



Roj: **STS 5014/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:5014**

Id Cendoj: **28079130031997100437**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/07/1997**

Nº de Recurso: **208/1996**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **OSCAR GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de mil novecientos noventa y siete.

En el recurso de casación nº 208/1996, interpuesto por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque, con la asistencia de letrado, en nombre y representación de COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, y por el Abogado del Estado, que actúa en representación y defensa de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 1.995 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en los recursos acumulados números 136, 137, 140, 141, 145 y 146 todos de 1.991; siendo partes recurridas: a) la ASOCIACIÓN LEGAL "COORDINADORA DE ITOIZ", representada por el procurador don Isacio Calleja García, con asistencia de letrado, respecto de los anteriores recursos, b) la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, respecto del recurso formulado por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, y ésta, con la representación y defensa antes dicha, respecto del de aquélla.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1ª), dictó sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los AYUNTAMIENTOS DE LONGUIDA, VILLA DE AOIZ, ARCE Y OROZ DE BETELU, COORDINADORA DE ITOIZ y LA JUNTA GENERAL DEL VALLE DE AEZCOA. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y de la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA se presentaron sendos escritos preparando recursos de casación, los cuales fueron tenidos por preparados, respectivamente, en providencia de la Sala de instancia de fecha 9 de octubre de 1.995, y en auto de 16 de octubre de 1.995, ordenándose remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

SEGUNDO.- Emplazadas las partes, los recurrentes comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formularon en fechas de 21 de noviembre de 1.995 (COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA), y 19 de julio de 1.996 (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO) sus escritos de interposición de los respectivos recursos de casación, en los cuales, tras exponer los motivos de impugnación que consideraron oportunos, solicitaron:

1º) La COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, que se dicte sentencia por la que, con la estimación íntegra del presente recurso, se rescinda la sentencia recurrida dada su disconformidad con el ordenamiento jurídico, declarándose: a) haber lugar al recurso interpuesto por dicha parte, casando la sentencia recurrida, que ha de dejarse sin efecto, ordenando que sean repuestas las actuaciones de instancia al momento inmediato siguiente a ser contestada la demanda rectora del proceso por el Abogado del Estado para que, dándosele traslado de la copia de la demanda y de esa contestación, con entrega del expediente, pueda ésta contestar a aquélla en el término de 20 días que al efecto le serán concedidos; prosiguiéndose posteriormente el proceso por sus trámites, declarando la nulidad de todas las actuaciones procesales producidas en el proceso de instancia a partir del momento antes citado al que deberán ser retrotraídas o repuestas las actuaciones



de primera instancia; y b) en todo caso, haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida, que ha de dejarse sin efecto, desestimando los recursos contencioso-administrativos acumulados interpuestos por la parte actora contra la resolución aprobatoria del proyecto de la Presa de Itoiz y declarando la adecuación a Derecho de los actos administrativos impugnados.

2º) La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, que se dicte sentencia por la que estimando el recurso se case y anule la sentencia recurrida, declarando en su lugar la conformidad a Derecho de la resolución del Ministerio de Obras Públicas de 2 de noviembre de 1.990 por la que se aprobó el expediente de información pública y técnica, y definitivamente el proyecto de la Presa de Itoiz, dejando a salvo los derechos que correspondan para el supuesto de que se estimen los motivos invocados al amparo de los apartados 1º y 2º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional.

TERCERO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 28 de febrero de 1.997, en la cual se ordenó también entregar copia de los escritos de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas, a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso.

El 17 de marzo de 1.997, el Abogado del Estado evacuó el traslado declarando que no formaliza oposición al recurso entablado por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, aunque entiende que no procede retrotraer actuaciones si la Sala casa la sentencia.

El 3 de abril de 1.997, la representación de la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, evacuó el traslado, suplicando sentencia por la que estimando íntegramente los recursos de casación, se case y anule la sentencia recurrida, declarando en su lugar la conformidad a Derecho de las resoluciones ministeriales impugnadas aprobatorias del proyecto de la Presa de Itoiz.

El 11 de abril de 1.997, la representación de la ASOCIACIÓN LEGAL "COORDINADORA DE ITOIZ", evacuó el suyo, solicitando el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad y de prejudicialidad a que hizo referencia en el cuerpo del escrito, y dicte en su día sentencia por la que con desestimación íntegra de los recursos, se declare no haber lugar a los mismos, confirmándose la sentencia recurrida, con las consecuencias que en todo caso pudieran resultar del planteamiento de las cuestiones de referencia, con expresa imposición de costas a las partes recurrentes.

CUARTO.- Por providencia de fecha 30 de abril de 1.997, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 2 de julio de 1.997, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aunque el objeto de esta casación lo constituye la sentencia de 29 de septiembre de 1.995, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se estima el recurso formulado contra la resolución de 2 de noviembre de 1.990 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, que aprueba el expediente de información pública y técnica, y definitivamente el Proyecto 02/89, de la Presa de Itoiz; es necesario, previamente al estudio de los diferentes motivos de casación articulados por las partes recurrentes -Comunidad Foral de Navarra y Administración General del Estado- examinar el óbice procesal, que ha sido alegado por la parte recurrida (Coordinadora de Itoiz), en relación con el recurso interpuesto por la primera, que puede conducir, caso de ser apreciado, a la inadmisión de su casación, que en la fase procesal en que nos encontramos devendría en motivo de desestimación.

