

**“LA EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE LOS
PROYECTOS DE PARQUES EÓLICOS EN LOS ESPACIOS DE LA
RED EUROPEA NATURA 2000: CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA
ADECUADA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA A LA LUZ
DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA”**

“THE EVALUATION OF THE REPERCUSSIONS OF WIND FARM
PROJECTS IN THE SPACES OF THE NATURA 2000 EUROPEAN
NETWORK: LEGAL CRITERIA FOR THE PROPER
INTERPRETATION OF THE REGULATIONS IN THE LIGHT OF
RECENT JURISPRUDENCE”

Autor: Luis Carlos Fernández-Espinar López. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid. lc.fernandez-espinar@upm.es

Fecha de recepción: 12/12/2019

Fecha de aceptación: 19/02/2020

Resumen:

El presente trabajo aborda la actual situación de aparente conflicto de intereses entre la instalación de parques eólicos como apuesta estratégica y ambiental en la política energética de la Unión Europea y la protección de los valores ambientales en los espacios y en los entornos de la Red Natura 2000, lugares habituales de emplazamiento de los mismos por las propias características técnicas de la energía eólica. Se analiza con detalle la evolución normativa del régimen de evaluación ambiental de las repercusiones de los parques eólicos en los lugares de la denominada red ecológica europea, desde la Directiva hábitats 92/43/CEE hasta su incorporación en las leyes actuales 42/2007 de Patrimonio natural y biodiversidad, y 21/2013 de evaluación ambiental, así como los recientes pronunciamientos judiciales de las diversas instancias hasta llegar al Tribunal Supremo, y que han dado lugar a sentencias contradictorias sobre instalación de parques eólicos tanto en su doctrina como en sus fallos judiciales que suponen además un preocupante cambio en la hasta ahora aplicación de los principios de seguridad jurídica y de discrecionalidad técnica de la Administración. Las Administraciones públicas

competentes en las autorizaciones de parques eólicos así como las empresas eléctricas promotoras de los mismos asisten confusos a la anulación de autorizaciones de relevantes parques eólicos en explotación, en ocasiones aplicando además, partiendo de un juicio a priori, una errónea doctrina relativa a la “fragmentación” de parques en contra de la propia normativa ambiental y eléctrica, y sin que los órganos judiciales marquen con claridad el camino de cómo debe concretarse en la práctica la “adecuada evaluación ambiental” de los mismos. La razón jurídica de todo ello es la existencia de numerosos “conceptos jurídicos indeterminados” en la aplicación a los Parques eólicos de las disposiciones de la normativa de evaluación sobre la Red Natura 2000, ofreciendo en el presente trabajo soluciones interpretativas a cada uno de ellos y proponiendo la necesaria unidad de criterio de los órganos judiciales en orden a la necesaria compatibilidad de ambos bienes e intereses constitucionales.

Abstract:

The present work addresses the current situation of apparent conflict of interests between the installation of wind farms as a strategic and environmental commitment in the European Union's energy policy and the protection of environmental values in the spaces and environments of the Network Natura 2000, usual places where they are located due to the technical characteristics of wind energy. The normative evolution of the environmental assessment regime of the repercussions of wind farms in the places of the so-called European ecological network is analyzed in detail, from the Habitats Directive 92/43 / EEC until its incorporation in the current Heritage laws 42/2007 Natural and biodiversity, and 21/2013 of environmental evaluation, as well as the recent judicial pronouncements of the various instances until reaching the Supreme Court, and that have resulted in contradictory sentences on the installation of wind farms both in their doctrine and in their judicial decisions which also represent a worrying change in the application of the principles of legal certainty and technical discretion of the Administration. The Public Administrations competent in the authorizations of wind farms as well as the electricity companies promoting them are confused to the cancellation of authorizations of relevant wind farms in operation, sometimes also applying, based on an a priori trial, an erroneous doctrine related to the “fragmentation” of parks against their own environmental and electrical regulations, and without the judicial bodies clearly marking the path of how the “adequate environmental assessment” of them should be implemented in practice. The legal reason for all this is the existence of numerous “undetermined legal concepts” in the application to wind farms of the provisions of the evaluation regulations on the Natura 2000 Network, offering in the present work interpretive solutions to each of them and proposing the

necessary unit of judgment of the judicial organs in order to the necessary compatibility of both constitutional assets and interests.

Palabras clave: Energía eólica; Parques eólicos; Autorización de proyectos; Evaluación ambiental; Red Natura 2000; Hábitats y especies protegidas; Sector eléctrico; Efectos sinérgicos y acumulativos; Fragmentación de proyectos; Discrecionalidad técnica

Keywords: Wind energy; Wind farms; Project authorization; Environmental assessment; Natura 2000 Network; Habitats and protected species; Electricity sector; Synergistic and cumulative effects; Project fragmentation; Technical discretionality

Sumario:

1. El aparente conflicto de intereses entre la protección del medio ambiente y la instalación y desarrollo de parques eólicos
 - 1.1. La plena compatibilidad entre la apuesta por la energía eólica y la conservación de los hábitats y especies protegidas
 - 1.2. La conflictividad existente en diversas zonas y comarcas y la necesaria unidad de criterio en los órganos judiciales
2. El contenido de la normativa sectorial sobre los espacios de la Red Natura 2000 y la adecuada evaluación de las repercusiones de los proyectos en los mismos
3. La evaluación de las repercusiones de los proyectos de parques eólicos en los espacios de la Red Natura 2000: una valoración crítica de las recientes sentencias y los principios jurídicos afectados de nuestro ordenamiento jurídico
 - 3.1. Una cuestión previa sobre el tipo de procedimiento: evaluación ordinaria o evaluación simplificada de impacto ambiental
 - 3.2. Los criterios de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la “adecuada evaluación” de los proyectos de parques eólicos que puedan afectar “de forma apreciable” a la Red Natura 2000
4. La evaluación de los proyectos de parques eólicos en la actual Ley 21/2013 y la determinación de la información necesaria cuando el proyecto pueda afectar directa o indirectamente a los espacios Red Natura 2000

- 4.1. Los diversos umbrales establecidos en los proyectos de parques eólicos y el régimen de evaluación aplicable
- 4.2. La determinación del contenido preciso de la información que debe ser incluida en los estudios de impacto ambiental sobre las repercusiones en la Red Natura 2000
5. Los numerosos conceptos jurídicos indeterminados en la interpretación y aplicación a los Parques eólicos de las disposiciones de la normativa de evaluación sobre la Red Natura 2000
 - 5.1. Estado de la cuestión y principio de subsidiariedad
 - 5.2. Las cuestiones clave a considerar en la evaluación de proyectos de parques eólicos según las disposiciones del artículo 6.3 de la Directiva Hábitats y del 46.4 de la Ley 42/2017 del Patrimonio natural y biodiversidad
 - 5.2.1. Ámbito de aplicación
 - 5.2.2. Las dos fases o etapas de la evaluación
 - 5.2.3. Conexión con la adopción de medidas de forma permanente
 - 5.2.4. La adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio
 - 5.2.4.1. Requisitos de una adecuada evaluación
 - 5.2.4.2. Los objetivos de conservación del lugar y el concepto de su integridad
 - 5.2.4.3. La evaluación por separado y en conjunto de cada uno de los elementos y con base en criterios objetivos y cuantificables
6. Conclusiones
7. Bibliografía

Summary:

1. The apparent conflict of interests between environmental protection and the installation and development of wind farms
 - 1.1. Full compatibility between the commitment to wind energy and the conservation of protected habitats and species
 - 1.2. The existing conflict in various areas and regions and the necessary unity of judgment in the judicial bodies
2. The content of the sector regulations on the spaces of the Natura 2000 Network and the adequate evaluation of the impact of the projects on them

3. **The evaluation of the repercussions of wind farm projects in the Natura 2000 Network spaces: a critical assessment of the recent judgments and the legal principles affected by our legal system**
 - 3.1. **A previous question about the type of procedure: ordinary assessment or simplified environmental impact assessment**
 - 3.2. **The criteria of the recent Jurisprudence of the Supreme Court on the "adequate evaluation" of wind farm projects that may "appreciably" affect the Natura 2000 Network**
4. **The evaluation of wind farm projects in the current Law 21/2013 and the determination of the necessary information when the project can directly or indirectly affect the Natura 2000 Network spaces**
 - 4.1. **The various thresholds established in wind farm projects and the applicable evaluation regime**
 - 4.2. **The determination of the precise content of the information that should be included in the environmental impact studies on the impact on the Natura 2000 Network**
5. **The numerous undetermined legal concepts in the interpretation and application to wind farms of the provisions of the evaluation regulations on the Natura 2000 Network**
 - 5.1. **Status of the issue and principle of subsidiarity**
 - 5.2. **The key issues to consider in the evaluation of wind farm projects according to the provisions of article 6.3 of the Habitats Directive and of 46.4 of Law 42/2017 of Natural Heritage and biodiversity**
 - 5.2.1. **Scope of application**
 - 5.2.2. **The two phases or stages of the evaluation**
 - 5.2.3. **Connection with the adoption of permanent measures**
 - 5.2.4. **The proper evaluation of its impact on the site, taking into account the objectives of space conservation**
 - 5.2.4.1. **Requirements for an adequate evaluation**
 - 5.2.4.2. **The objectives of conservation of the place and the concept of its integrity**
 - 5.2.4.3. **The evaluation separately and together of each of the elements and based on objective and quantifiable criteria**
6. **Conclusions**
7. **Bibliography**

1. EL APARENTE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LA INSTALACIÓN Y DESARROLLO DE PARQUES EÓLICOS

1.1. La plena compatibilidad entre la apuesta por la energía eólica y la conservación de los hábitats y especies protegidas

Desde hace unos años en España asistimos a un aparente conflicto de intereses entre la protección del medio ambiente y la instalación y desarrollo de parques eólicos. Causa sorpresa observar cómo el fomento y desarrollo de la energía eólica que ha sido declarada por los poderes públicos a nivel internacional como objetivo e interés prioritario, dentro de las energías renovables, por estrictos motivos de protección de nuestro planeta en la lucha contra el cambio climático, ha sido y es objeto de una creciente conflictividad ante los órganos judiciales nacionales y de la Unión Europea.

La relevancia de la apuesta por la energía eólica se plasma decididamente en el Plan Nacional integrado de energía y clima 2021-2030 que define los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, de penetración de energías renovables y de eficiencia energética. Este Documento programático esencial para nuestro futuro energético determina las líneas de actuación y la senda que, según los modelos utilizados, es la más adecuada y eficiente, maximizando las oportunidades y beneficios para la economía, el empleo, la salud y el medio ambiente, minimizando los costes y respetando las necesidades de adecuación a los sectores más intensivos de CO₂.

El Plan prevé para el año 2030 una potencia total instalada en el sector eléctrico de 157 GW desde 105,6 GW existentes en 2015, con un incremento muy considerable de las energías renovables llegando a ser del 74% en el total de generación eléctrica en 2030 y representando el 42% en el uso final de la energía. El Plan prevé grandes inversiones hasta 2030, entre las que destacan las relativas a energías renovables con 101.636 millones, y con un efecto de 364.000 empleos adicionales a 2030.

La energía eólica en este cambio de escenario se convertiría así en la principal fuente de producción, representando la tercera parte de la potencia total instalada, con una previsión de 50,26 GW de potencia instalada en 2030, desde los 23 GW existentes en el 2015 y los 28 GW previstos para 2020¹.

¹ Las medidas contempladas en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, permitirán alcanzar los siguientes resultados en 2030: 21% de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) respecto 1990, 42% de renovables sobre el uso final de la energía, 39,6% de mejora de la eficiencia energética, y 74% de energía renovable en la generación eléctrica. El objetivo es alcanzar en 2050 la neutralidad climática, con la

Todo ello supone una apuesta estratégica de producción de energía autóctona en relación con otras fuentes de producción, que son además tremendamente perjudiciales, y de las que España carece, por lo que su adquisición determina, además, unos costes que lastran nuestra balanza comercial y, con ello, nuestro crecimiento económico. A lo que ha de añadirse, que su disposición genera inseguridad, al tratarse de fuentes no autóctonas y dependientes de países políticamente inestables, por lo que tampoco es seguro ni el suministro regular y continuo ni el mantenimiento de los precios.

Nuestro máximo órgano jurisdiccional se ha hecho eco hace ya más de una década del interés de la producción de electricidad mediante la fuerza del viento, llegando a poner de manifiesto que el desarrollo e incremento de la energía eólica constituye un objetivo legal y socialmente prioritario, Así, recordamos lo manifestado por la *STS de 30 de abril de 2008*: “*Esta Sala ha reconocido en numerosas ocasiones la función medioambiental que desempeñan las energías renovables en cuanto contribuyen a reducir la dependencia de los combustibles fósiles y, en esa misma medida, a disminuir las emisiones nocivas de gases de efecto invernadero. Una de las tecnologías más avanzadas y extendidas en España para producir energía eléctrica renovable es precisamente la eólica, cuyo desarrollo e incremento constituye un objetivo legal y socialmente prioritario. Aquella función medioambiental (a la par que estrictamente industrial) no debe ser ajena a otras del mismo orden como son las relativas a la protección de la biodiversidad y, más en concreto, de las especies animales amenazadas de extinción*”.

Pero no son sólo razones estratégicas las que explican el gran impulso alcanzado por la energía eólica, sino, sobre todo son razones ambientales, pues son bien conocidos los problemas que genera la utilización de combustibles fósiles en la atmósfera y sus efectos sobre el clima. Sin embargo, y pese a sus enormes ventajas, cualquier actividad humana no es neutral, esto es, incide en la naturaleza como nos recuerda el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (así, por ejemplo, *STS de 28 de diciembre de 2007*)

La energía eólica, debido a los emplazamientos donde han de instalarse los parques eólicos por la propia naturaleza técnica de su funcionamiento dada las complejas exigencias relativas a las condiciones y características del viento, pueden causar algunas molestias e impactos visuales en el paisaje, así como impactos plenamente controlables en espacios naturales protegidos y hábitats

reducción de al menos un 90% de nuestras emisiones de GEI y un sistema eléctrico 100% renovable en 2050.

La consecución de los ambiciosos objetivos en materia de electricidad a partir de fuentes de energía renovables implica una estrategia en tres direcciones: impulso de grandes proyectos de generación, despliegue masivo del autoconsumo facilitado por la reducción de costes pudiendo ser más económica que las tarifas al consumidor final y medidas de integración de las renovables en el sistema y el mercado eléctrico. Las subastas se configuran como la principal herramienta para el gran despliegue de tecnologías renovables previsto en el PNIEC, 2021-2030, de acuerdo con la Directiva 2018/2001 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

de interés ecológico europeo y en especies catalogadas en peligro de extinción y vulnerables, de conformidad con nuestra Ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio natural y de la Biodiversidad.

De esta forma, como principio general, lo determinante para permitir su realización es que las actividades económicas sean capaces de integrarse con el conjunto de factores, naturales o no, que inciden en el medio sin perturbarlo de forma irreversible, es decir, sin que los ciclos naturales puedan encontrar un nuevo equilibrio. Y, en relación con los espacios y especies de gran interés ambiental, el criterio que se establece es lógicamente más restrictivo, como veremos, y consiste en que no puedan causar efectos para la integridad del lugar que sean incompatibles con su actual estado de conservación.

La propia red ecológica de interés europeo, bien conocida como red natura 2000, fue concebida y diseñada no enfrentando sino, bien al contrario, integrando la conservación de los hábitats prioritarios con el adecuado desarrollo para la población en dichos lugares de interés comunitario (LIC).

Sin duda, tratándose de actividades humanas, éstas no se pueden desvincular del concepto de desarrollo, desarrollo sostenible, pues esto es lo que permite no sólo la supervivencia del hombre como especie sino también generalizar el bienestar y una adecuada calidad y nivel de vida para todos los ciudadanos como contribución a la anhelada justicia social. En el marco de esta reflexión se sitúan los argumentos de la temprana *STC 64/1982, de 4 de noviembre*, a partir de la cual el Tribunal Constitucional sentó las bases de la protección ambiental en nuestro ordenamiento sobre el necesario equilibrio entre dos bienes constitucionalmente protegidos como son la protección ambiental (art. 45 CE) y el desarrollo de los distintos sectores económicos (art. 130.1 CE), ambos además con la finalidad que los ciudadanos disfruten de una adecuada calidad de vida y conseguir un mayor nivel de vida de todos los españoles, con apoyo en la siguiente argumentación y cuya gran importancia ya tuvimos ocasión de destacar tempranamente en un trabajo sobre dicha cuestión².

En definitiva, la apariencia en ocasiones, o la “presentación de dicha apariencia” por alguna de las partes ante la Administración o los órganos judiciales de un presunto conflicto entre ambos bienes constitucionales, debe ser algo realmente excepcional existiendo un mandato constitucional en orden a su compatibilidad y al equilibrio entre la protección del medio ambiente y el desarrollo de los distintos sectores productivos, siendo obligación de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus responsabilidades.

² FERNANDEZ-ESPINAR LOPEZ L.C., *El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero*, Revista de Administración Pública nº 111, 1986

Pero es que ello es así, especialmente en el caso que aquí nos ocupa y en el que resulta plenamente posible la compatibilidad entre la protección ambiental y el fomento y desarrollo de la energía eólica, ya que, en esta cuestión es muy relevante tener en cuenta que la energía eólica como integrante de las energías renovables, como ya hemos comentado, constituye una apuesta decidida y un objetivo prioritario por evidentes razones ambientales de lucha contra el cambio climático, alternativa a los combustibles fósiles, en los planes actuales y de futuro de la Unión Europea, como por razones estratégicas sobre el abastecimiento de energía de los países miembros con objeto de evitar la dependencia energética de los países europeos, algo que afecta especialmente a España. Todo ello explica que en nuestro país exista un fuerte desarrollo de la investigación tecnológica y producción de componentes en este sector, acompañado de una creciente utilización de la fuerza del viento como fuente de producción de energía eléctrica.

1.2. La conflictividad existente en diversas zonas y comarcas y la necesaria unidad de criterio en los órganos judiciales

Sin embargo, en los últimos años asistimos a una alta conflictividad en determinadas zonas y comarcas en España, y algunas recientes decisiones judiciales son muy discutibles y notoriamente contradictorias en sus fallos y “ratio decidendi” con otras que conformaban hasta el momento una Jurisprudencia tranquila sobre las autorizaciones de parques eólicos con una unidad de criterio en el resultado final de los fallos judiciales. En estas recientes sentencias, sus argumentos contradicen, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina académica, el ordenamiento jurídico, así como sus principios básicos constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica.

En la actualidad, de forma nada razonable y deseable, nos encontramos lejos de que se aplique la deseable compatibilidad constitucional entre los dos bienes e intereses citados en juego, debiéndose establecer criterios claros de unificación para los órganos judiciales inferiores. Esta situación está causando una preocupante atomización autonómica jurídica por Tribunales Superiores de Justicia que ha causado, en varios casos relevantes, el cierre de parques eólicos en funcionamiento, así como la no instalación de parques eólicos proyectados en una misma zona y comarca, con el consiguiente desconcierto por la decisión judicial adoptada tanto en las empresas promotoras de parques eólicos como en los órganos competentes de la Administración a los que se les impide posteriormente, en los parques que estaban en funcionamiento, incluso la retroacción y subsanación posterior en la declaración de impacto ambiental correspondiente de los presuntos defectos observados por parte de las mencionadas decisiones judiciales en el procedimiento del otorgamiento de las autorizaciones de los parques eólicos.

Todo ello ya está sucediendo en relevantes casos, de los que se hacen amplio eco los medios, con las consecuencias de importantes pérdidas económicas en las inversiones y de desarrollo del medio rural afectado, como responsabilidad patrimonial de las AA.PP. que han otorgado las autorizaciones en el ejercicio de su competencia en el ámbito de su discrecionalidad técnica.

