

JURISPRUDENCIA

Comentarios monográficos

**Notas de jurisprudencia
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal
Europeo de Derechos Humanos**

LA PARADOJA DE LA INSUFICIENCIA DE RECURSOS HÍDRICOS HUNDE EL PLAN GENERAL DE SANTANDER. A PROPÓSITO DE LA STS DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2016 (RC 2682/2015)

JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES¹
Universidad Complutense de Madrid
fertor@der.ucm.es

Cómo citar/Citation

Fernández Torres, J. R. (2017).
La paradoja de la insuficiencia de recursos hídricos hunde el Plan General de Santander.
A propósito de la STS de 8 de noviembre de 2016 (RC 2682/2015).
Revista de Administración Pública, 203, 165-183.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.05>

Resumen

El requisito de la suficiencia de recursos hídricos constituye en la actualidad un elemento de control de la potestad de planeamiento de gran relevancia. El Tribunal Supremo extrema el rigor en su interpretación y aplicación conduciendo a resultados paradójicos y en modo alguno convincentes. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016, que anula el PGOU de Santander, en la que defiende una posición formalista que es contraria al interés público.

Palabras clave

Planeamiento urbanístico; suficiencia de recursos hídricos; discrecionalidad administrativa; control judicial.

¹ Catedrático de Derecho Administrativo. Abogado.

Abstract

The condition of water resources availability represents nowadays an element of the urban planning review of great importance. The Supreme Court maximizes its rigour in relation with its interpretation and implementation, leading to paradoxal outcomes that are not convincing in any way. An example is the November 8th, 2016 Supreme Court ruling, which abolishes Santander general urban planning. In the ruling the Supreme Courts holds a formalistic stance contrary to the public interest.

Keywords

Urban planning; availability of water resources; administrative discretion; judicial review.

SUMARIO

I. UNA IMPRESCINDIBLE CONTEXTUALIZACIÓN: SOBRE EL DÉFICIT HÍDRICO EN LA CORNISA CANTÁBRICA, Y EN CANTABRIA EN PARTICULAR. II. LA ANULACIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA A SANTANDER POR MEDIO DEL BITRASVASE POR LA STS DE 18 DE DICIEMBRE DE 2013 (RC 1594/2011). III. LAS RAZONES DE LA ANULACIÓN DEL PGOU DE SANTANDER POR LA STS DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2016 (RC 2682/2015). IV. REFLEXIONES FINALES: LA POTESTAD DE PLANEAMIENTO SE TORNA INVIABLE.

I. UNA IMPRESCINDIBLE CONTEXTUALIZACIÓN: SOBRE EL DÉFICIT HÍDRICO EN LA CORNISA CANTÁBRICA, Y EN CANTABRIA EN PARTICULAR

La escasez de recursos hídricos no constituye en modo alguno un fenómeno privativo de las regiones españolas más sensibles desde un punto de vista geográfico e hidrográfico, como es el caso de los dos archipiélagos, el sur del Levante y el centro y el sur de la península ibérica. La ubicación geográfica, la circulación atmosférica general del oeste y la subsidencia tropical coadyuvan a que la sequía episódica represente un riesgo natural de origen atmosférico de primer orden que amenaza una multiplicidad de actividades llevadas a cabo en gran parte del territorio español².

Las regiones cantábricas también se ven afectadas por idéntico problema, en atención a un conjunto de circunstancias y causas que en algunos casos no han hecho sino acentuarse en el curso de los años. Entre esas circunstancias y causas las hay endógenas (las regiones cantábricas son húmedas, sin duda, pero sus cuencas hidrológicas no disponen de un tamaño amplio, sus cauces son más bien cortos, su escorrentía es muy rápida y las precipitaciones son

² Véase al respecto A. M. Rico Amorós (2004), «Sequías y abastecimientos de agua potable en España», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 37, págs. 137-181.

desiguales y escasas durante el período estival y el inicio del otoño), pero también exógenas, tales como el aumento del consumo y la demanda al compás del crecimiento de la población (en especial la de carácter estacional) y la actividad económica, la insuficiencia tradicional de infraestructuras hidráulicas, o las deficiencias de la regulación de los recursos hídricos. Todos ellos contribuyen a explicar un déficit hídrico para el abastecimiento de la población que viene de antiguo y se manifiesta con especial intensidad en aquellos periodos veraniegos caracterizados por «sequías cantábricas»³.

Basta echar la vista atrás para recordar no solo las enojosas molestias que han venido sufriendo con cierta habitualidad los habitantes de la franja costera del norte peninsular como consecuencia de las restricciones impuestas en períodos de escasez de agua, sino además algunos episodios tristemente famosos por su gravedad en momentos críticos⁴. El suministro de agua potable a Bilbao y su área metropolitana constituye un ejemplo paradigmático, porque ha padecido a lo largo del tiempo numerosas incidencias: recuérdese, por ejemplo, que en pleno verano de 1960 muchos ciudadanos solo disponían de una hora diaria de suministro de agua potable y que en 1963 una rotura en el canal que conecta con el embalse de Ordunte, ubicado en la comarca burgalesa del valle de Mena, dejó a la ciudad y su comarca, con una población entonces de 685 000 habitantes, sin agua potable durante tres semanas, precipitando de este modo la creación en 1967 del Consorcio de Aguas de Bilbao⁵; o los efectos de la grave sequía que se prolongó desde noviembre de 1989 a

³ De hecho, hay autores como J. Olcina Cantos que diferencian tres clases de sequía climática en España: por un lado, las «ibéricas», que revisten carácter coyuntural y carecen de una periodicidad fija, pudiendo prolongarse hasta cuatro años; por otro lado, las «surestinas», de naturaleza estructural; y, por último, las «cantábricas», que se producen en la franja de clima atlántico del norte de la península, siendo esporádicas y de pequeña duración —véase J. Olcina Cantos (2000), «Causas de las sequías en España. Aspectos climáticos y geográficos de un fenómeno natural», en A. Gil Olcina y A. Morales Gil (eds.), *Causas y consecuencia de las sequías en España*, Alicante: Instituto Universitario de Geografía de la Universidad de Alicante y Caja de Ahorros del Mediterráneo, págs. 49-109.

