



Roj: STS 4838/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4838
Id Cendoj: 28079130052016100415
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 2628/2015
Nº de Resolución: 2392/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION
Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 2.392/2016

Fecha de sentencia: 08/11/2016

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 2628/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 28/09/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: T.S.J. CANTABRIA. SALA C/A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo Transcrito por: Ppt Nota:

Resumen

URBANISMO. PGOU DE SANTANDER. INSUFICIENCIA DE RECURSOS HÍDRICOS. PREVIA ANULACIÓN JURISDICCIONAL DE PROYECTO Y OBRA DE BITRASVASE DE AGUA, NECESARIA PARA LA SUFICIENCIA DE LOS RECURSOS. NULIDAD.

RECURSO CASACION núm.: 2628/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 2392/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Mariano de Oro Pulido y López

En Madrid, a 8 de noviembre de 2016.

Esta Sala ha visto el Recurso de Casación 2628/2015 interpuesto por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA), representada por el procurador D. Fernando Pérez Cruz y asistida de letrado, promovido contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en fecha 10 de junio de 2015, en el Recurso Contencioso-administrativo 528/2012, sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Santander.

Han sido partes recurridas el Ayuntamiento de Santander, representado por el procurador D. Eduardo Moya Gómez y asistido de letrado y el Gobierno de Cantabria, representado y asistido por la letrada de sus servicios jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria se ha seguido el Recurso Contencioso-administrativo 528/2012 promovido por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA), en el que han sido partes demandadas el Gobierno de Cantabria y el Ayuntamiento de Santander, contra el Acuerdo de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CROTU), adoptado en su sesión de 17 de septiembre de 2010, por el que se llevó a cabo la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Santander, condicionando su publicación a la incorporación de las correcciones derivadas del informe del Ministerio de Fomento de 3 de septiembre de 2012, la cual se llevó a cabo en el BOC de 29 de septiembre de 2012.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2015, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo formulado por Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) contra la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Santander por la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo en su sesión de 17 de septiembre de 2012, sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas, al no haber méritos para su imposición".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) presentó escrito preparando el recurso de casación, que fue tenido por preparado mediante diligencia de ordenación de 6 de julio de 2015, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 18 de septiembre de 2015 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los argumentos que consideró oportunos, solicitó a la Sala dicte sentencia estimando los motivos del presente recurso de casación, casando y anulando la sentencia recurrida.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 27 de octubre de 2015, ordenándose también por diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2015 entregar copia del escrito de interposición del recurso a las partes comparecidas como recurridas a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso, lo que llevaron a cabo la letrada de los servicios jurídicos del Gobierno de Cantabria y la representación del Ayuntamiento de Santander, mediante sendos escritos presentados en fecha 29 de diciembre de 2015 y 4 de enero de 2016, respectivamente.

SEXTO.- Por providencia de 1 de julio de 2016 se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2016, fecha en la que, efectivamente, se inicia la deliberación, habiendo continuado la misma hasta el día 27 de octubre de 2016.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de Casación 2628/2015 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó en fecha de 10 de junio de 2015, en su Recurso Contencioso- administrativo 528/2012, por medio de la cual se estimó el formulado por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) contra el Acuerdo de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CROTU) de Cantabria, adoptado en su sesión de 17 de septiembre de 2010, por el que se llevó a cabo la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Santander, condicionando su publicación a la incorporación de las correcciones derivadas del informe del Ministerio de Fomento de 3 de septiembre de 2012, la cual se llevó a cabo en el BOC de 29 de septiembre de 2012.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por ARCA, y, se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, dadas en respuesta al escrito de demanda de la asociación recurrente.

A) En los cuatro primeros Fundamentos Jurídicos la sentencia de instancia concreta el objeto del recurso, expone los motivos de nulidad articulados por la asociación recurrente, la respuesta dada a los mismos por parte del Gobierno de Cantabria ---a los que anteponía causa de inadmisibilidad---, así como la oposición llevada a cabo por el Ayuntamiento de Santander.

B) En el Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia impugnada la Sala de instancia rechaza la causa de inadmisibilidad planteada por el Gobierno de Cantabria al amparo de los artículos 69.b) y 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA).

C) El primer motivo de fondo ---de los tres que articula la asociación recurrente--- se fundamenta en lo que se considera una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por cuanto, según se expone, tal principio ha resultado vulnerado por la decisión del planificador de delimitar la inmensa superficie del término municipal de Santander como suelo edificable sin que tal necesidad se encuentre justificada, (1) al resultar irreal el incremento de población previsto, y (2) por reclasificar como suelo urbanizable la mayor parte del suelo no urbanizable del PGOU de 1997, sin haberse justificado la pérdida de valores de dichos suelos.

La alegación de la asociación recurrente en relación con lo que considera (1) un incremento poblacional irreal es respondida por la sentencia de instancia en sus Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo, en cuyo último párrafo, tras prolijos razonamientos contenidos en los párrafos anteriores de ambos fundamentos, se expresa:

"Por todo ello, no se tiene en cuenta un crecimiento de población irreal e inverosímil pues se parte de un modelo urbanístico de crecimiento motivado y justificado en la memoria de ordenación lo que hace que la decisión del legislador sea en principio legítima, sin que llegue a vulnerarse el principio de interdicción de la arbitrariedad, además de que la propia memoria de ordenación programa esta revisión en tres cuatrienios y consta al folio 62 que el desarrollo del suelo urbanizable delimitado de urbanización no preferente se condiciona a la ejecución de la mayor parte del suelo urbano no consolidado y urbanizable delimitado de urbanización preferente, 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".

Con antelación, en el párrafo quinto del mismo Fundamento Jurídico Séptimo, se señalaba:

"De ninguna forma puede ser calificada esta previsión como arbitraria ni irracional porque se basa en la necesidad de dar acogida a un crecimiento urbano similar al producido en los últimos 15 años con el apoyo de políticas de mantenimiento de la nueva población trabajadora, generación de nuevos hogares, acogida de población inmigrante, absorción de la demanda de segunda vivienda, etc., analizadas en el plan en el contexto territorial, social y económico del municipio de Santander".

D) La segunda (2) alegación en que se fundamenta la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad ---clasificación como suelo urbanizable de la mayor parte del suelo no urbanizable del PGOU de 1997 sin justificación de pérdida de sus valores--- es respondida por la sentencia de instancia en el Fundamento Jurídico Octavo, que, en su último párrafo, señala:

"Es incierto, por tanto, que el PGOU no dedique ni una sola línea a la justificación de la clasificación de dichos terrenos y son numerosas las referencias que el planeamiento les hace a dichos terrenos donde se justifica la gestión de suelo urbanizable y la compatibilidad de los usos propuestos por el planeamiento con el POL y resto de normativa aplicable".

La respuesta sobre esta cuestión se complementa con los razonamientos que se contienen en el Fundamento Jurídico Noveno, que concluye, en su último párrafo, en los siguientes términos:

"Consecuentemente, ha de concluirse, al igual que la memoria de ordenación que, no solamente los terrenos protegidos por el POL (salvo los incluidos en las categorías de protección costera e intermareal), no tienen por qué clasificarse como suelo rústico de especial protección, sino que además el POL insta a su obtención (art. 60) y contempla expresamente la posibilidad de que ésta se realice "mediante técnicas de gestión urbanística" que sólo son viables en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable. De este modo la inclusión de estos terrenos como suelo urbanizable es únicamente un instrumento para cumplir sus objetivos y no en detrimento de la protección de sus valores ambientales que se realiza conforme a las determinaciones del POL; el PGOU clasifica ese suelo instrumentalmente para obtenerlo y protegerlo destinándolo a los usos impuestos por la ley que aprueba el POL".

