aprobación del proyecto sectorial, entendiéndose que el plazo habría de computarse desde la ocupación de los terrenos para lo que será preciso el ejercicio de la potestad expropiatoria, por lo que entiende que su cumplimiento va a depender de la administración expropiante.

Acusa la recurrente a la administración de arbitrariedad en la imposición de este plazo cuando resulta, por una parte, que con arreglo a la literalidad del precepto el plazo de 12 meses es el máximo siendo la resolución de aprobación del proyecto la que haya de concretarlo, por otra, que el mismo podría ampliarse por otros 6 meses, pero en cualquier caso resulta que de preverse la necesidad de llevarse a cabo el proyecto expropiatorio la propia interesada podría adelantar la solicitud de utilidad pública y la concreción de los bienes de necesaria ocupación a la presentación de la solicitud de autorización, sin necesidad de esperar a su otorgamiento (Art. 13.1.7 del Decreto que remite al Art. 18 del mismo) y, en cualquier caso, solo la aprobación del proyecto sectorial, con independencia de la disponibilidad de los terrenos, permitirán al autorizado el inicio de las obras (Art. 16.3 del Decreto) por lo que es lógico que el reglamento atienda a esa fecha por lo que dicha opción no cabe tacharla de arbitraria. Pero finalmente el argumento esgrimido por la recurrente hace tesis de la cuestión, porque califica de posible arbitrariedad a la administración partiendo de un doble presupuesto, el primero, que va a ser necesario el ejercicio de la potestad expropiatoria para la ocupación de los terrenos necesarios, cuando ello habrá de depender del comportamiento de la promotora del parque, ya que cuantos más acuerdos alcance menos serán los terrenos y derechos que hayan de ser expropiados, pero segundo, de que llegado el momento de la necesidad de expropiación de los bienes y derechos la administración podría dilatar el procedimiento para determinar la caducidad de la autorización, lo que supone presumir una suerte de comportamiento perverso en la administración que no puede compartirse, por lo que también estos motivos de impugnación han de

ser desestimados, ya que determinando la aprobación del proyecto sectorial el presupuesto habilitante para el inicio de las obras solo a la misma podrá atenerse, como ya se dijo, lo que determina el decaimiento de este motivo de impugnación.

Decimocuarto.- Impugna la recurrente la limitación de la transmisión de las autorizaciones impuestas en el *Art. 30 del Decreto*, en el sentido de que solo caben una vez que el parque resulte ejecutado en su totalidad y disponga del acta de puesta en marcha definitiva.

Alega la recurrente que tal previsión invade la competencia estatal en materia civil o mercantil, pero ha de convenirse que en el presente caso no se trata de regular cuestiones civiles o mercantiles ni se prohibir la transmisión, sino solo condicionar la transmisión de autorizaciones que competen, como se dijo, exclusivamente a la administración autonómica, por lo que no puede sostenerse que con una regulación tal se invade competencia estatal alguna, como pretende la recurrente, nada impide que los interesados convengan incluso la transmisión en cualquier momento del proceso en un negocio con efectos puramente obligacionales cuyas vicisitudes, en su caso, habrían de ventilarse ante los órganos jurisdiccionales civiles, pero aquí lo que se trata es de regular la efectividad de la exigencia de autorización administrativa para la transmisión de la autorización y para que opere la subrogación del adquirente, a lo que se dedican los *apartados 1 y 2 del Art. 30 del Decreto*, con una regulación muy similar a la contenida en los *Arts. 133 y 134 del RD 1955/2000 de 1 de diciembre* por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, pero con una limitación temporal y material, cual es que no serán transmisibles hasta que el parque esté ejecutado y disponga del acta de puesta en servicio, con una disposición de este tipo, rectamente entendida, no se está impidiendo la venta, como defiende la recurrente, sino que en realidad la misma puede concertarse con efectos puramente obligacionales entre las partes, pero la autorización preceptiva no será otorgada hasta que las instalaciones alcancen aquel estado, lo que en modo alguno puede reputarse de arbitrario cuando se persiguen dos objetivos que habrán de reputarse legítimos, el primero, es evitar que participen en el proceso entidades con el único propósito de obtener una autorización con la finalidad de transmitirla pero sin verdadera intención de producir energía eólica, lo que podría distorsionar el proceso y alterar las condiciones de objetividad, transparencia e igualdad que habrían de regir el proceso y la producción de la energía, el segundo, asegurarse de que el transmitente cumple los compromisos asumidos en el proyecto y la adquirente es conocedora de lo promovido y goza de las mismas garantías que le fueron exigidas al promotor originario -resulta a este respecto sumamente esclarecedor que se requiera autorización de la consellería no ya para la transmisión del parque sino también de la venta del 50% del capital social de la promotora-. En definitiva asumido que la competencia material para la autorización de estos parques es exclusiva de la Comunidad Autónoma, con arreglo al *Art. 3.3 de la Ley del Sector Eléctrico* ninguna duda ofrece que la misma administración podrá imponer limitaciones, sin eliminarla, a la posibilidad de transmisión de las autorizaciones, por lo que tampoco este motivo de impugnación puede prosperar, máxime cuando, conviene recordarlo, la disposición impugnada ha sido reproducida en el *Art. 41 de la Ley 8/2009* del aprovechamiento eólico en Galicia.

Decimoquinto.- Finalmente la entidad recurrente impugna las *disposiciones de derecho transitorio en tres aspectos* 1) la consideración como limitativa de la potencia prevista en los Planes Eólicos Estratégicos, por lo que entiende que se está privando a las empresas de un derecho patrimonializado sin la correspondiente indemnización; 2) la declaración de caducidad de los Planes Eólicos Empresariales sin trámite de audiencia; 3) la falta de previsión de la imposibilidad de instalación de energía prevista por cualesquiera motivos imputables a la administración y no solo por falta de planificación y 4) la consideración de las Áreas de Investigación y Reserva como Áreas de Desarrollo Eólico suponen una irregular modificación del Plan del Sector Eólico sin información pública, audiencia y evaluación ambiental.

Pues bien, por lo que respecta a la previsión de la D.T. 1 apartado primero que prevé la conservación de los derechos por parte de los titulares de los Planes Eólicos Empresariales, siempre que no alcancen la potencia prevista en los mismos y el apartado segundo que ordena la notificación de la expiración de los parques eólicos que hubiesen agotado su vigencia temporal, ha de recordarse que sobre el carácter vinculantes de las previsiones tanto de potencia como temporales de los Planes Eólicos Empresariales ya se pronunció este Tribunal con ocasión de recursos promovidos para resolver la selección de anteproyectos, así en la St. recaída en el Recurso 7834/2007 dijimos "...siendo aprobado con arreglo al *Decreto 205/1995 de 6 de julio*, en cuyo *Art. 9* establecía que su contenido tendría carácter vinculante tanto para la administración como sus titulares, pero aunque se tratara de una mera previsión no cabe desconocer que, con arreglo a la *Disposición Transitoria Primera del Decreto 302/2001*, bajo cuya vigencia se publicó la *Orden de 22/5/2006*, que motivó la resolución impugnada, se equiparan los titulares de los Planes Eólicos Estratégicos (así se denominaban con arreglo al *Decreto 205/1995*) a los titulares de los PEE y respecto de éstos su carácter vinculante tampoco resulta discutible, tanto por lo que afecta a su vigencia temporal como en relación con sus previsiones de potencia, así en relación a lo primero el *Art. 2* al definirlo señala que se

trata de un proyecto de investigación para llevar a cabo en un tiempo determinado la evaluación del potencial eléctrico de unas determinadas áreas, incidiendo el *Art. 9* en el carácter temporal de los permisos de investigación y los derechos de preferencia para la autorización de los parques, en tanto que el segundo aspecto resulta tanto del *Art. 6* en el que se prevé que en el caso de que el titular de un PEE solicite la autorización de un parque no previsto en el mismo deberá solicitar su incorporación al mismo, por su parte el *Art. 7* exige que en la solicitud del PEE contemple el potencial eólico, pero resulta evidente si atendemos al supuesto de superación de las previsiones de potencia en menos áreas de las inicialmente previstas en cuyo caso se excluye que pueda realizar nuevos proyectos en las restantes a menos que solicite su ampliación, sin perjuicio de respetarle la preferencia. Pues bien de la combinación de ambos preceptos ha de excluirse que la limitación de potencia opere exclusivamente como una limitación geográfica ya que, como revelan los indicados preceptos, cuando se pretenda por el titular de un PEE la autorización para la instalación de un parque en un área no comprendida en el mismo habrá de solicitar su inclusión en el mismo, en tanto que sí lo que ocurre es que en menos áreas alcanzó la potencia prevista no necesitará la ampliación de áreas pero si el dimensionado del PEE, en cualquier caso, ambas conclusiones conducen derechamente a desestimar el motivo de impugnación relativo a que la recurrente puede solicitar la reubicación de la potencia autorizada y no instalada pese a que superó la potencia prevista en su PEE...." Por lo que dando por reiterado lo resuelto con ocasión de aquel recurso se impone la desestimación de estos dos motivos de impugnación, ya que no cabe exigir ulteriores trámites de audiencia la aplicación de un plazo de vigencia que opera automáticamente, además el trámite que se reclama carecería de virtualidad alguna porque habría de limitarse a la constatación de una circunstancia, como es el transcurso del tiempo, que no admite discusión y que opera en virtud de una condición que fue aceptada por el interesado con la notificación de la resolución de su Plan Eólico Empresarial.

Por lo que se refiere a la impugnación de la previsión contenida en la D.T. 2 que establece que en la primera Orden de convocatoria que se publique con posterioridad al Decreto se reservará una cuota para los titulares de Planes Eólicos que no hubiesen podido alcanzar la potencia prevista o estimada por motivos de planificación, entendiéndose que debía ampliarse la previsión a todos los motivos que fueren imputables a la administración, ha de advertirse, por una parte, que el término de planificación es lo suficientemente amplio para acoger todos los casos en los que la administración omitió la publicación periódica de las convocatorias que se preveían en las *disposiciones precedentes que eran el Decreto 205/1995 y Decreto 302/2001*, pero por otra, sería con ocasión de la publicación de la orden y, en su caso, con la resolución que resuelva la convocatoria cuando los interesados podrían aducir razones imputables a la administración que hubiesen motivado la imposibilidad de ejecutar la potencia prevista en sus Planes, sin que quepa exigir a una disposición de derecho intertemporal de una disposición reglamentaria que agote casuísticamente todas las posibilidades, por último debió ser la recurrente la que debía concretar qué otras circunstancias imputables a la administración y diferentes de la planificación debieron ser incluidas, por lo que también este motivo de impugnación debe ser desestimado.

Finalmente, por lo que se refiere a la equiparación para los efectos de esta disposición de las Áreas de Investigación y de Reserva del Plan Sectorial Eólico con las Áreas de Desarrollo Eólico definidas en el *Art. 2.3 del Decreto* la misma, por un lado, no supone una modificación del Plan Sectorial que permanece exactamente igual sino que se limita a acoger unas previsiones que resultaban imprescindibles para la operatividad de la nueva normativa, de lo contrario habría de esperarse a la aprobación de un nuevo Plan Sectorial, por otro, la opción elegida como mecanismo de transición ordenada entre opciones válidas que, por su generalización en materia de derecho intertemporal, debe reputarse neutra, continuista y perfectamente válida, por lo que también este motivo de impugnación debe ser desestimado.

Decimosexto.- De conformidad con lo establecido, con carácter general, en el *artículo 139 de la vigente LRJCA en primera instancia* se impondrán las costas a la parte que sostuviere la acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. IGNACIO PRADO DE VERA LÓPEZ, en nombre y representación de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., contra el *Decreto 242/2007 de 13 de diciembre, de la Consellería de Innovación e Industria*, sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese a las partes haciéndole saber que contra la misma cabe **recurso de casación ordinario** establecido en el *art. 86 de la Ley 29/1998, de 13 julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dentro del plazo de **diez días** computados desde el siguiente a su notificación,

que se preparará ante esta Sala, a medio de escrito con los requisitos del *art. 89 de dicha Ley, para ante la Sala Tercera* del Tribunal Supremo. Asimismo, podrá interponer contra ella cualquier otro recurso que estime adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (**1578-0000-85 -7728-08- 24**), el depósito al que se refiere la *disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE num. 266 de 4/11/09)*, y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a Ponente D/ña. JULIO CESAR DIAZ CASALES, al estar celebrando audiencia pública la Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A Coruña, Dieciseis de Marzo de dos mil once.