⁴ No dejan de llamar la atención el impacto mediático y la alarma social que generan las restricciones afectantes a los sistemas de abastecimientos, pese a que son recurrentes. Véase, sobre el tema, E. Ruiz Urrestarazu (dir.) (1998), *El clima del País Vasco a través de la prensa*, Vitoria: Grupo de Climatología de la Universidad del País Vasco y Servicio Vasco de Meteorología.

⁵ Véase sobre el tema, entre otros, D. Benavente Sáenz (1966), «El abastecimiento de agua a la Comarca del Gran Bilbao», *Revista de Obras Públicas*, 114, tomo I (3017), págs. 747-762.

febrero de 1991 (en todo el País Vasco, por cierto), con restricciones de hasta doce horas diarias durante catorce meses⁶.

Santander tampoco es ajeno a tales problemas. Al margen de ciertas averías excepcionalmente graves⁷, la ciudad soportó en 1989 y a finales de 2001 y principios de 2002 sendas situaciones de extrema escasez de agua que obligaron a la aplicación de cortes diarios (por horas) del suministro durante periodos de hasta tres meses de duración⁸.

Semejantes episodios motivan la adopción de un abanico amplio y ambicioso de medidas en el curso de los últimos años. Entre ellos, y sin ánimo de exhaustividad, se incluye la aprobación del Plan Especial de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía de la Cuenca Hidrográfica del Norte, incluido dentro del Anexo I de la Orden MAM/698/2007, de 21 de marzo, por la que se aprueban los planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía en los ámbitos de los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias. El Plan señala respecto del sistema de abastecimiento de Santander, que cuenta con 184 000 habitantes, 81 781 viviendas y 92 239 abonados del servicio de aguas municipal, que:

- se enmarca dentro del Plan Hidrológico Norte-II, y constituye el principal sistema de abastecimiento del sistema de explotación Pas-Miera;
- utiliza una diversidad de captaciones, subterráneas y superficiales (San Martín de Toranzo-La Molina, mediante aguas subterráneas y afloramientos en el valle del Pas, hasta un total de 141,94 hm³/año; captación superficial del río Pas de 20,50 hm³/año; y captación superficial del río Pisueña de 24 hm³/año);
- su distribución cubre no solo el municipio de Santander, sino además los de Piélagos, El Astillero, Camargo y Santa Cruz de Bezana, vertiéndose el agua tratada al depósito de El Tojo, con una capacidad de 16 000 m³, situado a la salida de la Estación de Tratamiento de Aguas Potables (ETAP), que desempeña la función de depósito de cabecera

⁶ Véase A. Silverio García-Alzorriz (1998), «Experiencias y conclusiones después de una larga sequía en el área metropolitana de Bilbao», en E. Cabrera Marcet y J. García-Serra (eds.), *Gestión de sequías en abastecimientos urbanos*, Villareal: Universidad Politécnica de Valencia, págs. 475-520; asimismo, el capítulo 3 del Plan Especial de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía de la Cuenca Hidrográfica del Norte (Anexo I de la Orden MAM/698/2007, de 21 de marzo).

⁷ Por ejemplo, en enero de 1983 la rotura de la tubería principal que abastecía de agua potable a la ciudad dejó sin servicios a alrededor de 100 000 personas durante casi dos días.

⁸ Véase Rico Amorós (2004: 156 y 157).

- para el consumo asociado a aquellas, y, lo que es más relevante a los efectos que aquí interesan,
- «los recursos disponibles son, teniendo en cuenta los datos obtenidos del *Plan integral de ahorro de agua para Cantabria*⁹, 186,44 hm³/año, lo que supone suficientes recursos para cubrir todas las demandas» (*sic*)¹⁰.

Otra medida, de carácter estructural, es la aprobación del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Occidental, mediante Real Decreto 399/2013, de 7 de junio, que subraya como objetivo el logro del buen estado del dominio público hidráulico, para lo cual establece caudales ecológicos más elevados y, en consecuencia, más exigentes que los contemplados en el plan anterior. Dicho Plan es objeto de su revisión (y derogación) para el período 2015-2021 mediante Real Decreto 1/2016, de 8 de enero.

De forma adicional deben citarse otras dos actuaciones de gran envergadura y alcance¹¹:

- por un lado, el bitrasvase Ebro-Besaya-Pas, que engloba un complejo de infraestructuras hidráulicas de captación, bombeo, conducción y depósitos que son destinadas al transporte de agua durante los períodos húmedos

⁹ Dicho Plan 2006-2009 (PIAA), de titularidad autonómica, se pone en marcha en marzo de 2006, partiendo del diagnóstico de una demanda de agua potable en Cantabria en 2003 de más de 80 hm³, que procede en un 90 % de captaciones superficiales o de manantiales con una evolución al alza del 1,6 % anual en el quinquenio 2001-2006, ligeramente superior al de la población (0,9 %) durante el mismo período «debido, principalmente, a los nuevos desarrollos urbanos tanto para uso residencial como turístico» (*sic*), y una distribución de su consumo por sectores en línea con otras comunidades autónomas (71 %, hogares; 24 %, industria y comercio; y 5 %, ayuntamientos y obras), así como de un pronóstico según el cual «de no mediar modificación alguna en los sistemas de abastecimiento de agua de Cantabria, en 2013 las necesidades podrían superar los 100 hectómetros cúbicos anuales, lo que nos llevará a unas dotaciones unitarias en torno a los 443 litros por habitante y día, valores muy superiores a los aconsejados para territorios de características similares» (*sic*).