E) Hemos de reproducir, en su integridad, por la incidencia que tendrá en el recurso de casación, el contenido de lo expuesto en los Fundamentos Jurídicos Décimo y Décimo Primero en relación con la infracción ---segunda infracción de la demanda--- del artículo 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), en el que hace referencia a los informes de las confederaciones hidrográficas que habrán de pronunciarse sobre la existencia, o no, de recursos suficientes para satisfacer la demanda de agua de la población, que la Sala de instancia comienza reproduciendo:

"Dice el art. 25.4 del TRLA:

"Las Confederaciones Hidrográficas emitirán informe previo, en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen, sobre los actos y planes que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, entre otras, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional, siempre que tales actos y planes afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía, teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno.

Cuando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas.

El informe se entenderá desfavorable si no se emite en el plazo establecido al efecto.

Lo dispuesto en este apartado será también de aplicación a los actos y ordenanzas que aprueben las entidades locales en el ámbito de sus competencias, salvo que se trate de actos dictados en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe previo de la Confederación Hidrográfica."

La demanda entiende que no tienen en cuenta que el PGOU prevé un crecimiento poblacional de 348.179 habitantes que supera en más del 54 por ciento la población para la que ha sido calculado el bitrasvase del Ebro.

Sin embargo, ya se ha expuesto con anterioridad en esta misma sentencia, que el cálculo de la población horizonte en Santander en 2014 de 348.179 habitantes que hace la demandante, se ha calificado como equivocado y que ha de considerarse por el contrario la contenida en el plan de 261.000 habitantes en orden a conseguir un modelo urbanístico de desarrollo y ocupación del suelo que ordene coherentemente la ciudad existente y el conjunto de los terrenos a proteger y los susceptibles de ser desarrollados, que se basa en la necesidad de dar acogida a un crecimiento urbano similar al producido en los últimos quince años con el apoyo de políticas de mantenimiento de la población trabajadora, generación de nuevos hogares, acogida de población inmigrante, absorción de la demanda de segunda vivienda, etc., analizadas en el plan; la población anunciada por la asociación demandante utiliza una ocupación de vivienda principal y de segunda residencia para el dimensionamiento de dotaciones de 2,85 y 3 habitantes por hogar frente a los actuales 2,39 y previsibles 2 de 2024.

En el expediente administrativo constan los siguientes informes:

De la Dirección General de Obras Hidráulicas y Ciclo Integral del Agua remitidos el 14 de septiembre de 2005 que realiza diversas observaciones pero que señala que Santander con el bi-trasvase y la autovía del agua tiene garantizado el abastecimiento de agua.

De la Dirección General de Obras Hidráulicas y Ciclo Integral del Agua de 15 de mayo de 2007 que hace referencia a la necesidad de respetar los caudales ecológicos de la cuenca Pas-Pisueña.

De la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de 2 de junio de 2008, favorable, al decir que queda adecuadamente justificada la existencia de recursos para atender a la demanda consecuyente con el plan de revisión pero con el proyecto del bi- trasvase.

El de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico (CHC) de 30 de julio de 2008 que analiza las modificaciones efectuadas y reitera que se considera justificada la existencia de recursos hídricos ante la disminución del número de viviendas

De la Confederación Hidrográfica del Cantábrico (CHC) de 28 de mayo de 2009, emitido en fase de trámite ambiental en el que se recuerda que se ha emitido informe sectorial favorable respecto del instrumento de ordenación general del municipio.

De la Dirección General de Urbanismo que solicita informe del Ciclo Integral del Agua el 4 de octubre de 2010 y se emite con fecha 29 de octubre de 2011.

El de la Dirección General de Urbanismo de 12 de septiembre de 2012 que también considera justificada la existencia de recursos hídricos cuenta con el bi- trasvase.

El repetido informe de la CROTU de 20 de diciembre de 2011 considera justificada la existencia de recursos hídricos y, en todo caso, el Ayuntamiento de Santander considera que, a la vista de los datos proporcionados por el Servicio municipal de aguas y saneamiento (SEMAS), el recurso hidráulico parece asegurado con la construcción del bi-trasvase y los recursos de los ríos Pas y Pisueña.

El informe de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de 2 de junio de 2008 (folios 93 y ss. del tomo 2.1 del expediente municipal) resulta favorable a la capacidad para afrontar las necesidades de agua de los nuevos crecimientos y un segundo informe de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico (CHC) de 30 de julio de 2008 (folios 175 y ss. del citado tomo 2.1 del expediente municipal) considera justificada la existencia de recursos hídricos suficientes, así como el de 26 de julio de 2013 del jefe de servicio de planificación hidráulica de la Subdirección de Aguas que figura como documento 13 de los aportados con la contestación a la demanda por la administración regional; lo mismo sucede con el último informe de Ciclo Integral del Agua de 29 de octubre de 2011; asimismo, la testigo perito doña Verónica , Directora General de Medio Ambiente, se ratificó en su informe de 19 de septiembre de 2013 en el que reconoce la suficiencia de recursos contando con el bi-trasvase al igual que los propuestos por el ayuntamiento don Fermín y don Isaac .

Por manifestaciones del propio Ayuntamiento de Santander en su escrito de contestación a la demanda (pág. 57) se reconoce que se dispone como garantía de abastecimiento, en las épocas de estiaje de los ríos, de la estructura del bi-trasvase cuyo objetivo, como ya se ha indicado en esta exposición, es garantizar el abastecimiento de agua a Cantabria y mantener el nivel ecológico óptimo de nuestros ríos durante el periodo estival cuando coinciden la mayor demanda y la menor disponibilidad del recurso, obra que reduce la sobreexplotación del Pas durante dicho periodo garantizando el caudal ecológico de un área que es lugar de importancia comunitaria (LIC).

Resumiendo, los recursos hídricos disponibles atendiendo a los derechos concesionales suman 2.468 litros/seg. a los que han de unirse los 1.250 litros/seg. procedentes del bi-trasvase del Ebro como garantía de disponibilidad en época de estiaje, caudales que resultan suficientes para atender la demanda máxima de agua prevista que ha sido calculada para una población de 348.179 habitantes y que oscila según la metodología que se emplee para su determinación, entre un máximo de 1.103 litros/seg. y un caudal medio estimado según plan hidrológico de 754 litros/seg. por lo que se afirma 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.

La asociación demandante insiste en que los informes de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico (CHC) no se pronuncian sobre la existencia o inexistencia de recursos hídricos suficientes sino sobre los caudales de las concesiones administrativas que abastecen Santander, es decir, puede que exista agua en

teoría -a tenor de las concesiones existentes- pero si la realidad es que no existen los recursos hídricos de nada sirven las concesiones; se pregunta por la necesidad de la obra del bi- trasvase por importe de 77 millones de euros si resulta que las captaciones del río Pas permiten extraer 1.968 l/s; el problema radica en que no se garantiza el caudal del Pas en época de estío y hay que obtener el agua del Ebro.