El ya mencionado objetivo legal y socialmente prioritario en la actual política energética europea y nacional, que es la apuesta por el desarrollo de la energía eólica como en energía renovable en las próximas décadas, requiere de la aplicación urgente de criterios claros objetivos por parte de todos los órganos judiciales en la interpretación de la actual normativa tanto ambiental como eléctrica, que regulan detalladamente todas las cuestiones clave en la autorización de parques eólicos según el emplazamiento donde se encuentren.

La situación descrita es posible principalmente por la existencia en la normativa de aplicación de un gran número de “conceptos jurídicos indeterminados” junto con una serie de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y antes con la denominación de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en su interpretación de las directivas europeas, son invocadas por parte de los recurrentes en muchas ocasiones mediante extractos de párrafos genéricos y abstractos que se van transmitiendo de una Demanda a otra, sin considerar previamente el motivo y caso concreto que dió lugar a dicha sentencia europea.

Ello, como los juristas bien conocemos, no es extraño puesto que igual sucede frecuentemente en nuestro propio ámbito nacional recayendo así sentencias, como veremos en el presente trabajo en relación con el tema que nos ocupa, que interpretan incorrectamente una sentencia anterior sin considerar que se trata de un caso y “ratio decidendi” totalmente distinto. En la materia que nos ocupa, un ejemplo paradigmático de ello es la errónea interpretación que se ha venido dando en los últimos años, tanto por los recurrentes en sus reiteradas alegaciones sobre la pretendida fragmentación de parques eólicos como en la repetida fundamentación jurídica de diversas sentencias, del denominado “concepto unitario” de parque eólico que se contiene inicialmente en la ya famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2006.

En efecto, en las Demandas sobre autorizaciones de parques eólicos se invocan de forma reiterada una serie de argumentos relativos a conceptos jurídicos tales como: la insuficiente evaluación de los efectos sinérgicos y acumulativos del proyecto de Parque eólico en relación a otro proyecto o sobre un conjunto de proyectos situados en una Comarca, la fragmentación del proyecto, el concepto unitario de un parque eólico, la genérica valoración de las repercusiones de un proyecto sobre diferentes factores, la insuficiente evaluación de los impactos de un proyecto de Parque eólico que, sin tener relación directa con la gestión de espacios de la Red europea Natura 2000 ni

ser necesario para la gestión del mismo, pudiera considerarse que afecte de forma apreciable a los citados lugares, etc.

En todos los argumentos citados se aprecia de inmediato que todos ellos se apoyan en consideraciones sobre lo que los juristas denominamos “conceptos jurídicos indeterminados”, es decir conceptos sin una determinación clara de su contenido en la norma que los incorpora, dando así juego a su genérica y abstracta alegación ante la Administración competente en vía administrativa y posteriormente ante los órganos judiciales, que debieran resolver con facilidad sobre dichas alegaciones si existiera una unidad de criterio sobre su adecuada y correcta interpretación como debiera ser y es la función, entre otras, del poder judicial y en concreto del Tribunal Supremo en nuestro Estado de Derecho.

En el otorgamiento de la autorización de un parque eólico, previa su adecuada evaluación ambiental, al tratarse de un acto administrativo discrecional en donde hay un manifiesto “juicio técnico” por órganos especializados técnicos de la Administración y, por lo anterior, y ante la inexistencia,- como sucede desgraciadamente de forma habitual en todas las materias que implican una evaluación o valoración técnica por parte de la Administración-, de criterios previos claros y objetivos sobre dicha evaluación y valoración, en varios órganos judiciales como comentaremos, se ha producido una enorme disparidad en su apreciación de cuestiones jurídicas clave recogidas en la normativa sobre autorizaciones de parques eólicos y generando en algunos casos una doctrina propia de interpretación en los tribunales autonómicos.

Como es bien sabido, sobre la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, sobre la que afortunadamente existe una evolución hacia su pleno control muy destacable en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, se ha construido en numerosas ocasiones un verdadero “muro” para los ciudadanos en orden a invertir la “presunción de legalidad del acto administrativo” pese a las pruebas presentadas, incluso se ha llegado a inadmitir no hace muchos años recursos contenciosos con el argumento de que la Administración ejercía su discrecionalidad administrativa. Con ello, los órganos judiciales evitaban entrar en el fondo del asunto y aplicar el verdadero alcance y extensión del control judicial de la Administración (art. 101.1 y 103.1 CE) causando en la práctica para el ciudadano recurrente una inadmisibles inmunidad sobre el juicio técnico en que la Administración fundamenta su decisión final, con la consecuencia directa de desestimación de sus recursos, inmunidad incluso declarada judicialmente de forma literal y expresa en los fundamentos de numerosas sentencias tanto por juzgados, tribunales de justicia y Audiencia Nacional, en primera o en única instancia³.

³ Sobre el control de la discrecionalidad técnica y la notoria evolución de la Jurisprudencia sobre la misma, ver DESDENTADO DAROCA E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Civitas, 1997; FERNANDEZ-

Pues bien, en esta cuestión de autorizaciones de parques eólicos, de forma paradójica, se rompen los habituales mencionados criterios de tantos órganos judiciales cuando enjuician materias de discrecionalidad técnica, pretendiendo al parecer en algunas sentencias invertir la carga de la prueba de la presunción de legalidad de la decisión administrativa, permitiendo deducir de los argumentos de sus fundamentos jurídicos que, en estos casos, sin precisar en ninguna de dicha sentencias en qué norma se basan para inferir dicha premisa, corresponde a la Administración competente ser quien acredite y demuestre de modo fehaciente, y sin ningún género de dudas, que la instalación y funcionamiento de un parque eólico no va a producir ya no sólo daños sino “efectos perjudiciales” para los lugares de emplazamiento del parque así como tampoco al entorno más o menos amplio donde se sitúan.

Evidentemente, tal y como venimos reiterando, el problema que entonces se plantea es la enorme inseguridad que conlleva este planteamiento ya que en ningún caso estas sentencias determinan criterios objetivos para que la Administración sepa con certeza “de qué forma y utilizando qué medios y pruebas” tiene que acreditarse en el procedimiento la “inexistencia” de efectos perjudiciales para que un órgano judicial confirme la legalidad de la autorización y desestime una Demanda de cualquier persona o asociación, que simplemente alegue de forma abstracta y genérica sin prueba alguna que dicha exigencia no se ha cumplido en el procedimiento de autorización.

En el presente trabajo, nos vamos a ocupar de una de las cuestiones jurídicas citadas anteriormente que es reiterado objeto de recursos en los crecientes conflictos judiciales de los últimos años, y que es la exigencia en la normativa nacional y europea de la evaluación de las repercusiones de un proyecto de Parque eólico que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a las especies o hábitats de los citados espacios, ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos.

ESPINAR LOPEZ LC, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, Revista jurídica de Castilla y León, nº 26, 2012, págs. 211-258; FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención, concepto y régimen jurídico*, IEF,1983; FERNANDEZ RODRÍGUEZ TR. *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1999 y *La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece*, Revista de Administración Pública 196, 2015; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*, Revista de la Facultad de Derecho 67, 2011; SAINZ MORENO, F., *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, Revista Española de Derecho Administrativo 8, 1976.

2. EL CONTENIDO DE LA NORMATIVA SECTORIAL SOBRE LOS ESPACIOS DE LA RED NATURA 2000 Y LA ADECUADA EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE LOS PROYECTOS EN LOS MISMOS

Muy frecuentemente se ha planteado desde su entrada en vigor la cuestión relativa a cuál debía ser la interpretación jurídica y el adecuado alcance y efectos del contenido del artículo 6.3 de la Directiva 92/43 del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres, y que fue objeto de transposición en España mediante el Real Decreto 1997/1995, igualmente en su artículo 6.3, cuando en su texto original establecía que cualquier plan o proyecto, en este caso parques eólicos, “*que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesaria para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar*”.

La Directiva se refería a los lugares de la red ecológica europea denominada “Natura 2000” que comprende zonas especiales de conservación que albergan tipos de hábitats naturales y hábitats de especies de interés comunitario, así como las zonas de protección especiales designadas en virtud de la Directiva 79/409 del Consejo, de 2 de abril, relativa a la conservación de aves silvestres, posteriormente derogada y sustituida por la Directiva 2009/147 de 30 de noviembre, del Parlamento europeo y del Consejo.

Las disposiciones del apartado 3 no se limitan a los planes y proyectos que exclusivamente se lleven a cabo en un espacio de la red natura 2000 sino que también atañen a los planes y proyectos que, pese a situarse fuera del mismo, independientemente de la distancia, puedan tener un efecto apreciable en un espacio de este tipo (asuntos C-98/03, apartado 51, y C-418/04, apartados 232 y 233).

El contenido de dicho artículo ha sido posteriormente incorporado al artículo 46.4 de la Ley estatal 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que establece, de forma igual a lo que disponía el citado Real Decreto 1997/1995, que dichos proyectos se someterán a una evaluación de sus repercusiones en el lugar, la cual se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas de las Comunidades Autónomas:

“Art. 46. 4. Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a las especies o hábitats de los citados espacios, ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el espacio, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con

lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las comunidades autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho espacio. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el espacio y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5, los órganos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos sólo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del espacio en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública. Los criterios para la determinación de la existencia de perjuicio a la integridad del espacio serán fijados mediante orden del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, oída la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente”.

Es relevante tener en cuenta que este inciso final, relativo a la fijación de criterios mediante Orden ministerial sobre la existencia de perjuicio a su integridad, no formaba parte de la redacción inicial de 2007 sino que fue incluido mediante la modificación realizada por la Ley 33/2015 de 21 de septiembre, y que cambió su numeración inicial que era el art. 45⁴.

Y, en sus apartados 5 a 7, continúa con la habitual regulación en estos casos sobre la existencia de razones de interés público de primer orden que pudiere justificar la realización del plan, programa o proyecto pese a las conclusiones negativas de la evaluación ambiental realizada:

“5. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, las Administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. La concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden sólo podrá declararse para cada supuesto concreto: a) Mediante una ley. b) Mediante acuerdo del Consejo de Ministros, cuando se trate de planes, programas o proyectos que deban ser aprobados o autorizados por la Administración General del Estado, o del órgano de Gobierno de la comunidad autónoma. Dicho acuerdo deberá ser motivado y público.

La adopción de las medidas compensatorias se llevará a cabo, en su caso, durante el procedimiento de evaluación ambiental de planes y programas y de evaluación de impacto ambiental de proyectos, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Dichas medidas se aplicarán en la fase de planificación y ejecución que determine la evaluación ambiental. Las medidas compensatorias adoptadas serán remitidas, por el cauce correspondiente, a la Comisión Europea.

6. En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritaria, señalados como tales en los anexos I y II, únicamente se podrán alegar las

⁴ Documentos a nivel nacional en la actualidad de referencia sobre esta cuestión son: Documento de enero 2019 relativo a los criterios utilizados en la Dirección general de biodiversidad y calidad ambiental del Ministerio para la Transición Ecológica, para la determinación del perjuicio a la integridad de espacios de la red natura 2000 por afección a hábitats de interés comunitario; y Guía de fecha 9 febrero 2018, destinada a promotores de proyectos, titulada Recomendaciones sobre la información necesaria para incluir una evaluación adecuada de repercusiones de proyectos sobre red natura 2000 en los documentos de evaluación de impacto ambiental de la A.G.E.

siguientes consideraciones: a) Las relacionadas con la salud humana y la seguridad pública.
b) Las relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente.
c) Otras razones imperiosas de interés público de primer orden, previa consulta a la Comisión Europea.

7. La realización o ejecución de cualquier plan, programa o proyecto que pueda afectar de forma apreciable a especies incluidas en los anexos II o IV que hayan sido catalogadas, en el ámbito estatal o autonómico, como en peligro de extinción, únicamente se podrá llevar a cabo cuando, en ausencia de otras alternativas, concurren causas relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, las relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente u otras razones imperiosas de interés público de primer orden. La justificación del plan, programa o proyecto y la adopción de las correspondientes medidas compensatorias se llevará a cabo conforme a lo previsto en el apartado 5, salvo por lo que se refiere a la remisión de las medidas compensatorias a la Comisión Europea”.

Se establece por último la extensión de los efectos de los apartados 4 y 5 transcritos a las ZEPA, así como también los apartados 4 a 6 a los lugares que figuren en la lista de LIC aprobada por la Comisión Europea, aunque no hayan sido posteriormente declarados como zonas de especial conservación (ZEC) por parte de las CC.AA. competentes:

“8. Desde el momento en que el lugar figure en la lista de LIC aprobada por la Comisión Europea, éste quedará sometido a lo dispuesto en los apartados 4, 5 y 6 de este artículo.

9. Desde el momento de la declaración de una ZEPA, ésta quedará sometida a lo dispuesto en los apartados 4 y 5 de este artículo”.

3. LA EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE LOS PROYECTOS DE PARQUES EÓLICOS EN LOS ESPACIOS DE LA RED NATURA 2000: UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS RECIENTES SENTENCIAS Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS AFECTADOS DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La aplicación de esta exigencia normativa relativa a la red natura 2000 y su adecuada interpretación sobre el alcance de la misma, y su conexión o no durante años con la normativa básica y autonómica de evaluación ambiental ha generado, en relación con las autorizaciones de parques eólicos, conflictos notables entre los promotores y organizaciones sociales, que se han opuesto a las mismas, en ocasiones por razones desproporcionadas y nada conciliadoras con los poderes públicos implicados, y con una dubitativa Administración en estos casos en el ejercicio de su responsabilidad para dictar una adecuada declaración de impacto ambiental, debiendo actuar en última instancia los jueces y tribunales dictando sentencias contradictorias e inexplicables para cualquier jurista como veremos a continuación de forma resumida.

En definitiva, se ha utilizado durante años el fácil y recurrente argumento genérico y abstracto de la “inadecuada evaluación” de la normativa sobre la red natura 2000, sin ninguna determinación previa legal ni reglamentaria concreta de los criterios de evaluación, evaluación que no fue prevista inicialmente en la directiva europea para su encaje en la normativa de evaluación ambiental, y que posteriormente en una de las posteriores reformas del mismo, en 1997, del RD Legislativo 1302/1986, antes de su derogación posterior por el RD Legislativo. 1/2008 sobre la materia, se consiguen “encajar” los proyectos en espacios propios de la Red Natura en primer lugar en el Anexo I de este, grupo 9 apartado b, bajo la fórmula inicial de parques eólicos de más de 10 aerogeneradores que no alcanzando los valores de los umbrales de los parques incluidos en el Anexo I (50 aerogeneradores o más, así como que se encuentren a menos de 2 kms. de otro parque eólico, grupo 3 Industria energética), *“se desarrollen en zonas especialmente sensibles, designadas en aplicación de la Directiva 79/409 CEE, del Consejo, de 2 de abril, relativa a la conservación de las aves silvestres, y de la Directiva 92/43 CEE, del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres, o en humedales incluidos en la lista del Convenio de Ramsar”*. Y en el Anexo II del mismo (Grupo 4) se incluyen, en la reforma del RD Legislativo 1302/1986, todos los restantes parques eólicos.

Y, en segundo lugar, sobre la especificidad propia de la normativa de la Red Natura que estamos tratando aquí relativa a que *“pueda afectar de forma apreciable a las especies o hábitats de los citados espacios”*, se estableció en el artículo 1.3 una referencia que afecta, como a todos los demás proyectos, a estos parques del Anexo II disponiendo que *“cualquier proyecto no incluido en el anexo I que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la red ecológica europea natura 2000, sólo deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en este real decreto legislativo cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso. La decisión que debe ser motivada y pública, se ajustará a los criterios establecidos en el anexo III”*.

Esta redacción en lo que afecta a la regulación de los parques eólicos, tanto en su articulado (art. 3.2 b) como en el contenido de los Anexos, es la que se ha mantenido en toda la vigencia del Real Decreto Legislativo 1/2008 de 11 de enero que derogó el anterior 1302/1986, hasta que fue a su vez derogado por la Ley actual 21/2013 de 9 de diciembre. Con ella, y de esta manera, se ha encajado dicha disposición en la normativa sustantiva de evaluación ambiental, que durante años no contemplaba dicha cuestión, y a partir de dicho encaje se ha producido además en la aplicación del concepto jurídico indeterminado reiterado en dicha normativa de evaluación ambiental *“que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la red natura 2000”*, como era previsible, una disparidad en las sentencias que se han dictado, ya que en realidad el conflicto sólo puede resolverse según los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

3.1. El debate sobre el tipo de procedimiento: evaluación ordinaria o evaluación simplificada de impacto ambiental. El principio constitucional de seguridad jurídica en juego

Una cuestión clave en los conflictos suscitados en estos últimos años ha sido, como en tantas otras materias, la cuestión procedimental, y que ha sido invocada como reiterada argumentación jurídica de los recurrentes para intentar anular la autorización otorgada, alegando que el proyecto de parque eólico debía ser objeto de evaluación ordinaria de impacto ambiental en lugar de la evaluación simplificada que es la que generalmente se ha seguido por parte de la Administración competente.

En los conflictos judiciales existentes, ha destacado de forma notoria Castilla y León, en donde se han presentado en estos años un elevado número de recursos contenciosos contra autorizaciones de parques eólicos en lugares de emplazamiento cercanos a espacios de la red natura 2000 como LIC y ZEPA, dando lugar a una serie de sentencias que han provocado la muy reciente paralización en este mismo año 2019 de destacados parques eólicos en funcionamiento, así como de su “infraestructura de evacuación” en Alta Tensión de 132 kV hacia la última Subestación transformadora de 132 a 400 kV en el punto de conexión con Red Eléctrica de España. Nos referimos a los parques eólicos de “Peña del Gato”, “Espina” y “Valdesamario” en la provincia de León, pertenecientes a dos empresas eléctricas distintas.

Un caso paradigmático de todo ello es lo que viene sucediendo en la Comarcas de Bierzo, Omaña y Cepeda en la provincia de León. El llamado “nudo de Villameca” es un diseño promovido por la Junta de Castilla y León a principios del 2000 con una previsión inicial de una veintena de parques eólicos de los que, sin embargo, se terminaron construyendo sólo seis y por el que se interesaron inicialmente diferentes empresas y promotores en buena parte locales que vieron un interesante negocio simplemente consistente en vender posteriormente el proyecto a empresas energéticas nacionales. Los tres que ya hemos citado han visto anuladas sus autorizaciones por tres sentencias del Tribunal Supremo en casación que son, respectivamente, la inicial STS de 13 de julio de 2015 (“Peña del Gato”), y las dos siguientes dictadas “en unidad de doctrina” con la primera, STS de 5 de abril de 2017 (“Espina”) y STS de 5 de mayo de 2017 (“Valdesamario”)⁵.

⁵ Así, la *STS de 13 de julio 2015*, rec. 3507/2013, ponente Suay Rincón JJ., sección quinta, en relación con el parque eólico “Peña del Gato” en León, que desestima el recurso de casación contra la Sentencia de 30 de septiembre 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo, que es confirmada expresamente en la *STS de 5 de abril 2017*, rec. 1137/2014, ponente Fernández Valverde R., sección quinta, en relación con el parque eólico “Espina” en León, que desestima el recurso de casación contra la Sentencia de 30 de

Y los otros tres, igualmente con autorización y que no fueron recurridos, son “Valdelacasa” (6 molinos y 10,8 MW), “Valdelín” (9 molinos y 18 MW), y “Anexo a Valdelín” (3 molinos y 6 MW), pero que sin embargo han tenido que parar muy recientemente a partir de la Resolución de la Delegación Territorial de León de 2 de abril 2019 de ejecución de sentencia, al no poder evacuar su producción eléctrica en la “infraestructura de evacuación de 132 kV a la última Subestación SE Villameca” a la Red Eléctrica Nacional, ya que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en su *Sentencia de 12 marzo 2018* ha anulado la autorización de la citada infraestructura otorgada mediante resolución de 7 de agosto 2018.