¹⁰ Idéntica conclusión sostienen los autores. Así, A. M. Rico Amorós afirma que, «a pesar de estas situaciones de excepción, el sistema de abastecimiento de Santander resulta modélico en su género, ya que combina y alterna el aprovechamiento de aguas superficiales (ríos Pas y Risueña), con los recursos aportados por manantiales, galerías, filtrantes y pozos profundos» (véase Rico Amorós, 2004: 157).

¹¹ Así las califica el que fuera subdirector general de Aguas del Gobierno cántabro K. Nikolov Koev [véase (2014), «La Autovía del Agua y Abastecimiento en Cantabria», *Revista Técnica de Medio Ambiente*, 178, págs. 26-32 (pág. 26)].

- desde la extensa cuenca del río Besaya hacia el embalse del Ebro¹² y de ahí, canalizada, en dirección a los diversos puntos de demanda, que son en detalle Santander y Torrelavega en el período de estiaje¹³. Este conjunto de infraestructuras está en funcionamiento desde el año 2010, y
- por otro lado, la Autovía del Agua, que se configura como una conducción en presión, que discurre por toda la franja costera de un extremo a otro de la región (de Unquera a Castro Urdiales, 145 kilómetros) conectando todas las cuencas hidrográficas de su vertiente norte. Desde noviembre de 2016 están completados todos sus tramos, de forma que ya es posible trasvasar agua de un extremo a otro de la región y abastecer toda la franja costera donde se concentra el 80 % de la población¹⁴, atendiendo todas las demandas de aguas presentes y futuras.

¹² El embalse del Ebro, puesto en servicio en 1952, ocupa una extensión de 6 253 hectáreas y dispone de una capacidad de 541 hm³. Lejos de los embalses de La Serena, Badajoz (3 219 hm³), Alcántara II, Cáceres (3 162 hm³), Almendra, Salamanca (2 648 hm³ y 8 650 ha), Buendía, Cuenca (1 638 hm³), Mezquienza, Zaragoza (1 530 hm³), Cijara, Badajoz (1 565 hm³), Valdecañas, Cáceres (1 446 hm³ y 7 300 ha), Ricobayo, Zamora (1 200 hm³), Alarcón, Cuenca (1 112 hm³), Iznájar, Córdoba (1 067 hm³), Gabriel y Galán, Cáceres (924 hm³), Contreras, Valencia (852 hm³), Alange, Badajoz (851 hm³), La Breña II, Córdoba (823 hm³), Orellana, Badajoz (808 hm³), Entrepeñas, Guadalajara (802 hm³), Guadalcañín II, Cádiz (800 hm³), Canelles, Huesca (678 hm³), Riaño, León (664 hm³), Belesar, Lugo (654 hm³), García de Sola, Badajoz (554 hm³) y Negratín, Granada (554 hm³), el embalse del Ebro es, sin embargo, el tercero en capacidad de la cuenca hidrográfica del Ebro y mayor, por ejemplo, que el embalse de El Atazar, situado en Madrid (425 hm³). Su principal aprovechamiento es el bitrasvase a las cuencas de los ríos Besaya y Pas, por un máximo de 22 hm³, llevándose a cabo tan solo en el estío. De hecho, en 2016, bombeó agua debido a la sequía desde principios de julio hasta el 7 de noviembre, cuando las lluvias permitieron al río Pas recuperar el caudal mínimo indispensable para la captación de agua del mismo.

¹³ Véase sobre el particular F. L. Martín Gallego, J. Fernández Ruiz y E. García Alonso (2005), «El nuevo sistema de abastecimiento de Cantabria: el bitrasvase Ebro-Besaya-Pas y la Autovía del Agua», *Revista de Obras Públicas*, 3468, págs. 11-18.

¹⁴ Véase, a propósito de la expropiación de los terrenos ocupados por las conducciones de la infraestructura hidráulica, T. R. Fernández (2013), «Uso y abuso de la potestad expropiatoria en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 192, págs. 257-267. Por lo demás, es un hecho cierto que ya se cumple lo que afirmó K. Nikolov Koev en 2014: «[...] la Autovía del Agua hará posible, con sus instalaciones asociadas, el trasvase de agua de las zonas costeras con mayor abundancia de recursos hídricos a aquéllas que sufren escasez, en determinadas situaciones y circunstancias. Ello permitirá también respetar los regímenes de caudales ecológicos establecidos por los organismos competentes... La mencionada conexión

Todas estas medidas acreditan, en definitiva, que hoy está garantizada la cobertura de las necesidades de recursos hídricos, presentes y futuras, en la región, y en Santander en particular. No es lícito, por lo tanto, hablar más de paradoja cuando se hace referencia a los recursos hídricos disponibles, en Santander en especial.

Este logro ha sido posible, por lo demás, a pesar de los pronunciamientos judiciales dictados en los últimos años, de los que, sin embargo, es preciso dar cuenta a continuación por su carácter determinante en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016 objeto del presente comentario.