El testigo-perito don Octavio , jefe del servicio de planificación hidráulica, que se ratificó en su informe de 26 de julio de 2013 declara que durante la época de estiaje Santander necesita de recursos hídricos procedentes del bi-trasvase pues, sin ellos, no se respetaría el caudal ecológico del río Pas (LIC) y añade que dicha infraestructura ha abastecido durante 2014 de unos 5 Hm3 a Santander durante 4 o 5 meses de estiaje en los que se ha extraído agua del pantano del Ebro para una población de unos 180.000 habitantes al tiempo que reconoce que sin el abastecimiento de agua a Santander por medio del bi-trasvase no hay agua suficiente para Santander; también reconoce que habría que utilizar la autovía del agua.

El perito judicial don Sixto precisa que mientras se detraiga agua suficiente en el Pas sin amenaza para el régimen ecológico del sistema no se utiliza el agua del bi-trasvase y, sólo en caso necesario, se aporta agua de este segundo recurso hasta una capacidad de diseño de 1.250 l/s que cubre holgadamente las necesidades actuales. El perito hace referencia a los informes de 23 de junio y 11 de agosto de 2008 de la CHC en los que se informa favorablemente del proyecto y se señala la suficiencia de agua para el abastecimiento definido en el PGOU.

(...) Lo anteriormente expuesto se considera suficiente argumentación y justificación para desestimar el motivo de impugnación planteado por la asociación demandante, dado que existen recursos hídricos suficientes para satisfacer la demanda de agua que el nuevo plan comporta, a tenor de los informes facilitados por los organismos competentes.

No obstante, debe hacerse referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de

10 de marzo de 2015 sobre la cuestión de la suficiencia y la disponibilidad de los recursos hídricos, que dice lo siguiente:

"La doctrina y la jurisprudencia respecto del art. 25.4 de la Ley de Aguas al estudiar el mismo exige la suficiencia de recursos hídricos para el desarrollo urbanístico señalando necesaria la suficiencia y disponibilidad de los mismos. Una cuestión que viene planteándose de forma reiterada en la práctica es la relativa a la distinción entre suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos. Se trata de conceptos que se ubican en dos planos distintos: la suficiencia hace referencia a la existencia de recursos hídricos bastantes, en tanto que la disponibilidad se concreta en la posibilidad de aplicar los recursos hídricos existentes a la actuación urbanística en cuestión, lo cual requiere del correspondiente título administrativo concesional. Por tanto, la disponibilidad es un concepto que se ubica en un plano de valoración cronológicamente posterior al de la suficiencia, de tal manera que la existencia de recursos hídricos es condición necesaria para que pueda disponerse sobre dichos recursos, pero no es condición suficiente, en tanto que la disponibilidad requiere de un título concesional para la utilización del recurso. El art. 25.4 de la Ley de Aguas establece que "el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer demandas", lo cual plantea si sólo ha de estarse a la suficiencia de recursos hídricos o, por el contrario, también se engloba en el concepto la disponibilidad sobre los mismos. La cuestión es de gran relevancia práctica, puesto que muchas de las controversias se presentan en momentos donde se están tramitando expedientes de concesión de aguas en ámbitos donde en principio hay recursos hídricos suficientes, pero de los que se carece del correspondiente título concesional. En una primera aproximación, la acotación temporal de los conceptos suficiencia y disponibilidad se refieren al momento de aprobación del acto o plan, de tal manera que tales conceptos no pueden integrarse por recursos hídricos no existentes en dicho momento, aunque estén proyectados o previstos para un futuro más o menos próximo. En este punto, también es muy frecuente la alegación de actuaciones proyectadas para satisfacer necesidades hídricas en un futuro, más tales actuaciones a futuro no integran el concepto de suficiencia al que se refiere el art. 25,4 de la Ley de Aguas , en tanto que este requisito ha de darse en el momento en que se aprueba el Plan (vid. en este sentido STS de 17 noviembre 2010 (rec. 5206/2008 ; Pte.: Sr. Rafael Fernández Valverde) en relación a un plan que se suspende pese a que existía un expediente de concesión en trámite, la previsión de construir una planta desaladora y potabilizadora y un proyecto de conexión con otra red de distribución). Centrado el concepto de la suficiencia en el ámbito de los recursos existentes en el momento de la aprobación de la actuación urbanística, la cuestión que se plantea es si ha de existir disponibilidad del recurso hídrico para llevar a cabo la actuación en cuestión. En este punto, y aunque tanto la Ley de Aguas como la Ley del Suelo de 2008 se refieren al concepto de "suficiencia", parece que el mismo se utiliza en forma amplia, de forma equivalente al de disponibilidad, puesto que se exige que los recursos sean suficientes "para satisfacer demandas", lo que implica que ha de

existir el recurso y ha de tenerse disponibilidad sobre el mismo. En estos casos se viene utilizando con relativa frecuencia la técnica de la supeditación o aprobación condicionada a que se obtenga finalmente la concesión sobre los recursos hídricos. Supuesto éste distinto al de condicionamiento de la aprobación a la obtención del informe previo de la Confederación Hidrográfica al que se ha hecho referencia anteriormente, ya que en este caso la ulterior obtención del título concesional puede determinar la pérdida de objeto del recurso en caso de que se impugne la aprobación."

De lo que se infiere, con relación al supuesto de autos analizado, una disponibilidad de agua por medio de las concesiones existentes -Pas y Pisueña con embalse del Ebro- que no se pone en duda que alcancen la demanda de agua que pueda producirse como consecuencia del nuevo plan, pero que la parte demandante cuestiona en cuanto a la suficiencia de agua porque en época de escasez la procedente del Pas-Pisueña resulta insuficiente -con independencia de la disponible por concesión que resulta imposible obtener- y resulta necesario acudir a la procedente del bi-trasvase del Ebro.

En el momento de la aprobación del planeamiento existía plena suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para el abastecimiento de agua a Santander que ha venido a ser, en estos momentos, con posterioridad a la aprobación del PGOU, cuestionada como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013 que anula el abastecimiento de agua a Santander por medio del bi-trasvase con fundamento en que la evaluación de impacto ambiental adecuada del art.

6.3 de la Directiva 92/43 no incluye una mínima motivación que justifique la conclusión a la que llega el estudio medioambiental en relación con la Zona de especial Protección de Aves (ZEPA) y con los lugares de importancia comunitaria (LIC), expresivo de que el proyecto de bi-trasvase no tendría repercusiones negativas sobre tales lugares; es decir se cuestiona indirectamente la suficiencia y la disponibilidad de parte del agua prevista para el abastecimiento de Santander con el nuevo planeamiento dado que el bi-trasvase del embalse del Ebro ya hemos mencionado que es el complemento de la que suministran las fuentes del Pas-Pisueña en época de estío.

Esta sentencia al parecer está en trámite de ejecución y se ha solicitado la reposición de los terrenos a su estado anterior; de accederse a ello por el tribunal de instancia -Audiencia Nacional- nos encontraríamos con que el abastecimiento de agua a Santander mediante el bi-trasvase no estaría operativo y, por ende, no podría garantizarse el suministro de agua pues, como el propio ayuntamiento ha reconocido en su escrito de contestación a la demanda (pág. 57), se dispone de la estructura del bi- trasvase como garantía de abastecimiento, en las épocas de estiaje de los ríos, cuyo objetivo como ya se ha indicado en esta exposición, es garantizar el abastecimiento de agua a Cantabria (fundamentalmente a Santander y Torrelavega) y mantener el nivel ecológico óptimo de nuestros ríos durante el periodo estival cuando coinciden la mayor demanda y la menor disponibilidad del recurso, obra que reduce la sobreexplotación del Pas durante dicho periodo garantizando el caudal ecológico de un área que es Lugar de Importancia Comunitaria.