Todo ello supone, además de la gran confusión en la Administración competente así como en las empresas de los parques eólicos, unos evidentes daños económicos a las grandes inversiones realizadas que conllevará reclamaciones cuantiosas de responsabilidad patrimonial para las CC.AA. que otorgaron las autorizaciones, así como un cambio considerable en las expectativas de los Ayuntamientos y poblaciones locales de un determinado desarrollo compatible con sus actividades tradicionales amparadas en la decisión previa favorable adoptada por la Administración competente.

De los demás parques eólicos que se habían previsto, otros no entraron nunca en funcionamiento bien porque no se otorgaron la autorización y los demás permisos requeridos, o bien porque el Tribunal Superior de Justicia, con sede en Valladolid, anuló las diversas autorizaciones otorgadas por la Junta. Entre estos últimos, destaca la Sentencia de fecha 10 de junio 2009 relativa al parque eólico “Murias II”, siendo la fecha de su autorización de 11 de marzo 2003 por lo que diremos más adelante en orden a la declaración de ZEPA y de LIC, por su gran relevancia posterior en la Sala de la sede de Valladolid en relación con su errónea doctrina sobre la “fragmentación de proyectos eólicos” que ha servido de guía para todos las demás sentencias en esta Sala sobre los parques eólicos citados diseñados en esta zona denominada “nudo Villameca”, y que ha sido criticada por la doctrina dada su notorio error en contra del ordenamiento jurídico, no sólo en contra de la normativa ambiental sino también de la normativa reguladora del sector eléctrico y del ámbito propio de la Ingeniería Eléctrica⁶, consistente en la confusión en sus fundamentos y

enero 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo, así como en la *STS de 5 de mayo 2017*, rec. 1477/2014, ponente Perelló Doménech M^a.I., sección tercera, con relación al parque eólico “Valdesamario” en León, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 21 de febrero 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo.

⁶ En el área de la Ingeniería de la Energía nos encontramos con varias publicaciones sobre la materia en los últimos años, entre otras: FERNANDEZ SALGADO J.M^a. y GALLARDO FLORES T., “*Guía completa de la energía eólica*” (2^a ed.), AMV ediciones, Madrid 2019; CUCÓ PARDILLOS S., “*Manual de Energía Eólica. Desarrollo de proyectos e*

argumentación esencial para el fallo judicial entre dos conceptos jurídicos totalmente distintos como son, de una parte, la fragmentación de proyectos y, de otra, los efectos sinérgicos y acumulativos de los mismos, como muy acertadamente ha destacado SANZ RUBIALES, I.⁷

Errónea doctrina sobre la fragmentación que viene utilizando la Sala del Tribunal, sede Valladolid, y que paradójicamente es totalmente contrapuesta a la doctrina que sobre la misma cuestión aplica el mismo Tribunal de Justicia, pero con sede en Burgos. Así, como ejemplo de la sede en Burgos, su clarificadora *Sentencia del Tribunal Superior de 10 de mayo 2.010* sobre las tres autorizaciones administrativas otorgadas por el Viceconsejero de Economía de la Junta de Castilla y León mediante resoluciones de fecha 20 de febrero 2007 a los parques eólicos "Carabuena", "Escaravela" y "Parideras" en el término municipal de Medinaceli, y en la que aborda el argumento central habitual sobre fragmentación de la parte recurrente, la Sociedad Española de Ornitología, estableciendo la legalidad de las mismas sin que exista fragmentación alguna de proyectos. Esta Sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo quien ha establecido, con notoria claridad y

instalaciones", Ed. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia 2017; VILLARUBIA LOPEZ M. *"Ingeniería de la Energía Eólica (Nuevas Energías)"*, Ed. Marcombo, Barcelona 2013; TALAYERO NAVALES A.P. y TELMO MARTÍNEZ E. *"Energía eólica"*, Pressas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza 2011; ESCUDERO LOPEZ, J. M^a, *"Manual de energía eólica"*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid 2008

⁷ Como muy acertadamente recoge en su artículo SANZ RUBIALES, I. *"Los efectos ambientales acumulativos de los parques eólicos. Su evaluación"*. Revista jurídica de Castilla y León n° 21,2010, págs.185-216: "A la luz de lo anterior llaman poderosamente la atención las conclusiones extraídas por la sentencia. La decisión judicial va más allá de la consideración de los efectos sinérgicos respecto de las instalaciones previas, cuando intenta sintetizar lo dicho hasta el momento, porque critica la falta de estudio sobre los futuros parques eólicos (todavía en tramitación) ...En definitiva, exige al titular del proyecto como redactor del estudio una omnisciencia sobre lo presente y lo futuro de lo que sólo podría dar cuenta la Administración, en su caso, y a través del correspondiente Plan. Una vez señalada la necesidad de considerar todos los proyectos, presentes y futuros, del entorno, la sentencia termina de cerrar la argumentación y, con un curioso salto lógico, crea un nuevo concepto de proyecto, que agruparía a todos los demás, a pesar de que la propia normativa los considera diferentes. Para eso insinúa la consideración única de la tramitación de todo tipo de instalaciones relacionadas con la energía en el entorno. (...) Es decir, ya no resulta suficiente con la ponderación —en la Evaluación de Impacto de cada proyecto— de los efectos acumulativos de los demás proyectos «vecinos», sino que tiene que tramitarse como un todo («en su conjunto»). Y si tiene que tramitarse como un todo es porque el parque eólico en cuestión no es más que una parte de otro. «El parque eólico Murias II no es un parque sino una parte de un parque porque en sí mismo no es autosuficiente para cumplir la finalidad que le es propia». Esta sorprendente conclusión, avalada (¿?) por la existencia de una segunda instalación de evacuación común (a la que llega cada una de las líneas de evacuación de cada parque) provoca una extraordinaria inseguridad, por confundir fraccionamiento y efecto acumulativo y por no tener en cuenta ni titularidades, ni procedimientos" (págs. 211 a 212).

detallada argumentación, su Doctrina en esta cuestión dictando la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre 2013*, en la que confirmando la Sentencia recurrida, dispone que ni hay infracción alguna de las Sentencias del Tribunal Supremo, invocadas por la recurrente, de 28 de marzo 2006 y 20 de abril 2.006 sobre el denominado “concepto unitario” de Parque eólico, ni hay fragmentación alguna de proyectos, siendo tres parques eólicos distintos. Esta relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013, recuerda expresamente, -en contra de la interpretación de los recurrentes de la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril 2006 y de la interpretación que de la misma realiza la citada Sentencia de 10 de junio 2009 del Parque Murias II del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, y de sus siguientes sentencia sobre otros parques eólicos ya citados en la misma zona y de la infraestructura común a todos ellos de evacuación en Alta Tensión de 132 kV a la última Subestación transformadora-, la interpretación correcta sobre el denominado “concepto unitario” de los parques eólicos y que es plenamente acorde tanto con la normativa de evaluación ambiental como la del sector eléctrico sobre este tipo de instalaciones de producción de energía:

“En nuestra Sentencia de 20 de abril de 2.006, invocada por la parte recurrente y citada textualmente en el mismo fundamento jurídico que se acaba de reproducir, señalamos el carácter unitario de los parques eólicos, en el sentido de que todos sus elementos e instalaciones debían contemplarse desde una perspectiva unitaria, desde los accesos y los propios aerogeneradores hasta la línea de conexión del parque en su conjunto con la red de distribución o transporte de electricidad. Ello conlleva, efectivamente, que no podría darse un tratamiento separado a grupos de aerogeneradores de forma artificiosa y tratarlos como parques autónomos, o duplicar instalaciones con el mismo fin, pues ello comportaría efectivamente un fraude de ley que, al margen de su mayor impacto medioambiental, podría suponer una alteración de la competencia o una evitación de mayores exigencias medioambientales”.

En el caso presente, sin embargo, no puede afirmarse que haya sido ese el caso, sino que tiene razón la Sala de instancia cuando entiende que estando acreditado que se trata de tres distintos conjuntos de aerogeneradores que, si bien están ubicados en puntos próximos entre sí, tienen accesos necesariamente distintos determinados por la orografía, no puede considerarse que su consideración separada sea fraudulenta. En efecto, una cosa es que los distintos elementos e instalaciones de un parque deban tener una consideración unitaria y otra que ello impida que puedan existir parques próximos y que estos puedan compartir la ubicación de algunos elementos o la línea de vertido a la red”.

No podemos dejar de mencionar, que además el objeto de la reiterada alegación de los recurrentes a la Sentencia de 20 de abril 2006 se circunscribe a una mera cuestión competencial que, en consecuencia, nada tiene que ver con el objeto de las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que venimos analizando. En efecto, se trataba de un caso muy particular de cinco solicitudes de cinco parques eólicos que se situaban entre dos Comunidades Autónomas, Cantabria y Castilla y León, y en donde el objeto de discusión jurídica era a quien correspondía la

competencia, a la Comunidad Autónoma o al Estado. Y para ello, el Tribunal Supremo acude al concepto de parque eólico que había acuñado en su Sentencia anterior de 28 de marzo 2016, con el único fin de determinar si a los efectos de la situación territorial compartida por ambas CCAA era o no posible por el motivo expuesto *“descomponer, a efectos jurídicos, un parque eólico proyectado con estas características para diseccionar de él varios de sus aerogeneradores a los que se daría un tratamiento autónomo”*, no pudiendo ser otra la respuesta del Tribunal sobre si para cada uno de los proyectos de parques era posible o no desagregar aerogeneradores con motivo de situarse en una u otra Comunidad Autónoma, estableciendo que ello no es posible *“pues dicho proyecto tiene justificación y sentido sólo en la medida en que se trate como un todo”*⁸.

Un caso ciertamente curioso sobre el primer grupo de parques de la zona, que no entraron nunca en funcionamiento porque no se otorgó la autorización, y ciertamente muy extraño en relación a la bien conocida doctrina sobre la discrecionalidad técnica de la Administración tanto por el hecho en sí como por la argumentación esgrimida por el propio Consejero de la Junta, es lo sucedido con el parque eólico “San Félix” en el que es la propia Junta de Castilla y León, -quien después de haber otorgado la autorización con fecha 18 abril 2008 tras el complejo procedimiento que se sigue para estas instalación de producción eléctrica con su correspondiente evaluación de impacto ambiental-, estima un año después, con fecha 10 de marzo 2009, un recurso de alzada presentado el 12 de junio 2008 (¿?) fecha de entrada del recurso según la Orden de la Consejería de Economía y Empleo, anulando la autorización y ordenando retrotraer el expediente con el argumento de tener que subsanar y corregir un presunto defecto estrictamente ambiental alegado

⁸ La Sentencia, -que tiene una particularidad consistente en que el propio ponente Campos Sánchez-Bardona emite un voto particular en el que discrepa y considera que debió estimarse el recurso de casación del gobierno de Cantabria teniendo en cuenta el art. 149.1,23 CE como canon de constitucionalidad sobre competencia en la materia frente a lo dispuesto en el RD 2818/1998-, confirma en casación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de mayo 2003 que estimó el recurso contencioso interpuesto por la compañía eléctrica promotora. Para dar solución a esta particular cuestión, el Tribunal Supremo analiza la aplicación del artículo 3.2.a) de la Ley del Sector eléctrico relativo a la competencia del Estado en relación con el artículo 4.2 del Real Decreto 2818/1998 relativo a energías renovables, y acude al concepto de la Sentencia anterior de 28 de marzo de la misma Sala de que se acuña el denominado “concepto unitario” de un parque eólico, y que impide diseccionar uno o varios aerogeneradores de un proyecto en función de su situación territorial en una o en otra Comunidad Autónoma colindante, estableciendo que: *“Si, como aquí ocurre, la instalación de producción de energía eléctrica tiene un carácter unitario y su tratamiento técnico y jurídico no es susceptible de fragmentación en elementos separados sin romper la unidad de aquélla, atribuir a una Comunidad Autónoma la decisión sólo sobre la parte de éstos incluidos en su territorio (que es, en definitiva, lo que el acto administrativo impugnado hace) significa tanto como resolver sobre el entero proyecto, incluida la parte correspondiente a la otra Comunidad Autónoma, pues dicho proyecto tiene justificación y sentido sólo en la medida en que se trate como un todo”*.

en el recurso de alzada, relevante aspecto por lo que diremos a continuación, en la declaración de impacto ambiental de la propia Junta.

Y decíamos que es un caso muy singular y nada coherente con la doctrina sobre la discrecionalidad técnica de la Administración y el denominado “juicio técnico” de la misma expresado por “órganos especializados” de la Administración, en expresión acuñada por el Tribunal Constitucional en su primera Sentencia que aborda esta cuestión, la STC 39/1983 a partir de la cual la Jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza esta denominación de modo generalizado, ya que la estimación del recurso de alzada por el Consejero de la Junta se adopta en contra de todos los informes técnicos emitidos por los Servicios técnicos que argumentan con detalle que no existe defecto alguno en la citada DIA, que en este caso fueron la Ponencia Técnica de Evaluación de Impacto Ambiental de León, el Servicio Territorial de Medio Ambiente de León, y el Servicio de Espacios Naturales de la Dirección General de Medio Natural. La estimación del recurso se fundamentó, paradójicamente, en el Informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Economía y Empleo, que, siendo el último emitido de todos ellos y por lo tanto a la vista de todos los anteriores, sin embargo, analizó cuestiones estrictamente técnicas de valoración ambiental de la DIA dictaminando que existían defectos de valoración en contra de todos los informes técnicos citados.

Estos parques eólicos no se encontraban situados en espacios de la Red Natura 2000. Fueron diseñados en el año 2000 en el perímetro y entorno de una zona que en ese momento inicial no tenía ninguna figura de protección ni había sido declarado lugar de la Red Natura 2000. Según el Dictamen Medioambiental sobre el Plan Eólico de Castilla y León (provincia de León), hecho público según Resolución 12 de abril de 2000, de la Consejería de Medio Ambiente, la zona afectada ocupaba una zona de sensibilidad ambiental baja. El punto central del debate en toda la zona es la figura de la *especie del urogallo, de la subespecie cantábrico*, sobre la que los recurrentes de los parques y los Servicios técnicos de la propia Administración de la Junta de Castilla y León discrepan profundamente, tanto sobre su inicio de aparición en la zona como en la potencial afección de la actividad de los parques eólicos a la misma, habiéndose generado numerosos informes y documentación sobre esta cuestión aportada a los procesos judiciales⁹.

⁹ Dado que se trata de una materia característica de la emisión de un juicio técnico de la Administración por parte de órganos muy especializados, y por lo que más adelante trataremos en relación con la actividad probatoria en este tipo de procesos contencioso-administrativos así como la peculiaridad de los abundantes conceptos jurídicos indeterminados en la normativa sectorial de aplicación sobre la Red Natura 2000, nos parece importante destacar que se ha constatado la existencia en los expedientes administrativos y en los autos de numerosos documentos, monografías e informes aportados por la Junta como demandada sobre la relevante y particular cuestión del

Igualmente, es relevante destacar que los parques eólicos generan, principalmente molestias en grupos de aves concretos, en especial aves marinas y esteparias, y en especial se ven afectadas las aves migratorias. Por el contrario, en relación con las denominadas aves residentes como es el caso del urogallo cantábrico, los datos científicos revelan que es uno de los grupos menos afectados por las infraestructuras de producción de energía eólica. Las tasas de colisión tienen una relación directa con las características de vuelo de cada especie como se destaca en varios trabajos, (así por ejemplo De Lucas et al. “*Birds and Wind Farms*”, Ed. Quercus, 2007).

El urogallo cantábrico es una especie considerada no migradora, ni invernante que habita en zonas de media montaña, perteneciente a las galliformes y que raramente levanta el vuelo, desplazándose caminando en situaciones normales. Cuando se ve en la necesidad de volar (presencia de depredadores, molestias, etc.) realiza vuelos normalmente de pequeña longitud. En estos casos el vuelo suele ser lineal manteniendo la altitud o descendente, nunca realiza un vuelo tomando altura. Es una especie de gran habilidad en el vuelo bajo en zonas forestales, con densidades incluso superiores a 1000 árboles por hectárea, esquivando con facilidad los obstáculos, generalmente árboles con diámetros muy inferiores a un aerogenerador por lo que es muy improbable la colisión de un urogallo con un aerogenerador. En los registros de colisiones de aves con parques eólicos, por ejemplo, el Anexo I del trabajo de Atienza et al., 2008 (editado por la propia Sociedad Española de Ornitología) que realiza una revisión bibliográfica con más de 900 registros y varios miles de ejemplares muertos, procedentes de toda Europa, se puede constatar que no existe ningún dato de colisión de Urogallo con este tipo de infraestructuras.

Tampoco existían otras posibles afecciones típicas de un proyecto sobre especies, como la fragmentación del “hábitat favorable” y el denominado “efecto barrera”, según los informes técnicos de la Junta de Castilla y León. Es con carácter posterior, a partir de noviembre 2003, cuando se declara una ZEPA, y en febrero 2004 es propuesta la Zona de Omaña como LIC a la Comisión europea, siendo incluida en los lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica mediante Decisión de 7 de diciembre 2004. Según informes de los servicios técnicos de medio ambiente y espacios naturales no se había advertido la presencia de urogallos hasta el año 2005, pese a que la organización recurrente argumentaba presencia de algunos ejemplares desde el año 2002 y con reproducción desde el 2005. El plan de

urogallo en orden a la valoración de las sentencias, desde la primera monografía en España del conocido biólogo Javier Castroviejo “*El urogallo en España*”, CSIC, Madrid 1975, o las dos monografías sobre el urogallo cantábrico de Pollo, C.J. del 2001 y la de Obeso J.R. y Bañuelos M-J., editada por el Ministerio de Medio Ambiente en 2003, en las que no figura dicha zona como área de presencia del urogallo. Posteriormente al año 2004-2005 es cuando se han detectado algunos ejemplares de urogallo en dicha zona.

recuperación de la especie aprobado por la Junta de Castilla y León entró en vigor en el año 2009, mediante el Decreto 4/2009 de 15 de enero por el que se aprueba el “Plan de Recuperación del Urogallo Cantábrico y se dictan medidas para su protección en la Comunidad de Castilla y León”.

La *Sentencia de 10 de junio 2009* del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, parque eólico Murias II, establece sobre esta cuestión, de forma más que discutible por todos los antecedentes expuestos, que, aunque la zona que podía verse afectada en su caso por el proyecto aún no había sido calificada en el momento de aprobarse el proyecto de parque eólico ni como ZEPA ni como LIC, sin embargo, debía ser considerada por la Administración como un “*área de sensibilidad ecológica*” a los efectos de la obligación de la tramitación de la EIA por el procedimiento ordinario y no por el simplificado.

Para ello, utiliza el argumento que su emplazamiento sí se encontraba incluido en una zona IBA, que son áreas inventariadas por la organización ecologista SEO/BirdLife como lugares importantes para la Conservación de las Aves, pero que no son figuras de la Red Natura 2000, y que algunos de los Estados miembros las utilizan como referencia previa para la designación de zonas especiales de protección para las aves (ZEPA) pudiendo coincidir o no finalmente, y en diferente extensión, con la ZEPA designada. Este argumento de la Sentencia, en nuestra opinión, entra en contradicción notoriamente con varios principios jurídicos básicos fácilmente reconocibles en su lectura, entre ellos el de legalidad y de seguridad jurídica, y que son de reiterada aplicación en las restantes materias por la Jurisprudencia. Así, se recoge en el siguiente párrafo de la misma:

“Por otro lado, en virtud del principio de eficacia interpretativa, conforme al cual los tribunales nacionales tienen el deber -derivado de los arts. 249 y 10 del Tratado CE- de aplicar el derecho nacional haciendo todo lo posible, a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva, para, al efectuar su interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, cabe poner de relieve que el repetido art. 10 del Decreto Legislativo 1/2000, no dice, a diferencia, de lo establecido en el último párrafo del Real Decreto 1997/1995 (comentamos nosotros que se refiere al artículo 6.4 del mismo que expresamente dice lo contrario de lo indicado en esta Sentencia), que las zonas de especial protección para las aves debían estar formalmente declaradas como tales por las Comunidades Autónomas correspondientes, al amparo del art. 4 de la Directiva 79/409/CEE y, por tanto, a los efectos de someter a evaluación ordinaria el proyecto litigioso de que se trata; desde ese principio como desde los principios específicos que rigen la política ambiental de la Comunidad conforme al art. 174.2 del Tratado CE (entre ellos, los principios de cautela y de acción preventiva), no cabe duda que debió considerarse por la Administración autonómica que la zona “las Omañas” era una zona de especial protección para las aves”.