Argumenta que el recurso de casación deducido por la Comunidad Foral de Navarra es inadmisibles, ya que al personarse después de dictada la sentencia recurrida, carece de la condición de parte en el proceso de primera instancia, y por ello no está legitimada para recurrir, conforme a lo prevenido en el artículo 96.3 de la Ley Jurisdiccional, que señala que "están legitimados para interponer recurso de casación quienes hubieran sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida".

El criterio de esta Sala con referencia a este tema, recogido en los autos de 8 de marzo de 1.994, 23 de noviembre de 1.994, 17 de octubre de 1.995 y 17 de septiembre de 1.996, es el de que, salvo la Administración autora del acto, que es parte por la simple remisión del expediente en el caso del art. 63.2 de la Ley Jurisdiccional, las demás personas interesadas o titulares de derechos que pudieron comparecer voluntariamente en el proceso y no lo hicieron, carecen de legitimación para interponer el recurso de casación.

La particularidad del presente supuesto radica en que la Comunidad Foral de Navarra, a pesar de su evidente interés en el litigio, no fue emplazada personalmente, lo que, en principio, haría inaplicable respecto de ella la anterior jurisprudencia, si se tiene presente que se le cercenaría la posibilidad de recurrir por causas que no le son imputables, con la clara indefensión que esto comporta.



No obstante, debemos precisar que, aunque la actividad desplegada por la Sala de instancia tendente a lograr el emplazamiento personal de la Comunidad Foral, dictando dos providencias en las que se requería a la Administración del Estado con esta finalidad, no llegó a producir el efecto deseado; lo cierto es que la Administración Autonómica tuvo real conocimiento de la existencia del recurso contencioso-administrativo, como lo demuestra el que cumplimentara, con fecha 10 de noviembre de 1.994 -mucho antes de la fase de conclusiones-, dos pruebas documentales que en período probatorio le fueron requeridas por el Tribunal que conocía del proceso, mediante oficio de 3 de octubre de 1.994, en el que se precisaba con toda claridad, quién era la parte recurrente y el acto objeto del recurso. Ante esa circunstancia, la falta de personación es imputable a la propia Comunidad Foral y la consecuencia derivada de ello, de no poder considerársele como parte a los efectos de interponer la casación, ha dependido de su actitud pasiva en primera instancia, lo que lleva a la conclusión de declarar la desestimación de su recurso por no encontrarse en el supuesto del artículo 96.3 de la Ley Jurisdiccional, con imposición de las costas del mismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 100.3 de la misma.

Procede examinar, a continuación, los motivos de casación invocados por el Abogado del Estado que, aunque es cierto, como dice la parte recurrida, que no se colocan en su escrito por el orden establecido en el artículo 95.1 de la indicada Ley, ello no es causa que determine la inadmisibilidad de su recurso, sin perjuicio de que este Tribunal los resuelva disponiéndolos de la forma que estime más conveniente, por razones de metodología y claridad de la sentencia.

Una precisión previa más hemos de realizar, para dar cumplida respuesta a las planteadas por la parte recurrida, cual es la siguiente: el escrito del Abogado del Estado preparando el recurso de casación cumple los presupuestos del artículo 96.1 de la Ley Jurisdiccional, pues en él se indica que los motivos en que se funda son los del artículo 95, como después lo ha hecho en su escrito de interposición, en que, con absoluta corrección, incardina cada uno en el correspondiente apartado, con mención de cuál es el precepto procesal o sustantivo o jurisprudencia, que a su juicio, infringe la sentencia recurrida. A este respecto, conviene recordar la jurisprudencia de esta Sala, recaída sobre el art. 96 -autos de 3 de marzo de 1.994, 6 de octubre de 1.994, y sentencia de 13 de julio de 1.996-, indicando que dicho precepto "no impone la necesidad de fijar los motivos por los que se interpone dicho recurso, lo que será objeto del escrito de interposición regulado en el artículo 99.1 de la misma Ley, sino que, con la exigencia indicada se refiere a la necesidad de exponer sucintamente la concurrencia de los requisitos que permiten la interposición del recurso de casación contra la resolución en cuestión, cuales son que ésta es susceptible de recurso de casación por estar comprendida entre las del artículo 93 de la propia Ley de la Jurisdicción, que se prepara dentro del plazo legalmente establecido y que se ostenta legitimación para interponerlo, además del órgano jurisdiccional ante el que se prepara", requisitos todos ellos cumplidos escrupulosamente por el Abogado del Estado en su escrito de preparación.

SEGUNDO.- Al amparo del párrafo 1º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, considera el representante de la Administración del Estado, que la sentencia recurrida incurre en abuso de jurisdicción, en este caso por exceso, infringiendo así los artículos 66.2, 97 y 117.4 de la Constitución, así como el 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en cuanto asume funciones ejecutivas y hasta cuasi-legislativas, al no limitarse a decidir sobre la legalidad del acto recurrido, sino que se extralimita y resuelve sobre la oportunidad de la decisión administrativa, solución elegida, procedimientos expropiatorios, impacto ambiental, contratación de la obra, haciéndose declaraciones sobre lo que debe recoger una Ley que apruebe un proyecto hidráulico, sus lacónicos términos, etc.