La letrada de los servicios jurídicos dice que la anulación del proyecto de abastecimiento de agua a Santander mediante el bi- trasvase es posterior a la aprobación definitiva del PGOU en su sesión de 17 de septiembre de 2012 por lo que ningún vicio de nulidad puede achacarse al mismo y que, en cualquier caso, resulta un vicio de legalidad que puede ser subsanado por órgano competente, justificando debidamente la inexistencia de afección a dichos espacios naturales protegidos al tratarse una obra de interés general con la que se llegará a contar en todo caso.

Esta sala considera que es una cuestión sobrevenida que no justifica la nulidad del planeamiento si tenemos en cuenta que no está permitido plantear cuestiones nuevas en el trámite de conclusiones, si no han sido suscitadas en la demanda en aplicación del art. 61.5 LJCA .

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 dice que el artículo 65.1 de la LJCA no permite plantear cuestiones nuevas en el escrito de conclusiones que no hayan sido suscitadas en la demanda y contestación, de modo que el Tribunal Supremo en sus sentencias de la Sala Tercera, sección 4ª, de 2 de octubre del 2012 (recurso: 4873/2011) y sentencia de 6 de junio de 2012 (recurso de casación 4244/2011) ha entendido que no es posible apreciar un vicio de incongruencia o falta de motivación en la sentencia cuando se plantea una pretensión autónoma en el escrito de conclusiones por vez primera, trayendo al proceso cuestiones que no han sido planteadas en su fase de alegaciones.

Y la STS Sección Quinta, de 31 de mayo del 2012 (Recurso: 3363/2010) ya afirmó que conforme al art. 65.1 de la Ley 29/1998 "... en los escritos de conclusiones no pueden plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación, porque, en definitiva, si la pretensión, delimitada por la petición y su fundamentación básica, se formuló en la demanda y la oposición a la pretensión en la contestación a

aquella, completando, así, con la prueba practicada la instrucción del proceso, el trámite de conclusiones no puede tener otra finalidad que presentar al Tribunal el resumen sucinto de las respectivas posiciones acerca de los hechos alegados, de las pruebas, en su caso, practicadas, y de los argumentos jurídicos esgrimidos, circunscribiéndose a lo ya discutido, sin poder adicionar o proponer "cuestiones nuevas", con la salvedad, claro está, en todo caso, de la solicitud de pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios en los términos que resultan del artículo 79.3 LJ (art. 65.3 LJCA)".

La cuestión planteada no resulta pacífica, por un lado, la asociación demandante es cierto que ha planteado desde el primer momento la insuficiencia de los 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.

Consecuentemente, la sala se inclina por desestimar el motivo de impugnación alegado al considerar que la motivación de la evaluación de impacto ambiental por la afectación del bi-trasvase 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, concedora 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 (ATC 674/1984 , 1270/1988 , 101/1993 , 243/1993 , 46/1994 y 225/1995 , entre otros), lo cual aporta una dosis de duda de hecho que ha de reflejarse en la resolución dictada para no imponer las costas a la parte demandante".

F) La sentencia de instancia concluye rechazando también la tercera alegación de la asociación recurrente, en relación con la falta de informe sobre la afección del PGOU en los Lugares de Importancia Comunitaria (LICs) pertenecientes a la Red Natura 2000 en los que se extrae el agua que abastece la ciudad de Santander. La respuesta de la Sala de instancia se contiene en los últimos párrafos el Fundamento Jurídico Décimo Segundo de la sentencia, que se expresan en los siguientes términos:

"La sala estima que el motivo hubiera podido prosperar si la Asociación para la Protección de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) hubiera demostrado la existencia de dicha afección novedosa en el entorno natural protegido o, bien, hubiera alguna razón sustancial para detectar una afección mayor o más grave que el paso del tiempo o la acumulación de afecciones y las nuevas y mejores técnicas disponibles pudieran haber detectado y que no hubieran sido valoradas medioambientalmente en su momento; nada de ello, si quiera, se ha mencionado por la actora.

Cierto es que el informe de sostenibilidad ambiental (ISA) nada dice al respecto pero no hubiera sobrado la mención a estos aspectos mencionados por la actora y a los proyectos e infraestructuras ya implantadas en el territorio y que han tramitado su correspondiente evaluación ambiental, con el análisis de los impactos y afecciones provocadas, a fin de actualizar y desechar nuevas afecciones o la posible acumulación de impactos, incluso por el paso del tiempo y la aplicación de nuevas y mejores técnicas disponibles.

Ejemplo de todo ello y de esta situación es el hecho de la construcción del abastecimiento a Santander por medio del bi- trasvase consistente en la conexión de las cuencas de los ríos Pas y Besaya con el embalse del Ebro que permitirá derivar parte del agua acumulada en dicho pantano hacia Santander y Torrelavega que asegura el abastecimiento de estos núcleos y el caudal ecológico de los ríos Pas y Besaya en época de estiaje; se trata de un sistema reversible pudiendo revertir agua hacia el pantano del Ebro en época de precipitaciones y que será acumulada para su uso en tiempo de necesidad en Santander y Torrelavega, como así lo expresa el informe de la CHN de 2 de junio de 2008 al que antes nos hemos referido.

Tampoco el informe pericial judicial emitido por don Sixto detecta efectos perjudiciales en los espacios de la Red Natura 2000 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".

TERCERO .- Contra esa sentencia ha interpuesto la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA), parte recurrente, recurso de casación, en el cual esgrime seis motivos de impugnación, todos ellos al amparo del apartado d) del artículo 88 de la LRJCA , por infracción de las normas

del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate:

1º.- Por infringir la sentencia recurrida las normas, jurisprudencia y principios generales del derecho que establecen las reglas de valoración de la prueba, y, en concreto, de los artículos 319.2 y 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), dado que la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora ---en relación con las previsiones del crecimiento de la población--- resulta, según los casos, ilógica, arbitraria, irracional, absurda y claramente contraria al sentido común encarnado en la sana crítica.

2º.- Por infracción de los artículos 9.3, 45 y 103 de la Constitución (CE), así como la jurisprudencia que los interpreta. En concreto, se considera que se infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos por cuanto la Sala de instancia no ha efectuado un adecuado control de la discrecionalidad de la decisión planificadora --- igualmente en relación con el crecimiento poblacional de la ciudad---, pues, a pesar de lo que dice en la Memoria del PGOU, no hay racionalidad y adecuación a la realidad que trata de ordenar.

3º.- Por infracción del artículo 217.7 de la LEC, por vulnerar las normas sobre la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria de cada una de las partes en el proceso. Tal cuestión se centra en lo expuesto por la sentencia de instancia en relación con la falta de evaluación de las zonas afectadas por las captaciones de aguas para la ciudad de Santander, que puede afectar a varios LICs, por entender la sentencia que tal acreditación correspondía a la recurrente.