Sin embargo, de hecho, contrasta enormemente esta fundamentación de la sentencia con la que realiza la *Sentencia de 21 de mayo de 2010* del mismo Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, pero con sede en Burgos que

desestima el recurso contencioso administrativo 362/2008, interpuesto por la "Sociedad Española de Ornitología (SEO/BIRDLIFE)", contra la autorización del parque eólico "Cerros de Radona" en los términos municipales de Almaluez, Alcubilla de las Peñas y Medinaceli (Soria). La Sentencia rechaza en este caso la misma pretensión de los recurrentes, utilizando el argumento de que el proyecto afecta o puede afectar de forma apreciable a lugares de la Red Natura 2000, acogida en la Sentencia anterior sobre el parque Murias II, relativa a que debía haberse seguido el procedimiento de evaluación ordinaria en lugar del simplificado, pese a que en este caso el emplazamiento del parque eólico sí estaba próximo en el momento de otorgarse la autorización de dos zonas ZEPA y de una zona LIC, que existía una riqueza faunística acreditada, y que en sus proximidades se ha autorizado el emplazamiento de otros parques eólicos. La Sentencia, no acoge el argumento del recurrente recordando que el emplazamiento del parque eólico ni se encuentra en una zona ZEPA ni LIC, ni en un "área de sensibilidad ecológica" de las recogidas en la normativa autonómica como espacios naturales declarados protegidos, zonas húmedas y de riberas, o áreas resultantes como de máxima protección:

"El hecho de que el emplazamiento de dicho parque eólico esté próximo a dos zonas ZEPA y a una zona LIC y el hecho de que en dicho emplazamiento exista una riqueza faunística como la descrita en el anterior fundamento de derecho, dentro de la cual destaca la colonia de la "Alondra ricotí", y el hecho de que cercano a este parque eólico se haya autorizado el emplazamiento de otros parques eólicos como los descritos no constituyen causa legal que deba motivar en el presente caso que la evaluación de impacto ambiental del presente parque eólico se verifique por los trámites del procedimiento ordinario y no por los trámites del procedimiento simplificado como así se hizo finalmente. Por lo expuesto, también procede rechazar este motivo de impugnación".

En relación con esta cuestión, igualmente debemos recordar el criterio jurisprudencial expuesto en la *STS, Sala 3ª, de fecha 30 de abril de 2008*, dictada en el recurso de casación 3516/2005 (ponente Campos Sánchez-Bordona M.) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 18 de marzo de 2005, que confirma, relativo a que el régimen jurídico de aplicación al lugar debe ser el que esté en vigor en el momento de otorgarse la autorización del parque eólico.

La autorización del parque eólico Les Costes de 13.2 MW y de las instalaciones eléctricas de interconexión fue en 1999, en la provincia de Tarragona en los términos municipales de Colldejou, Pratdip, Vilanova d'Escornalbou y Mont-roig del Camp. Y frente al argumento de los recurrentes relativo a que en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 21 de febrero de 2005 aparece una propuesta para calificar el lugar donde se ha previsto el parque eólico como zona de especial protección de aves (regulada por la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, relativa a la

conservación de las aves silvestres) y para incluir el paraje de Montaña Blanca (donde anidaban una pareja de águilas catalogadas en peligro de extinción) en la Red Natura 2000 de la Unión Europea, establece la Sala que: *"En el momento al que se refieren los autos el paraje no gozaba de la protección reforzada que tendría de haber sido calificado previamente (o estar en trance de serlo) como zona de especial protección de aves o como espacio integrado en la Red Natura 2000 de la Unión Europea. Si esta calificación o inclusión se lograran en una fecha -obviamente posterior a la propuesta de 2005-, sus consecuencias podrían afectar eventualmente a las fases ulteriores, pero no al acto autorizatorio en sí mismo considerado, que data de 1999.*

3.2. Los criterios de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la “adecuada evaluación” de los proyectos de parques eólicos que puedan afectar “de forma apreciable” a la Red Natura 2000

El contenido de la obligación recogida en la redacción de la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y Biodiversidad, y con carácter anterior en la transposición de la Directiva realizada mediante el Real Decreto 1997/1995, en nuestra opinión, debería haber obligado a interpretar y aplicar el mismo, -en concreto a los Proyectos de Parques Eólicos a desarrollar e instalar en zonas y lugares bien incluidas en la Red Natura 2000 como ZEPA, ZEC y LIC-, o bien en su entorno, desde los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica, tanto en relación con el concepto jurídico indeterminado utilizado en la norma *“pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos”*, como el de *“adecuada evaluación”*, de una manera razonable y eminentemente técnica por parte del órgano ambiental de la respectiva Administración competente en el ámbito de su discrecionalidad técnica, y mediante una criterios objetivos y claros previamente establecidos y que además fueran aplicados sobre los datos e inventarios existentes en la abundante documentación que debían tener sin duda ya las CC.AA.

Y, en segundo lugar, la debida constancia y justificación en el expediente administrativo del cumplimiento de tales determinaciones en la evaluación realizada y plasmada en la declaración de impacto ambiental, deberían haber servido como referencia para su correcta aplicación.

En relación con esta cuestión, recordamos aquí las tres recientes sentencias citadas del *Tribunal Supremo de 13 de julio 2015, 5 de abril 2017 y 21 de mayo 2017* relativas a la anulación de las autorizaciones de tres parques eólicos en el mismo entorno en la provincia de León, y que interpretan la finalidad y la debida aplicación de esta reiterada disposición recogida tanto en el artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE (*Directiva Hábitats*) y en el mismo artículo 6 del inicial Real Decreto 1997/1995, que transpuso la Directiva, para finalizar en el actual art. 46.4 de la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y Biodiversidad.

Las mismas parten del principio esencial recogido en la normativa de evaluación ambiental relativo a "la ineludible necesidad de integrar en la valoración la relación de la zona donde se ubica el parque eólico con su entorno inmediato", y confirman las tres Sentencias recurridas del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, que parten en esta cuestión del hecho no discutido de que la zona próxima al lugar donde se ubican los tres parques está declarada Lugar de Interés Comunitario (LIC) y Zona Especial de Protección de Aves (ZEPA), espacios cuya respectiva extensión viene a coincidir, en atención, entre otras circunstancias, a la necesidad de proteger una serie de especies de aves, y entre ellas el urogallo:

"La importancia del análisis conjunto requerido por la normativa en los términos expuestos -de la zona donde se proyecta la instalación del parque y de su entorno- se acrecienta, pues, si dicho entorno ha venido a recibir la consideración de lugar de interés comunitario y zona especial de protección de aves, en atención a la necesidad de proteger una serie de especies, entre las cuales particularmente destaca el urogallo, por encontrarse en peligro de extinción".

El Tribunal Supremo para resolver el conflicto interpretativo de la norma y de su aplicación a las diferentes partes implicadas ha establecido una Doctrina que descansa en el concepto jurídico indeterminado de "adecuación". Es decir, se trata de determinar si la evaluación ambiental realizada del Proyecto de Parque eólico es o no adecuada en función de todos los hechos y circunstancias existentes. Así, expresa esta Doctrina las citadas sentencias:

"Así, pues, no se trata de valorar la zona en que viene a instalarse el parque eólico en sí misma considerada, ni que en la declaración se haya valorado o dejado de valorar un determinado "dato", como en algún momento afirman los recursos. Se trata de determinar más ampliamente, al menos en estos casos, si la valoración puede considerarse "adecuada", prescindiendo del entorno inmediato y de las interconexiones existentes con él. La existencia del LIC y de la ZEPA obliga, pues a la Administración a evaluar el impacto que el parque eólico tiene en la especie que justifica tales declaraciones de LIC y ZEPA en la medida en que existan datos que permitan fundadamente pensar en una posible o potencial afectación. Solo así se cumple el artículo 6 del Real Decreto 1997/1995, que coincide con el mismo precepto de la Directiva 92/43/CEE (Directiva Hábitats), que obliga a someter a una "evaluación adecuada" aquellos planes o proyectos que sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesarios para la misma puedan afectar a los lugares protegidos, esto es, en los términos expresados por la sentencia: "Esta evaluación adecuada tiene por objeto analizar si el plan o proyecto afecta de una manera apreciable a los lugares protegidos o que los lugares que, situados fuera de los expresamente protegidos, pueden ser afectados". El resultado de la valoración, pues, podrá ser positivo o, llegado el caso, hasta negativo; pero lo que no cabe es prescindir de la indicada valoración"

Consideran que dicha valoración no se ha realizado adecuadamente en la Declaración de impacto ambiental de la Administración, precisamente en relación con la influencia de los referidos proyectos de parques eólicos en la población del urogallo existente en dicha zona de la red natura 2000, sin contemplar su comportamiento y los criterios a emplear en su seguimiento y evolución, la periodicidad, frecuencia o duración de los controles, etc.

"Si es la presencia del urogallo lo que justificó el establecimiento del LIC y ZEPA en la zona de Omañas, consideramos indispensable que en la Declaración de Impacto Ambiental se examine cómo puede influir en la población de esa especie el parque eólico porque lo que está claro, de conformidad con las pruebas valoradas (documental y pericial) es que sí existe una potencial ocupación de la especie en la zona en la que se instala el parque eólico".

Lo importante no es que resulte exigible un estudio de avifauna como tal propiamente dicho, con esta u otra denominación (en este extremo no le falta razón a la Junta de Castilla y León). Pero lo que sí hay que considerar insuficiente es limitarse a recoger dentro del estudio (folios 908 y siguientes) en una especie de listado o inventario la existencia del urogallo en las inmediaciones, sin contemplar su comportamiento y los criterios a emplear en su seguimiento y evolución, la periodicidad, frecuencia o duración de los controles, etc.

En el formulario oficial del LIC Omañas, en el apartado dedicado a la vulnerabilidad, además, de los incendios forestales, se recoge, como factor de vulnerabilidad de la especie, los parques eólicos en su interior y también en su perímetro".

Y terminan destacando como principio general de actuación para las partes implicadas en esta materia, que la cuestión clave en esta cuestión referida a que un proyecto pueda "afectar de forma apreciable a los citados lugares" de la Red Natura 2000, que venimos analizando en este epígrafe contenida en el artículo 46.4 de la Ley 42/2007 y el artículo 6 de la Directiva Hábitats 92/43/CEE, reside, en efecto, en la exigencia de la inclusión de la evaluación del perímetro del parque en el marco de la declaración de impacto ambiental, y en concreto en relación a que pueda ser utilizada como hábitat por esta especie con diversos fines relevantes con vistas a evitar su desaparición:

"A tenor de la fundamentación de la sentencia, así, pues, no podemos sino compartir las conclusiones alcanzadas por ella. La cuestión clave reside, en efecto, en la inclusión de la evaluación del perímetro del parque en el marco de la declaración de impacto ambiental. Los preceptos que se citan como infringidos han sido adecuadamente interpretados, máxime cuando, según se afirma también, y como ya indicamos antes, el propio lugar del parque, pese a la eventual alteración de que haya podido ser objeto de la mano del hombre, constituye el corredor natural de la especie y, aunque pueda no ser utilizable propiamente como cantadero, puede servir a otros fines relevantes con vistas a evitar su desaparición.

Apelando a la jurisprudencia europea y, una vez más, también en relación con el urogallo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también vino a pronunciarse en su Sentencia de 24 de noviembre de 2011 en el sentido expuesto: "El Reino de España sostiene que esa pérdida de hábitat carece de importancia para la conservación del urogallo, puesto que la zona de que se trata no incluye ningún "cantadero". (...) No puede admitirse esta alegación, pues, aun suponiendo que dicha zona no fuese utilizable como "cantadero", no cabe excluir que pudiese ser utilizada como hábitat por esta especie con otros fines, por ejemplo, como zona de estancia o de hibernación. (...) Además, si dicha explotación no se hubiese llevado a cabo en la zona, no cabría excluir que, tras la adopción de medidas a tal efecto por las autoridades, esa zona hubiese podido utilizarse como "cantadero".

Como podemos ver, el problema jurídico no menor del razonable y asumible contenido expresado en los párrafos transcritos en estas sentencias del Tribunal Supremo relativas a parques eólicos, es que en los mismos existen un elevado número de "conceptos jurídicos indeterminados", como veremos en el

último epígrafe de nuestro trabajo, que requieren, en orden a los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad así como el de “motivación” y justificación de los actos administrativos de autorización y declaración de impacto ambiental, una adecuada y previa concreción y determinación de su efectivo contenido con el fin de poder darles cumplimiento por parte de los diversos órganos competentes de las AA.PP y de las empresas promotoras de parques eólicos.

En cualquier caso, las Sentencias comentadas del Tribunal Supremo no pueden considerarse sentencias que, -por sus evidentes efectos prácticos y fallo, así como no haber abordado el elemento central de la doctrina errónea de las sentencias recurridas en casación y de todas las demás de la reiterada Sala del Tribunal Superior sobre la fragmentación de parques eólicos,- constituyan un obstáculo sin solución al desarrollo de este tipo de diseño de parques con una infraestructura eléctrica asociada compleja de evacuación en razón de la orografía del terreno. Y ello es así, porque estas sentencias comentadas del Tribunal Supremo hay que ponerlas en relación con otras, así por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre 2006, 30 de abril 2008 y 26 de mayo 2009, que establecen la plena compatibilidad entre la protección ambiental y la instalación de un parque eólico, estableciendo a la Declaración de impacto ambiental como un documento clave para conseguir dicha compatibilidad señalando su versatilidad temporal y posibilidad de modificación cuantas veces sea necesaria. No podemos olvidar que la finalidad del instrumento de prevención como es la evaluación ambiental, y qué decir en proyectos de energías renovables que son la única solución energética a corto plazo para salvar nuestro maltrecho planeta y descarbonizar la economía, no es impedir el desarrollo de las actividades económicas sino, todo lo contrario, ser un eficaz instrumento de desarrollo sostenible en el marco del artículo 45 de nuestra Constitución, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de todas las personas.

Es cierto que, a partir de la errónea doctrina expresada hace ya diez años por la reiterada Sala del Tribunal de Justicia para este tipo de diseño de planificación eólica por las Comunidades Autónomas, y la inexplicable situación a que ha dado lugar y que continua en la actualidad, las empresas eléctricas promotoras han decidido evitar el diseño de proyectar distintos parques eólicos cercanos como el de la zona de Omañas en León optando, -para huir del riesgo de enfrentar los graves problemas jurídicos analizados con sus notorias consecuencias económicas de inversión y pese a la evidente pérdida de eficiencia energética y desarrollo social y económico para zonas despobladas-, por diseños de parques dispersos en zonas bien distintas con infraestructuras eléctricas sencillas que evidentemente suponen una mayor construcción de instalaciones en nuestro territorio nacional

Y como ejemplo de Sentencias del Tribunal Supremo que establecen la plena compatibilidad entre la protección ambiental y la instalación de un parque eólico, situando a la Declaración de impacto ambiental como un documento clave para ello dada su versatilidad temporal y posibilidad de modificación cuantas veces sea necesaria, destacamos la *Sentencia de 30 de abril de 2008 (rec. 3516/2015)*, ya citada anteriormente en relación con una cuestión puntual analizada sobre evaluación ordinaria o simplificada en función de la fecha de aprobación del espacio Red Natura 2000, con una Doctrina muy clara y meridiana y de la que extraemos los siguientes párrafos:

"[...] En el supuesto enjuiciado, se presenta un conflicto entre intereses o bienes jurídicos de diversa naturaleza: de un lado, el bien jurídico consistente en garantizar el suministro de la energía eléctrica (que la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, de 27 de noviembre, califica de 'esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad') mediante su producción por medio de la utilización de energías renovables (para las que la L.S.E. prevé un régimen especial) producción que debe hacerse compatible con la protección del medio ambiente (como con carácter general, referible a todas las formas de producción de energía eléctrica, reconoce el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la L.S.E. y, de manera específica respecto de la producción en régimen especial, el art. 28.3 de la L.S.E.); y de otro, el bien jurídico consistente en la protección, conservación, restauración y mejora de los recursos naturales y, en particular, de los espacios naturales, la flora y la fauna silvestres, fin al que se ordena, entre otras muchas normas, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, y la legislación de rango inferior aprobada en su ejecución y para su desarrollo.

La aplicación de esta doctrina al caso de autos implica que deben buscarse, en primer lugar, las fórmulas que permitan la coexistencia o compatibilidad del proyecto eólico objeto de litigio con la protección de la pareja de águilas perdiceras que anidan en la Montaña Blanca. Precisamente en atención a esta finalidad la decisión impugnada, aunque formalmente autorice el proyecto, lo hace condicionándolo a la ulterior redacción de otro complementario que ha de atender no sólo a los compromisos asumidos por la empresa eléctrica durante la tramitación del expediente, sino -lo que es más importante- a los condicionamientos exigidos por los informes de los Departamentos de Medio Ambiente y de Agricultura, Ganadería y Pesca en cuanto a la zona o perímetro de exclusión (500 metros) respecto de los nidos y en cuanto a los caminos de acceso que aseguren el "mínimo impacto ambiental" (...).

Esta Sala ha reconocido en numerosas ocasiones la función medioambiental que desempeñan las energías renovables en cuanto contribuyen a reducir la dependencia de los combustibles fósiles y, en esa misma medida, a disminuir las emisiones nocivas de gases de efecto invernadero. Una de las tecnologías más avanzadas y extendidas en España para producir energía eléctrica renovable es precisamente la eólica, cuyo desarrollo e incremento constituye un objetivo legal y socialmente prioritario. Aquella función medioambiental (a la par que estrictamente industrial) no debe ser ajena a otras del mismo orden como son las relativas a la protección de la biodiversidad y, más en concreto, de las especies animales amenazadas de extinción (...).

En todo caso, el criterio de la sostenibilidad del desarrollo será la clave de la decisión, pues deberán atemperarse las exigencias inherentes al deseable incremento de las fuentes de energía renovable con la protección de las especies y las áreas de particular sensibilidad. Este es, como ya hemos dicho, el designio que subyace en la decisión adoptada por la Administración autónoma que, sin negar la aprobación del proyecto de parque eólico, difiere su definitiva aceptación al cumplimiento de determinados requisitos de naturaleza medioambiental cuya ulterior concreción no se había producido aún en el momento en que la Sala de instancia dicta la sentencia que ahora confirmamos". (El subrayado de los párrafos es nuestro)

De esta manera, la declaración de impacto ambiental se debe convertir en el documento clave en orden a la deseable compatibilidad caso a caso de un proyecto de parque eólico con la protección de los hábitats y espacios protegidos tanto de la Red Natura 2000 como igualmente otros espacios protegidos por otros instrumentos legales que, en su caso, estén fuera de la misma. Sin perjuicio de que el estudio de impacto ambiental y la declaración de impacto ambiental, al dictarse evalúen la situación según los datos existentes en ese momento temporal concreto, en atención al elemental principal de seguridad jurídica, la declaración de impacto ambiental no es un acto inmodificable y estático ante el futuro, sino que es bien sabido que es una característica propia de las autorizaciones con un marcado condicionado ambiental, como en el caso de los parques eólicos en zonas o entornos de espacios protegidos como los de la red natura 2000, su permanente vigilancia y control que puede dar lugar a su modificación, ya de oficio o ya a instancia del autorizado, ante un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento.