El motivo debe rechazarse, por las siguientes razones: a) la sentencia recurrida deja claramente dicho que concurren con el caso que examina, otras cuestiones que se están conociendo en distintos Tribunales - Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid- y no entra a examinarlas -medio ambiente, tributos, expropiaciones, incidencia supramunicipal-, sin perjuicio de que incidentalmente haga referencia a ellas, en lo que tienen de relación con el asunto que se le somete, pero sin llegar a tomar decisión alguna sobre las mismas; b) habiéndosele planteado por los recurrentes la necesidad de formular cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 3/1992, de 22 de mayo, es lógico que proceda a examinar la pertinencia del mismo desde este prisma, para acogerla o rechazarla, pero, además, su examen le correspondía desde la perspectiva, argumentada por las partes, de si era suficiente a los efectos de cumplir el respaldo de Ley formal que, para el proyecto que enjuiciaba, se hacía derivar del artículo 44 de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto; y c) si bien es cierto que corresponde a la Administración decidir sobre la oportunidad, justificación y contenido del proyecto, ello no quiere decir que su actuación, en relación con estos extremos, no pueda ser fiscalizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la aplicación de las técnicas del control de los hechos determinantes, elementos reglados del acto e interdicción de la arbitrariedad, que es, en definitiva, lo que ha hecho el juzgador de instancia, al margen de que sus conclusiones sean o no aceptadas por esta Sala, cuando llegue el momento en esta sentencia de resolver sobre ellas.



Por la razón apuntada en el apartado a) anterior, procede igualmente rechazar el motivo cuarto, de incompetencia de la Sala - art. 95.1.2º de la Ley Jurisdiccional- para resolver sobre la incidencia del proyecto en el medio ambiente; pues, como luego se verá, lo que se hace es discernir sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la obra con la legislación de reservas naturales y sus zonas limítrofes y ZEPAS, en función del terreno ocupado con el embalse, que indudablemente hay que tener en cuenta.

TERCERO.- Al amparo del párrafo 4º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, se dice que la sentencia recurrida infringe los artículos 97 y 149.1.24º de la Constitución; 3, 14 y 23 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1.877; los artículos 20 y 24 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1.965; los artículos 55 y 72 de su Reglamento, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre; Orden de 31 de marzo de 1.967, sobre construcción de grandes presas; y el artículo 10 del Real Decreto Ley 3/1992, de 22 de mayo, así como el artículo 44 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. La vulneración de estos preceptos los pone en relación con el pronunciamiento de la sentencia recurrida de que el proyecto carece de cobertura legal, ya que, a juicio del Abogado del Estado, tal respaldo se encuentra en las disposiciones que ha dejado citadas.

No está demás recordar ahora que, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa limita el objeto de nuestro examen al acto impugnado, que no es otro que la resolución de 2 de noviembre de 1.990 del Ministerio de Obras Públicas, por la que se aprueba el expediente de información pública y técnica, y definitivamente de la Presa de Itoiz (Proyecto 02/1989). Esta precisión no es baladí, ya que ello constituye el punto referencial de enjuiciamiento, tanto en lo que afecta a la naturaleza de la resolución, un simple proyecto técnico de obras sin otras pretensiones, como en cuanto a la legislación aplicable, que no es y no puede ser más que la que en ese momento se encontraba en vigor; siendo indiferente a tales efectos, la normativa y hechos que, respectivamente, se han dictado o producido con posterioridad, los cuales, aunque podrían servir como elementos "ex post" de interpretación, sin embargo, al no ser conocidos por la Administración autora del acto en el instante en que éste se produjo, es obvio que no los aplicó y ningún reproche puede hacerse por ello.

Dicho lo anterior, empecemos por el análisis del tema del respaldo normativo que el indicado acto debe tener.

El artículo 44 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, establece que "Las obras públicas de carácter hidráulico que sean de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma habrán de ser aprobadas por Ley e incorporadas al Plan Hidrológico Nacional".

Del estudio de este precepto no puede extraerse la consecuencia de que en ausencia del Plan Hidrológico, como ocurre en la actualidad, la aprobación de estas obras no necesiten respaldo de norma con rango de Ley. Lo que con toda evidencia quiere el legislador es que una construcción de esta envergadura esté siempre avalada por una específica Ley y que, si se acomete con posterioridad al Plan, deberá ser incorporada al mismo. Tampoco puede extraerse la conclusión inversa, de que faltando el mencionado Plan no puedan llevarse a cabo obras públicas hidráulicas de interés general, porque esto supondría ir en contra de ese propio interés, que con la obra se trata de satisfacer, paralizándose toda la actividad administrativa de ejecución de grandes obras durante el largo y complejo procedimiento de elaboración y aprobación del Plan Hidrológico Nacional, que lleva ya varios años fraguándose.