4º.- Por infracción por la sentencia recurrida de las normas, jurisprudencia y principios generales del derecho que establecen las reglas de valoración de la prueba, y, en concreto, del artículo 348 de la LEC sobre la valoración del informe pericial ---ahora, sobre las afecciones de los LICs--- dado que la misma resulta, según los casos, ilógica, arbitraria, irracional, absurda y claramente contraria al sentido común encarnado en la sana crítica.

5º.- Por infracción del artículo 6.3 del Real Decreto 1997/1995 y el artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE y jurisprudencia que los interpreta (STJUE de 7 de septiembre de 2004, C-127/02), sobre los perjuicios para la integridad de los LICs como consecuencia de la extracción de aguas. Y,

6º.- Por infracción del artículo 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (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.

CUARTO.- Del examen conjunto de estos seis motivos, y antes de proceder a su análisis, debemos realizar algunas consideraciones previas que, sin duda, van a incidir sobre el ámbito de decisión de esta Sala.

1º. Si bien se recuerda, tres fueron los motivos que ARCA esgrimió para la impugnación del PGOU de Santander de 2012, tal y como la sentencia de instancia impugnada recoge en su Fundamento Jurídico Segundo:

A) La vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, desde una doble perspectiva:

1. Por la falta de justificación de la necesidad de proceder a la planificación del inmenso ámbito que se pretende, sobre la base de un crecimiento irreal de la población de Santander en las próximas décadas.

2. Por la reclasificación como suelos urbanizables de la mayor parte de los suelos que eran no urbanizables en el anterior PGOU de 1997, sin haberse justificado la pérdida de los valores medioambientales de los mismos.

B) La vulneración del artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), al quedar acreditado que no existen recursos hídricos suficientes para el desarrollo poblacional previsto.

C) La vulneración de la normativa ambiental (artículo 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).

Pues bien, como sabemos, los tres motivos fueron rechazados por la sentencia de instancia, pero no todas las respuestas de la Sala han sido discutidas en casación; o, dicho de otra forma, que la decisión de la Sala ha sido aceptada por la recurrente en relación con la argumentación contenida ---en la sentencia de

instancia--- en relación con reclasificación como "suelos urbanizables" de los suelos que, en el anterior PGOU de 1997, tenían la consideración de "suelos no urbanizables", sin haberse justificado la pérdida de los valores medioambientales de los mismos. Esto es, que ninguno de los seis motivos se relaciona con esta cuestión, no discutida, pues, y pacífica en casación, por lo que sobre la misma no podemos realizar pronunciamiento alguno.

2º. La segunda observación previa que debemos realizar es la relativa al enfoque que la asociación recurrente realiza en relación con los primeros cinco motivos que formula, pues, si bien se observa, todos ellos ---de una u otra forma--- giran en torno a la valoración de la prueba que la Sala de instancia ha realizado en relación con determinados extremos discutidos en la sentencia, aunque no con todos, como ya hemos señalado.

Así, en los dos primeros motivos las argumentaciones de la recurrente se centran ---exclusivamente--- en torno a la valoración realizada por la Sala de instancia sobre el crecimiento o incremento de la población de Santander, como elemento básico justificante del ámbito a planificar de la ciudad. Y, por otra parte, el motivo tercero se centra en la valoración y carga de la prueba en relación con la afectación ---por parte del PGOU impugnado--- de distintos LICs como consecuencia de las captaciones de aguas necesarias para abastecimiento de la población; siendo este también el contenido del motivo cuarto (sin bien, con especial referencia a la valoración de la prueba pericial), así como el del motivo quinto (ahora, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea).

QUINTO.- La doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de proceder a la revisión de las valoraciones probatorias realizadas por la Sala de instancia es suficiente y manifiestamente conocida. Así --- limitándonos a las citas de la más recientes--- en nuestras SSTs de 18 de mayo (RC 1763/2015), 14 de junio de 2016 (Sentencia 1400/2016 , Recurso: 802/2015) y 27 de septiembre de 2016 (RC 2737/2015) hemos expuesto, una vez más, que "... la jurisprudencia ha recordado una y otra vez ---como por ejemplo, entre otras muchas, en la Sentencia de esta Sala y Sección de 17 de febrero de 2012, recurso nº 6211/2008 ---, que la naturaleza de la casación tiene como finalidad corregir los errores en que haya podido incurrir el Tribunal a quo en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y encuentra uno de sus límites en la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, lo cual implica que cualquier alegación referida a una desacertada apreciación de la prueba debe partir de la premisa de que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los hechos relevantes para decidirlo incumben en exclusiva a la Sala sentenciadora, que no puede ser suplantada o sustituida en tal actividad por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no constituye motivo de casación en este orden contencioso-administrativo. En concreto (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 20 de marzo de 2012), hemos recordado unos principios, más que conocidos en el ámbito casacional y aplicados en multitud de sentencias:

"a) Que es reiterada la doctrina de esta Sala, a la que se refiere, entre otras muchas la STS de 30 de octubre de 2007 , según la cual "la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en este cometido por el este Tribunal de casación".

b) Que, como regla general (STS de 3 de diciembre de 2001) "la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia". Y, como consecuencia de ello.

c) Que no obstante dicha regla general, en muy limitados casos declarados por la jurisprudencia, y por el cauce procesal oportuno, pueden plantearse en casación --- para su revisión por el Tribunal ad quem--- supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba; o como la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba --

-ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, o a la formulación de presunciones---; o, en fin, cuando se alegue que el resultado de dicha valoración es arbitrario, inverosímil o falta de razonabilidad".

Pues bien, estas excepciones, como tales, tienen carácter restrictivo, por lo que no basta su mera invocación para franquear su examen por el Tribunal Supremo. Al contrario, partiendo del principio de que

la valoración de la prueba queda excluida del análisis casacional, su posibilidad de su revisión únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por la Sala a quo se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente en casación aportar las razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido.

Respecto de la forma de acometer la valoración de la prueba, también es consolidada la jurisprudencia que afirma la validez de la valoración conjunta de los medios de prueba, sin que sea preciso exteriorizar el valor que al Tribunal sentenciador le merezca cada concreto medio de prueba obrante en el expediente administrativo o la aportada o practicada en vía judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que "... la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985, de 8 de mayo).

Desde esta perspectiva, y de conformidad de la anterior doctrina, los cinco primeros motivos deben ser rechazados.

Debemos comenzar recordando que en nuestro sistema procesal viene siendo tradicional sujetar la valoración de la prueba ---y, en concreto de la pericial--- a las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la LEC), de donde resulta que no existen reglas preestablecidas y que los tribunales pueden hacerlo libremente, sin sentirse vinculados por el contenido o el sentido del dictamen, sin olvidar tampoco que la libre valoración pueda ser arbitraria o contraria a las reglas de la lógica o la común experiencia. El juzgador no está obligado, pues, a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada, a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica. Por tanto, la prueba pericial es de libre apreciación por el juez, que debe ser apreciada según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un dictamen determinado. No obstante, a la hora de valorar los dictámenes periciales debe prestarse una atenta consideración a elementos tales como la cualificación profesional o técnica de los peritos, la magnitud cuantitativa, la clase e importancia o dimensión cualitativa de los datos recabados y observados por el perito, las operaciones realizadas y medios técnicos empleados, y, en particular, el detalle, la exactitud, la conexión y resolución de los argumentos que soporten la exposición, así como la solidez de las declaraciones, sin que parezca conveniente fundar el fallo exclusivamente en la atención aislada o exclusión de solo alguno de estos datos. De esta forma han de reputarse infringidas las reglas de la sana crítica, cuando en la valoración de la prueba pericial se omiten datos o conceptos que figuren en el dictamen, cuando el juzgador se aparta del propio contexto o expresividad del contenido pericial, si la valoración del informe pericial es ilógica, cuando se procede con arbitrariedad, cuando las apreciaciones del juzgador no son coherentes porque el razonamiento conduzca al absurdo, o porque la valoración se haya producido por el tribunal con ostensible sinrazón y falta de lógica, y también cuando las apreciaciones hechas se ofrezcan sin tener en cuenta la elemental coherencia entre ellas, que es exigible en la uniforme y correcta tarea interpretativa, etc. Es por ello que se admite por la jurisprudencia la denuncia casacional si existe un error ostensible y notorio, falta de lógica, conclusiones absurdas, criterio desorbitado o irracional y conclusiones contrarias a las reglas de la común experiencia.