4. LA EVALUACIÓN DE LOS PROYECTOS DE PARQUES EÓLICOS EN LA ACTUAL LEY 21/2013 Y LA DETERMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN NECESARIA CUANDO EL PROYECTO PUEDA AFECTAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE A LOS ESPACIOS RED NATURA 2000

Es a partir de la vigente Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental cuando los problemas anteriores de indeterminación de la normativa citada de patrimonio natural sobre los parques eólicos en relación con el contenido requerido en los estudios de impacto ambiental de la evaluación ordinaria han sido resueltos, manteniéndose dicha indeterminación en la evaluación simplificada que sigue afectando a un buen número de los proyectos de parques eólicos.

4.1. Los diversos umbrales establecidos en los proyectos de parques eólicos y el régimen de evaluación aplicable

En primer lugar, la Ley de Evaluación Ambiental en relación con los parques eólicos establece su aplicación a los mismos en lo que podríamos clasificar a los mismos en tres grupos:

1º.-Parques eólicos sometidos a evaluación de impacto ambiental ordinaria al estar incluidos en el Anexo I, Grupo 3 i), de la Ley: los parques eólicos que tengan 50 o más aerogeneradores, o que tengan más de 30 MW, o que se encuentren a menos de 2 kilómetros de otro parque eólico bien en

funcionamiento, en construcción, con autorización administrativa o con declaración de impacto ambiental.

2º.- Parques eólicos sometidos a evaluación de impacto ambiental ordinaria al estar incluidos en el Anexo I, grupo 9 a) punto 7º, de la Ley: los parques eólicos que se ubiquen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de estas figuras en la Ley 42/2007, y que tengan más de 10 aerogeneradores o 6 MW de potencia

3º.- Todos los demás parques eólicos deberán ser sometidos a evaluación de impacto ambiental simplificada, según lo dispuesto en el Anexo II, grupo 4 g), excepto únicamente aquellos destinados al autoconsumo que no excedan de 100 KW de potencia total, o bien a evaluación de impacto ambiental ordinaria cuando así lo decida caso por caso el órgano ambiental según el artículo 7.1 b) de la Ley de Evaluación Ambiental.

4º.- La expresa previsión del artículo 7.2 b) de dicha Ley, que precisamente guarda total conexión con el reiterado artículo 46.4 de la Ley de Patrimonio Natural, al establecer la evaluación simplificada para “Los proyectos no incluidos ni en el anexo I ni el anexo II que puedan afectar de forma apreciable, directa o indirectamente, a Espacios Protegidos Red Natura 2000”, ya no es de aplicación a los proyectos de parques eólicos al estar incluidos todos ellos en los tres primeros grupos comentados ya que la excepción de los destinados al autoconsumo que no excedan de 100 KW es totalmente irrelevante en relación con el tema que nos ocupa de la afectación apreciable a los espacios de la red natura 2000.

Por otra parte, como continuación de lo señalado en el epígrafe anterior, también hemos de poner de manifiesto que la apreciación de los efectos que pueda generar la acumulación o pluralidad de proyectos de ejecución en un mismo entorno físico ha de ser tenido en cuenta por los legisladores de los Estados miembros para transponer correctamente la Directiva 85/337 y sus sucesivas reformas. Así lo corrobora el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, como evidencia una lectura de la argumentación contenida en su *Sentencia de 21 de septiembre de 1999 [asunto C-392/96, TJCE\1999\203]*.

En efecto, teniendo en cuenta que la ejecución de una pluralidad de proyectos puede tener efectos acumulativos y sinérgicos, la Sala Quinta del citado Tribunal advierte que es obligación del Estado en su labor de transposición de la Directiva 85/337 considerar los eventuales efectos de esa naturaleza (acumulativos) para determinar los umbrales que determinan el sometimiento a evaluación de impacto ambiental de los proyectos, pues “*el hecho de que no se tenga en cuenta el efecto acumulativo de los proyectos tiene como consecuencia práctica que la*

totalidad de los proyectos de un determinado tipo puede quedar exenta de la obligación de evaluación, aunque, considerados conjuntamente, pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva”, lo que el propio órgano judicial corrobora llevando a la Sentencia algunos ejemplos proporcionados por la Comisión que ponen de manifiesto el proceder indebido del legislador de la República de Irlanda en su labor de transposición de la Directiva 85/337, tales como las explotaciones de extracción de turba, las primeras repoblaciones forestales, las roturaciones e, incluso la cría de ovejas, las cuales, realizadas individualmente a pequeña escala, quedaban excluidas de la evaluación de impacto ambiental, pese a que la proliferación de las mismas pudiera generar negativas repercusiones en el medio ambiente.

No son, sin embargo, ajenos a los ordenamientos de los Estados miembros los ejemplos en los que los legisladores nacionales y, en España, también los autonómicos, consideran los efectos de los proyectos para incluirlos en la lista de los proyectos que quedan sujetos a la evaluación de impacto ambiental. En España deben ser, como es bien conocido, el legislador estatal y los autonómicos quienes, cada uno en el marco de sus respectivas competencias normativas, asumiendo la realidad de los efectos acumulativos y sinérgicos que puedan producir determinados proyectos de ejecución, deben determinar *los umbrales por encima de los cuales procede la evaluación de impacto ambiental ordinaria y no sólo ya la evaluación simplificada.*

Este es, a nuestro, juicio el camino correcto para dotar de plena seguridad jurídica a toda la sociedad y, particularmente, a quienes promueven, en el marco de una economía de mercado y al amparo del constitucional derecho de libertad de empresa, proyectos que, como son la mayoría, no son inocuos desde el punto de vista ambiental por la mera actividad que desarrollan y su consumo normal de recursos naturales que implican.

Únicamente en este aspecto quedaría todavía en la Ley 21/2013 una quiebra, por innecesaria e injustificada ya hoy en día en razón de la abundante documentación técnica existente de la que se dispone, al principio de seguridad jurídica, y que en mi opinión causa más problemas que ventajas, además de su posible utilización entre las partes con otros fines no acordes con los principios del Estado de Derecho, y es en relación a la gran discrecionalidad, que incurre frecuentemente en la arbitrariedad prohibida en el art. 9.3 de la Constitución, que la Ley 21/2013 sigue otorgando caso a caso al órgano ambiental para convertir un procedimiento de evaluación simplificada en uno ordinario.

Así se recoge en el artículo 7.1 b) en relación con el 47.2 de la misma, al igual que el anterior art. 3.2 b) del anterior texto refundido, al remitirse a tal fin a los criterios establecidos en el anexo III, el cual contempla “la acumulación

del impacto con los impactos de otros proyectos existentes y/o aprobados” como criterio para decidir en el informe de impacto ambiental correspondiente el sometimiento o no a evaluación de impacto ambiental ordinaria de los proyectos del anexo II y otros.

4.2. La determinación del contenido preciso de la información que debe ser incluida en los estudios de impacto ambiental sobre las repercusiones en la Red Natura 2000

Y, en segundo lugar, la cuestión relativa a la indeterminación existente sobre cuál debía ser el contenido preciso de la información, en orden a la adecuada evaluación de sus repercusiones en dichos espacios, que debían recoger los estudios de impacto ambiental de los proyectos eólicos sobre las zonas y lugares de la Red Natura 2000 como ZEPA, ZEC y LIC.

La Ley de Evaluación Ambiental ha resuelto ya esa cuestión en parte, al establecer en su Anexo VI la información precisa que deben incorporar los estudios de impacto ambiental de los proyectos de parques eólicos que deben someterse a una evaluación de impacto ambiental ordinaria (todos los comprendidos en el Anexo I así como los del Anexo II si así lo decide caso a caso el órgano ambiental).

Previamente, en su artículo 35.1 dispone que el estudio de impacto ambiental contendrá al menos toda la información incluida en sus apartados a) hasta el g) en los términos desarrollados en el Anexo VI, y en su apartado c), establece que en el estudio de impacto ambiental correspondiente a la evaluación ordinaria, se incluirá un apartado específico para la evaluación de las repercusiones del proyecto sobre espacios Red Natura 2000 teniendo en cuenta los objetivos de conservación de cada lugar, que incluya los referidos impactos, las correspondientes medidas preventivas, correctoras y compensatorias Red Natura 2000 y su seguimiento. Asimismo, dispone que cuando se compruebe la existencia de un perjuicio a la integridad de la Red Natura 2000, el promotor justificará documentalmente la inexistencia de alternativas, y la concurrencia de las razones imperiosas de interés público de primer orden mencionadas en el artículo 46, apartados 5, 6 y 7, de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad

Es en el citado Anexo VI, parte A, punto 8, donde se precisa con exhaustividad la información que deberán contener los estudios de impacto ambiental de los proyectos de obras, instalaciones y actividades, en relación con las repercusiones que pudieran tener sobre espacios de la Red Natura 2000. Así, se establece que:

“El apartado de evaluación de repercusiones del proyecto sobre la Red Natura 2000 incluirá, de manera diferenciada para cada una de las alternativas del proyecto consideradas, lo siguiente: a) Identificación de los espacios afectados, y para cada uno identificación de los hábitats, especies y demás objetivos de conservación afectados por el proyecto, junto con la descripción de sus requerimientos ecológicos más probablemente afectados por el proyecto y la información disponible cuantitativa, cualitativa y cartográfica descriptiva de su estado de conservación a escala del conjunto espacio. b) Identificación, caracterización y cuantificación de los impactos del proyecto sobre el estado de conservación de los hábitats y especies por los que se ha designado el lugar, sobre el resto de los objetivos de conservación especificados en el correspondiente plan de gestión, y en su caso sobre la conectividad con otros espacios y sobre los demás elementos que otorgan particular importancia al espacio en el contexto de la Red y contribuyen a su coherencia. La evaluación de estos impactos se apoyará en información real y actual sobre los hábitats y especies objeto de conservación en el lugar. c) Medidas preventivas y correctoras destinadas a mitigar los impactos, y medidas compensatorias destinadas a compensar el impacto residual, evitando con ello un deterioro neto del conjunto de variables que definen el estado de conservación en el conjunto del lugar de los hábitats o las especies afectados por el proyecto. d) Especificidades del seguimiento de los impactos y medidas contemplados”.

Con ello, y con dicha delimitación precisa, se evita así la indefinición propia de la literalidad de la Ley 42/2007 en su artículo 46.4 que ha dado lugar a conflictos judiciales importantes sobre esta cuestión en relación con las autorizaciones de parques eólicos por parte de las CC.AA.

La consideración y definición de lo que la Ley establece que debe entenderse como “*Impacto o efecto significativo*” figura en el artículo 5.1 b), estableciendo que es la “alteración de carácter permanente o de larga duración de uno o varios factores mencionados en la letra a)”, estableciendo a continuación una definición específica para los espacios red natura 2000, siendo en este caso los “efectos apreciables que pueden empeorar los parámetros que definen el estado de conservación de los hábitats o especies objeto de conservación en el lugar o, en su caso, las posibilidades de su restablecimiento”

Ahora bien, el contenido del Anexo VI sólo se aplica a la evaluación de impacto ambiental ordinaria, no afectando a un buen número de los proyectos eólicos a los que se aplica la evaluación simplificada, con la previsible y consiguiente problemática sobre la habitual alegación de los recurrentes sobre que los mismos suponen en su opinión una fragmentación de proyectos que veremos en el siguiente apartado del presente trabajo. Pues bien, en todos esos casos de evaluación simplificada, es de aplicación el artículo 45.1 que dispone que el promotor deberá incorporar en el documento ambiental que acompaña a la solicitud de inicio de la evaluación de impacto ambiental simplificada, el contenido de los apartados a) a h), consistiendo el apartado e) en una descripción y evaluación de todos los posibles efectos significativos del proyecto en el medio ambiente. En este apartado e) se establece de forma muy genérica e indeterminada que “*cuando el proyecto pueda afectar directa o indirectamente*

a los espacios Red Natura 2000, se incluirá un apartado específico para la evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio”.

Igualmente, dice que en los supuestos previstos en el artículo 7.2.b), que ya hemos mencionado que no van afectar a los proyectos de parques eólicos por el motivo ya expuesto, se vuelve a repetir que se describirán y analizarán, exclusivamente, las repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio Red Natura 2000.

5. LOS NUMEROSOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN A LOS PARQUES EÓLICOS DE LAS DISPOSICIONES DE LA NORMATIVA DE EVALUACIÓN SOBRE LA RED NATURA 2000

5.1. Estado de la cuestión y principio de subsidiariedad

Como ya hemos mencionado, el problema jurídico no menor del contenido expresado en los párrafos transcritos en las sentencias del Tribunal Supremo y de órganos judiciales autonómicos relativas a parques eólicos, es que existen un elevado número de “*conceptos jurídicos indeterminados* que requieren, en orden a los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad así como el de “motivación” de los actos administrativos de autorización y declaración de impacto ambiental, una adecuada y previa concreción y determinación de su efectivo contenido con el fin de poder darles cumplimiento en las evaluaciones ambientales de los proyectos por los diversos órganos competentes de las AA.PP y las empresas promotoras de parques eólicos.

Como venimos mencionando, es totalmente necesario una unidad de criterio por parte de todos los órganos judiciales en España, desde los juzgados de lo contencioso hasta el Tribunal Supremo pasando por los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA. con el fin de dotar de la debida seguridad jurídica a promotores y órganos competentes para evitar que, ante la redacción de argumentos genéricos en las Demandas sobre, entre otras, la “inadecuación” de la evaluación practicada, “insuficiencia” de indicaciones, no se ha realizado un examen “suficiente” de las posibles alteraciones, no existe “certeza” de que no se producirán efectos perjudiciales para la integridad del lugar, siguen existiendo “dudas” desde un punto de vista científico sobre la inexistencia de tales efectos, etc....los órganos judiciales anulen, de forma contradictoria entre ellos, años después declaraciones de impacto ambiental y autorizaciones otorgadas a instalaciones de parques eólicos (aerogeneradores, infraestructuras de evacuación de la energía producida, subestaciones transformadoras) ya construidas y en funcionamiento con unas inversiones económicas muy

elevadas, y siendo un obstáculo al desarrollo de la energía eólica como apuesta estratégica para los próximos años en la política energética.

La aceptación de tal posibilidad en el adecuado control judicial de la discrecionalidad técnica de la Administración, requiere tanto la previa determinación de claros criterios objetivos y cuantificables que permitan la fácil constatación de su cumplimiento o incumplimiento en las evaluaciones ambientales, como de la exigencia a los recurrentes de su demostración rigurosa en sus demandas de dicho incumplimiento, sin permitir alegaciones genéricas y abstractas, hasta que el principio básico de presunción de legalidad del acto administrativo no cambie así como siga existiendo la presunción de acierto en el juicio técnico de los órganos especializados de la Administración.

Determinación de criterios de aplicación por parte de las dos Administraciones competentes, estatal y autonómicas, ya que aun cuando se trata de una normativa europea, directivas 92/43/CEE y 2009/147/CEE relativas a la gestión de la Red Natura 2000, y como se señala en los propios documentos de la Unión Europea sobre las disposiciones del artículo 6 de la Directiva Hábitats, rige el principio de subsidiariedad dando a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la aplicación en la práctica de las medidas específicas que atañen a los distintos espacios de la misma, siempre que con ellas se logren los resultados previstos en la Directiva.

El que se consiga en la práctica los resultados previstos en la Directiva será objeto de control último por parte del Tribunal de Justicia en la Unión Europea, y de ahí la necesidad de conocer sus sentencias de forma preventiva, a la vez que teniendo en cuenta que las cuestiones relativas a los espacios concretos y actividades económicas que se pretendan desarrollar en los mismos o tengan repercusiones sobre ellos, deberán analizarse caso por caso estableciendo en este caso el ordenamiento jurídico español unas medidas específicas en los procedimientos de autorización de parques eólicos para conseguir la necesaria unidad de criterio y la preservación y garantía de nuestros principios constitucionales que venimos reiterando.

5.2. Las cuestiones clave a considerar en la evaluación de proyectos de parques eólicos según las disposiciones del artículo 6.3 de la Directiva Hábitats y del 46.4 de la Ley 42/2017 del Patrimonio natural y biodiversidad

Como hemos dicho, su redacción tiene numerosos conceptos jurídicos indeterminados, que trataremos de desarrollar, así como indicar o sugerir de forma breve, dada la limitación de extensión del presente trabajo, cuál debería ser la determinación de su contenido teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia, así como las orientaciones interpretativas sobre los

conceptos de la Directiva para todos los Estados miembros. Para facilitar la misma seguiremos la numeración del artículo 46 de nuestra Ley 42/2017 sin perjuicio de alguna referencia a la Directiva cuando sea necesario.

5.2.1. Ámbito de aplicación

El artículo 6 de la Directiva 92/43 sobre los hábitats, desempeña un papel fundamental para el logro de los objetivos de la política de biodiversidad de la UE, debiendo examinarse e interpretarse en el contexto más amplio de esta política. Y en el marco más amplio del Tratado de la UE, este artículo contribuye de forma decisiva a la aplicación del principio básico ambiental de integración de las actividades con la protección ambiental¹⁰.

En primer lugar, su ámbito de aplicación abarca tanto los planes y proyectos que se pretendan desarrollar en un espacio protegido de la red natura 2000, como también los que, pese a situarse fuera de dichos espacios, puedan tener un efecto apreciable, y ello con independencia de su distancia a los mismos. Por otra parte, debe tenerse muy en cuenta que la cuestión relativa a la magnitud del proyecto no es importante ya que este aspecto no excluye la posibilidad de que tenga efectos apreciables en un espacio de la red natura 2000 (Sentencia 10 de enero 2006 asunto C-98/03 y Sentencia 13 de diciembre 2007 asunto C-418/04).

Y, en segundo lugar, se ha establecido una definición amplia tanto de lo que debe considerarse a estos efectos como plan y como proyecto, extendiéndose por analogía a lo que se entiende como Plan en la Directiva 2001/42/CE, Directiva EAE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, en su artículo 2 a), como a la definición de Proyecto en la Directiva 2011/92/UE, Directiva EIA, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su artículo 1.2.

De esta manera, se tendrán en cuenta los proyectos que no se limiten a la construcción física, sino que supongan otras intervenciones en el medio natural como son las actividades que, haciendo uso de los recursos naturales, impliquen alteraciones de los aspectos físicos de un espacio determinado (Sentencia 17 de marzo 2011 asunto C-275/09 y Sentencia 19 de abril 2012 asunto C-121/11).

¹⁰ Comunicación de la Comisión titulada “Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural” (COM 2011, 244). En un contexto internacional, el artículo 6 crea un marco más detallado para la conservación y protección de espacios en relación con los convenios internacionales sobre conservación de la naturaleza como el Convenio de Berna y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

5.2.2. Las dos fases o etapas de la evaluación

La finalidad de este requisito de evaluación es evitar que se produzca un perjuicio a la “integridad” del lugar de interés comunitario.

En la primera fase del procedimiento a seguir, el órgano ambiental competente deberá llevar a cabo una evaluación previa para determinar, en primer lugar, si el proyecto de parque eólico presentado está directamente relacionado con la gestión de un espacio o si es necesario para ésta, y en segundo lugar si es “probable” que tenga efectos “apreciables” en las especies o en los hábitats de los citados espacios.

