

Roj: STSJ CV 1403/2011
Id Cendoj: 46250330012011100274
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Valencia
Sección: 1
Nº de Recurso: 268/2008
Nº de Resolución: 294/2011
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDILBERTO JOSE NARBON LAINEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.C.V.

Sala Contencioso Administrativo

Sección Primera

Asunto nº "268/2008

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD

VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

En la Ciudad de Valencia, Veintidós de Marzo de dos mil once.

VISTO por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta:

Presidente :

Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Láinez.

Magistrados Ilmos. Srs:

D. Carlos Altarriba Cano

Dña. Desamparados Iruela Jiménez

D. Francisco Sospedra Navas

Dña. Estrella Blanes Rodríguez.

SENTENCIA NUM: 294

En el recurso contencioso administrativo num. 268/2008, interpuesto por ACCIÓN ECOLOGISTA AGRO y ASOCIACIÓN PARA UN DESARROLLO EÓLICO SOSTENIBLE, representada por el Procurador D. JULI JUS VILAPLANA, y defendida por el Letrado Dña. YOLANDA MONROIG SEBASTIAN contra " **Orden de 6.03.2008 de la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana por la que se realiza nueva convocatoria pública para el desarrollo y ejecución del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana** ".

Habiendo sido parte en autos como Administración demandada, GENERALITAT VALENCIANA,

representada y defendida por la ABOGACÍA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA, y Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Láinez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO .- La representación de la parte demandada contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO .- Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicó la solicitada por las partes y admitida en los términos que constan en autos, verificados se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el *artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción* y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO .- Se señaló la votación para el día cuatro de octubre de dos mil diez.

QUINTO .- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia por haberse llevado a cabo deliberación sucesiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte demandante ACCIÓN ECOLOGISTA AGRO y ASOCIACIÓN PARA UN DESARROLLO EÓLICO SOSTENIBLE, representada por el Procurador D. JULI JUS VILAPLANA, y defendida por el Letrado Dña. YOLANDA MONROIG SEBASTIAN contra " **Orden de 6.03.2008 de la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana por la que se realiza nueva convocatoria pública para el desarrollo y ejecución del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana** ".

SEGUNDO.- Para la resolución del caso que nos ocupa, debemos partir de los siguientes puntos de hecho:

1.- El Plan Eólico de la Comunidad Valenciana (PECV) fue aprobado por acuerdo de 26.07.2001, del Gobierno Valenciano. El *art. 4* dispone que corresponderá al Conseller con competencias en materia de energía realizar la convocatoria pública para su desarrollo y ejecución.

2.- Mediante orden de 31.07.2001, el Conseller de Industria y Comercio convocó concurso público para el desarrollo y ejecución del PECV.

3.-Concluido el desarrollo de PECV en las zonas eólicas 1, 2 y 3, mediante la Orden que se recurre el Conseller de Infraestructuras y Transportes, considerando que dichas zonas presentan capacidad para albergar un mayor número de estaciones eólicas, realiza una nueva convocatoria a tal fin.

TERCERO.- La parte actora tras justificar que mediante la impugnación de la Orden recurrida, impugna ésta directamente e indirectamente el PECV, aduce una serie de motivos que podemos sintetizar:

1.- No existe criterios para determinar si los emplazamientos seleccionados para los parques disponen de recurso eólico suficiente.

2.- No se protegen los territorios integrados en la Red Natura 2000, LIC e IBA.

3.- Se ignora la obligación de someter los Planes a "evaluación ambiental estratégica" (EAE).

4.- Sobre la falta de idoneidad de los Planes Especiales para el cumplimiento de los fines que se le asignan. Indefensión.

5.- Irregularidades que afectan a los planes especiales.

CUARTO.- Como cuestión previa de carácter procesal la Generalidad alega las causas de inadmisibilidad del *art. 69 c y e) de la Ley 28/1998, de 13 de Julio* , reguladora de la jurisdicción

contencioso-administrativa. Ambos motivos están conectados en la forma que los plantea la Generalidad Valenciana, parte del hecho de que no nos hallamos ante una disposición de carácter general, por tanto, no cabría recurso indirecto frente a la misma (*art. 69 .c*). Al no haber la impugnación indirecta, el recurso directo estaría fuera de plazo (*art. 69 .e*).