Nada de ello ocurre, sin embargo, en un supuesto como el de autos, en el que la Sala considera:

A) Por lo que se refiere al incremento poblacional previsto --- realidad física que sirve de soporte al ámbito planificador---, el planteamiento que realiza la recurrente (*motivos primero y segundo*) se centra en la circunstancia de que la sentencia de instancia desdeña y omite los datos demográficos objetivos del Instituto Nacional de Estadística (INE), aceptando, por el contrario, los datos y premisas contenidas en la Memoria del PGOU; por otra parte, considera que las apreciaciones del perito- testigo ---sociólogo--- que la Sala de instancia hace suyas, se fundamenta en previsiones de crecimiento poblacional irracionales y arbitrarias.

Ello, sin embargo, no es así tal y como se desprende de la lectura del Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia, en el que, contrastando ambos planteamientos, llega a la conclusión de que el dato poblacional que se toma en consideración para 2024 sería de 261.000 habitantes, y no el de 348.179 (que es una cifra hipotética y no real destinada a la ampliación de los estándares urbanísticos como son los equipamientos y espacios libres), por lo que, para albergar tal aumento de población, serían necesarias 35.316 nuevas viviendas, que, sumadas a las 81.737 ya existentes, darían lugar a un total de 117.053, suficientes para la inclusión residencial de la citada población prevista de 261.000 habitantes en 2024. Por todo ello, concluye la sentencia de instancia, "no se tiene en cuenta un crecimiento de población irreal e inverosímil pues se parte de un modelo urbanístico de crecimiento motivado y justificado". Conclusión a la que llega la Sala ---para dar acogida al expresado crecimiento urbano---teniendo en cuenta que el mismo es "similar al producido en los últimos 15 años".

No es cierto, pues, que la sentencia desdeñe los datos estadísticos del INE, sino que los contrasta --- en su proceso lógico de valoración probatoria--- con el estudio más amplio (y, si se quiere, multidisciplinar) contenido en el denominado "Informe técnico relativo a los aspectos de previsión de población y suelo y tratamiento del suelo no urbanizable del PGOU de 1997, incluidos en la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Santander, publicado en el BOC de fecha 29 de septiembre de 2012", en el que se toman en consideración no sólo las cifras del INE, sino, entre otros extremos, el Censo de Población y Viviendas, el Padrón Municipal de habitantes, el Movimiento Natural de la Población (publicado por el INE), las Licencias de obra mayor de Santander, el Atlas Estadístico de Áreas Urbanas del Ministerio de Fomento, e, incluso, el IRPF de 2008, del que deduce datos como el envejecimiento de la población de Santander, el desplazamiento residencial hacia localidades limítrofes (alfoz) con viviendas más baratas, el dato de que el no crecimiento de la población puede, no obstante, requerir un aumento de hogares unipersonales y monoparentales, etc., que, sin duda, constituyen datos sociales y tendencias demográficas que van más allá de los datos del INE. No debe olvidarse que en el momento de la decisión fueron tomadas en consideración las tres alternativa planteadas ---incluida la 0---, eligiéndose la alternativa 2 "consistente en cerrar el modelo urbanístico de Santander previendo la totalidad de los suelos disponibles para la urbanización con el fin de conseguir una solución integral para todo el municipio que resuelva equilibradamente los problemas existentes en el suelo urbano y las necesidades de desarrollo de suelo urbanizable".

En consecuencia, los razonamientos de la Sala de instancia sobre el incremento poblacional previsto no se nos presentan como ilógicos e incoherentes, y, en concreto, en la valoración de la Sala de instancia no apreciamos indefensión, arbitrariedad o utilización de criterios erróneos, y ello nos obliga a la desestimación de los dos primeros motivos esgrimidos.

B) El segundo aspecto sobre el que giró la valoración probatoria (*motivos tercero, cuarto y quinto*) hace referencia a la ausencia, en el PGOU de Santander, de informe sobre la afectación, por parte del mismo, a los LICs pertenecientes a la Red Natura 2000 de lo que se extraería el agua para el abastecimiento de la población. En concreto, la inaplicación de los preceptos estatales y europeos que fundamentan el motivo quinto tendrían como fundamento para su aplicación --- justamente--- la afectación de los LICs por la utilización del agua ubicada en sus ámbitos, que es la cuestión cuya acreditación se dilucida en los dos motivos anteriores.

En uno de los informes de la propia Administración autonómica (Jefe del Servicio de Planificación Hidráulica y Ciclo Integral del Agua de la Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de Cantabria), en relación con el denominado Estudio de sostenibilidad ambiental del PGOU se expresa que "las captaciones someten a los ríos a un estrés que supera los patrones razonables y aquellos que definen un buen estado ecológico de las masas de agua". De ello, dedujo la recurrente en la instancia que el PGOU debió someterse al procedimiento previsto en el artículo 6.3 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre , por el que se establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y, en consecuencia, debió haberse realizado una evaluación adecuada de sus repercusiones sobre los LICs, ya que no existe certeza de que el incremento de la demanda del agua no surta efectos perjudiciales sobre la integridad de los LICs de referencia.

Como sabemos, la sentencia de instancia ---en los razonamientos que se contienen en su Fundamento Jurídico Décimo Segundo--- rechaza tal argumentación, refiriéndose a los siguientes aspectos, que valora de forma conjunta:

a) La falta de acreditación, por parte de la asociación recurrente, de la afectación de los LICs, con el carácter de novedosa, como consecuencia de las nuevas necesidades hídricas del PGOU. O bien, la existencia de alguna "razón sustancial" de la que pudiera deducirse la citada "mayor afección" de los LICs por el nuevo planeamiento; o bien, en fin, que la misma se hubiera derivado del paso del tiempo, o de la acumulación de afecciones que, ahora, las mejores técnicas disponibles hubieran detectado, y que, en su momento, no hubieran sido valoradas medioambientalmente. En relación con de este aspecto, la sentencia se limita a señalar que "nada de ello, siquiera, se ha mencionado por la actora".

b) El contenido del Informe de Sostenibilidad Ambiental del PGOU, respecto del cual, la Sala señala que "no hubiera sobrado la mención a estos aspectos ... y a los proyectos e infraestructuras ya implantadas en el territorio y que han tramitado su correspondiente evaluación ambiental ... a fin de actualizar y desechar nuevas afecciones o la posible acumulación de impactos".

c) Como concreta infraestructura, la Sala se refiere a la construcción del abastecimiento de aguas a Santander por medio del denominado Bitrasvase consistente en la conexión de las cuencas de los ríos Pas y Besaya con el embalse del Ebro, tratándose de un sistema reversible. Y, por último,

d) El contenido de la prueba pericial judicial, que no detecta, por parte del sistema de provisión de aguas del PGOU ---y su sistema de explotación---, efectos perjudiciales para los espacios de la Red Natura 2000, ni para el río Asón, ni, en fin, para el LIC Río y Embalse del Ebro.