En caso afirmativo, se pasa entonces a la segunda fase del procedimiento en el que se lleva a cabo la evaluación propiamente dicha de sus repercusiones en el espacio afectado y, en función de sus conclusiones, a continuación la autoridad competente en cada Administración adoptará la decisión correspondiente que podrá ser favorable siempre que la evaluación sea positiva, debiendo asegurarse previamente que el proyecto no causará perjuicios a la “integridad” del lugar afectado de la Red Natura 2000.

Sobre la interpretación de esta cuestión, con carácter general, son de interés las últimas sentencias de 17 de abril 2018 y de 7 de noviembre 2018 (asuntos C-441/17, y C-293/17 C-294/17 respectivamente) que recuerdan que “*el artículo 6, apartado 3, de la Directiva «hábitats» incluye el principio de cautela y permite evitar de manera eficaz cualquier perjuicio que los planes o proyectos previstos puedan causar a la integridad de los lugares protegidos*”, siendo reiterada jurisprudencia, en relación con dicha disposición, que “*el criterio determinante para decidir si un nuevo proyecto requiere la realización de una adecuada evaluación de sus repercusiones radica en la posibilidad de que dicho proyecto afecte de forma apreciable a un lugar protegido*”.

Hasta aquí las dos fases del apartado 4, ya que una vez realizada la evaluación podría existir una tercera fase del procedimiento pero que ya figura en los apartados 5 a 7 de la Ley, y que se podría seguir en el caso de una evaluación negativa siempre que se cumplan estrictamente con las condiciones que se recogen en los mismos para cada uno de los tres grupos de supuestos posibles, que se recogen en cada uno de dichos apartados. En todos ellos, deben darse dos requisitos previos para autorizar el plan, el programa o el proyecto que son tanto la existencia de diversas *razones imperiosas de interés público de primer orden* como *inexistencia de soluciones alternativas*.

Dada la regulación de los parques eólicos en la vigente Ley de Evaluación Ambiental que hemos visto en el epígrafe 4.1, esta primera fase del art. 46.4 no le es de aplicación (esta primera fase afectaría a los proyectos que hemos incluido en el cuarto grupo) ya que todos los parques eólicos deben ser objeto del régimen de evaluación ambiental, bien ordinaria o simplificada. Por ello,

de la interpretación de los conceptos mencionados en lo que puede afectar a la evaluación de los parques eólicos en la segunda fase indicada, nos ocuparemos más adelante sobre los efectos “apreciables” en las especies o en los hábitats de los citados espacios, nos ocuparemos más adelante al tratar sobre la expresión “*adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar*” al ser una cuestión de indudable interés para los promotores, poder saber si la evaluación está o no bien realizada, y no sólo para los órganos ambientales responsables.

Teniendo en cuenta la nada deseable experiencia de las sentencias anteriormente vistas de anulación de autorizaciones, los promotores en este caso de parques eólicos deberían activar mecanismos preventivos, mediante una “segunda o tercera opinión” por parte de expertos independientes juristas y ambientalistas, para contrastar la adecuación y corrección de las exigencias de la normativa general y sectorial de evaluación de sus proyectos tanto a sus estudios de impacto ambiental como a las declaraciones de impacto ambiental de la propia Administración competente. En comparación al conocido principio ambiental de cautela, también los promotores de estos proyectos deberían aplicarlo en su ámbito interno de toma de decisiones procurando tener la mayor certeza posible, al igual que como veremos se exige por las instituciones europeas y los órganos judiciales nacionales y europeos, de la “inexistencia de riesgo alguno” para el “estado de conservación” de su inversión y desarrollo de su parque eólico, sin deber ya confiarse las empresas en la hasta ahora legalidad “*per se*” de las decisiones y resoluciones de la Administración sobre cuestiones y juicios técnicos cuya única base posible es la de los distintos campos y áreas científicas.

A la vista de la doctrina de la “*adecuada evaluación*” plasmada en las tres recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 2015 y 2017 que hemos analizado sobre los tres parques eólicos en la Comarca de Omaña en León, parece que el clásico principio de la inmunidad judicial sobre el juicio técnico de la discrecionalidad administrativa habría quebrado definitivamente en el control de las autorizaciones de parques eólicos, al igual que en todo lo que supone una evaluación técnica de méritos, capacidad, etc., otra cosa es lo que suceda en la práctica diaria efectiva de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y con ello volviendo a resurgir con fuerza los hechos determinantes y la actividad probatoria como técnica clásica de control sobre los actos y decisiones discrecionales de la Administración¹¹.

¹¹ FERNANDEZ-ESPINAR LOPEZ L.C. “La Jurisdicción contencioso-administrativa como proceso de efectiva tutela de los derechos e intereses. El reto de la culminación del pleno control judicial de la administración en la valoración y evaluación de méritos, oposiciones y concursos” en *Los desafíos del Derecho Público en el siglo XXI (Libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz)*, págs..363-396, INAP, Madrid 2019.

Los apartados 5 a 7 del artículo 46.4 de nuestra Ley estatal, recogen con gran detalle las estrictas condiciones para cada uno de los tres grupos de supuestos posibles que pudiere justificar la realización del plan, programa o proyecto, pese a las conclusiones negativas de la evaluación ambiental realizada:

“5. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, las Administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. La concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden sólo podrá declararse para cada supuesto concreto: a) Mediante una ley. b) Mediante acuerdo del Consejo de Ministros, cuando se trate de planes, programas o proyectos que deban ser aprobados o autorizados por la Administración General del Estado, o del órgano de Gobierno de la comunidad autónoma. Dicho acuerdo deberá ser motivado y público.

La adopción de las medidas compensatorias se llevará a cabo, en su caso, durante el procedimiento de evaluación ambiental de planes y programas y de evaluación de impacto ambiental de proyectos, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Dichas medidas se aplicarán en la fase de planificación y ejecución que determine la evaluación ambiental. Las medidas compensatorias adoptadas serán remitidas, por el cauce correspondiente, a la Comisión Europea.

6. En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritaria, señalados como tales en los anexos I y II, únicamente se podrán alegar las siguientes consideraciones: a) Las relacionadas con la salud humana y la seguridad pública. b) Las relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente. c) Otras razones imperiosas de interés público de primer orden, previa consulta a la Comisión Europea.

7. La realización o ejecución de cualquier plan, programa o proyecto que pueda afectar de forma apreciable a especies incluidas en los anexos II o IV que hayan sido catalogadas, en el ámbito estatal o autonómico, como en peligro de extinción, únicamente se podrá llevar a cabo cuando, en ausencia de otras alternativas, concurren causas relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, las relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente u otras razones imperiosas de interés público de primer orden. La justificación del plan, programa o proyecto y la adopción de las correspondientes medidas compensatorias se llevará a cabo conforme a lo previsto en el apartado 5, salvo por lo que se refiere a la remisión de las medidas compensatorias a la Comisión Europea”.

5.2.3. Conexión con la adopción de medidas de forma permanente

El apartado 4 está directamente relacionado con el apartado 2, (apartados 3 y 2 respectivamente de la Directiva) ya que establece un mandato permanente a los poderes públicos para que adopten las medidas necesarias, con independencia de que en un caso concreto se presente un proyecto o un plan, para evitar tanto el “deterioro” de los hábitats naturales y el de las especies en los espacios de la Red Natura 2000, como las “alteraciones” que repercutan en las especies que han motivado la designación de dichas áreas y siempre que las mismas tengan un efecto “apreciable” en relación a los objetivos de la norma.

Sobre el concepto de “deterioro”, hay que entender que un hábitat natural o el hábitat de una especie sufre un deterioro cuando se reduce la superficie que ocupa en el espacio declarado o bien cuando la estructura y las funciones específicas necesarias para su mantenimiento a largo plazo empeoran con respecto a su estado inicial al estado logrado tras su restablecimiento. Esta evaluación se lleva a cabo teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio y de su contribución a la coherencia de la red. Al contrario de lo que ocurre con el deterioro, las “alteraciones” no afectan directamente a las condiciones físicas de un espacio, sino a las especies pudiendo ser temporales (ruido, fuente de luz, etc.). Constituyen parámetros a considerar la intensidad, la duración y la frecuencia de repetición. Pero no es suficiente con cualquier alteración, sino que deben ser alteraciones “apreciables”, pudiendo considerarse apreciables las que están relacionadas con los objetivos de la Directiva, y, en concreto, con el “estado de conservación favorable” de una especie cuya definición se recoge en su art. 1 letra i) en relación con los tres factores determinados en la misma. Caso a caso, habrá que analizar en función de la especie y del momento, si elementos como el ruido, vibraciones o el riesgo de aislar subpoblaciones al bloquear los corredores de comunicación con otras poblaciones pueden provocar alteraciones apreciables para esa especie, tal y como establece el TJUE en su Sentencia de 24 noviembre 2011 (asunto C-404/09) muy citada en la materia en los recursos y sentencias anteriormente analizados sobre parques eólicos, en la medida que podía afectar a especies como el oso pardo y el urogallo, aunque en ese caso los proyectos eran de explotaciones mineras de carbón a cielo abierto, que como es bien sabido son los proyectos de mayor afección ambiental por sus enormes impactos en todos los recursos naturales (agua, aire, suelo, ruidos, etc...). Igualmente, sobre este concepto la Sentencia de 17 de abril 2018 (asunto C-441/17) en relación con las alteraciones sobre especies de aves.

En relación a esta cuestión, se viene planteando cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales de los Estados miembros sobre si en orden a la consideración de que se ha realizado una “adecuada evaluación” del plan o proyecto del 6.3 de la Directiva, puede tenerse en cuenta las diversas medidas ya adoptadas de los apartados 1 y 2 en las áreas especiales de conservación, ZEC y ZEPA respectivamente relativas a “medidas de conservación” y “medidas de prevención”, así como otras medidas específicas y “autónomas”.

Con respecto a la interpretación de esta cuestión, son de interés las últimas sentencias de 26 de abril 2017 (asunto C-142/16), y 25 de julio 2018 (asunto C-164/17), así como la ya citada de 7 de noviembre de 2018 (asuntos C-293/17 y C-294/17) que establecen que una “adecuada evaluación”, con arreglo al artículo 6.3, no puede tener en cuenta la existencia de dichas medidas si no han dado resultados, es decir si los beneficios previstos de las mismas no son ciertos en el momento de esa evaluación: “*según la jurisprudencia*”.

del Tribunal de Justicia, solo cuando existe la certeza suficiente de que una medida contribuirá eficazmente a evitar un perjuicio para la integridad del lugar en cuestión, garantizando que no exista ninguna duda razonable en cuanto a que el plan o proyecto controvertido no perjudicará la integridad de dicho lugar, dicha medida podrá ser tomada en consideración en la «adecuada evaluación» en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva «hábitats»”.

5.2.4. La adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio

Y llegamos así a la cuestión determinante del ulterior control judicial de la discrecionalidad técnica de la Administración en orden a la adecuación o no a la normativa, y a su debida interpretación, en la evaluación realizada del plan, programa o del proyecto en cuestión.

Como ya hemos señalado el Anexo VI, parte A punto 8, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental se recogen en relación a los estudios de impacto ambiental de proyectos todos los aspectos que deben recogerse sobre esta cuestión en dichos estudios, y que a continuación deberán tener su adecuado reflejo y concreción en la correspondiente declaración de impacto ambiental. Entre ellos, destaca el apartado b) *“Identificación, caracterización y cuantificación de los impactos del proyecto sobre el estado de conservación de los hábitats y especies por los que se ha designado el lugar, sobre el resto de los objetivos de conservación especificados en el correspondiente plan de gestión, y en su caso sobre la conectividad con otros espacios y sobre los demás elementos que otorgan particular importancia al espacio en el contexto de la Red y contribuyen a su coherencia”.*

Estos en definitiva son los aspectos que el Tribunal Supremo en las reiteradas sentencias analizadas de 2015 y 2017 sobre los tres parques eólicos en León ha considerado que, sin que todavía fuera de aplicación esta determinación en los términos literales expresados, al no estar en vigor en la fecha de las evaluaciones realizadas de dichos parques, no se habían cumplido por lo que entiende que no se había llevado a cabo la adecuada evaluación.

Sin embargo, y como hemos visto, estas determinaciones no son de aplicación en la evaluación simplificada de proyectos que sólo hace mención, sin mayor determinación, al requisito de que el promotor incorpore en el documento ambiental, un apartado relativo a los *“Criterios para la determinación de la existencia de perjuicio a la integridad del espacio”.*

Con respecto a los Planes y programas, el Anexo IV de la Ley 21/2013, establece en relación al contenido del estudio ambiental estratégico, y en su punto 4, sin mayor determinación, que se deberá incluir *“Cualquier problema*

medioambiental existente que sea relevante para el plan o programa, incluyendo en particular los problemas relacionados con cualquier zona de especial importancia medioambiental, como las zonas designadas de conformidad con la legislación aplicable sobre espacios naturales y especies protegidas y los espacios protegidos de la Red Natura 2000”.

Sobre esta determinante cuestión en orden al mantenimiento y no anulación de la autorización otorgada ante un posible recurso contencioso, se deberían tener en cuenta para cualquier evaluación sobre dichos lugares los siguientes criterios de control interno por los promotores y la Administración, y de control externo posterior por los órganos judiciales, en relación al contenido de la evaluación del plan, programa o del proyecto de parque eólico.

5.2.4.1. Requisitos de una adecuada evaluación

Siendo la finalidad de la evaluación valorar las posibles repercusiones de un plan, un programa o un proyecto respecto a los objetivos de conservación de un lugar, de forma individual o en combinación con otros planes, programas o proyectos, dicha evaluación debe centrarse específicamente en los hábitats o especies que han motivado su declaración como espacio Natura 2000.

Y necesariamente conectado con lo anterior, como una relación de causa-efecto, una evaluación será adecuada si las autoridades pueden concluir con total seguridad que no se producirán efectos perjudiciales para la integridad del espacio. Como en numerosas ocasiones ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como principio general en su interpretación de la Directiva *Hábitats* en relación con la evaluación de proyectos, la carga de la prueba consiste, por tanto, en que los Estados miembro deben demostrar no la existencia de efectos perjudiciales, sino su inexistencia, en consonancia con el principio de cautela (Sentencia 5 de mayo 1998 asunto C-157/96).

De ello se desprende que la evaluación adecuada debe ser lo suficientemente detallada y estar lo suficientemente motivada para demostrar la inexistencia de efectos perjudiciales a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia. Si persiste algún tipo de duda sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la integridad del lugar vinculados al plan o proyecto objeto de examen, la autoridad competente deberá denegar la autorización. Así, la Sentencia 7 de septiembre 2004 asunto C-127/02, establece que: “el criterio de autorización previsto en el artículo 6, apartado 3, segunda frase, de la Directiva sobre los hábitats incluye el principio de cautela [...] y permite evitar de manera eficaz cualquier daño que los planes o proyectos previstos puedan causar a la integridad de los lugares protegidos. Un criterio de autorización menos estricto que aquel de que se trata no puede garantizar de una forma igualmente eficaz la consecución del objetivo de proteger los lugares perseguido por dicha disposición” (apartado 58).

La presunción de legalidad del acto administrativo en este caso implica la adecuada constancia en la evaluación realizada de una serie de aspectos que lleve al posible ulterior control judicial “contrastar” que dicha presunción puede seguir manteniéndose, quedando en el ámbito propio de la decisión administrativa y, en su competencia y margen de apreciación, su valoración razonada y fundamentada que tiene la certeza de que no se producirán efectos perjudiciales para la integridad del espacio.

Entre otros, destacamos los pronunciamientos del TJUE en los siguientes casos: C-157/96, C-127/02, C-239/04, C-304/05, C-560/08, C-404/09, C-43/10, C-142/16, C-164/17, C-293/17-294/17, C-441/17 y C-461/17¹².

Para ello, y a modo de resumen:

-La evaluación debe incluir todos los elementos que contribuyan a la integridad del espacio.

-La evaluación debe incluir una descripción detallada de todos los posibles efectos que puedan incidir de forma significativa en el lugar, aplicando las mejores técnicas y métodos científicos disponibles específicos para las características del espacio Natura 2000 en orden a determinar el alcance de los posibles efectos.

-La evaluación deberá tener en cuenta los posibles efectos acumulativos y de otro tipo que puedan derivarse de la acción combinada del plan o proyecto objeto de evaluación con otros planes o proyectos. Su evaluación debe contemplarse como parte del conjunto de la evaluación y no como un mero apunte secundario al final del proceso de evaluación.

-Los efectos acumulativos a menudo sólo se producen con el paso del tiempo, por lo que se deberían considerar los planes o proyectos ya concluidos, los que están autorizados, pero aún no se han concluido, y los que están propuestos.

-La evaluación no será adecuada si faltan información y datos fiables y actualizados sobre los hábitats y las especies del lugar.

-La evaluación debe estar debidamente motivada y justificada sin que pueda consistir en una mera opinión positiva o negativa.

¹² Ver los comentarios a las dos últimas sentencias de 7 noviembre de 2018 en RUIZ DE APODACA, A.M^a. “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 7 de noviembre 2018, asuntos C-293/17 y C-294/17, por la que se resuelven cuestiones prejudiciales en relación con la interpretación de la Directiva de Hábitats”, *Actualidad Jurídica Ambiental* n° 85 (Diciembre), 2018, págs. 74-79, y “Sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea (Sala Segunda), de 7 de noviembre 2018, asunto C-461/17, por la que se resuelve cuestión prejudicial en relación con la interpretación de la Directiva de Hábitats y la Directiva de evaluación de impacto ambiental de proyectos”, op.cit. págs. 80-84.

-La evaluación debe contener constataciones y conclusiones completas, precisas y definitivas que puedan despejar cualquier duda científica razonable sobre los efectos en el lugar afectado.

Es, en definitiva, lo que nuestro Tribunal Supremo entiende con la expresión “*indicaciones suficientes*”, hecho determinante que debe constar en el expediente, que utiliza en las Sentencias analizadas y reiteradas en el presente trabajo de fecha 13 de julio 2015, 5 de abril 2017 y 5 de mayo 2017 relativas a los tres parques eólicos en León cuyas autorizaciones anula, dando un giro de 180 grados a la errónea doctrina de fragmentación de los parques eólicos en que se fundamentaban las sentencias del Tribunal Superior de Justicia y orientando la anulación de las declaraciones de impacto ambiental, realizadas y consiguientemente las autorizaciones, en estos tres casos sobre los que se pronuncia, en la mucho más razonable Doctrina sobre la necesaria evaluación de los “*efectos sinérgicos y acumulativos*” que podían ocasionar dichos proyectos.

Exigencia para la Administración Pública sobre la debida existencia y constancia de *indicaciones suficientes*, que permitan comprobar que las repercusiones del proyecto sobre los diferentes factores ya citados, recogidos en el actual art. 35.1 c) de la Ley de Evaluación Ambiental, hayan sido efectivamente valoradas o, como expresa la jurisprudencia europea sobre los efectos sinérgicos y acumulativos que puedan afectar a las zonas ya declaradas como ZEC y ZEPA de los artículos 6.3 y 7 respectivamente de la Directiva 92/43, que previo al otorgamiento de las autorizaciones de los *proyectos* “*bayan sido identificados, a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia, todos los aspectos....que puedan afectar a los objetivos de conservación...*” ya que, según establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del artículo 6.3 de la Directiva 92/43, “*cuando haya incertidumbre sobre la inexistencia de tales efectos, dichas autoridades deberán denegar la autorización solicitada*”¹³.