Que la Presa de Itoiz participa de esa naturaleza de obra pública de trascendencia general, no ofrece ninguna duda, y esto ha sido admitido por todos los implicados -defensores y detractores-, ya sean Administraciones o instituciones públicas o privadas, hayan intervenido o no en el proceso. Su importancia e interés no sólo puede encontrarse en su incidencia en diversos y grandes sectores de la economía -agricultura, industria, actividades deportivas, etc.- del medio ambiente, y de la ordenación de una vasta zona de territorio, sino también en que afecta de forma directa o indirecta a la cuenca del río Ebro, del que es tributario el Irati a través del afluente Aragón, cuyas aguas van a ser embalsadas en la Presa de Itoiz; y, en consecuencia, su repercusión va más allá de los límites de la Comunidad Autónoma en que se construye, para afectar, fuera de sus fronteras, a las que se integran, aguas abajo, en la cuenca de aquél río. Además, la Presa es uno de los tres elementos de una operación, junto con el Canal de Navarra -de más de 180 kilómetros de longitud- y con una amplia gama de obras de riego, con la que se trata de transformar en regadío una superficie de 57.713 Ha.

Ni que decir tiene, ante tales consideraciones, que la Presa de Itoiz se encuentra incluida entre las obras a que se refiere el artículo 44 de la Ley de Aguas de 1.985 y, por tanto, sometida al requisito de su aprobación por norma con rango de Ley formal. De hecho, con posterioridad, así se ha venido a reconocer por el Real Decreto Ley 3/1992 y por la Ley 22/1997, de 8 de julio.

Ahora bien, esta norma con rango de Ley no surge ni puede surgir a la vida jurídica espontáneamente. Es más, sería ilusorio pensar, que el sólo procedimiento de elaboración de la norma bastase para llegar a la conclusión de acometer una obra de tales características. Si así fuera, podría suceder que la Ley la aprobase, y más tarde resultase inviable por razones técnicas de ingeniería, presupuestarias, de impacto ambiental, sociales, etc.



La mera existencia de la Ley no es suficiente para que puedan ser superadas las dificultades que se vayan presentando en esos diversos campos, o que haya que superarlos pese a quien pese, por la fuerza de los hechos, aunque ello resulte empresa poco menos que imposible. Es evidente que no es esto lo que se quiere en la Ley de Aguas con referencia a "las obras públicas de carácter hidráulico de interés general". Lo que indudablemente se ha pretendido, en su artículo 44, es que, una vez que se han valorado los diferentes factores concurrentes y se hayan tomado todas las decisiones requeridas por las diversas normativas sectoriales que concurren en una empresa de este tipo, sea una disposición con rango de Ley, la que las refrende, abriendo las puertas a su ejecución. De aquí que el proyecto técnico impugnado debe preceder necesariamente a dicha Ley, ya que ésta, valorándolo junto a otras circunstancias, decidirá o no sobre la aprobación de la obra. Cabría hipotéticamente que el propio proyecto revistiese la forma de Ley, pero esto no se concilia con el carácter marcadamente técnico del mismo, difícilmente asimilable en un procedimiento parlamentario, ni con lo que luego diremos sobre la concurrencia de otros actos que han de dictarse en el proceso de elaboración de la solución final, que es la Presa.

El proyecto, por tanto, en el momento de ser redactado no necesitaba de una Ley previa que expresamente lo autorizase, lo cual nos releva de entrar en el examen de la suficiencia, a tales efectos, del posterior Real Decreto Ley 3/1992, de 22 de mayo (convalidado por el Congreso el 11 de junio de 1.992), cuyo artículo 10 declara de interés general las obras que se enumeran en su Anexo, entre las que se encuentra la Presa de Itoiz. Al ser un mero proyecto técnico de ingeniería debía limitarse, como así lo hizo, a cumplir su propia función material, con sujeción, como dice el Abogado del Estado, a la normativa de obras públicas. Sólo éste era su cometido, según se infiere de los artículos 3 y 14 de su Ley Reguladora de 13 de abril de 1.877, y de los artículos 56 y 72 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, que ponen de relieve la total independencia del proyecto respecto de la construcción y explotación de la obra, y más concretamente, con referencia a las grandes presas, la Orden de 31 de marzo de 1.967, que regula con clara independencia en dos Capítulos distintos, los proyectos de presas (Capítulo II) y su construcción (Capítulo III). Lo cual no quiere decir, como más adelante veremos, que a su vez no deba respetar las disposiciones que afectan a otros sectores del ordenamiento jurídico, pues sería ilógico aprobar un proyecto de nula viabilidad, al incidir su ejecución en prohibiciones derivadas de esas disposiciones.

Por esta razón, tampoco procede examinar si el proyecto debe o no contener determinaciones propias del Plan Hidrológico Nacional o del de Cuenca, pese a lo que indica la sentencia recurrida. En cualquier caso, mal podría exigirse a un proyecto técnico de obras, alguno de los contenidos previstos para el primero en el artículo 43.1 de la Ley de Aguas -coordinación de los diferentes planes hidrológicos de cuenca, solución para las posibles alternativas que aquéllos ofrezcan, previsión y condiciones de transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca, modificaciones que se prevean en la planificación del uso del recurso y que afecten a aprovechamientos existentes para abastecimiento de poblaciones o regadíos-, pues se refieren a cuestiones afectantes a varias cuencas. Tampoco los de los Planes Hidrológicos de Cuenca del artículo 40, que se concretan en recursos hidráulicos y parten de los existentes, a los efectos de regulación y distribución de los usos, como lo demuestra el artículo 100.1.b) del Reglamento de Planificación Hidrológica, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, cuya redacción incluye el "inventario de grandes infraestructuras hidráulicas", que indudablemente condicionarán, como no podía ser menos, por la realidad de los hechos, su redacción.