El demandante con motivo de la impugnación de la Orden de 6.03.2008 de la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana por la que se realiza nueva convocatoria pública para el desarrollo y ejecución del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana impugna El Plan Eólico de la Comunidad Valenciana (PECV) aprobado por acuerdo de 26.07.2001, del Gobierno Valenciano. Siendo en realidad éste el objeto de impugnación a tenor de los motivos que se esgrimen en el escrito de demanda. Ciertamente, por Orden de 31 de julio de 2001, de la Conselleria de Industria y Comercio, se realiza la convocatoria pública para el desarrollo y ejecución del Plan Eólico y las adjudicaciones se llevan a cabo por resolución de 25 de febrero de 2003 del conseller de Industria, Comercio y Energía, sobre convocatoria para el desarrollo y ejecución del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana, correspondiendo las Zonas 1, 2 y 3 a la empresa Renomar. La Generalidad entiende que esas tres zonas son susceptibles de un mayor aprovechamiento energético y convoca concurso de ampliación para esas zonas, que es objeto de impugnación.

A los efectos que ahora nos interesan lo procedente es determinar si el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana aprobado en 2001 es un instrumento de planeamiento, por tanto, es susceptible de impugnación indirecta. La Generalidad afirma que se trata de cumplir un mandato de la *Disposición Adicional Novena de la Ley 9/99, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalidad Valenciana*, que estableció en materia de desarrollo de energía eólica y con el fin de optimizar el potencial de determinadas zonas geográficas de la Comunidad Valenciana y aprovechar las ventajas que derivan de la producción de energía eléctrica a partir del viento, todo ello conforme al *art. 32.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. A pesar de la afirmación de la Generalidad Valenciana, el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana tiene carácter normativo, por tanto, es susceptible de recurso indirecto. Ahora bien, el carácter normativo del Plan Eólico es muy limitado, por tanto, la impugnación indirecta deberá versar sobre motivos concretos que relacionen la convocatoria impugnada con el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana.

El Tribunal Supremo ha ido con los años perfilando la doctrina sobre la impugnación indirecta de los instrumentos de planeamiento con base en el *art. 26.2* en relación con el *art. 27.2 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En efecto, como pone de relieve la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Quinta) de 6.11.2009 respecto de la impugnación indirecta del Plan General cuando se impugna una modificación posterior, el planeamiento de desarrollo, o actos de aplicación que los *artículos 26 y 27.2* han incrementado los poderes control del juez administrativo sobre las disposiciones generales cuya aplicación ha sido recurrida ante los órganos judiciales. Así, el *artículo 26.2* reconoce la impugnación indirecta contra disposiciones generales -tanto para los casos en que no se haya recurrido la disposición general como para el caso de que la misma haya sido desestimada-, con motivo de la impugnación de los actos de aplicación. Correspondiendo al órgano judicial, *ex artículo 27.2 de la LJCA*, que conoce de la impugnación indirecta -y siempre que sea competente también para conocer de la impugnación directa contra la norma reglamentaria indirectamente impugnada- declarar no solo la invalidez del acto de aplicación sino también de la disposición general, cuando el vicio de esta determina la nulidad de aquel acto. Si bien, cuando el órgano judicial no fuera competente para la impugnación directa entraría en juego la cuestión de ilegalidad sobre la que no es del caso abundar.

Podemos cuestionar si cabe recurso indirecto contra un instrumento de planeamiento que es ejecución de otro instrumento de planeamiento dado que el *art. 26 de la LJCA* habla de "actos" y no de disposiciones. A esta pregunta, que sería de aplicación a nuestro caso, responde el Tribunal Supremo (Sala Tercera Sección Quinta) en su sentencia de 25.09.2009 cuando afirma que si bien el *artículo 26 de la LJCA* se refiere a "actos que se produzcan en aplicación" (apartado 1) y a "actos de aplicación" (apartado 2), sin embargo ello no excluye, a los efectos de declarar la inadmisibilidad del recurso que ahora se nos plantea, que cuando estamos ante normas reglamentarias enlazadas que se rigen por un criterio jerárquico, de modo que el contenido de las de superior rango es "aplicado" y desarrollado por las de rango inferior, sean de aplicación igualmente las relaciones propias de la impugnación indirecta, en la medida que la ilegalidad de la norma de cobertura se proyecta sobre la norma de aplicación. Dicho de otra forma, la disposición general que se impugna de manera directa --plan parcial-- puede estar viciada de ilegalidad porque la norma de superior rango --normas subsidiarias-- a cuyo amparo se dicta el plan parcial y, en tal medida ha de ser anulada.