¹³ Así, se expresa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de de 15 de diciembre 2011, recaída en el caso 560/2008 (Comisión contra España): “En cuanto al concepto de «adecuada evaluación» en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 92/43, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicha evaluación debe entenderse de modo que las autoridades competentes puedan tener la certeza de que un plan o proyecto no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate, ya que, cuando haya incertidumbre sobre la inexistencia de tales efectos, dichas autoridades deberán denegar la autorización solicitada (véase la sentencia de 20 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-304/05 , Rec. p. I.7495, apartado 58). (...) Pues bien, de los apartados 99 a 103 de la presente sentencia se desprende que las autoridades españolas no evaluaron los efectos indirectos y acumulativos sobre el medio ambiente de los proyectos de duplicación de los tramos 1 y 4 de la carretera M.501. (...) De ello se deriva que no puede considerarse que las mencionadas autoridades evaluaran las repercusiones que los citados proyectos podían tener sobre la ZEPA «Encinares del río Alberche y río Cofio» de modo que les permitiera tener la certeza de que no causarían, individualmente o en combinación con otros proyectos, perjuicios a la integridad de dicha ZEPA”.

Con ello, el Tribunal Supremo aplica la jurisprudencia europea, recordando dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la de 24 de noviembre 2011, caso 404/09, que trata precisamente los posibles efectos acumulativos de los diferentes proyectos sobre la población de urogallos, y la de 15 diciembre 2011, caso 560/09, sobre los proyectos de duplicación de los tramos 1 y 4 de la carretera M.501 referidas a afecciones en ZEPAS ya declaradas: Dice así, la primera de ellas sobre la población de urogallos: "(...) las evaluaciones de impacto ambiental efectuadas antes de la aprobación de los proyectos (...) no incluyen análisis alguno de los posibles efectos acumulativos de las diferentes explotaciones sobre el urogallo, pese a que, en este caso, tal análisis era obligado. Asimismo, esas evaluaciones tampoco contienen indicaciones suficientes que permitan comprobar que las repercusiones de dichas explotaciones sobre la población de urogallos existente en la ZEPA del Alto Sil hayan sido efectivamente valoradas. Por lo tanto, no puede considerarse que, antes de la autorización de aquellas explotaciones, hayan sido identificados, a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia, todos los aspectos del plan o del proyecto que, por sí solos o en combinación con otros planes o proyectos, puedan afectar a los objetivos de conservación del Alto Sil. Por consiguiente, las autorizaciones de dichos proyectos no se ajustaban a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats".

Las reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo en este aspecto rechazan un argumento poco afortunado de los recurrentes que para satisfacer las exigencias de una "evaluación adecuada" bastaría con constatar la existencia del urogallo en las proximidades del parque "pero no en su lugar de construcción", y ello aunque dicho entorno esté declarado como ZEPA y como LIC, volviendo a reiterar el Tribunal Supremo el espíritu de la norma lejos de cuestiones meramente léxicas sobre el nombre de los documentos exigibles sino la debida evaluación de los factores que obliga la normativa, y en este caso además especialmente sobre la especie protegida del urogallo: "Lo importante no es que resulte exigible un estudio de avifauna como tal propiamente dicho, con esta u otra denominación (en este extremo no le falta razón a la Junta de Castilla y León). Pero lo que sí hay que considerar insuficiente es limitarse a recoger dentro del estudio (folios 908 y ss.) en una especie de listado o inventario la existencia del urogallo en las inmediaciones, sin contemplar su comportamiento y los criterios a emplear en su seguimiento y evolución, la periodicidad, frecuencia o duración de los controles, etc." ¹⁴.

¹⁴ Las tres sentencias reiteradas del Tribunal Supremo responden así a lo que era un motivo de impugnación de los recurrentes: "Se defiende así en el segundo motivo el cumplimiento de la normativa vigente y, dentro de ella, en concreto, la inclusión en el estudio de impacto ambiental, dentro del inventario ambiental, de un inventario de aves, refiriendo expresamente la toma de datos de fuentes bibliográficas, la toma de datos de los inventarios existentes y los datos tomados en censos realizados sobre el terreno en visitas de campo; sin que el hecho de no aparecer como tal denominación el estudio de avifauna requerido por el dictamen medioambiental no significa que no esté realizado".

5.2.4.2. Los objetivos de conservación del lugar y el concepto de su integridad

Como ya hemos indicado, la finalidad de la evaluación es valorar las posibles repercusiones de un plan, un programa o un proyecto sobre los objetivos de conservación de un lugar, siendo estos objetivos la referencia para valorar dichos efectos y repercusiones. El artículo 6 apartado 3 de la Directiva tiene por ello estrecha relación con el 1 y 2 ya que los objetivos de conservación también están estrechamente relacionados con estos dos apartados.

En el preámbulo de la Directiva se hace referencia en varias ocasiones al concepto de *objetivos de conservación* que, en el artículo 6.3 se menciona de forma explícita. Las medidas adoptadas en el marco de la Directiva pretenden conseguir que las especies y tipos de hábitats a los que se refiere lleguen a un *estado de conservación favorable*, es decir, que su supervivencia a largo plazo quede garantizada en la totalidad de su área de distribución natural dentro de la UE.

Sin embargo, el objetivo general de lograr un estado de conservación favorable para todos los tipos de hábitats y las especies de los anexos I y II de la Directiva hábitats ha de traducirse en objetivos de conservación para espacios concretos. Hay que distinguir, pues, entre los objetivos de conservación para espacios concretos y el objetivo global de alcanzar un estado de conservación favorable.

Los objetivos de conservación se refieren a todas las especies y tipos de hábitats que hayan motivado la declaración del espacio de acuerdo con la Directiva hábitats, o bien con su clasificación según la Directiva sobre aves, y pueden reflejar las prioridades para un espacio. En el asunto C-241/08, el TJUE concluyó que los objetivos de conservación y de restablecimiento en el marco de la red Natura 2000 pueden exigir la resolución de conflictos entre distintos objetivos.

En definitiva, el Tribunal de Justicia ha establecido que no cabe considerar que un plan o proyecto puede afectar de forma significativa a un espacio natura 2000 cuando a pesar de tener alguna repercusión sobre éste, no puede comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar. Y a la inversa, debe considerarse que puede afectar de manera significativa al lugar de que se trate, cuando pueda comprometer sus objetivos de conservación (C-127/02).

Por otra parte, el concepto de *“integridad del lugar”*, está directamente vinculado con los objetivos de conservación de dicho lugar. La integridad de un lugar engloba sus características y sus funciones ecológicas que hacen posible que se mantengan los hábitats o las poblaciones de especies que han motivado su declaración.

Por ello, si ninguno de los tipos de hábitats o las especies que hayan motivado la declaración de un espacio van a verse afectados de manera significativa, no se puede considerar que la integridad del lugar vaya a resultar perjudicada. Sin embargo, basta con que solo un tipo de hábitat o una especie vaya a sufrir efectos notables, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del lugar, para que deba considerarse que la integridad del lugar sí resultará perjudicada.

Así, el Tribunal defiende este punto en su sentencia de 11 de abril 2003 en el asunto C-258/11: “[E]l artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats debe interpretarse en el sentido de que un plan o un proyecto sin relación directa con la gestión de un lugar o que no sea necesario para esta causará perjuicio a la integridad de dicho lugar si puede impedir el mantenimiento sostenible de las características constitutivas del lugar en cuestión relativas a la existencia de un hábitat natural prioritario cuya conservación haya justificado la inclusión de dicho lugar en la lista de LIC, en el sentido de esta Directiva. A los efectos de esta apreciación procede aplicar el principio de cautela”. Siguiendo esta interpretación del Tribunal, se viene entendiendo que la misma sería aplicable también a tipos de hábitats no prioritarios y los hábitats de especies.

5.2.4.3. La evaluación por separado y en conjunto de cada uno de los elementos y con base en criterios objetivos y cuantificables

Finalmente son dos los aspectos finales que, en cualquier proyecto, pero especialmente en relación con los parques eólicos deberían tenerse muy en cuenta en la evaluación. El primero de ellos, requiere el análisis por separado de los efectos de cada uno de los elementos del proyecto en relación con cada uno de los tipos de hábitats o especies que hayan motivado la declaración del lugar donde debe centrarse principalmente la evaluación, aunque no hay que olvidar que también se producen interacciones entre estos elementos clave y otras especies y hábitats sobre todo si se trata de especies típicas del hábitat en cuestión o forman parte de su cadena alimentaria, así como con el entorno físico. A continuación, se deberán analizar de forma conjunta todos los elementos entre sí y determinar las interacciones entre todos ellos.

Como establece el Tribunal en su Sentencia de 7 de septiembre 2004, en el caso 127/02, “[e]n el marco de la apreciación prospectiva de los efectos vinculados a dicho plan o proyecto, debe determinarse el carácter significativo de estos efectos, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por aquel plan o proyecto”.

En el caso de los parques eólicos, éste ha sido uno de los conflictos más significativos y de disputas entre las partes sobre las repercusiones en la avifauna. Así, todo tipo de dictámenes periciales en los procedimientos

contenciosos, tanto de la parte demandante como demandada, se han ido fijando en aspectos parciales, y solamente de alguno de ellos generalmente, del efecto de un aerogenerador, tendido eléctrico aéreo, riesgo o no de colisión, etc....sobre su repercusión de determinada especie, pero sin analizar detalladamente la existencia o no de posibles repercusiones a causa de todas las instalaciones así como la fragmentación posible del hábitat, el denominado efecto barrera, etc... La consecuencia de ello siempre ha sido perjudicial para los dos demandados, Administración pública y empresa promotora, bastando con que el demandante pusiera de manifiesto tal carencia, aunque no demostrara nada de la real existencia de dichos efectos perjudiciales.

Y, el segundo aspecto que debe tenerse muy en cuenta es que la evaluación de los efectos debe basarse en criterios objetivos y, siendo ello cada vez más posible de conformidad con el gran avance de los conocimientos científicos, que sean cuantificables y con el máximo grado de certeza posible de la predicción. En el caso de los parques eólicos, y a diferencia de otros proyectos mucho más complejos en orden a sus repercusiones sobre los hábitats y especies, las evaluaciones pueden perfectamente llevarse a cabo de esta manera y sólo es necesario que exista conciencia e interés por parte de las Administraciones Públicas y de los promotores.

6. CONCLUSIONES

1ª. El tema elegido en el presente trabajo, sobre el desarrollo de instalaciones de producción de energía eléctrica a través de la energía eólica, no es una actividad económica más que debe ser objeto de evaluación ambiental como tantos otros proyectos, planes y programas, sino que debe ser contemplada como una parte decisiva de la alternativa a corto plazo que constituyen las energías renovables para salvar nuestra atmósfera, nuestro planeta y ya actualmente la salud de las personas, de las gravísimas consecuencias de las emisiones de gases ocasionados por la utilización de combustibles fósiles para la necesaria producción de energía eléctrica y para todos los demás usos.

Por tanto, constituye un tema de interés prioritario a nivel internacional, europeo y en España, basado exclusivamente en datos científicos y no en meras opiniones, y que debe estar totalmente alejado de posiciones e intereses parciales ya que debe ser de interés de todos. En definitiva, debería ser uno de los denominados “temas de Estado” y, por ello, tener dicha calificación de prioritario, a los efectos de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde su pionera Sentencia 64/82 recordada en el presente trabajo, con sus consecuencias jurídicas tanto en la normativa como en la jurisprudencia ordinaria de nuestros juicios y tribunales.

El Derecho y los juristas debemos intentar solucionar los problemas que van surgiendo, aunque aparentemente presenten, o nos los quieran presentar algunos interesadamente (así sucedió cuando surgió internet y todos los problemas jurídicos nuevos que planteó, al igual que las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación) como irreconciliables y sin solución. Para ello, la estrecha colaboración con los científicos y técnicos mediante equipos multidisciplinares es absolutamente imprescindible.

Y uno de los caracteres del Derecho, como es bien conocido, es su gran *capacidad de conformación social*. El Derecho es una herramienta poderosísima para conformar una sociedad pero para ello, en primer lugar, la sociedad de un Estado de Derecho necesita representantes de los tres poderes, empezando sin duda por el legislativo, que realmente sean conscientes de la actual situación de amenaza real, no ya sólo potencial, para la actual salud de las personas, y no sólo lo dilaten a “nuestras generaciones futuras”, y que en consecuencia orienten y aprueben las leyes, gobiernen, y dicten sentencias con el objetivo a corto plazo de terminar con la carbonización de nuestra economía mediante la utilización de energías renovables.

En la actual situación, está en juego una especie vulnerable, la especie humana, que en la mayoría de las ocasiones la normativa ambiental olvida, -como ha destacado muy acertadamente parte de la doctrina sensibilizada con esta cuestión y que ha introducido el “*concepto jurídico de vulnerabilidad*” en el debate doctrinal-, únicamente asignando la consideración de vulnerable a algunas especies de fauna y flora como subcategoría dentro de las especies amenazadas, a algunos hábitats y a los recursos naturales como el aire, el agua, las costas o los suelos. Como ha destacado ALENZA GARCÍA, J.F., el hecho de no aludir a la vulnerabilidad en relación con las personas y de los grupos en los que se integran constituye un grave déficit de comprensión de las consecuencias que tiene la degradación ambiental¹⁵.

2ª.- La discrecionalidad técnica de la Administración en su toma de decisiones, basada en el juicio técnico emitido por sus órganos especializados, sólo se puede fundamentar en los conocimientos de las ciencias y en los avances científicos que deben impregnar cada uno de los actos administrativos sobre

¹⁵ Así, ALENZA GARCÍA J.F. “*Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad*” en *Los desafíos del Derecho Público... op. cit.*, págs.39 a 61, quien señala de forma muy sugerente que habría que corregir el exceso y abuso en la utilización del término vulnerabilidad, de tal manera que “*habría que reconducirlo hacia su sentido originario y etimológico, es decir restringirlo a las personas y grupos de personas. Los objetos, infraestructuras, ecosistemas y otras realidades podrían ser descritas con otras expresiones (fragilidad, debilidad, delicadeza)*”. Esta reconsideración permitiría, además, poner de relieve algunas carencias que se están ya detectando en la normativa que se refiere a la vulnerabilidad”. Además, SORO MATEO, B. “*La vulnerabilidad en derecho ambiental*” en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 42, 2019, págs.11-18.

materias técnicas que aprueban cada día. Y, no cabe duda ya, lejos de cualquier fundamentalismo sino basado en numerosos estudios e informes científicos y médicos del máximo nivel, que la actual contaminación del aire que respiramos supone un daño, y no sólo una mera amenaza, a la salud de las personas y que además es acumulativo con el paso de los años.

No podemos olvidar en este aspecto que los documentos internacionales, las normas de la Unión Europea y nuestra propia Constitución fundamentan la protección medioambiental en una clara visión “antropocéntrica”, situando en el centro de la protección ambiental a la persona humana y su calidad de vida, frente a la otra corriente que es la “biocéntrica”, cuyo centro, en cambio, es la protección de las especies y para la que tienen el mismo valor y, por ello, merecen el mismo respeto moral que el hombre. Así, manifiesto ejemplo del fundamento antropocéntrico en los textos internacionales es la consagración del derecho al medio ambiente entre los derechos de los ciudadanos, y su plasmación en el artículo 45 CE que establece el derecho a disfrutar de un medio ambiente “*adecuado para el desarrollo de la persona*” así como “*mejorar la calidad de la vida*” como finalidad y objetivo de la obligación, que dirige a los poderes públicos, de velar por la utilización racional de los recursos naturales.

Es, en definitiva, el concepto de medio ambiente más amplio que defienden los científicos como RAMOS FERNANDEZ, A., pionero en los estudios sobre medio ambiente natural, conservación de la naturaleza y evaluación científica de los impactos ambientales, y que desde sus diversos enfoques como ecólogos, concepto distinto de ecologista, se han ocupado del Medio Ambiente, siendo definido como: “*El conjunto de condiciones externas que afectan al comportamiento de un sistema natural o creado por el hombre*”.

En pocas palabras, el medio ambiente podría definirse como “el escenario del ecosistema”, y en un vocablo como hábitat, que a su vez sería “el ambiente o conjunto de factores mesológicos (luz, clima, suelo, etc..) en los que se desarrolla una biocenosis”¹⁶. Por ello, en todas las cuestiones (ecológicas,

¹⁶ RAMOS FERNANDEZ, A, “*Por qué la Conservación de la Naturaleza*”, (Discurso en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales), 156 páginas, Ed. Fundación Conde del Valle de Salazar, Madrid 1993, que fuera Catedrático, maestro y pionero en España en la evaluación científica de los impactos ambientales, así como de los estudios sobre el medio ambiente natural y conservación de la naturaleza, y de la ecología paisajística y planificación física. Y, con un gran sentido común basado en sus grandes conocimientos científicos, ante los aparentes conflictos entre la conservación de la naturaleza y los necesarios cambios y avances tecnológicos, siempre mantenía dos ideas clave: no hay Conservación de la naturaleza si no hay desarrollo, y la Conservación de la naturaleza no es un fin sino un medio indispensable para el verdadero progreso humano: “*El progreso puede aducir, sobre todo, contundentemente, que los propios problemas de la Conservación, la misma responsabilidad ante la naturaleza, empujan a apostar por él, pues crédito merece cuando hay que pasar a los hechos: tan es así que en los enfoques más científicos y realistas de la Conservación se ha llegado*

jurídicas, sociales, etc..) relativas a la Conservación de la Naturaleza hay que tener en cuenta dos premisas fundamentales: no hay Conservación de la naturaleza si no hay desarrollo, y la Conservación de la naturaleza no es un fin sino un medio indispensable para el verdadero progreso humano:

La realidad científica y los mejores profesionales médicos acreditan, desde hace años, que hemos llegado a una situación crítica en la que la salud de las personas se encuentra o bien ya seriamente dañada como en algunos países como China o India, o bien seriamente amenazada como en el resto de los países. Desde el punto de vista de la vulnerabilidad ya no cabría hablar siquiera ni de personas o grupos de personas vulnerables sino de todas las personas, y desde el derecho ambiental y sus principios esenciales, ya no cabe hablar siquiera de los principios de cautela y precaución sino de la existencia de un daño real a la salud de las personas en la utilización de combustibles fósiles y de producción de energía eléctrica con la quema de los mismos, por lo que debe invertirse la carga de la prueba siendo totalmente necesario “tener la certeza” de que dichos daños no se van a producir tomando todas las medidas necesarias. Entre esas medidas, está la única alternativa a corto plazo como es la decidida apuesta por las energías renovables y la descarbonización de los procesos de producción y de nuestra economía.

La salud de las personas se encuentra ya seriamente dañada por el aire contaminado que respiramos. Es ya una realidad que más de la mitad de la población vive en países que están por encima de los niveles admisibles para nuestra salud. No vemos los contaminantes que existen en el aire, aunque el cielo esté azul. Las finas partículas en suspensión que respiramos en las ciudades, en gran parte proceden de restos de combustibles fósiles que no se han quemado. Sus efectos en nuestra salud son ya una realidad médica y el precio que estamos pagando por una economía pujante carbonizada.

Respirar aire contaminado afecta a los pulmones y su color rosáceo se va ennegreciendo, dependiendo de la exposición diaria a la polución, provocando problemas serios de respiración, pero también ya cáncer pulmonar en no fumadores. Pero no sólo afecta a los pulmones, sino que existen ya estudios científicos serios recientes desde 2016 que acreditan que también pueden introducirse en nuestro cerebro, bien protegido por la barrera hematoencefálica, por el único sitio posible como son los nervios olfativos,

*a reconocer, porque lo contrario sería una irresponsabilidad que no habrá conservación si no hay desarrollo (...). La Conservación no es un fin en sí mismo, sino un medio, bien que indispensable, para el **verdadero** progreso humano, pues conforme a naturaleza no equivale a lo que es espontáneamente natural sino precisamente a aquello que lleva a su plenitud el concepto de racionalidad (SPAEMANN, R. “Lo natural y lo racional” 1989): su fuerza está en ese verdadero que hemos subrayado. Sin la Conservación, sin la consideración cuidadosa, respetuosa, solidaria, de las realidades naturales, incluidas las humanas, el desarrollo no será verdadero progreso”.*

detectándose en dichos estudios nanopartículas de magnetita, mineral de hierro fuertemente magnético, procedentes de fuentes de origen externo, así como incluso de platino, que dañan las células cerebrales causando enfermedades neurodegenerativas en diversos grados, y contribuyendo por ejemplo a acelerar la enfermedad de Alzheimer u otros tipos de demencia¹⁷.