II. LA ANULACIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA A SANTANDER POR MEDIO DEL BITRASVASE POR LA STS DE 18 DE DICIEMBRE DE 2013 (RC 1594/2011)

El reforzamiento de las infraestructuras hidráulicas no ha sido pacífico. Prueba de ello es que la *ratio decidendi* del pronunciamiento anulatorio de 18 de noviembre de 2016 (recurso de casación 2682/2015) está íntimamente vinculada a su fallo anterior de 18 de diciembre de 2013 (recurso de casación 1594/2011), que anula el proyecto constructivo de abastecimiento de agua a Santander a través del bitrasvase porque la evaluación de impacto ambiental no justifica de forma suficiente la conclusión favorable del estudio medioambiental respecto de la Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA) y los Lugares de Importancia Comunitaria (LICs). Ello requiere, por lo tanto, una exposición sintética de este primer pleito.

La Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) interpone recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones ministeriales de aprobación del expediente de información pública y el proyecto de construcción de abastecimiento de agua de Santander (y de su modificación nº 1), arguyendo una diversidad de motivos, entre los que sobresalen los relativos a varias deficiencias en la evaluación de impacto ambiental. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

con el sistema de abastecimiento a Santander, en las inmediateces de la ETAP de El Tojo, permitirá la incorporación a la Autovía del Agua, en caso necesario, de recursos hídricos procedentes de las fuentes propias del abastecimiento a Santander e incluso del nuevo bitrasvase Ebro-Besaya-Pas, como así mismo, en caso de que fuera necesario, incorporar aguas procedentes de la Autovía del Agua al sistema Santander y al sistema Torrelavega» (véase Nikolov Koev, 2014: 31).

Cantabria estima el recurso contencioso-administrativo por dos motivos esencialmente:

- por un lado, «la “Estimación del Impacto Ambiental”¹⁵ ha sido tramitada por órgano manifiestamente incompetente» (FJ 7º), pues corresponde al Ministerio de Medio Ambiente al tratarse de una obra de interés general que, como tal, es competencia exclusiva del Estado, lo que abarca tanto la competencia sustantiva como la ambiental («[...] al exigirse en la norma autonómica la preceptiva “Estimación de Impacto Ambiental” y no haber sido tramitada la misma por el órgano ambiental competente, que no es otro que el Ministerio de Medio Ambiente, procede declarar la nulidad de la resolución impugnada...» [*sic*]); y
- por otro lado, «la denominada “Estimación de Impacto Ambiental” no se ha motivado mínima y adecuadamente conforme al art. 6.3 de la Directiva 92/43» (*sic*).

Recurrida en casación por la Administración del Estado, el Tribunal Supremo acoge uno de los tres motivos esgrimidos por el abogado del Estado, considerando errónea la argumentación de la Sala de Instancia con apoyo en la jurisprudencia constitucional expresada en los fallos 13/1988, de 22 de enero, 101/2006, de 30 de marzo y 1/2012, de 13 de enero. Rechaza la tesis de la Sala de Instancia porque la legislación autonómica (aquí, el decreto cántabro 50/1991), en los casos de proyectos de obras estatales en el ámbito de una comunidad autónoma, «no puede imponer» una obligación a la Administración

¹⁵ Sirva indicar a este propósito que el Decreto 50/1991, de 29 de abril, de evaluación del impacto ambiental para Cantabria, derogado por la Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado, establecía dos categorías de evaluación —la Evaluación de Impacto Ambiental, por un lado, y el Informe de Impacto Ambiental por otro— (art. 4), cuyo procedimiento debía concluir mediante resolución del órgano ambiental que adoptaba la forma bien de una Declaración de Impacto Ambiental en el primer caso, o bien de una Estimación de Impacto Ambiental en el segundo (art. 3), estando definida esta última como aquel «pronunciamiento de la Consejería... en el que se determina respecto a los efectos ambientales previsibles, la conveniencia o no de realizar la actividad proyectada y, en caso afirmativo, las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales, en base a un Informe de Impacto Ambiental y mediante el procedimiento abreviado que se establece en el presente Decreto, aplicable únicamente a los supuestos previstos en el mismo y a los que en atención a sus características así se establezca mediante Orden del Consejero de Ecología, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio» (art. 5, en relación con el art. 31).

del Estado de tramitar y aprobar la evaluación establecida por aquella, toda vez que:

[...] la obligación estatal se sitúa, exclusivamente, en el terreno del deber de colaboración ínsito a la estructura misma del Estado de las Autonomías, en el que siempre deberán atenderse los puntos de vistas autonómicos, y que se materializa a través del cumplimiento del trámite de consultas a la Comunidad Autónoma (*sic* —FJ 5º).

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza el tercer motivo del recurso de casación de la Administración del Estado (la supuesta vulneración del art. 6.3 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres), porque le obligaría a llevar a cabo una nueva valoración de la prueba relativa al contenido de la evaluación realizada y su adecuación, que le está vedada. Por ello, en la medida en que la Sala de Instancia califica la declaración medioambiental de «manifiestamente insuficiente» porque «no incluye una mínima motivación que justifique la conclusión a la que llega» (*sic*), el Tribunal Supremo concluye que no le es dado:

[...] alterar dichas conclusiones cuando ni siquiera se califican las mismas de arbitrarias o ilógicas, debiendo ratificarse la conclusión alcanzada de nulidad, decretada en la instancia, por cuanto la insuficiencia de motivación no puede calificarse de un simple defecto formal determinante de simple anulabilidad (FJ 6º).

La acogida de uno de los motivos formales esgrimidos por la Administración del Estado motiva la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación del fallo de instancia y, por extensión, la estimación del recurso contencioso-administrativo, pero solo por el segundo de los motivos acogidos en la instancia (en detalle, la motivación insuficiente), y no por el primero (reparto competencial).

En definitiva, son razones fundamentalmente formales las que mueven al Tribunal Supremo a anular el expediente de información pública y el proyecto de construcción de abastecimiento de agua de Santander (y de su modificación nº 1). En modo alguno se refieren a la afectación de los recursos hídricos, como es patente.