El motivo, por estas razones, debe ser estimado, casando la sentencia de instancia en este punto.

CUARTO.- Íntimamente ligado con el motivo anterior, y al amparo también del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, se formula el tercero, en el que se consideran infringidos la Ley de Obras Públicas, el Reglamento de Contratos del Estado, especialmente sus artículos 63 y 64, el artículo 53.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Régimen Administrativo Común, el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, por aplicación indebida, el artículo 44 de la Ley de Aguas y la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, Texto Refundido, aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, especialmente su artículo 5º. Se dice que, contrariamente a lo razonado por la sentencia recurrida, el acto cumple el fin previsto.

No debe suscitar ninguna duda, y la realidad lo ha demostrado, que un embalse, como la Presa de Itoiz, presenta una complejidad notoria, tanto en su aspecto técnico como jurídico. La larga elaboración que la empresa ha merecido, relatada minuciosamente en las actuaciones, y la intervención de diferentes Administraciones con competencias en ámbitos determinados conectados con la obra, revelan esa complejidad.

A este respecto, conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional nº 227/1988, de 29 de noviembre, en relación con la Ley de Aguas de 1.985, en la que se señala -fundamento jurídico 18- que "sobre los recursos hidráulicos convergen diferentes actividades que responden a finalidades distintas y se enmarcan en otras tantas políticas sectoriales, respecto de las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen



competencias, sea al Estado, sea a las Comunidades Autónomas". Y añade -fundamento jurídico 20-, "sin embargo, si hubiera de admitirse que cada Administración puede realizar las actividades de su competencia en régimen de estricta separación, la planificación hidrológica se haría imposible; de donde se sigue que en materia de política hidráulica se acentúa la necesidad de una específica coordinación entre las diferentes Administraciones interesadas".

El artículo 13.3º de la Ley de Aguas se preocupa de ponerlo de manifiesto, al sentar, como principio a que debe someterse el Estado en esta materia, el de "compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente, y la restauración de la naturaleza". A esto debemos añadir que los títulos competenciales en materia de aguas y obras hidráulicas no son absolutamente coincidentes. En efecto, mientras el artículo 149.1.22ª atribuye competencia exclusiva al Estado sobre "la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma...", y el 149.1.24ª se la concede en "obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma", el artículo 148.1.4ª y 10ª indica que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en "las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio", y en "los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma", asunción con carácter exclusivo que se ha venido a atribuir a Navarra, en el artículo 44 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento de su Régimen Foral 13/1982, de 10 de agosto.

En el ejercicio de estas competencias, según sea el sector de que se trate, cada Administración ha de actuar sometida a la normativa propia que lo regula, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su caso, controlar la legalidad de las resoluciones que en cada uno de ellos se vayan dictando. Ahora bien, habida cuenta de la interrelación que lógicamente habrá de existir entre las mismas, deberá concluirse que será innecesario, por las apuntadas razones de coordinación, reproducir actuaciones o presupuestos que ya se han cumplido en otros ámbitos. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada anteriormente, recogiendo el sentido de una doctrina, que ya se había consolidado en otras anteriores - STC 32/1983, 11/1984, 144/1985-, con la coordinación "se persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que de existir impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema, y que, por lo mismo, debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias".

En referencia ya a la Presa de Itoiz, esta actuación independiente, pero a la vez coordinada, ha sido patente. En efecto:

1º) En relación con la ordenación del territorio, el Gobierno Foral de Navarra aprueba provisionalmente el 1 de junio de 1.989 el Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal de dicho embalse, de conformidad con los artículos 22 y siguientes de la Ley Foral 12/1986, de 11 de noviembre. La lectura de su parte expositiva pone minuciosamente de manifiesto lo siguiente: a) cuál es la finalidad principal del proyecto -regular las aportaciones hidráulicas necesarias para regar 57.715 Ha. por medio del Canal de Navarra-, y junto a ella enumera otras también de importancia -garantizar el regadío en las riberas del río Aragón, permitir la transformación en regadío del área número 87 de la ribera del Irati, asegurar un caudal ecológico mínimo en dicho río, permitir el abastecimiento de una serie de núcleos urbanos, posibilitar el aprovechamiento hidroeléctrico del río Irati, y permitir un importante control y laminación de avenidas de dicho afluente-; b) cuál es su justificación -existencia de fuertes déficits estacionales debidos a la falta de regulación, utilización total de los recursos actualmente existentes e imposibilidad de cubrir las demandas hídricas-; y c) cuál su contenido, en relación con zonas y núcleos urbanos a inundar por el embalse, descripción del mismo, situación y altura de la presa -100/110 m.-, tipología adoptada para la obra -materiales sueltos con pantalla de hormigón-, duración y coste estimado de los trabajos, así como la financiación, que ha sido objeto de un acuerdo entre el Gobierno de Navarra y el MOPU, por el cual éste financia las obras y aquél pone a su disposición los terrenos necesarios para su ejecución.