3ª.- Hace ya más de diez años, nuestro propio Tribunal Supremo se posicionaba claramente al enjuiciar recursos contenciosos contra autorizaciones de parques eólicos, basados estrictamente en motivos de protección de especies, a favor de la importancia de la energía eólica diciendo literalmente como conclusión: *“cuyo desarrollo e incremento constituye un objetivo legal prioritario”*. Así, se expresaba, entre otras, en su Sentencia de 30 de abril de 2008, y, además debemos resaltarlo aquí, dicha conclusión se basaba en una previa fundamentación estrictamente ambiental relativa a la necesaria, ya entonces, disminución de los gases efecto invernadero: *“Esta Sala ha reconocido en numerosas ocasiones la función medioambiental que desempeñan las energías renovables en cuanto contribuyen a reducir la dependencia de los combustibles fósiles y, en esa misma medida, a disminuir las emisiones nocivas de gases de efecto invernadero”*.

Por ello, el panorama judicial que hemos ido analizando en el presente trabajo de forma exhaustiva y entrando en el detalle, también procesal y de los hechos y no sólo de exposición de los fundamentos jurídicos, de las últimas sentencias de diversos órganos judiciales que anulan autorizaciones de parques eólicos en explotación y sus previas declaraciones de impacto ambiental, así como también del propio Tribunal Supremo en casación a partir de 2015, “es inexplicable” en expresión reiterada ya no sólo de las empresas afectadas titulares de los parques sino de las propias Administraciones Públicas que

¹⁷ MAHER, B.A. et al.. *“Magnetite pollution nanoparticles in the human brain”*, Ed. Weizmann Institute of Science, Rehovot, Israel, publicado por primera vez el 6 de septiembre de 2016.

Hace más de veinte años, en 1992, investigadores de Estados Unidos (Kirschvink J.L. et al..) descubrieron por vez primera en el cerebro humano nanopartículas formadas de magnetita, mineral de hierro fuertemente magnético. Sin embargo, el Grupo formado por nueve investigadores multidisciplinar de las Universidades de Lancaster, Oxford, Manchester, Montana y Méjico, por vez primera han descubierto recientemente la presencia en el cerebro de un grupo de 37 personas fallecidas, que habían vivido 29 de ellas en la Ciudad de México, notoriamente contaminada, y 8 en Manchester a causa de enfermedades degenerativas, otro tipo de nanomagnetitas que constituyen una población separada de las inicialmente descubiertas en 1992 atribuidas a fuentes endógenas, y que son consistentes con la formación a alta temperatura, por lo que no pueden ser endógenas sino que proceden de una fuente externa. Este tipo de magnetitas cerebrales detectadas que forman una población de nanopartículas a alta temperatura, son ubicuas y abundantes en la contaminación por partículas en el aire. Surgen como partículas ricas en hierro derivadas de la combustión, a menudo asociadas con otras partículas de metales de transición, que se condensan y/u oxidan en la liberación en el aire. Esas partículas que tienen <200 nm de diámetro pueden introducirse directamente en el cerebro a través del bulbo olfativo.

tienen la competencia legal para otorgar las autorizaciones. Y efectivamente es así.

Inexplicable, la aplicación a los proyectos de parques eólicos de la interpretación muy estricta y exigente, como hemos visto con detalle, que va realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que contiene el artículo 6 de la Directiva 92/43 sobre los hábitats en relación a las posibles repercusiones de los proyectos en los espacios de la Red Natura 2000, ya que no se puede tratar de forma igual aplicando los mismos criterios a los proyectos de parques eólicos y a todos los demás proyectos ya que los bienes en juego en unos y otros proyectos no tienen el mismo valor, puesto que los parques eólicos pretenden precisamente ser la alternativa para salvar nuestro clima de la utilización de combustibles fósiles como fuente de producción de energía eléctrica, por lo que su objetivo y finalidad es precisamente ambiental. Y, además, como hemos mencionado para preservar la salud de las personas de las partículas en el aire que dañan directamente nuestros pulmones y otros órganos vitales.

Así, conceptos indeterminados como la “inadecuación” de la evaluación practicada, la “insuficiencia” de indicaciones, la no realización de un examen “suficiente” de las posibles alteraciones, que pueda afectar “de forma apreciable” a un espacio o especie, la no existencia de “certeza” y “total seguridad” que no existirán efectos perjudiciales para la “integridad del lugar”, que sigan existiendo “dudas” científicas sobre la inexistencia de tales efectos, etc....posibilitan, sin lugar a dudas, que los órganos judiciales puedan anular, de forma contradictoria entre ellos, y después de varios años, declaraciones de impacto ambiental y autorizaciones otorgadas a instalaciones de parques eólicos (aerogeneradores, infraestructuras de evacuación de la energía producida, subestaciones transformadoras) en funcionamiento, creando una gran desconfianza en las empresas eléctricas promotoras, y representando esta situación un importante obstáculo al desarrollo en España de la energía eólica como apuesta estratégica en la política energética de los próximos años.

La indudable indeterminación existente, y la quiebra de la doctrina de la discrecionalidad técnica, que hasta ahora venía funcionando como inmunidad en la práctica del juicio técnico de la Administración en todo lo relativo a las materias de evaluación, conlleva además que nada garantice que, ante una nueva modificación de la declaración de impacto ambiental de un proyecto para tratar de corregir los presuntos defectos de la anterior declaración señalados de forma genérica por la sentencia, los recurrentes habituales vuelvan a hacerlo y, como ya ha sucedido, el órgano judicial vuelva a dictar una sentencia de anulación de la nueva resolución con la modificación de la declaración de impacto ambiental y del proyecto de parque.

4ª.- Como solución, sería necesaria una revisión del posicionamiento de la Unión Europea sobre esta cuestión ya que habría que compatibilizar de verdad la apuesta por el desarrollo de la energía eólica y el interés prioritario por el clima, la especie humana y su salud, con el interés por la protección de los hábitats y las especies, reposicionando los criterios del TJUE para los proyectos de energías renovables y, en concreto, de energía eólica. Y, de otra, consecuentemente, en virtud del principio de subsidiariedad en su aplicación a esta cuestión ambiental, serían los Estados miembros de acuerdo con sus circunstancias del estado de su atmósfera, salud de las personas afectadas, y estado de la biodiversidad en su territorio los que deberían establecer determinaciones, que ahora no existen, legales y reglamentarias, sobre los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que sirvan en aplicación del principio de seguridad jurídica a todas las partes implicadas en la concreta evaluación del proyecto de la instalación eólica.

En segundo lugar, el mismo criterio antes expuesto, y por los mismos motivos, debería aplicarse en los casos de proyectos de parques eólicos que no afecten a la Red Natura 2000, ya que no se puede pretender equiparar a todos los niveles en las evaluaciones de impacto ambiental los proyectos de parques eólicos con los demás proyectos de gran incidencia ambiental, y que por ello figuran en los Anexos de las Directivas y de la Ley estatal vigente 21/2013.

5ª.- E inexplicable también desde el análisis jurídico, lo que ha sucedido en estos últimos años en relación a las sentencias, analizadas en el presente trabajo, dictadas por nuestros órganos judiciales, según el contraste con los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica así como con la hasta ahora rocosa e impenetrable doctrina de la discrecionalidad técnica desde donde hemos analizado con detalle las sentencias del Tribunal Supremo que confirman la anulación de las autorizaciones otorgadas. De una parte, las mismas suponen, como hemos visto, una contradicción con las propias sentencias anteriores del Tribunal Supremo al optar por “salir del paso” y enfocar la desestimación de los recursos de casación desde otra perspectiva muy fácil, con un amplísimo espectro de discrecionalidad de apreciación por el órgano judicial, como es “el contenido adecuado o no” de las declaraciones de impacto ambientales sin revisar además las pruebas practicadas en la instancia inferior al tratarse de un recurso de casación, lo que le ha permitido al Tribunal Supremo no entrar a analizar la manifiesta doctrina errónea y reiterada sobre fragmentación de parques y el concepto unitario de parque eólico, en la que se fundamentaban realmente tanto los recursos contencioso-administrativos como las sentencias analizadas de la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, reiterando esta Sala su misma errónea doctrina en posteriores sentencias muy recientes.

Y, de otra, estas Sentencias anulatorias de autorizaciones de parques eólicos entran en contradicción con otras sentencias del propio Tribunal Supremo con la misma causa, objeto y argumentos de los recurrentes, como hemos visto, pero que “sensu contrario” han sido dictadas confirmando el Tribunal Supremo las sentencias procedentes de otras Salas de lo contencioso y las autorizaciones otorgadas, bien de otros Tribunales Superiores, o incluso del propio Tribunal de Castilla y León pero de la Sala con sede en Burgos. Se ha creado así una situación nada deseable y de gran confusión doctrinal ya que en este caso es posible que el mismo Tribunal de Justicia, dependiendo de la sede de la Sala, dicte Sentencias con doctrinas totalmente contrapuestas sobre el verdadero eje central de los argumentos de las Demandas consistente en la invocación errónea que ha habido fragmentación de parques, cuando de acuerdo con la propia normativa de evaluación ambiental y del sector eléctrico no la ha habido.

6ª.- Finalmente, teniendo en cuenta todo lo anterior y la nada deseable experiencia de las sentencias anteriormente vistas de anulación de autorizaciones, y hasta que la necesaria coherencia, con las repercusiones jurídicas de revisión indicadas, sea una realidad en la Unión Europea y en España sobre el objetivo prioritario del desarrollo de las energías renovables y la preservación de la salud de las personas con la descarbonización total de nuestra economía, las empresas promotoras deberían exigir a las Administraciones Públicas que las evaluaciones ambientales, previas a las autorizaciones de parques eólicos, que puedan tener repercusiones sobre espacios de la Red Natura 2000 se hagan “*adecuadamente*” conforme a los criterios de interpretación que hemos ido desgranando en el presente trabajo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como intérprete de la normativa europea.

No podemos olvidar, que en estos casos, la Administración Pública es la verdadera demandada en los recursos contencioso-administrativos contra las autorizaciones de parques eólicos, aunque los recurrentes den la apariencia ante la sociedad, a través de los medios de opinión, que quienes vulneran la legalidad y el ordenamiento jurídico son las empresas eléctricas promotoras de los mismos.

Para ello, y al igual, que en cualquier otro sector, los promotores en este caso de parques eólicos deberían activar mecanismos preventivos, mediante una “segunda o tercera opinión” por parte de expertos independientes juristas y ambientalistas, para contrastar la adecuación y corrección de las exigencias de la normativa general y sectorial de evaluación de sus proyectos tanto a sus estudios de impacto ambiental como a las declaraciones de impacto ambiental de la propia Administración competente. En comparación al conocido principio ambiental de *cautela*, también los promotores de estos proyectos

deberían aplicarlo en su ámbito interno de toma de decisiones procurando tener la mayor certeza posible de la “*inexistencia de riesgo alguno*” para el “*estado de conservación*” de su inversión y desarrollo de su parque eólico, sin deber ya confiarse las empresas en la hasta ahora legalidad “*per se*” de las decisiones y resoluciones de la Administración sobre cuestiones y juicios técnicos cuya única base posible es la de los distintos campos y áreas científicas.

En definitiva, las declaraciones de impacto ambiental y los informes de impacto ambiental de los proyectos, así como las declaraciones ambientales estratégicas y los informes ambientales estratégicos de los planes y programas deben y pueden constituir el elemento central de la constitucional y obligada compatibilidad y coexistencia entre el desarrollo de la energía eólica y la protección de los valores ambientales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J.F. “La evaluación de impacto ambiental a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, en *Evaluación de impacto ambiental. Evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones jurisprudenciales y aplicación sectorial*, Nogueira López A. (dir.), Atelier, Barcelona 2009.
 - “La regulación de las energías renovables ante el cambio climático” (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
 - “Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad” en *Los desafíos del Derecho Público en el siglo XXI (Libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz)*, págs. 39 a 61, INAP, Madrid 2019.
- ALENZA GARCÍA, J.F., SANZ RUBIALES I. “Las energías renovables y la eficiencia energética como instrumentos claves en la lucha contra el cambio climático”, en *Derecho de las energías renovables y eficiencia energética en el horizonte 2020*, Galán Vioque, R. y González Rios, I. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2017, págs.451-484.
- BLASCO HEDO, E. "Propiedad forestal privada y energías renovables", Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- BLASCO HEDO, E. y LOPEZ PEREZ F. "Red Natura 2000: infraestructura verde y el alcance de una evaluación adecuada", en *Observatorio de políticas ambientales 2019*, págs 874-906, Ed. CIEMAT 2019.
- DELGADO PIQUERAS, F. “La naturaleza jurídica de la energía eólica”, en *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Torres López, M.A (dir.) Arana García, e. (dir.) y López Sako, M.J. (coord.), Thomson Reuters-Civitas, Madrid 2010, págs.205-248.

- FERNANDEZ EGEA, R.M^a, “La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Últimos avances jurisprudenciales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n^o 31, 2015, págs.163-204.
- FERNANDEZ-ESPINAR LOPEZ L.C., “El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero”, *Revista de Administración Pública* n^o 111, 1986
- “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n^o 26, 2012, págs. 211-258.
 - “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito forestal y de la conservación de la naturaleza”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Quintana López T. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, 2^o ed., págs.1299-1382
 - “La Jurisdicción contencioso-administrativa como proceso de efectiva tutela de los derechos e intereses. El reto de la culminación del pleno control judicial de la administración en la valoración y evaluación de méritos, oposiciones y concursos”, en *Los desafíos del Derecho Público en el siglo XXI*, op.cit. págs. 363-396, INAP, Madrid 2019.
- FLANNERY, T. “El clima está en nuestras manos. Historia del calentamiento global”, Ed. Taurus, Madrid 2007.
- GARCIA URETA, A.M^a, “Derecho europeo de la biodiversidad: aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna”, Iustel, Madrid 2010.
- “Directiva de hábitats y evaluación de impacto ambiental”, en *La directiva de hábitats de la Unión Europea: balance de 20 años*, García Ureta. A.M^a. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, págs. 103-136.
- “Evaluación de impacto ambiental y proyectos de parques eólicos: balance de intereses, Red Natura 2000 y aspectos procedimentales”, *Actualidad Jurídica Ambiental* n^o 37 (julio), 2014, págs. 7-44.
- GOMEZ ROMERO, P. “Un planeta en busca de energía”, Ed. Síntesis, Madrid 2007
- GONZALEZ RIOS, I. “Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética”, Aranzadi, Cizur Mayor 2011.
- GONZALEZ VARAS, S. “Comentarios a los artículos 1 y 2 de la Ley del Sector Eléctrico”, en *Comentarios a las Leyes energéticas, Tomo I-Ley del Sector Eléctrico*, López-Ibor Mayor, V. y Beneyto Pérez, J.M. (dirs.), Thomson, Madrid 2006.
- LÓPEZ SAKO, M.J. “Regulación y autorización de los parques eólicos”, Thomson-Civitas, Madrid 2008.

- “Convergencia de la eficiencia energética y las energías renovables: generación distribuida, autoconsumo/autoproducción, balance neto”, en *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los Servicios en Red (Energías, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*, González Ríos, I. (dir.), Dykinson, Madrid 2015, págs. 199-226.
- MARTÍN MATEO, R. “Las leyes de Eolo”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 102, Madrid 1999.
- MUÑOZ MACHADO, S. SERRANO GONZÁLEZ M. y BACIGALUPO SAGGESE M. (dirs.) *Derecho de la Regulación económica. Sector energético*, I, Iustel 2009.
- NEBREDÁ, J.M. “Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial”, Thomson-Civitas, Madrid 2007
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (Coord.) “Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial”, Atelier, Barcelona 2009
- ORTIZ GARCÍA, M. “El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y “el derecho al sol”, en *Eficiencia energética y derecho*, García Rubio, F. y Mellado Ruiz, I. (dirs.), Dykinson, Madrid 2013, págs. 235-286.
- PATÓN GARCÍA, G. “El derecho de autoconsumo eléctrico versus el “impuesto al sol”: comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre 2017” *Actualidad Jurídica Ambiental* n°74 (Diciembre)2017, págs..43-56
- QUINTANA LÓPEZ, T., *Comentarios a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Quintana López, T. (dir.), Civitas, Madrid 2002.
 - “El régimen jurídico de la energía eólica: referencia a Castilla y León”. *Revista de Estudios de la Administración Local*, n° 91, págs. 961-985, Madrid 2003.
 - “Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León” Quintana López, T. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.
- RAMOS FERNANDEZ, A. “Por qué la Conservación de la Naturaleza”, (Discurso en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, 156 páginas, Ed. Fundación Conde del Valle de Salazar, Madrid 1993.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., “La evaluación de impacto ambiental: estudio jurisprudencial”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2000.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M., “Impacto ambiental y energías renovables” en, *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*,

- Alenza García, J.F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, págs. 317-343.
- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M^a. “Metodología del Derecho administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa”, Marcial Pons, Madrid 2016.
 - ROSA MORENO, J. “Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental”, Trivium, Madrid 1993.
 - “El ámbito de aplicación: los proyectos de obras, instalaciones y actividades sometidos a evaluación de impacto ambiental”, en *Comentarios a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Quintana López, T. (dir.), Civitas, Madrid 2002.
 - “La transformación del modelo energético”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n° 39, 2018, págs. 9-16.
 - RUIZ DE APODACA, A.M^a. (dir.) “Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental”, Ed. Aranzadi, 2014
 - “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 7 de noviembre de 2018, asuntos C-293/17 y C-294/17, por la que se resuelven cuestiones prejudiciales en relación con la interpretación de la Directiva de Hábitats”, *Actualidad Jurídica Ambiental* n° 85 (diciembre), 2018, págs. 74-79.
 - “Sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea (Sala Segunda), de 7 de noviembre de 2018, asunto C-461/17, por la que se resuelve cuestión prejudicial en relación con la interpretación de la Directiva de Hábitats y la Directiva de evaluación de impacto ambiental de proyectos”, *Actualidad Jurídica Ambiental* n° 85 (diciembre), 2018, págs. 80-84.
 - SANZ LARRUGA, F.J. “El tortuoso camino hacia la generación distribuida y el autoconsumo en el derecho español. El “impuesto al sol”: Crónica de una muerte anunciada”, en el vol. col. *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI*, op.cit., págs.801-824, INAP, Madrid 2019.
 - SANZ RUBIALES, I. “La evaluación del impacto ambiental de proyectos: algunos problemas de su régimen jurídico”. *Revista jurídica de Castilla y León* n° 9, 2006, págs.193-224.
 - “Notas sobre el régimen jurídico de la evaluación estratégica de planes en la Ley 9/2006”. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n°12, 2007, págs.47-73.
 - “Los efectos ambientales acumulativos de los parques eólicos. Su evaluación”. *Revista jurídica de Castilla y León* n° 21, 2010, págs.185-216.
 - SORO MATEO, B. “La vulnerabilidad en derecho ambiental” en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n° 42, 2019, págs.11-18.

- TORIO, R.M. “La planificación de la energía eólica y su problemática”, y ARRIETA, J, “Valoración social de los parques eólicos en Navarra”, ambas son comunicaciones aportadas a las Jornadas celebradas en Santiago de Compostela en 1999.
- TORRES LOPEZ, M.A., ARANA GARCÍA, E. y LOPEZ SAKO, M.J. (dirs.) “Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid 2010
- VALENCIA MARTÍN, G. “Las competencias ejecutivas en materia energético-ambiental”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental* n° 42, 2019, págs.199-228.