Sin embargo, esa es la clave del fallo anulatorio de 18 de noviembre de 2016 objeto de este análisis.

III. LAS RAZONES DE LA ANULACIÓN DEL PGOU DE SANTANDER POR LA STS DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2016 (RC 2682/2015)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2016 (recurso de casación 2682/2015) se origina también en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el mismo actor (ARCA), en este caso contra el acuerdo de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CROTU) de Cantabria, de fecha 17 de septiembre de 2010, por el que se aprueba definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Santander. ARCA sostiene en síntesis que el PGOU transgrede el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos al delimitar toda la superficie del término municipal como suelo edificable sin la debida justificación objetiva, incluido el suelo no urbanizable que no habría perdido sus valores, así como la regla contenida en el art. 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) y omite indebidamente el informe sobre su afección en los Lugares de Importancia Comunitaria (LICs) que integran la Red Natura 2000.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria rechaza razonadamente los tres motivos mediante Sentencia de 10 de junio de 2015 (procedimiento ordinario 528/2012). Por un lado, refuta la denuncia de la previsión de un crecimiento poblacional irreal e inverosímil, toda vez que el PGOU «parte de un modelo urbanístico de crecimiento motivado y justificado en la memoria», de carácter gradual:

[...] de forma que la última franja Norte de la ciudad se desarrolle en último lugar, no quedando la implantación de actividades sometida a decisiones de conveniencia de los promotores del suelo, sino que está dirigida desde las Administraciones avanzando desde la ciudad consolidada hacia los suelos de modelo tradicional de POL y no se desarrollen urbanizaciones aisladas (*sic* —FJ 7º).

Asimismo, estima sólidamente fundamentada la clasificación de la mayor parte del suelo no urbanizable como suelo urbanizable y razona que los terrenos protegidos por el POL no solo «no tienen por qué clasificarse como suelo rústico de especial protección», sino que además este último insta a su obtención y prevé de forma expresa la posibilidad de utilizar para ello las técnicas de gestión urbanística viables solo en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable, de tal modo que:

[...] el PGOU clasifica ese suelo instrumentalmente para obtenerlo y protegerlo destinándolo a los usos impuestos por la Ley que aprueba el POL (*sic* —FJ 8º).

Por otro lado, la Sala de Instancia desecha el alegato de la infracción del art. 25.4 TRLA, por los motivos que siguen:

- el cálculo de la población horizonte contenida en el PGOU asciende a 261 000 habitantes en 2024, «similar al producido en últimos quince años» (*sic*), y no a los 348 179 habitantes alegados por ARCA, que con todo es muy superior a la real¹⁶;
- en el expediente administrativo constan hasta diez informes de diversos organismos y órganos, tanto estatales como autonómicos, que garantizan una disponibilidad de caudales «suficientes para atender la demanda máxima de agua prevista que ha sido calculada para una población de 348 179 habitantes», por lo que «el municipio de Santander cuenta con recursos hídricos suficientes para amparar sus necesidades de abastecimiento de agua y con las nuevas infraestructuras y proyectos obtiene la garantía precisa para afrontar dicho suministro en aquellas épocas del año en las que los caudales de los ríos presentan su nivel más bajo» (*sic* —FJ 10^o);
- el testigo-perito, jefe del servicio de planificación hidráulica de la Subdirección de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico, y autor de un informe favorable de 26 de julio de 2013, manifiesta que solo durante el estiaje Santander precisa de recursos hídricos procedentes del bitrasvase para respetar el caudal ecológico del río Pas y que en 2014 dicha infraestructura la abasteció de alrededor de 5 hm³ durante cuatro o cinco meses, detrayéndose agua del pantano del Ebro para una población de 180 000 habitantes. Al mismo tiempo, reconoce de forma adicional su carácter esencial y que «habría que utilizar la autovía del agua» (*sic*);
- el perito judicial agrega que el agua procedente del bitrasvase no se emplea mientras se obtenga agua bastante en el río Pas sin riesgo para su caudal ecológico y hay agua suficiente para el abastecimiento previsto en el PGOU;
- en la fecha de aprobación del PGOU (septiembre de 2010) existe «plena suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos» (*sic*), cuestionándose

¹⁶ Téngase en cuenta que el citado Plan Especial de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía de la Cuenca hidrográfica del Norte parte de una población en Santander de 184 000 habitantes, que según el Padrón Municipal de Habitantes descien- de en 2016 a 172 656 (INE, a 18 de enero de 2017). Si a la población de Santander se sumara la de los demás municipios que integran el sistema de abastecimiento de Santander (Piélagos, 24 574 habitantes; El Astillero, 18 134; Camargo, 30 611; y Santa Cruz de Bezana, 12 679), cosa que no hay por qué hacer en la medida en que se pone en tela de juicio la viabilidad del PGOU de Santander única y exclusivamente, la población total se elevaría a 248 654 habitantes a 18 de enero de 2017.

solo indirecta y parcialmente en razón del carácter complementario del bitrasvase del embalse del Ebro respecto de las fuentes del Pas-Pisueña en época de estío como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013¹⁷. Sin embargo, la Sala de Instancia estima que se trata de una cuestión sobrevenida que, como tal, es nueva y no es susceptible de ser planteada en el trámite de conclusiones, razón por la que:

[...] se incluirá por desestimar el motivo de impugnación alegado al considerar que la motivación de la evaluación de impacto ambiental por la afectación del bitrasvase a una zona de especial protección de Aves (ZEPA) y a un lugar de importancia comunitaria (LIC) es susceptible de ser subsanada y corregida, sin considerarlo una mera formalidad, conocedora de la primacía de la protección de los recursos biológicos naturales, dada su fragilidad y la irreparabilidad de los perjuicios que se podrían producir en caso de perturbación de los mismos (*sic* —FJ 11º).