Finalidad, justificación y contenido, tienen un sentido político, técnico y de oportunidad, que hace muy limitada su fiscalización por los Tribunales, como no sea a través de la prueba de la inexistencia de los hechos determinantes y de la interdicción de la arbitrariedad. El indicado proyecto, que fue aprobado definitivamente por acuerdo del Gobierno de Navarra de 31 de julio de 1.990, ha sido objeto de impugnación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el que ha recaído sentencia de 16 de marzo de 1.995 desestimatoria del recurso, y pendiente de casación.

2º) En relación con el medio ambiente, el Estudio de Evaluación del Impacto Ambiental de la Presa de Itoiz fue aprobado por resolución de la Dirección General de Ordenación y Coordinación Ambiental del MOPU, de 20 de



julio de 1.990, e impugnado en vía jurisdiccional ha sido estimado por sentencia de 30 de junio de 1.997 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

3º) En el aspecto económico, en cumplimiento del pacto de financiación conjunta entre el Gobierno de Navarra y el MOPU, se han consignados las correspondientes partidas presupuestarias en las respectivas leyes de presupuestos.

4º) En relación con la concreta obra pública, se ha aprobado el proyecto de obra 02/89 por el MOPU con fecha 2 de noviembre de 1.990, que es objeto de impugnación a la que la presente casación se refiere.

5º) Y, por último, en el aspecto puramente hídrico, se ha dictado el Real Decreto-Ley 3/1992, en el que se declara la Presa de Itoiz obra de interés general. La Ley 22/1997, de 8 de julio, aprueba la obra.

Los anteriores datos ponen de manifiesto la intercomunicación de las diferentes partes de un todo, que tiene como punto final, el llevar a la práctica el embalse de Itoiz. Dentro de este entramado de actos administrativos y disposiciones, unos encuentran en los otros su finalidad, justificación y contenido, sin que sea preciso, por la coordinación y economía a que antes nos referíamos, una constante reiteración en cada uno de ellos de los extremos que ya han sido contemplado por los otros.

De aquí, que también debemos estimar este motivo, casando la sentencia recurrida en este punto.

QUINTO.- Como motivo quinto, incardinado en el párrafo 4º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, aduce el Abogado del Estado infracción por la sentencia recurrida del Real Decreto Legislativo 1.302/1986, de 28 de junio, la Ley Foral del Parlamento de Navarra 6 /1987, de 10 de abril, artículos 17 y adicional 1ª, y el Decreto Foral de Navarra 151/1991, de 18 de abril; ya que, a su juicio, la invasión de la banda periférica de protección de las tres reservas naturales de 500 metros, que la sentencia declara que se producirá con la Presa de Itoiz, no ocurrirá al no estar fijadas las indicadas bandas de protección, que deben serlo en virtud de una norma con rango de Ley, en este caso la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de Espacios Naturales de Navarra, que permite actividades constructivas, como la indicada presa, en dicha zona.

Existen tres reservas naturales implicadas por el embalse: la RN-9 de Foz de Iñarbe, la RN-10 de Poche de Chichurrenea, y la RN-11 de Gaztelu. Su delimitación se hizo por el Anexo II de la Ley Foral 6/1987, de 10 de mayo, sobre Normas Urbanísticas Regionales para Protección y Uso de los Territorios en Navarra. Su Disposición Adicional 1ª.3, estableció que "sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 de esta Disposición Adicional el Gobierno de Navarra en el plazo de seis meses delimitará para cada uno de los espacios que se declaren como Reservas Integrales y Reservas Naturales una zona de protección exterior contigua y periférica de una anchura de 500 metros como máximo a fin de garantizar una completa protección de los recursos naturales que han justificado la creación de las reservas, y para evitar los posibles impactos ecológicos y paisajísticos procedentes del exterior. En dicha zona de protección será de aplicación, en cuanto a las actividades constructivas, el régimen previsto en el artículo 17.2.b) de esta Ley Foral". Este último artículo, respecto de las actividades constructivas, dispone que "Podrán autorizarse las construcciones, instalaciones e infraestructuras vinculadas a la investigación y educación ambiental, y excepcionalmente las infraestructuras de interés general, cuya implantación no deteriore gravemente el espacio objeto de protección".

De conformidad con estos preceptos, la Presa de Itoiz, como infraestructura de interés general, únicamente podrá incidir en las zonas periféricas de protección, siempre y cuando no deteriore gravemente dicho espacio. La sentencia de instancia - fundamento jurídico 41- considera que ese deterioro se producirá "al inundar por debajo de la cota 590 que limita inmediatamente el vaso con las cotas de las Reservas, deterioro que supone para las mismas la destrucción de las focas en esa banda de 500 metros, tal y como se deduce del Estudio de Evaluación del Impacto Ambiental de febrero de 1.989, en cuya página 91 se señala el efecto destructivo que sobre la cubierta vegetal ocasionará la inundación del vaso". Este hecho probado no puede ser discutido en esta casación y, por tanto, hemos de partir de él.