Esto es, la sentencia de instancia ---en la valoración conjunta y global efectuada con base a los anteriores elementos--- llega a la conclusión de que no se ha acreditado que pueda excluirse de afección los LICs de referencia, por parte del PGOU (y sus mayores exigencias de agua), y, por ello, no podría haberse autorizado la captación de aguas para Santander mediante el sistema contenido en el mismo PGOU, al no existir ninguna duda razonable, desde el punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos.

Tampoco, sin embargo, podemos alterar la valoración probatoria efectuada por la sentencia de instancia sobre este particular en el Fundamento Jurídico Décimo Segundo, sin perjuicio de lo que luego diremos al responder al motivo sexto de la asociación recurrente en el siguiente Fundamento Jurídico.

La Sala de instancia toma en consideración de forma conjunta todo el material que ha sido puesto a su disposición, y así:

a) Imputa a la recurrente que, partiendo de la base de que la extracción de agua del ámbito de los LICs de referencia no es novedosa -

--por cuanto la ciudad de Santander viene utilizando dicha agua desde hace tiempo---, sin embargo, no hubiera intentado demostrar una "novedosa afección" de los LICs como consecuencia de las previsiones del nuevo PGOU; imputación que se extiende a la falta de acreditación de la existencia de alguna "razón sustancial" de la que pudiera deducirse una "mayor o más grave" afectación que la existente hasta el momento de la aprobación del PGOU. La imputación de la sentencia es contundente: esta cuestión no es, ni siquiera, mencionada por la recurrente.

b) En segundo lugar, la Sala de instancia también toma en consideración ---y, critica--- el silencio del ISA del PGOU sobre el extremo relativo a la posible afectación de los LICs como consecuencia de las captaciones de aguas en su ámbito; crítica que se extiende a la ausencia de referencia, en tal documento del PGOU, en relación con los proyectos e infraestructuras ya implantadas (de los que se dice que "han tramitado su correspondiente evaluación ambiental") tratando de contrastar los impactos y afecciones por tales obras provocados con la situación que surge tras la aprobación del PGOU. Como concreto ejemplo de este tipo de actuaciones previas en el entorno la Sala cita el ya mencionado Bitrasvase de conexión de las cuencas de los ríos Pas y Besaya con el embalse del Ebro. Y,

c) En tercer lugar, la sentencia analiza las conclusiones alcanzadas por el perito judicial respecto de tales afecciones, en los términos ---negativos--- ya conocidos.

Frente a ello, la asociación recurrente se centra en la referencia que, en el informe del Jefe de Servicio de la Comunidad Autónoma, se realiza en el sentido de que "las captaciones someten a los ríos a un estrés que supera los patrones razonables y aquellos que definen un buen estado ecológico de las masas de agua", reseñando, asimismo, el ya citado silencio del ISA del PGOU sobre las posibles afecciones de los LICs, la anulación del Bitrasvase por parte del Tribunal Supremo ---y, en consecuencia, la ausencia de evaluación adecuada---, la posible afectación de varios LICs, y, en fin, la imposición de la carga probatoria que se le impone por la sentencia, apelando, en todos los motivos, a la expresión "todo afecta" utilizada por el perito en su comparecencia oral ante la Sala. De todo ello

---dicho sea en síntesis--- deduce la recurrente que no consta acreditada la certeza de que el incremento del agua no surte efectos perjudiciales sobre la integridad de los distintos LICs de los que el agua se detrae para abastecer al municipio de Santander.

De todo ello, debemos destacar que la afirmación del perito en su dictamen, en el sentido de que "no existirán efectos perjudiciales en los espacios de Red Natura aludidos", se realiza de conformidad con una determinada situación, cual es "el criterio de buen estado ecológico encarnado en los regímenes de caudales ecológicos", que, a su vez, se fundamenta en el sistema previsto en el PGOU en su conjunto, y que se integra por tres elementos complementarios o suplementarios:

1. La explotación de aguas del río Pas y su cuenca (que, en ningún caso se situarían por debajo de su caudal ecológico, cifrado en períodos de escasez en 850 l/s).

2. De no conseguirse el suministro con lo anterior, se recurriría a las aportaciones del Bitrasvase. Y,

3. En casos puntuales, se recurriría a la utilización de las aportaciones de la denominada Autovía del agua desde cuencas excedentarias cuyo niveles ecológicos no se encuentren comprometidos.

Pues bien, los motivos de la recurrente ---sobre este extremo--- se nos aparecen en el ámbito de lo etéreo y sin consistencia sustancial para poder servir de fundamento a una alteración, corrección o sustitución de la correcta valoración probatoria realizada por la Sala de instancia en relación con todo el material que le ha sido aportado. Es cierto que el ISA del PGOU podía haber profundizado sobre la incidencia de las nuevas necesidades sobre los LICs de los que se captaría el agua, pero también es cierto que tales posibles incidencias sólo se insinuaron por la recurrente, sin ni siquiera un principio de prueba, y, sobre todo, cuando la primera infraestructura destinada a evitar las afectaciones de la cuenca del Pas ---esto es, el Bitrasvase desde el Río Ebro--- se encontraba evaluada y aprobada. Lleva, por ello, razón la Sala cuando afirma ---analizando el sistema de aguas del PGOU en la integridad de todos sus componentes---, que, ni las mayores o más graves afectaciones de los LICs por las captaciones de aguas ---cuya utilización data de antaño--- ni se concretan ni se acreditan.

Por todo ello, como en el apartado anterior, también en este debemos concluir señalando que en la valoración de la Sala de instancia no apreciamos indefensión derivada de la carga de la prueba, ni arbitrariedad, ni, en fin, utilización de criterios erróneos, y ello nos obliga a la desestimación de los motivos tercero, cuarto y quinto, esgrimidos por la asociación recurrente.

SEXTO.- Cuestión distinta de la anterior es la que se formula en el *sexto de los motivos* de la recurrente, en el que se considera que se ha producido la infracción del artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio, por el que se aprueba el (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.

La sentencia de instancia parte, para la comprobación de la existencia de recursos hídricos suficientes contemplados en el PGOU, del cálculo de la "población horizonte" (261.000 habitantes) y analiza --- desde la perspectiva de la recurrente y de las partes demandadas--- los distintos informes técnicos obrantes en el expediente del PGOU, emitidos tanto por la Administración autonómica como por las Confederaciones Hidrográficas del Norte y del Cantábrico, confirmados, igualmente, por informes municipales, llegándose, por todo ello, a la conclusión de que se encuentra justificada la existencia de tales recursos hídricos, dato que es ratificado por los distintos testigos y peritos que deponen en autos. Pero, en todo caso, 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.

Pues bien, por todo lo que la sentencia razona en el Fundamento Jurídico Décimo, con una adecuada valoración probatoria integral, se llega a la conclusión, al principio del Fundamento Jurídico Décimo Primero, de que todo ello constituye "suficiente argumentación y justificación para desestimar el motivo de impugnación planteado por la asociación demandante, dado que existen recursos hídricos suficientes para satisfacer la demanda de agua que el nuevo plan comporta". Incluso, la sentencia deja constancia de la doctrina de este Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en la STS de 10 de marzo de 2015 ---que transcribe--- sobre la cuestión relativa a la suficiencia y la disponibilidad de los recursos hídricos, entendida esta como "la posibilidad de aplicar los recursos hídricos existentes a la actuación urbanística en cuestión", siendo un concepto que "se ubica en un plano de valoración cronológicamente posterior al de la suficiencia", siendo, pues, la existencia de los recursos la condición necesaria para la disponibilidad de los mismos, debiendo este requisito concurrir en el momento de la aprobación del planeamiento urbanístico que los contempla y toma en consideración; esto es ---decíamos en la STS que la sentencia reproduce--- que la suficiencia de los recursos "*ha de darse en el momento en que se aprueba el Plan*", ya que las "*actuaciones a futuro no integran el concepto de suficiencia al que se refiere el artículo 25.4 de la Ley de Aguas*".

Partiendo de tal doctrina, en el supuesto de autos la sentencia acepta la existencia de una disponibilidad de agua por medios de las "concesiones existentes", pero la cuestión que ---a instancia de la recurrente--- se plantea la sentencia es, partiendo de la insuficiencia de agua ---procedente del Pas-Pisueña--- en época de escasez, la posibilidad de disponer del agua del Bitrasvase del Ebro, a la que, en la citada época de escasez "resulta necesario acudir". Más en concreto, la sentencia afirma que, en el momento de la aprobación del

planeamiento (17 de diciembre de 2012) que se revisa, "existía plena suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para el abastecimiento de agua a Santander", pero, con posterioridad, la STS de 18 de diciembre de 2013 ha anulado la obra del abastecimiento de agua a través del Bitrasvase, por lo que el mismo "no estaría operativo y, por ende, no podría garantizarse el suministro de aguas".

Pues bien, la tesis de la Sala de instancia es que se trata de una cuestión sobrevenida, que no fue planteada en la demanda, y que no resulta posible plantear en el momento de la resolución del recurso, por lo que, tal decisión jurisdiccional, no justifica la nulidad del planeamiento. No obstante, la sentencia de instancia reconoce que la cuestión no es pacífica y que, desde el primer momento, la cuestión relativa a la insuficiencia de los recursos hídricos de Santander, había sido planteada por la asociación recurrente, como hemos podido comprobar.

En este particular, tenemos que discrepar de la decisión de la Sala de instancia, debiendo, pues, aceptarse las acertadas consideraciones que la sentencia de instancia realiza respecto de los otros extremos que en la misma se efectúan. Discrepamos, sin embargo, en la consideración que la Sala realiza, con una indebida extralimitación, en el sentido de entender que la razón de decidir de la STS de 18 de diciembre de 2013 ---según se dice, motivación de la evaluación de impacto ambiental del proyecto de Bitrasvase--- "es susceptible de ser subsanada y corregida, sin considerarlo una mera formalidad". 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 septiembre de 2013 .

Más, con independencia de ello, lo cierto es ---aunque por una circunstancia "externa" al PGOU--- que este debe de ser anulado, así como Resolución aprobatoria del mismo. Anulados el proyecto y la obra del Bitrasvase por el Tribunal Supremo, la existencia de recursos hídricos para la ciudad de Santander queda en entredicho, y, su suficiencia, en modo alguno acreditada, con vulneración del artículo 25.4 del TRLA. No sirve la voluntariosa argumentación de la Sala de instancia, desde un lógico planteamiento estrictamente procesal, con fundamento de que la nulidad jurisdiccional del Bitrasvase es una cuestión nueva no planteada en el momento procesal oportuno de la demanda, pues, la insuficiencia de los recursos hídricos, como la misma Sala reconoce, siempre fue esgrima por la recurrente, bien desde la perspectiva de la insuficiencia, bien desde la perspectiva de la afectación a los LICs de los que procede el agua.

Como hemos expuesto en otras ocasiones (STS de 5 de mayo de 2004), "[l]a congruencia de la resolución judicial es plenamente compatible con el principio *iura novit curia* , ya que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse, en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes (SSTC 111/1991 , 144/1991 , 59/1992 , 88/1992 y 222/1994), pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso. De idéntica forma se pronuncian las SSTC 90/1993 , 258/1993 , 112/1994 , 151/1994 , 165/1996 , 136/1998 y 29/1999 , concretamente en estas dos últimas se afirma que: "el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar la parte dispositiva de la sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos - partes- y objetivos -causa de pedir y *petitum* - y en relación a estos últimos elementos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión. Doctrina que no impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, como expresa el viejo aforismo *iura novit curia* , los Jueces y Tribunales no están obligados al motivar sus sentencias a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, tal y como también de forma reiterada ha señalado este Tribunal".

Con apoyo en el anterior criterio, procede estimar este motivo, porque la cuestión ---sin duda--- planteada, y, en concreto, la suficiencia de los recursos hídricos, ha sido una cuestión suficientemente debatida, y su insuficiencia, como consecuencia de un previa pronunciamiento jurisdiccional ---que en modo alguno puede ser obviado---, claramente acreditada; incluso, como la sentencia reconoce, las partes tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la incidencia del pronunciamiento jurisdiccional de referencia por cuanto el mismo afectaba a la nulidad de pleno derecho de un proyecto y una obra, directamente vinculada el tema de fondo debatido en el recurso contencioso administrativo relativo a la suficiencia de los recursos hídricos de Santander. La resolución del mismo, con arreglo a Derecho, hacía necesario que el Tribunal valorara tales alegaciones ---como así aconteció---, pero sin tener en cuenta tanto la normativa invocada (25.4 del TRLS) como la legalidad surgida consecuencia de la STS de 18 de diciembre de 2013 , que resultaba de aplicación en virtud del principio "*iura novit curia*", cuando entre las atribuciones de los órganos judiciales se encuentra la de aplicar el derecho ---la legalidad--- vigente, aunque no haya sido invocado por las partes.

Procede, pues, acoger el motivo de casación, y, por las mismas argumentaciones, la estimación del recurso contencioso administrativo formulado por la asociación recurrente.

SÉPTIMO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto conlleva que no formulemos expresa condena al pago de las costas causadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la LRJCA, sin que, por otra parte, existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, conforme a lo dispuesto en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la misma LRJCA.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º. Haber lugar al Recurso de casación 2628/2015 interpuesto por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en fecha 10 de junio de 2015, en el Recurso Contencioso-administrativo 528/2012, sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Santander.

2º. Anulamos y casamos la citada sentencia.

3º. Estimamos el Recurso Contencioso administrativo 528/2012 interpuesto por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA), contra el Acuerdo de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CROTU), adoptado en su sesión de 17 de septiembre de 2010, por el que se llevó a cabo la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Santander (BOC de 29 de septiembre de 2012), que, en consecuencia, anulamos.

4º. Todo ello, sin imposición de costas.

Publíquese el fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina Garicano

D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D^a Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño D. Jesús Ernesto Peces Morate D. Mariano de Oro Pulido y López

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.