Por último, la Sala de Instancia desestima el tercer motivo, porque, uno, ARCA no demuestra ni la existencia de semejante afección novedosa en los LICs, ni la concurrencia de razón sustancial alguna acreditativa de su presencia, y, dos, el informe pericial judicial no detecta efectos perjudiciales en dichos espacios en el periodo de vigencia del PGOU:

[...] certeza que se fundamenta en el sistema de explotación de agua del río Pas y su cuenca, del bi-trasvase Ebro-Besaya-Pas y según las previsiones definidas en el sistema de explotación de la autovía del agua; tampoco existen efectos perjudiciales en el río Asón por cuanto no es una cuenca de la que se extraigan recursos ni al río Nansa por la misma razón; tampoco al LIC río y embalse del Ebro por cuanto el caudal extraído del mismo queda suplido con aportes de la vertiente Norte que son equilibrados en ciclos de cuatro años y el volumen extraíble es un porcentaje muy bajo del conjunto del embalse (*sic* —FJ 12º).

Frente al fallo de instancia, ARCA interpone recurso de casación, si bien no discute —y, por lo tanto, acepta— sus razonamientos concernientes a la

¹⁷ La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria subraya que «la cuestión no es pacífica, por un lado, la asociación demandante es cierto que ha planteado desde el primer momento la insuficiencia de recursos hídricos pero lo cierto, por otro lado, es que la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada trastoca la situación de partida y no se puede contar con los recursos del bi-trasvase aunque, no es menos cierto que los organismos competentes tampoco han podido pronunciarse sobre la nueva situación a la que nos conduce dicha sentencia con relación al planeamiento de 2012» (*sic* —FJ 11º).

reclasificación como suelo urbanizable de los terrenos clasificados hasta entonces como suelo no urbanizable y a su justificación, cuestión sin duda de extraordinaria relevancia, en cuanto supone el reconocimiento de la existencia de una motivación de fondo suficiente de las decisiones fundamentales del PGOU de Santander. En cuanto a los seis motivos esgrimidos, el Tribunal Supremo rechaza los cinco primeros que pivotan en torno a la valoración de la prueba porque no concurre ninguno de los supuestos tasados contemplados por la jurisprudencia en relación con el incremento poblacional previsto y la ausencia de informe sobre la afectación a los LICs.

En cambio, en lo relativo al sexto motivo, el Tribunal Supremo entiende infringido el art. 25.4 TRLA:

[...] al quedar acreditado que no existen recursos hídricos suficientes para la población sin la utilización del denominado Bitrasvase (Proyecto de Abastecimiento de Aguas a Santander) que ha sido anulado por la STS de 18 de diciembre de 2013, por lo que no resulta posible la consideración de esta infraestructura como fuente de abastecimiento de agua a Santander (*sic* —FJ 6º).

El Tribunal Supremo cimenta su conclusión en las razones que siguen:

— primero, de forma sorprendente afirma que:

[...] todas las partes, todos los informes y todos los peritos coinciden en confirmar que la existencia de agua suficiente para la ciudad de Santander —sobre todo en los meses de verano— requiere del suministro de las dos actuaciones alternativas previstas en el PGOU, esto es, el Bitrasvase de agua desde el Ebro y la denominada Autovía del Agua desde cuencas excedentarias, aceptándose que, sin tales fuentes de suministro, el caudal ecológico del Río Pas (LIC) se vería afectado y que, sin tales suministros, no existiría agua suficiente para la ciudad de Santander (*sic*);

— segundo, reprocha a la Sala de Instancia una «indebida extralimitación» por estimar que la *ratio decidendi* de su fallo de 18 de diciembre de 2013 puede ser corregida y subsanada, tildándola de «voluntariosa», porque:

[...] obvio es que será en la ejecución de aquella STS, el órgano competente de su ejecución —a la sazón, la Sala de la Audiencia Nacional— el que tendrá, en su caso, que pronunciarse sobre la ejecución de la STS de 18 de diciembre de 2013 (*sic*);

— tercero, la anulación del proyecto y la obra del bitrasvase por su Sentencia de 18 de diciembre de 2013, aun siendo «una circunstancia “externa” al PGOU», implica la vulneración del art. 25.4 TRLA y con ello la invalidez de este último, porque:

[...] la existencia de recursos hídricos para la ciudad de Santander queda en entredicho, y, su suficiencia, en modo alguno acreditada, [muy al contrario,] su insuficiencia, como consecuencia de un previo pronunciamiento jurisdiccional —que en modo alguno puede ser obviado— (está), claramente acreditada» (*sic*);

- y, cuarto, la anulación judicial del proyecto y la obra de construcción del bitrasvase no puede ser calificada como una cuestión nueva que debió ser planteada en el momento procesal oportuno de forma que en su ausencia quedó fuera del debate, porque «como la misma Sala reconoce, siempre fue esgrimida por la recurrente» y «suficientemente debatida», hasta el punto de que las partes tuvieron ocasión de pronunciarse sobre la incidencia de la Sentencia de 18 de diciembre de 2013.

Hasta aquí llega el fallo comentado, que no obstante no merece un juicio favorable.

IV. REFLEXIONES FINALES: LA POTESTAD DE PLANEAMIENTO SE TORNA INVIABLE

Las lecciones que pueden extraerse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016 son sin lugar a dudas preocupantes. Es de entrada el propio análisis del caso enjuiciado por el Tribunal Supremo el que suscita inquietud.