La argumentación del Abogado del Estado de la inexistencia de las zonas periféricas, carece de base. El que no se hayan fijado por el Gobierno de Navarra, y por el Decreto 151/1991, de 18 de abril, sobre Normativa específica de los Planes de Uso y Gestión de varias reservas naturales, entre las que se encuentran las aquí consideradas, no quiere decir que no tengan que existir, pues los términos imperativos de la mencionada Disposición Adicional -"delimitará"- no deja lugar a dudas sobre su realidad, siendo su anchura la que podrá oscilar en más o menos metros, pero nunca al extremo de verse reducida a mínimos de inoperancia respecto de su finalidad protectora que se le atribuye en relación a la reserva natural. Por su valor de interpretación auténtica, que corrobora lo anterior, hemos de citar la Ley Foral 2/1993 de 5 de marzo, sobre Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y sus Hábitats, que en su artículo 22.5, después de remitir a la Ley Foral 6/1987, para fijar el régimen de protección de la reservas naturales, expresa: "se establece una zona de protección circundante a las áreas de protección de la fauna silvestre, entre 250 y 500 metros, cuya dimensión exacta



y régimen de uso se definirá en los planes de uso y gestión de cada área. En tanto no se lleve a efecto esta delimitación en el correspondiente plan de uso y gestión, será de aplicación automática la dimensión máxima, con el régimen de protección previsto a estos efectos en la Ley Foral 6/1987, de 10 de abril, de Normas Urbanísticas Regionales para protección y uso del territorio". En el mismo sentido, la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, sobre regulación de espacios naturales lo dice en su exposición de motivos, con referencia a las indicadas tres reservas: "No obstante, se considera conveniente ahora delimitar una zona periférica de protección circunscrita a la parte de terreno superior más próxima a los nidos".

En conclusión, una cosa es la delimitación de la anchura de la banda de protección y otra la necesidad de su existencia, impuesta en garantía de los fines de las reservas que, en principio y a falta de esa delimitación en la fecha en que se redactó el proyecto objeto de impugnación, no podía ser otra que la máxima de 500 metros, conforme a la interpretación que ha quedado dicha, y ello por la simple razón de que, una futura fijación de tal anchura, carecería de sentido si la invasión de la misma ya se hubiese consumado en el ínterin por construcciones e instalaciones que deterioraron gravemente el medio, frustrando la protección de la fauna y flora.

Por último, no cabe decir, como hace el Abogado del Estado, que lo que va a afectar a esa banda de protección es el agua a embalsar, no la obra de construcción, que se encuentra a suficiente distancia de la misma, ya que de lo que se trata es de precaver las consecuencias derivadas de una obra, no sólo en sí misma considerada, sino también en sus efectos, y es claro que la construcción de la presa es la causa directa de la inundación, si se llena, de aquella zona periférica de la reserva.

Los razonamientos anteriores determinan que deba desestimarse el motivo quinto, pero habida cuenta de que la sentencia de instancia anula la totalidad de la resolución por apreciar un vicio que afecta a su conjunto, y que en esta casación no se ha entendido así, la consecuencia es la nulidad parcial del acto, en cuanto el proyecto alcanza una altura que produce el efecto de inundar la banda de protección de las reservas.

SEXTO.- A continuación, el Abogado del Estado, con apoyo en el párrafo 4º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, indica que la sentencia recurrida infringe el artículo 70 de la Orden de 31 de marzo de 1.967, así como el artículo 17 y la Disposición Adicional 1ª de la Ley Foral 6/1987, de 10 de abril, en cuanto anula el acto recurrido por considerar que la ubicación de una cantera para la extracción de material para la construcción de la presa, puede tener lugar en el futuro en zona de reserva.

Los razonamientos de la sentencia, en relación con la incertidumbre del lugar en que definitivamente va a instalarse la cantera, tenemos que admitirlos, pues ni de la memoria del Proyecto impugnado, ni de éste, resulta con claridad esa circunstancia. También debemos aceptar su razonamiento de que conforme a la Disposición Adicional 1ª.3 de la Ley Foral 6/1987, en relación con actividades no constructivas, como es el supuesto de las canteras, hay una remisión a los Planes de Uso y Gestión en cuanto a las medidas a adoptar, pero que no se impide llevarlas a cabo en las reservas y sus zonas de protección. Ahora bien, lo que no puede declararse es la nulidad del proyecto, al margen de lo que la memoria indique, si en el mismo, como aquí ocurre, no se fija la ubicación, y hacer un pronunciamiento de nulidad eventual, en relación con esos planes o del concreto proyecto independiente de cantera, o de los estudios de evaluación de impacto ambiental; porque, en primer lugar, es el proyecto actual el que aquí se enjuicia y el mismo no incide en el vicio, y, en segundo término, no cabe anticipar acontecimientos y proceder a aventurar hipótesis de nulidades, cuando todavía no se ha incurrido en ellas.

Por esta razón, debemos estimar el motivo y casar la sentencia en este punto.

SÉPTIMO.- En último término, añade el Abogado del Estado, que la sentencia infringe el artículo 106.1 de la Constitución, así como la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1.983, al haberse realizado en ella un control técnico de la actuación administrativa, en relación a cómo debe ser transformada la zona afectada, cómo debe planificarse y dónde debe ubicarse la cantera.

Teniendo en cuenta que por mor de la estimación de varios de los motivos formulados por dicha representación, el proyecto impugnado se declara válido, salvo en el extremo de la afección a las zonas de protección de las reservas, debe concretarse nuestro estudio a si respecto de este pronunciamiento de la sentencia se ha producido la infracción que se denuncia.