Ahora bien, siendo el objeto de la impugnación indirecta, como nos dice el Alto Tribunal en las sentencias que se acaban de citar: no perpetuar y consolidar situaciones de ilegalidad, no debe olvidarse el

principio de seguridad jurídica a que hace referencia el art. 9.2 de la Constitución Española que impedirían que los instrumentos de planeamiento estén o deban estar permanentemente abiertos a la impugnación tomando como pretexto cualquier acto de desarrollo. Para evitar esa sensación de inseguridad jurídica la jurisprudencia ha limitado la impugnación indirecta a motivos de índole material, excluyendo los motivos formales que se verían depurados por la falta de impugnación directa. Igualmente, se exige una conexión directa entre el acto o disposición que se impugna directamente y la impugnada indirectamente, es decir, para que el acto o disposición que se impugna de forma directa no se convierta en un mero pretexto para impugnar una disposición extemporáneamente, este criterio llevado a términos de racionalidad debería excluir de la impugnación indirecta la acción pública como en el caso que nos ocupa. Sería este motivo suficiente a juicio de la Sala para inadmitir el recurso.

En cuanto a la conexión que debe existir entre el recurso directo e indirecto, el tema ha sido estudiado en numerosas sentencias, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón en la sentencia 519 de 2009 (Sección Primera-27.07.2009) nos dice sobre el tema:

"...no siendo posible, en cambio, que a través del recurso indirecto, se ataquen aspectos que no tienen relación directa e inmediata con la norma o acto de aplicación directamente impugnados, pretendiendo obtener una declaración de desconformidad con el ordenamiento jurídico desligada del acto de aplicación ya que el planteamiento teórico del ámbito del recurso indirecto contra las disposiciones de carácter general no es completo -entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977

Sucedo, pues, con el supuesto de la impugnación indirecta algo parecido, "mutatis mutandis", a lo que constituye el fundamento del planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, a través de las cuales se permite, con motivo del enjuiciamiento de un acto o disposición normativa de aplicación, plantear -eso sí, ante el Tribunal Constitucional-, la constitucionalidad de una disposición con fuerza de ley, siempre y sólo cuando la misma sea aplicable al caso enjuiciado y de la misma dependa el fallo, pues en otro caso la misma no sería admisible. En el mismo sentido y conforme hasta aquí se ha expuesto ha de estimarse que la impugnación indirecta de la norma sólo es admisible cuando de la desconformidad a derecho deriva directamente el efecto pretendido en definitiva por la parte recurrente en el recurso en el que la formula, esto es, la desconformidad a derecho y anulación del acto o disposición impugnado -debiendo tenerse en cuenta, no obstante, la restricción derivada de la jurisprudencia de esta Sala que impide en estos casos alegar en contra de los reglamentos defectos formales que hubieran podido cometerse en su elaboración...".

Precisa la Sala Tercera Sección Quinta del Tribunal Supremo en su sentencia de 25.09.2009 :

*"...No cabe, pues, entrar en los defectos formales en la tramitación -de haberlos que se desconoce, sin tener que entrar en su análisis-, de disposiciones generales impugnadas indirectamente. **Debiéndose además recordar que la impugnación indirecta de una norma, en tanto que la misma es la que sirve de soporte al acto directamente impugnado, no permite que la impugnación sea total y general de la norma como si estuviéramos ante la impugnación directa de la misma, la parte actora tuvo -de hecho anteriormente al presente consta que ya intentó la impugnación- en el tiempo establecido al efecto oportunidad de oponerse al planeamiento general por todas las causas que tuviera por conveniente, no lo hizo, al impugnar actuaciones de aplicación de la norma sólo cabe impugnar indirectamente la concreta disposición que sirve de soporte al acto, y no como pretende una impugnación general y, al menos en gran medida, sobre determinaciones ajenas a la concreta disposición base del acto de aplicación.... "***

Por tanto, bajo esa perspectiva que ya se puso de manifiesto en la sentencia de esta Sala y Sección Primera de 12.05.2010 (rec. 58 y 220/2007), se examinará el presente recurso. Lo que supone la desestimación de ambas causas de inadmisibilidad en términos generales sin perjuicio de las precisiones que se acaban de hacer. La perspectiva que se acaba de exponer la recoge la Sala Tercera Sección Tercera del Tribunal Supremo (en concreto para Planes Eólicos) en la sentencia de 29.10.2010 .

QUINTO.-E ntrando en los motivos de impugnación, pasamos a analizarlos:

A.- No existen criterios para determinar si los emplazamientos seleccionados para los parques disponen de recurso eólico suficiente.

El desarrollo de este motivo, más que un motivo de impugnación, es una visión particular que tiene el demandante de cómo debería haberse confeccionado el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana. La Sala puede gustarle más o menos la propuesta que hacen los demandantes en su escrito de demanda, lo cierto es que para poder estimar un recurso debe indicar la concreta infracción al ordenamiento jurídico o

desviación de poder conforme al *art. 106* de la Constitución.

La Generalidad pone de relieve en su escrito de contestación a la demanda que según el *art. 27 del PECV existen 15* zonas eólicas que responden a criterio territorial, energético y eléctrico y refiere los estudios previos que se hicieron partiendo de un convenio entre la Generalidad y UIPICSA e Iberdrola (Ingeniería y Consultoría) realizó uno previo en 1997, obviamente, la empresa nunca va a seleccionar zonas donde no existe viento suficiente cuando tiene como uno de sus objetos la instalación de aerogeneradores.

De todas formas, la parte actora esta impugnando directamente la convocatoria de un concurso sobre las zonas 1, 2 y 3, sin afirmar en su escrito de demanda que estas zonas carezcan de viento suficiente o en su ubicación hayan cometido infracción al ordenamiento jurídico desde el prisma que se examina, es decir, suficiencia de viento.

B.- No se protegen los territorios integrados en la Red Natura 2000, LIC e IBA.

No es este el momento de hacer un análisis en profundidad de los LIC (Lugares de Interés Comunitario) y ZEPAs (Zonas Especial Protección de Aves), desde luego, estamos de acuerdo con el demandante sobre el valor probatorio de los inventarios (IBAs), ahora bien, no tienen carácter vinculante. El Tribunal de Justicia, desde el primer momento y reiteradamente, ha afirmado que los inventarios no son jurídicamente vinculantes para los Estados. Tienen, por tanto, un relevante valor probatorio, aunque los Estados no están obligados a declarar los terrenos que incluyen ni a ajustarse a la delimitación geográfica de las zonas identificadas como afirman las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 1998 , Comisión/Países Bajos, C-3/96; de 20 de marzo de 2003 , Comisión/Italia, C-378/01; de 18 de junio de 2007 , Comisión/España, C-235/04. Una consecuencia de enorme importancia práctica de esta jurisprudencia es la inversión de la carga de la prueba sobre el incumplimiento que producen los inventarios, así, la sentencia STJCE de 28-6-07 , Comisión/España, establece:

«...habida cuenta del carácter científico del IBA 89, y al no haber presentado un Estado miembro prueba científica alguna encaminada principalmente a demostrar que cabe cumplir las obligaciones derivadas del *artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409* clasificando como ZEPA lugares distintos de los que figuran en el citado Inventario y que cubran una superficie total inferior a la de éstos, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho Inventario, sin ser jurídicamente vinculante, podía ser utilizado por él como elemento de referencia para apreciar si el Estado miembro había clasificado como ZEPA un número y una superficie suficiente de territorios en el sentido de las *disposiciones anteriormente citadas de la Directiva 79/409* ...".

Sin olvidar que, en cuanto a las actividades a realizar, la Administración dispone de un margen muy amplio para establecer el régimen jurídico de las zonas declaradas, conforme a la jurisprudencia del TJCE. Se ha establecido que las medidas protectoras deberán establecerse en función de las circunstancias de cada zona, sin que pueda exigirse a los Estados, por tanto, que establezcan, por ejemplo, prohibiciones concretas aplicables a todas las ZEPAs (SSTJCE de 7-12-00, Comisión/Francia ; de 13- 12-07 (C-374/98), Comisión/Irlanda ; y, de 14-10-2010 , Comisión/Austria (C-535/07).

El demandante afirma que en la actualidad, por lo que a los LIC se refiere, la situación ha cambiando radicalmente. El 19.07.2006, con efectos de Septiembre de ese mismo año, la Comisión Europea adopta una Decisión por la que se aprueba la relación de LIC de la Región Biogeográfica Mediterránea para el Reino de España, que confirma la propuesta de territorios LIC realizada por la Comunidad Valenciana el 10.07.2001. A partir de ese momento, entienden los demandantes, los territorios reconocidos como LIC están protegidos en los términos del *art. 6 de la Directiva de Hábitats* , entendiéndose que es el mismo régimen de protección que se aplica a los territorios ZAPA, entendiéndose que deben ser considerados como zona no apta para la instalación de actividades eólicas:

Las Zonas Eólicas 1, 2 y 3 incluyen en su territorio los siguientes LIC:

Zona 1. LIC ES 5233001. Tinença de Benifassá (con especies prioritarias).

Zona 2. LIC ES 52223029. Río Bergantes (con especies prioritarias) y LIC ES 5223002 Alto Maestrazgo (con especies prioritarias).

Zona 3. LIC ES 5223002 Alto Maestrazgo (con especies prioritarias).

Además, según la Asociación demandante, en la Zona 3 se incluye también el territorio denominado Important Bird Area (IBA) nº 149 Puertos de Morella.

La conclusión del demandante es que, si la Comunidad Valenciana se encuentra en situación de condenada por insuficiente declaración ZEPA, deberá aplicar a las IBAs pendientes de declaración un régimen de protección más estricto que el aplicado a las ZEPA, por lo que, deberán ser consideradas como zonas no aptas para contener instalaciones eólicas. Entendiendo que se vulneran el *art. 4 de la Directiva de Aves*, *art. 6 de la Directiva de Hábitats*, *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo* y los *artículos 41.2 y 45.8 de la Ley 42/2007, de 13 de Diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad*.

La demanda plantea y mezcla diversas cuestiones que es preciso tratar de forma separada, pero tomando como punto de partida la doctrina del Tribunal Supremo:

1.- Toma como premisa el demandante la incompatibilidad de los LIC y ZEPAs con cualquier actividad, es decir, da al medio ambiente un valor absoluto incompatible con cualquier actividad, en concreto, con los Parques Eólicos. Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional (64/1982 y 13/1998) indica que el medio ambiente no es un valor prevalente de forma absoluta, si bien es un valor esencial que debe ser tenido en cuenta junto a otros valores. La finalidad es compaginar la protección del medio ambiente con otros bienes constitucionalmente relevantes, como el desarrollo económico, de manera que el legislador debe decidir sobre la forma cómo deben armonizarse. Ello nos lleva, en muchas de las ocasiones, a la necesidad de ponderar los diferentes bienes jurídicos constitucionales concurrentes para determinar si los sacrificios que una determinada actividad puede comportar, desde el punto de vista medioambiental, son aceptables. En el mismo sentido podemos ver la sentencia de la Sala Tercera Sección Tercera del Tribunal Supremo de 30.04.2008 donde admite claramente la compatibilidad y precisa que no siempre es prevalente el interés ambiental. Lo que se trata es de compatibilizar, dentro de lo posible, los diversos usos y actividades sin perjudicar unas a otras. Como pusimos de relieve en la sentencia de esta Sala 404/2010 (Sección Primera) de 20.04.2010, tratándose de la implantación de parques eólicos, existe una clara apuesta a nivel de política legislativa, para acudir a dichas formas de producción de energía, tal como se expresa en la Exposición de Motivos de la *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*, que indica, como objetivo de la Ley, el de compatibilizar una política energética basada en la progresiva liberalización del mercado con la consecución de otros objetivos que también le son propios, como la mejora de la eficiencia energética, la reducción del consumo y la protección del medio ambiente, destacando el fomento de las energías renovables. La *Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, cuyo art. 2.3 .g)* incorpora explícitamente la finalidad de fomentar la producción de energía mediante fuentes renovables; en el mismo sentido, el *art. 24.1 de la citada Ley 4/2004* establece que "la política territorial de la Generalitat contribuirá a los objetivos de ahorro y eficiencia energética de la Comunidad Valenciana. Además de los criterios regulados en el presente capítulo de la ley, que contribuirán a una reducción del consumo de recursos energéticos, tales como el fomento del transporte público o el modelo de ciudad compacta frente al disperso, la planificación territorial establecerá, de acuerdo con las previsiones efectuadas por las administraciones competentes, el marco para la implantación de instalaciones de aprovechamiento de las fuentes de energía especialmente renovables, con capacidad suficiente para, al menos, satisfacer las necesidades presentes y futuras de la Comunidad Valenciana".

En esta misma línea se expresa la jurisprudencia de la Sala Tercera, la STS de 11 de abril de 2006, entiende como elemento relevante de ponderación, el valor medioambiental ínsito en esta forma de producción de energía en los siguientes términos: "...la utilización tradicional de la energía del viento para fines industriales ("aquellos que allí se parecen no son gigantes, sino molinos de viento, y lo que en ellos parecen brazos son las aspas, que, volteadas del viento, hacen andar la piedra del molino") se ha visto extraordinariamente potenciada en los últimos años mediante instalaciones que la transforman en energía eléctrica. A través de grandes aerogeneradores cuyas palas del rotor son movidas por el viento, la energía mecánica de éste, variable en función de su velocidad, se convierte en energía eléctrica según unos mecanismos y leyes físicas que permiten el aprovechamiento energético de los recursos eólicos. La utilización de esta fuente de energía renovable y "limpia" que permite producir electricidad sin consumir combustibles fósiles y sin emitir gases contaminantes va en constante y progresivo aumento y ha conseguido en España (cuya legislación del sector eléctrico trata de favorecerla de modo singular) cotas de desarrollo técnico e importancia económica muy relevantes.

2. Realiza un planteamiento "per saltum", es decir, parte del carácter vinculante de las IBAs, acto seguido, entiende que las IBAs pendientes de declaración deben tener un régimen de protección más estricto que el aplicado a las ZEPA, por lo que, deberán ser consideradas como zonas no aptas para contener instalaciones eólicas. En realidad, lo que está planteando es el efecto directo de las directivas como consecuencia del efecto directo de las IBAs. Sin embargo, aunque no se puede negar con carácter

absoluto la alegación y posible efecto directo de las Directivas Ambientales (STJCE de 7-1-04, asunto C-201/02 (Wells). En los supuestos de las IBAs, por un lado, se estaría afectando directamente los derechos de los propietarios del suelo con graves limitaciones, por otro lado, limitando con carácter grave las competencias de las diferentes administraciones. En su lugar, lo que ha hecho el Tribunal Supremo en la sentencia 11-5-09 (rec. 2965/07) respecto de la lista de lugares de Interés Comunitario (LICs) que las Comunidades Autónomas proponen a la Comisión Europea es considerarla directamente impugnable, precisamente por la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas para los lugares que figuren en estas listas. En consecuencia, no se puede admitir el efecto directo que pretende la parte demandante, al menos en los términos planteados.

C.- Consecuencia de lo que se acaba de exponer, es la desestimación del motivo de impugnación, es decir, la vulneración del *art. 4 de la Directiva de Aves* , *art. 6 de la Directiva de Hábitats*, *Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo* y los *artículos 41.2 y 45.8 de la Ley 42/2007, de 13 de Diciembre, de Patrimonio Natural* y Biodiversidad. Nos encontramos ante la impugnación de una nueva convocatoria pública para el desarrollo y ejecución del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana, en concreto en las zonas 1, 2 y 3. Será el concreto proyecto que se apruebe como consecuencia de ese concurso el que pueda vulnerar la normativa que se acaba de citar. En modo alguno puede admitirse la vulneración genérica tal como la plantea el demandante. Uno, por un lado, ya hemos expuesto que no puede exigirse a los Estados que establezcan, por ejemplo, prohibiciones concretas aplicables a todas las ZEPAs (SSTJCE de 7-12-00, Comisión/Francia ; de 13-12-07 (C-374/98), Comisión/Irlanda ; y, de 14-10-2010 , Comisión/Austria (C-535/07). Dos, por otro lado, será el concreto proyecto, consecuencia del presente concurso, el que deba compaginar los principios de obtención eficiente de energía con los valores ambientales concretos del lugar donde se ubique. En definitiva, como pone de relieve la sentencia de la Sala Tercera Sección Tercera en sentencia 30.04.2008 :

"...La Sala establece que resulta prematuro aventurar un pronunciamiento categórico sobre la incidencia negativa o la plena incompatibilidad del proyecto industrial con las exigencias derivadas de la aplicación de la *Ley 4/1989* en el paraje de autos, cuando aún falta por conocer tanto el contenido del proyecto complementario que la entidad mercantil eléctrica debe presentar, como la decisión del Departamento de Industria de la Generalidad de Cataluña que finalmente habrá de aprobarlo o rechazarlo..."

SEXO.- El resto de las cuestiones nos bastaría con remitirnos a la doctrina fijada por esta Sala y Sección Primera en las sentencias 273/2010, de 10.03.2010 , 404/2010 de 13.04.2010 , 1367/2010, de 8.10.2010

Afirman los demandantes que la convocatoria ignora La *Ley 9/2006, de 28 de Abril* , en concreto, la obligación de someter los Planes a "evaluación ambiental estratégica" (EAE). Toman como punto de partida la exposición de motivos de la Ley cuando afirma: *"...se trata de evitar o corregir los efectos ambientales en el caso de las tomas de decisión de las fases anteriores a la de proyectos. Era necesario, por lo tanto, establecer una herramienta que permitiera actuar de una forma estratégica en tales fases. Esta ley, por tanto, introduce en la legislación española la evaluación ambiental de planes y programas, también conocida como evaluación ambiental estratégica, como un instrumento de prevención que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos, basándose en la larga experiencia en la evaluación de impacto ambiental de proyectos, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado como en el ámbito autonómico, e incorpora a nuestro derecho interno la Directiva 2001/42 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001 , relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente..."*. Concluyen que la convocatoria al no exigir la "evaluación ambiental estratégica" es nula de pleno derecho.

No podemos asumir esta posición, por dos razones:

1. El *art. 3.2 .a)* en relación con el *art. 2.a)* de la *Ley 9/2006, el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana* debería haber sido sometido a Evaluación Ambiental Estratégica". Ahora bien, el acuerdo se adoptó el 26 de julio de 2001 por el Gobierno Valenciano, la Ley obviamente no estaba vigente.

2.- Los concretos proyectos, máxime en este caso que se trata de una mera ampliación, basta con la declaración de impacto ambiental.

SÉPTIMO.- Sobre la falta de idoneidad de los Planes Especiales para el cumplimiento de los fines que se le asignan. Indefensión.

Las clases de Planes, en el momento en que se aprueba el PECV venían recogidos en el *art. 12 de la Ley 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística* y *art. 2 del Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, del Gobierno Valenciano*, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana. Ciertamente, ninguna de las definiciones está pensando en un tipo de planeamiento como el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana, ni siquiera como afirma el actor en su demanda los Planes de Acción Territorial Sectorial pues como afirmaban los *arts. 13 y 15 de la Ley Valenciana 6/1989* tenían como premisa la existencia del Plan de Acción Territorial de la Comunidad Valenciana que nunca llegó a existir. Los demandantes entienden la ilegalidad por comparación; es decir, parten del ajuste de dicho plan a las normas del *art. 56 y ss de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje* donde regula los Planes de Acción Territorial Sectoriales. Ahora bien, la elección de una u otra forma de planeamiento, siendo que ninguno de adaptaría a los criterios más precisos de la *Ley 4/2004*, incide en el contenido material de la legalidad del Plan, no sería impugnabile de forma indirecta salvo que se hubieran vulnerado los principio de audiencia y defensa. A mayor abundamiento, no argumenta el demandante en qué forma, modo o medida incide el motivo de impugnación el concurso que se está impugnando.

Por lo que se refiere al Plan Especial de las Zonas 1, 2 y 3 a juicio de la Sala reúnen los requisitos del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana y, desde luego, no causa indefensión a los demandantes. En primer lugar, cabe poner de relieve que con arreglo al *art. 4 del Acuerdo de 26 de julio de 2001*, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana, la convocatoria es pública y puede ser examinada y recurrida por cualquier ciudadano, prueba de ello es el presente recurso.

Una vez convocado el presente concurso, los solicitantes conforme al *art. 5 presentan proyectos donde se abren tres líneas* (urbanística, energética y ambiental):

A) Urbanísticos: los proyectos de planes especiales de las zonas eólicas a las que se concurre para su adjudicación.

B) Energéticos: los proyectos de planes energéticos de las zonas eólicas a las que se concurre para su adjudicación.

C) Medioambientales: el estudio de impacto ambiental de las zonas eólicas a las que se concurre para su adjudicación.

La documentación de todos los concursantes pasa a un Comité de Selección que hace una propuesta valorando los proyectos presentados y documentación complementaria, la propuesta que hace el Comité a la Consellería de Industria según el *art. 7 del PECV* pasa a información pública "...los proyectos de planes especiales de ordenación de las zonas para la implantación de parques eólicos, planes energéticos y estudios de impacto ambiental presentados que se consideren más idóneos para cada una de las zonas previstas por el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana y, en su caso, desestime los demás..."

Como quiera que el Plan Especial recoge tres líneas (urbanística, energética y ambiental), la Consellería de Industria hace una aprobación provisional en materia energética y remite a las Consellerías competentes para que se pronuncien respecto de las dos líneas restantes (*art. 7 in fine*): "...aprobación provisional, con introducción de las rectificaciones que se estimen oportunas, se remitirá a la Consellería de Medio Ambiente para la formulación de la correspondiente declaración de impacto ambiental y a la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes interesando su aprobación definitiva...". Una vez emitida la declaración de impacto ambiental sobre materia urbanística y energética, el Conseller de Urbanismo lleva a cabo la aprobación definitiva que conlleva la adjudicación de la actuación a favor del promotor de la iniciativa del proyecto definitivamente aprobado; dicha aprobación definitiva se publica y es recurrible ante esta jurisdicción. Es decir, difícilmente se puede alegar indefensión cuando hasta la aprobación definitiva se ha llevado a cabo dos informaciones públicas y el resultado final se publica y es recurrible. Sin contar que la probación que hemos relatado del *art. 8* da lugar al inicio del procedimiento para la aprobación del Plan Energético de Zona o Plan Industrial de los *art. 9 a 12 del PECV*.

Ciertamente, la articulación de ambos procedimientos que se siguen ante órganos distintos, el órgano con competencia sustantiva y el órgano con competencia medioambiental, podía generar conflictos de coordinación, e incluso de impugnación. En el desarrollo inicial del *Decreto 162/1990*, no se preveía un nuevo trámite de información pública en los casos de modificación del proyecto seguido ante el órgano sustantivo; así, el procedimiento para la adopción de la Declaración de Impacto Ambiental desarrollado en el *Decreto 162/1990, de 15 de octubre, del Consell de la Generalitat Valenciana*, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la *Ley 2/1989, de 3 de marzo, de Impacto Ambiental*, prescribía los

trámites que debían seguirse en los *artículos 20* y siguientes; concretamente, en el *artículo 21* no preveía inicialmente el trámite de información pública para los proyectos modificaciones, prescribiendo únicamente el *art. 22 del citado Decreto* el trámite de información pública ante el órgano medioambiental en los siguientes términos: "si en el procedimiento sustantivo no estuviera previsto el trámite de información pública, o estándolo, el Estudio de Impacto Ambiental no hubiera sido objeto de dicha información pública, la Agencia del Medio Ambiente procederá directamente a someter el referido Estudio de Impacto Ambiental al trámite de información pública durante un plazo de treinta días hábiles, para que quienes se consideren afectados de algún modo por la realización del proyecto puedan hacer las observaciones pertinentes. El anuncio de este trámite se publicará en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana". Esta redacción era la vigente al momento de tramitarse este procedimiento, y de la misma no resulta que el proyecto modificado tuviera que someterse a información pública. Posteriormente, se produjo una modificación del procedimiento por el *Decreto 32/2006, de 14 de marzo*, que viene a paliar los déficits de coordinación entre procedimientos que podían derivarse de la normativa anterior. La modificación afectó al *art. 21 del Reglamento*, y pretendía que el trámite de información pública alcanzara tanto al proyecto inicial como al resultado final, incluidas las modificaciones derivadas de las alegaciones presentadas, en todos los supuestos de proyectos que requieran declaración de impacto Ambiental. La finalidad era aportar a este órgano tanto la certificación del cumplimiento del trámite de información pública como el resultado final en el proyecto de las alegaciones presentadas.

En la redacción vigente del Reglamento, tras la modificación operada por el *Decreto 32/2006, de 14 de marzo*, el *art. 21.5* dispone que "toda modificación que suponga un cambio sustancial o significativo del proyecto original se presentará, en su caso, ante el órgano ambiental por el órgano con competencia sustantiva en la materia sujeta a evaluación de impacto ambiental, debiendo constar obligatoriamente en el expediente la acreditación de la realización de la fase de información pública del proyecto modificado, así como copia de la contestación a las alegaciones del mismo.

Consecuencia de lo expuesto se concluye que el Plan Especial es idóneo para el cumplimiento de los fines propuestos, es decir, la instalación de parques eólicos teniendo en cuenta los aspectos medioambientales y urbanísticos, criterios a que hacía referencia la sentencia de la Sala Tercera Sección Tercera del Tribunal Supremo de 30.04.2008 .

OCTAVO.- En cuanto a las irregularidades que afectan a los planes especiales, a juicio de la Sala no son tales. En primer lugar, se afirma que el Plan Especial vulnera el *art. 88 de la Ley 16/2006. Urbanística Valenciana* "...Los particulares sólo pueden promover Planes Especiales como concesionarios de la administración, agentes de la misma, autorizados para la prestación de servicios públicos o para realizar obras afectas a dicho servicio público...", entienden que los particulares no pueden promover Planes Especiales para la prestación de servicios u obras que afecten a servicios públicos. El alegato no puede ser acogido por dos motivos:

1.- La lectura del Acuerdo de 26 de julio de 2001, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana pone de relieve que la iniciativa es pública, es decir, se incardina dentro del ámbito del *art. 96 de la LUV* .

2.- El *art. 88* habla de "servicios públicos", el sector eléctrico según el *Ley Estatal 54/1997* es un servicio de interés general de carácter esencial (*art. 2.2*) pero no es un servicio público en el sentido que lo ha entendido el derecho administrativo, según el *art. 2.1 de la Ley* "...Se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente Ley....".

Por último, pone de relieve la parte actora que "se aprueba definitivamente un Plan Especial promovido y elaborado por quien no ha acreditado los requisitos para ser adjudicatario de una actividad de producción de energía mediante parques eólicos, con lo cual, se vulnera el *art. 121 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de Diciembre* . El argumento debe rechazarse pues el *art. 11.2 del PECV* establece: "...Memoria acreditativa de la capacidad legal, técnica y económica del solicitante, adecuada al tipo de instalación y producción que va a desarrollar, de conformidad con lo establecido en el *art. 121 del Real Decreto 1.955/2000, 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....". Es decir, se remite a las normas estatales sobre contratación del sector.

NOVENO.- No se aprecia temeridad o mala fe a efectos de imponer las costas, conforme a lo establecido en el *art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* .

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso planteado por ACCIÓN ECOLOGISTA AGRO y ASOCIACIÓN PARA UN DESARROLLO EÓLICO SOSTENIBLE, representada por el Procurador D. JULI JUS VILAPLANA, y defendida por el Letrado Dña. YOLANDA MONROIG SEBASTIAN contra " **Orden de 6.03.2008 de la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana por la que se realiza nueva convocatoria pública para el desarrollo y ejecución del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana** ". Todo ello sin expresa condena en costas.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,