Ni la conclusión ni las razones que la sustentan son convincentes, desde mi modesto punto de vista, por un motivo que es absolutamente determinante. El Tribunal Supremo parte de unas premisas erróneas, fruto de una lectura, incompleta posiblemente, del fallo de instancia y de los hechos probados, así como de la ausencia de la toma en consideración de la realidad, privando de soporte fundamentador a todo su aparato argumental posterior.

De entrada, no es bastante sólida, en mi opinión, la afirmación categórica según la cual la totalidad de las partes, los informes y los peritos corroboran que Santander requiere, para disponer de agua suficiente en la época del estiaje, contar con el suministro proveniente de las nuevas infraestructuras (el bitrasvase y la autovía del agua). Al contrario, los informes obrantes en autos y los testimonios de los peritos certifican la suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos, más aún con las nuevas infraestructuras que se incorporan al sistema de abastecimiento. Así lo reconoce entre los hechos probados la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (FJ 10º).

Es más:

- es notorio que el bitrasvase se halla operativo desde hace seis años (2010) y que solo se llegan a precisar, en período de estiaje únicamente, recursos hídricos procedentes del mismo por un volumen que en el peor de los casos asciende al 2,7 % (5 hm³) de los recursos disponibles para la ciudad durante cuatro a cinco meses¹⁸;
- es patente de igual modo que, como la Sala de Instancia señala, los recursos hídricos disponibles, incluidos los procedentes del bitrasvase, como mera garantía de disponibilidad en época de estiaje, han sido calculados para una población de 348 179 habitantes (FJ 10^o), un 33 % superior a la población proyectada en el horizonte de 2024 por el PGOU (261 000 habitantes);
- también lo es que el testigo-perito reconoce que la garantía completa del suministro de agua a Santander en verano requiere la utilización de la autovía del agua que se completa, recuérdese, en las mismas fechas de la Sentencia del Tribunal Supremo comentada, en noviembre de 2016, estando operativa a partir de entonces; y
- es incontestable asimismo que el perito judicial estima que, primero, en tanto se detraiga agua bastante en el río Pas sin riesgo para el régimen ecológico del sistema no se emplean los recursos hídricos provenientes del bitrasvase, que en su caso son suficientes, y, segundo, existe agua disponible para el abastecimiento contemplado en el PGOU de Santander.

Estos datos, que constan como hechos probados, en mi opinión, no autorizan al Tribunal Supremo para formular una afirmación tan categórica.

Ello al margen, si el Tribunal Supremo hubiera tenido presentes algunos de los datos expuestos en el epígrafe I de este trabajo relativos a los diversos planes y actuaciones desarrollados de forma anterior, coetánea y posterior a la fecha de aprobación del PGOU de Santander, o simple y llanamente las cifras oficiales del Padrón Municipal de Habitantes actualizadas a la fecha del proceso de instancia o del recurso de casación, habría concluido sin dificultad que la ciudad dispone de recursos hídricos suficientes para atender todas las demandas derivadas del mismo.

En efecto, el dato poblacional tomado en consideración por el PGOU para 2024 es de 261 000 habitantes. Esta cifra se halla muy lejos de los 348 179 habitantes esgrimidos arbitrariamente por ARCA, y, de cualquier forma, muy

¹⁸ El testigo-perito en la instancia eleva el abastecimiento en verano de 2014 a 5 hm³, mientras que los recursos disponibles de acuerdo con el Plan integral de ahorro de agua para Cantabria se sitúan en 186,44 hm³/año (véase *supra*).

por encima de las cifras oficiales del Padrón Municipal de Habitantes, que muestran desde la época del PGOU de 1997 un descenso sostenido de la población: en 1996 se sitúa en 185 410 habitantes, en la fecha de la emisión del primer informe sobre los recursos hídricos obrante en los autos (el remitido en septiembre de 2005 por la Dirección General de Obras Hidráulicas y Ciclo Integral del Agua) baja a 183 955 habitantes, en la fecha de aprobación definitiva del PGOU (septiembre de 2010) cae a 181 589 habitantes, en la fecha del fallo de instancia descendiendo aún más a 173 857 habitantes y en 2016 vuelve a disminuir hasta los 172 656 habitantes.

Si a ese simple dato, incontestable por sí solo, el Tribunal Supremo hubiera sumado el de la finalización de la construcción de la Autovía del Agua en la fecha prevista de noviembre de 2016, que entrando en funcionamiento de inmediato permite reforzar los recursos hídricos disponibles para el abastecimiento de agua a Santander, la conclusión sería aún más nítida si cabe.

Y no se pretenda oponer a ello que la toma en consideración de los datos antedichos supondría llevar el debate extramuros del proceso, porque, como afirma el Tribunal Supremo, y recuerda el fallo aquí comentado:

[...] la congruencia de la resolución judicial es plenamente compatible con el principio *iura novit curia* (Sentencia de 5 de mayo 2004).

En estas condiciones, es inevitable considerar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016, primero, realiza ella misma una valoración de las pruebas llevadas a cabo por la Sala de Instancia que ni es racional, ni está debidamente fundamentada; segundo, adolece de la imprescindible motivación en lo relativo a la suficiencia de recursos hídricos al no tener en cuenta hechos determinantes que la avalan de forma concluyente; y, tercero, incurre en un injustificado formalismo al refugiarse en una interpretación gramatical y literalista de la distinción entre la suficiencia y la disponibilidad de recursos hídricos postulada en fallos tales como la Sentencia de 10 de marzo de 2015, que además es incoherente.

Así es. No puede, ni debe pasarse por alto, el espíritu y finalidad del requisito contemplado en el art. 25.4 TRLA, que no es otro que prevenir la aprobación de instrumentos de planeamiento que lisa y llanamente no prevean recursos hídricos suficientes para atender las demandas nuevas que resultan de los usos y actividades que hallan cobertura en los mismos, en detrimento de la protección de los recursos naturales y, en general, de todos los intereses públicos en presencia. El maldito ejemplo de Seseña surge de inmediato.

Pero de ahí a poner freno a la aprobación de todos aquellos planes que no acrediten indubitadamente, y ofrezcan garantías a tal fin, la suficiencia de recursos hídricos en cualesquiera circunstancias y en un horizonte temporal

de al menos catorce años hay un gran trecho. Nadie puede pretender que ningún instrumento de planeamiento, incluido el PGOU de Santander, pueda regular, incidir o afectar en las decisiones de los ciudadanos sobre sus destinos vacacionales, y menos aún en la meteorología. ¿Qué sucederá cuando la mayoría de la población española descubra un día que el mejor lugar de verano es el norte peninsular (Islas Afortunadas al margen) y coincida un flujo turístico elevado con un período de sequía cantábrica en época de estiaje? ¿Habrá que revocar el planeamiento urbanístico vigente por insuficiencia sobrevenida de recursos hídricos o impedir la aprobación de una revisión o modificación del mismo por idéntica razón? Si fuera así, la inmensa mayoría de las localidades turísticas situadas en el Levante o Andalucía se enfrentarían a gravísimos problemas. Estas hipótesis, en apariencia descabelladas, surgen irremediablemente tras el examen del fallo comentado.

Sin necesidad de apurar el razonamiento, y ateniéndome a la doctrina jurisprudencial que da cobertura al pronunciamiento anulatorio, téngase presente lo siguiente: si la exigencia de suficiencia y disponibilidad del art. 25.4 TRLA ha de darse en el momento de la aprobación definitiva del PGOU, por simple coherencia el Tribunal Supremo debió tener en cuenta la población de la ciudad de Santander entonces, que se situaba en 181 589 habitantes, máxime a la vista de su tendencia a la baja desde años atrás, que no ha hecho sino acentuarse hasta la actualidad. Es decir, la cifra poblacional a considerar era un 30 % inferior a la proyección para 2024 contenida en el PGOU. Aquella referencia era mucho más realista y rigurosa, tanto más cuanto que en el curso de las últimas dos décadas, lejos de aumentar su población, ha ido perdiendo de forma constante una parte, hasta 12 754 habitantes, equivalentes a casi el 7 % de la población existente en 1996.

Ello unido al hecho de que en el peor de los escenarios (el verano de 2014), el abastecimiento de agua procedente del bitrasvase alcanzó en cuatro o cinco meses una cifra equivalente al 2,7 % del total de los recursos hídricos disponibles ese año para una ciudad con una población oficial entonces de 175 736 habitantes, determina que solo quepa una conclusión, cual es la suficiencia y disponibilidad de los recursos hídricos. La terminación de la construcción de la Autovía del Agua refuerza todavía más dicha conclusión¹⁹.

Lo expuesto pone en entredicho, a mi juicio, la solución acogida por el Tribunal Supremo.

¹⁹ El anterior subdirector general de Aguas del Gobierno cántabro, K. Nikolov Koev, afirma que las nuevas infraestructuras de gran envergadura deben contribuir a enjugar definitivamente el déficit hídrico en época estival en Cantabria proporcionando una garantía de suministro del 99 % (véase Nikolov Koev, 2014: 26).

Pero más allá de este caso concreto hay otra lección a extraer, que no es en absoluto tranquilizadora. La creciente sustantivación de las formas en el curso de estos últimos años por mor de una interpretación rígida de la legislación urbanística (y la sectorial a ella vinculada) cuando no pura y simplemente formalista está alcanzando un grado tal que dificulta hasta el extremo e incluso imposibilita el ejercicio de la potestad de planeamiento, por mucho celo y diligencia que pongan las administraciones públicas implicadas. Es algo que he venido poniendo de manifiesto en fechas recientes²⁰.

El caso aquí analizado es paradigmático: la observancia de todos los requisitos, formales y materiales, en el procedimiento de elaboración del PGOU, la evacuación en su seno de una multiplicidad de informes sectoriales por parte de diferentes organismos y órganos que ratifican la suficiencia de recursos hídricos, la justificación objetiva de las grandes decisiones contenidas en aquel (en particular, la reclasificación del suelo no urbanizable del término municipal), las concluyentes pruebas practicadas en el seno del proceso de instancia, la finalización entretanto de las dos últimas grandes infraestructuras hidráulicas que refuerzan todo el sistema de abastecimiento de Santander (y, por extensión, de toda la región) y el descenso paulatino de la población en contradicción con las proyecciones municipales, no son argumentos bastantes, sin embargo, para acreditar la suficiencia de dichos recursos hídricos también en época de estiaje.

Esto, sencillamente, no es de recibo. Por lo tanto, no es solo lógico, sino además obligado seguir el positivo ejemplo francés de los últimos años y emprender reformas legales auténticamente eficaces, así como rectificar la jurisprudencia al uso, en la línea auspiciada por la doctrina más autorizada²¹, a la que ahora me remito. El interés público lo exige sin demora.

²⁰ Véase, por ejemplo, J. R. Fernández Torres (2015), «¿Formalismo exacerbado o simple defensa de la legalidad?», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 33, págs. 183-199; y (2016), «No todo vale como evaluación ambiental estratégica (a propósito de la STS de 11 de julio de 2016 [RC nº 1006/2015])», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 38, págs. 123-134.

²¹ Véase T. R. Fernández (2017), «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, 203.