Pues bien, cuando se hizo anteriormente el estudio de este tema, llegamos a la conclusión, al igual que la sentencia recurrida, que el proyecto, en relación con dichas bandas periféricas, era ilegal por la aplicación de los preceptos de la Ley Foral 6/1987; es decir, sólo se ha efectuado un contraste de legalidad, por lo que el motivo debe decaer.





OCTAVO.- Al haberse estimado el recurso por alguno de sus motivos, procede, conforme al artículo 102.3º de la Ley Jurisdiccional, replantear el debate en relación con las cuestiones suscitadas por la parte recurrente en primera instancia, y que ha reproducido en su escrito de oposición a la casación.

I. Sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplimiento de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, al producirse por el proyecto impugnado la invasión de las Zonas de Especial Protección de las Aves (ZEPAS), debe recordarse lo que con anterioridad dijimos sobre la referencia de nuestro enjuiciamiento, respecto de los hechos y normas a tener en cuenta, que son los del momento en que se dictó el acto recurrido. Pues bien, siendo la fecha del mencionado proyecto de 2 de noviembre de 1.990, y la declaración de las ZEPAS se hizo por acuerdo del Gobierno Foral de Navarra de 27 de diciembre siguiente, no puede imputarse a aquel acto el no haber tenido en cuenta otro posterior. Como con acierto indica la sentencia recurrida, sería en la impugnación de este último acuerdo donde tendría que ventilarse si ha habido o no infracción de la normativa europea en la materia, y si la delimitación de las ZEPAS se hizo no por criterios ornitológicos, sino económicos, como señalan los recurrentes en primera instancia, lo que podría, en su caso, dar lugar a un futuro replanteamiento del proyecto. La interpretación que se hace por la sentencia recurrida en sus fundamentos jurídicos 42º y 43º, que se aceptan, despeja cualquier duda sobre la innecesariedad de plantear la cuestión propuesta. Tampoco cabe hacerlo con referencia a las que solicita en relación con la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de Espacios Naturales, que no ha sido tenida en cuenta -sólo como elemento coadyuvante de interpretación- por ser posterior al acto impugnado. Las demás cuestiones que propone son de carácter general, sobre el efecto directo, supremacía, cooperación y prevalencia del derecho europeo, que no suscitan ninguna duda a esta Sala, en cuanto a su reconocimiento, cuando se den los presupuestos de aplicación, y que desde luego no han sido desconocidos en la sentencia.

II. Sobre el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, esta Sala entiende que es innecesario, por las siguientes razones: a) En relación con el Real Decreto-Ley 3/1992, de 22 de mayo, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, porque es posterior al acto impugnado, y por ello no ha sido considerado relevante en nuestro enjuiciamiento, sin que nuestro fallo dependa de él; b) con respecto a la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, por la misma razón anterior; c) en referencia al artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de reforma procesal, en cuanto impide el acceso a la casación por "error en la apreciación de la prueba", pues, como con reiteración ha declarado el Tribunal Constitucional, el establecimiento del régimen de recursos es discrecional del legislador, sin que pueda confundirse el acceso a la jurisdicción con el acceso a aquéllos (sentencia 209/1996, de 17 de diciembre); d) en relación a la Disposición Derogatoria 3 de la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, por la razón apuntada en los apartados anteriores; e) y por último, en cuanto a la Disposición Adicional 2 y Anexo II de la Ley Foral 6/1987, de 10 de abril, de normas urbanísticas regionales para protección y uso del territorio, por vulnerar, a su juicio la Ley básica Estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (art. 14), pues, al margen de que no puede asegurarse que con el embalse se incida en la finalidad que se prevé en ese artículo, será al resolver las cuestiones relativas al impacto ambiental cuando haya de decidirse sobre ese punto.

III. Para finalizar, se aceptan los fundamentos de la sentencia de instancia en cuanto a las restantes impugnaciones referentes a la ubicación de las carreteras, reservas naturales, zepas, impacto ambiental, examen conjunto de las tres obras - Proyecto, canal y obras de riego-, aparte de por lo razonado en nuestros fundamentos, por tratarse en estos puntos cuestiones de hechos sustraídos a la casación.

NOVENO.- No se dan circunstancias del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, para condenar en costas en el recurso del Abogado del Estado, respecto de la instancia, debiendo cada uno satisfacer las suyas en casación.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

## FALLAMOS

Que en relación con el recurso de casación nº 208/1996, formulado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 29 de septiembre de 1.995, que estimó el recurso formulado contra resolución de 2 de noviembre de 1.990 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, por la que se aprueba el expediente de información pública y técnica, y definitivamente el Proyecto 02/89 de la Presa de Itoiz (Navarra), debemos declarar que:

Primero.- DESESTIMAMOS el recurso formulado por la representación de la Comunidad Foral de Navarra;

Segundo.- ESTIMAMOS en parte el recurso deducido por el Abogado del Estado, y casamos la sentencia indicada, en cuanto anula la totalidad del proyecto impugnado, cuya nulidad, por contrario a Derecho, sólo



declaramos en la parte en que afecta a los 500 metros de la zona de protección de las reservas naturales RN 9, 10 y 11;

Tercero.- Condenamos a la Comunidad Foral de Navarra a las costas de su recurso; y

Cuarto.- En relación con el interpuesto por el Abogado del Estado, no ha lugar a una expresa condena de las de la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en esta casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS