

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020 (rec.5668/2017)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 424/2020

Fecha de sentencia: 18/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5668/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

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

Transcrito por: IGA

Nota:

R. CASACION núm.: 5668/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 424/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 18 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 5668/2017 que ha sido interpuesto por el procurador D. Juan Antonio García San Miguel, en nombre y representación de la Comunidad General de Riegos DIRECCION000, y defendida por los letrados D. Juan José Lavilla Rubira y D. José María Barrios Garrido, contra la *sentencia de fecha 7 de julio de 2017 dictada por la Sección 1^a de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional*. Dicha *sentencia estima parcialmente el recurso 252/2012* interpuesto por el procurador D. Víctor García Montes en nombre y representación de la Sociedad Española de Ornitología, La Confederación ecologistas en acción-coda, Greenpeace España, Asociación para la Defensa de la Naturaleza Adena/wwf España y la Asociación Amigos de la Tierra, contra la resolución de 14 de febrero de 2012 de la Dirección General del Agua, de aprobación del expediente de información pública y del Anteproyecto (02/09) y Adenda (09/11) del embalse de Biscarrués en el río Gállego, termino municipal de Biscarrués (Huesca). Clave: 09.127- 0176/2101, así como contra la resolución de 8 de julio de 2011 de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, por la que se formula declaración de impacto ambiental del proyecto Embalse de Biscarrués en el río Gállego, Huesca.

Han comparecido como partes recurridas la Sociedad Española de Ornitología, La Confederación ecologistas en acción-coda, Greenpeace España, Asociación para la Defensa de la Naturaleza Adena/wwf España y la Asociación Amigos de la Tierra España, representadas por el procurador D. Luis Amado Alcántara, y defendidas por los letrados D. Abel La Calle Marcos y D.^a María Soledad Gallego Bernad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Secc. 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la *Audiencia Nacional*, en el *recurso 252/2012 dictó sentencia de fecha 7 de julio de 2017* cuyo Fallo era del siguiente tenor literal:

«1^o.- Desestimar las causas de inadmisibilidad invocadas por las partes codemandadas.

2^o.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Víctor García Montes, en nombre y representación de **LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ORNITOLOGÍA, LA CONFEDERACIÓN ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA, GREENPEACE ESPAÑA, ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE LA NATURALEZA ADENA/WWF ESPAÑA y LA ASOCIACIÓN**

AMIGOS DE LA TIERRA , contra la resolución de 14 de febrero de 2012 de la Dirección General del Agua, de aprobación del expediente de información pública y del Anteproyecto (02/09) y Adenda (09/11) del embalse de Biscarrués en el río Gállego, termino municipal de Biscarrués (Huesca), así como la resolución de 8 de julio de 2011 de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, por la que se formula declaración de impacto ambiental del proyecto Embalse de Biscarrués en el río Gállego, Huesca. Clave: 09.127-0176/2101, declarando la nulidad de las citadas resoluciones por no ser conformes a derecho.

3º.- Desestimar las restantes pretensiones de la parte actora.

4º.- No hacer expresa imposición de las costas procesales».

SEGUNDO: Notificada a los interesados, la representación procesal de la Comunidad General de Riegos DIRECCION000 preparó el recurso de casación contra la sentencia, y la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional dictó resolución teniendo por preparado el mismo y emplazando a las partes para ante este Tribunal de Casación.

También preparó recurso de casación el Abogado del Estado en defensa y representación de la Administración General del Estado.

Recibidas las actuaciones, y personadas las recurridas, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de *este Tribunal dictó Auto de 11 de julio de 2018* , que acuerda:

« **1º)** Admitir el recurso de casación preparado por la Comunidad General de Riegos DIRECCION000, contra la *sentencia -7 de julio de 2016- de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, estimatoria parcial del P.O. 252/12* .

2º) Precisar que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son: **a)** Si la declaración legal de "interés general" de un proyecto de obras hidráulicas equivale o es equiparable al concepto de "interés público superior" que el *artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000* , exige a los proyectos que afecten al estado de aguas superficiales para entender justificada la alteración de dichas aguas superficiales. Caso contrario, cuál es el alcance, grado de detalle y especificidad que ese "interés público superior" implica. **b)** Si, para apreciar la concurrencia de la excepción contemplada en el artículo 4 apartado 7 DMA (en relación con los proyectos que conlleven la modificación de aguas superficiales), las exigencias y condicionantes que tal precepto establece deben concurrir en el momento de otorgarse la autorización definitiva del proyecto, o, en fase anterior de anteproyecto, o, de declaración de impacto ambiental; **c)** Si la exigencia del artículo 4.7.b) DMA. relativa a que "los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico de cuenca exigido con arreglo al artículo 13 y que los objetivos se revisen cada seis años", ha de concurrir con carácter previo al otorgamiento de la autorización definitiva del proyecto o, en su caso, del anteproyecto, o, de la declaración de impacto ambiental.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: *arts. 4.7 DMA; 9, 36 y DA 5ª de la Ley 10/2001, de 5 de julio, Plan Hidrológico Nacional ; 40.bis), 92, 92 bis) y 92 ter) del Texto Refundido de la Ley de*

Aguas (RDLeg. 1/2001 de 20 de julio), y, 35 del Real Decreto 907/2007 de 6 de julio (Reglamento de Planificación Hidrológica)».

4º) INADMITIR -en aplicación del *artículo 90.4.b) en relación al 89.2.d) LJCA* - el recurso preparado por el Sr. Abogado del Estado, por falta de justificación de que las infracciones imputadas hayan sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada, por las razones expresadas en el R.J Segundo. Con condena en costas en los términos que en dicho R.J. se contienen».

TERCERO: La representación procesal de la parte recurrente dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala: «SUPlico que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por interpuesto recurso de casación contra la *Sentencia de 7 de julio de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 252/2012* y tras los trámites pertinente dicte en su día Sentencia por la cual, estimando el presente recurso, case y anule la Sentencia impugnada y, al amparo del *artículo 87 bis.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción* , resuelva, inadmitiendo o, subsidiariamente, desestimando, el recurso contencioso- administrativo número 252/2012».

CUARTO: El Abogado del Estado se personó como recurrente y presentó escrito adhiriéndose al recurso de la Comunidad General de Riegos DIRECCION000, si bien, por providencia de fecha 16 de noviembre de 2018 se inadmite dicho escrito.

QUINTO .- La representación procesal de: la Sociedad Española de Ornitología (SEO/BirdLife), La Confederación ecologistas en Acción-Coda, Greenpeace España, Asociación para la Defensa de la Naturaleza Adena/wwf España y la Asociación Amigos de la Tierra España, presentó su escrito de oposición solicitando:

« **A LA SALA SUPlico:** Que teniendo por presentado este escrito, lo admita y tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por la Comunidad General de Riegos DIRECCION000 contra la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2017 (rec. 252/2012)*, y en su día el Tribunal dicte sentencia confirmatoria de la recurrida.

Subsidiariamente, que en caso de estimarse el recurso de casación y anularse la sentencia recurrida, se ordene en base al *artículo 93.1 LJCA* , la retroacción de actuaciones al momento de dictarse la sentencia en el procedimiento de instancia, para que la Audiencia Nacional se pronuncie sobre los restantes motivos de impugnación invocados en la demanda, y que no entró a analizar en la sentencia tras estimar que las resoluciones recurridas infringían el *artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE* . Alternativamente a la petición subsidiaria, que el Tribunal Supremo resuelva sobre los restantes motivos de impugnación invocados en la demanda, sobre los que esta parte no obtuvo pronunciamiento judicial por entenderse en la sentencia que no era preciso tras estimar la demanda por la infracción del *artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE* ».

SEXTO. Finalmente, se dictó providencia señalando para su deliberación, votación y fallo el 26 de febrero de 2020, prorrogándose la deliberación hasta el 7 de mayo de 2020 por la declaración del estado de alarma (RD 463/2020).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación ante esta Sala por la Comunidad General de Riegos DIRECCION000 (en adelante, la Comunidad) de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (AN) el 7 de julio de 2017 . Dicha sentencia anula la Resolución de 14 de febrero de 2012 de la Dirección General del Agua, de aprobación del expediente de información pública y del anteproyecto (02/09) y adenda (09/11) del embalse de Biscarrués, y la Resolución de 8 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, sobre Declaración de Impacto Ambiental del proyecto Embalse de Biscarrués, por infracción de lo dispuesto en la Directiva 2000/60/CE, conocida como Directiva Marco Europea del Agua (DMA).

SEGUNDO.- El examen en derecho que impone la casación debe necesariamente tener en cuenta el marco en que se aplican las normas, pues la norma desvinculada de la realidad fáctica a la que rige, es un salto en el vacío. Por ello debe recogerse aquí:

1.- «La política hidráulica y todo lo relacionado con el agua, constituye una de las mayores preocupaciones de nuestra población». Resolución aprobada por el Pleno de las Cortes de Aragón en su sesión de 30 de junio de 1992, con motivo del debate de la comunicación de la Diputación General de Aragón relativa a criterios sobre política hidráulica en la Comunidad de Aragón.

2.- Los antecedentes de las Resoluciones anuladas en la sentencia recurrida se reflejan en dichas Resoluciones así como en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia.

Se pueden resumir dichos antecedentes en los siguientes puntos:

2a .- Desde el inicio del siglo XX se planteó la conveniencia de un embalse en Biscarrués, en las aguas del río Gállego, provincia de Huesca, (Ley de 7 de enero de 1915).

2b .- En el Real Decreto-Ley 3/1992, de 22 de mayo, se incluyó el embalse de Biscarrués, entre otras medidas, como obra de interés general. Y vuelve a declararse en la Ley 10/2001, de 5 de julio , del Plan Hidrológico Nacional, y subsiste tal embalse y declaración en la Ley 11/2005, de 22 de junio, de modificación de la Ley 10/2001.

2c. -Anterior al anteproyecto objeto de la sentencia impugnada, hubo un anterior proyecto de embalse de Biscarrués, que se tramitó conforme a las actuaciones reflejadas en la Resolución de 14 de febrero de 2012, que culminó en la selección de una oferta para la construcción de un embalse con capacidad de 192 hm³ y máxima cota de embalse ordinario 480,25 m.s.n.m., que inundaba el núcleo urbano de Erés en el término municipal de Biscarrués. Ante la oposición de una parte de los Ayuntamientos afectados, la licitación de dicho embalse, aún no perfeccionada, fue anulada el 6 de noviembre de 2007 por la Ministra de Medio Ambiente.

2d.- Conforme a lo acordado por la Comisión Mixta del Pacto de Agua, se inició la redacción en 19 de marzo de 2007 de un anteproyecto de un embalse en Biscarrués con capacidad para 35 hm³, y con cota 452 m.s.n.m.

2e. - Este nuevo proyecto conoció las fases de anteproyecto, de Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y de expediente de Información Pública, que conoció 7.865

alegaciones, y cuya tramitación fue informada favorablemente por la Abogacía del Estado. El 8 de julio de 2011, por la Secretaría de Estado de Cambio Climático, se formuló Declaración de Impacto Ambiental (DIA) favorable a la realización del Anteproyecto, previo cumplimiento de las prescripciones establecidas en dicha resolución. Tras la DIA se procedió a redactar una Adenda al anteproyecto, que recogió las modificaciones señaladas en aquella.

y **3.-** La documentación de este recurso es ciertamente voluminosa: Actuaciones (3 tomos) y Expediente (3 carpetas con 3 cd de ampliación del expediente, común con el RCA 5727/2017. 5 cajas de madera y 8 cajas din-a-4.

Cuando un expediente alcanza tal volumen, la tentación de utilizar un enfoque desplazando el elemento convergente sobre el divergente, y alterar así la magnitud de lo enfocado, (el método conocido como enfoque zoom), puede llevar a perder de vista la totalidad del expediente, y centrarse exclusivamente en aquello que, por variados motivos, se pretende señalar.

TERCERO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación de la *sentencia antes reseñada de la AN de fecha 7 de julio de 2017* . En la misma fecha, la AN dictó *sentencia, rec. 251/2012* , en relación a las mismas Resoluciones administrativas, (de 14 de febrero de 2012 de la Dirección General del Agua de aprobación del expediente de información pública y del Anteproyecto(02/09) y Adenda (09/11) del embalse de Biscarrués en el río Gallego, término municipal de Biscarrués (Huesca), y de 8 de julio de 2016, de la secretaria de Estado de cambio climático, por la que se formula declaración de impacto ambiental del Proyecto Embalse de Biscarrués, en el río Gállego), que fueron examinadas y resueltas en la *sentencia aquí impugnada, (rec. 252/2012)* . La *sentencia objeto del presente recurso se refiere y transcribe la de la misma fecha, dictada por la misma Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, (rec. 251/2012)* , que hemos comentado antes.

En relación con la *sentencia dictada por la AN en el Recurso 251/2012* , el recurso de casación interpuesto contra la misma fue resuelto por *sentencia de esta Sección y Sala, bajo el número 5727/2017* en el día de hoy.

Por el principio de unidad de doctrina, se reiteran los razonamientos de dicha sentencia, que se transcriben seguidamente:

«TERCERO.- En el nuevo y actual recurso de casación, la admisión se centra en el llamado «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» La Sección Primera de esta Sala ha precisado en el presente recurso tres cuestiones que poseen esta característica.

Como se ha reflejado en el Antecedente de Hecho Segundo, la primera cuestión es si el «interés general de un proyecto de obra hidráulica equivale o es equiparable al concepto al concepto de "interés público superior"» que el artículo 4.7 de la DMA exige a los proyectos que afecten al estado de aguas superficiales, para entender justificada una alteración en las mismas.

Para responder a esta cuestión, procede examinar los siguientes extremos:

a.- Sobre el «interés general» .

El concepto «interés general» es un clásico en nuestra normativa de las obras

públicas. Así, en la «instrucción para promover y ejecutar las obras públicas», del Ministro de la Gobernación de la Península, D. Ángel, de 10 de octubre de 1845, ya recogía el concepto de obras públicas «reclamadas por el interés general».

Saltando en el relato histórico, pues una sentencia debe ser explicativa, pero no una lista de la historia normativa, en nuestra *Constitución aparece en plural al determinar en su artículo 103.1, que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales [...]»*. Y en su *artículo 149.1.24*, fija como competencia exclusiva del Estado las «obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad Autónoma».

El *artículo 46 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 julio*, que aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA)*, define las obras hidráulicas de Interés General, que serán competencia de la Administración General del Estado (AGE), determinando su *artículo 124* cuáles son las competencias de la AGE para la ejecución, gestión y explotación de las obras hidráulicas públicas.

Como se ha expuesto en el anterior FD Segundo, 2.b, el embalse de Biscarrués es una obra pública declarada de interés general.

b.- Sobre el «interés público superior». Debemos abandonar ya cualquier intento de distinción entre «interés general» e «interés público». Ello supondría entrar en una disquisición semántica que es ajena a esta sentencia. Y más aún si repasando los textos oficiales de la DMA en los diversos idiomas oficiales de la UE, encontramos, por ejemplo, que en el texto en lengua francesa se utiliza la expresión «interêt general» en el mismo artículo 4.7. «Interés general» al que no es ajena la normativa europea. Así, en la Comunicación de la Comisión 2001/2 17/04, sobre «los servicios de interés general».

El punto sobre el que nos debemos detener es el segundo adjetivo del concepto «interés público superior». O «majeur» en el texto en francés, o «overriding» (dominante) en el texto inglés, o «prioritario», en italiano.

Este segundo adjetivo indica un elemento de comparación. Es decir, lo que la DMA introduce, partiendo del interés público, o interés general de obra pública proyectada, es una exigencia suplementaria de comparación, al exigir que la excepción «del incumplimiento de los requisitos de evitar un nuevo empeoramiento o de lograr el buen estado de las aguas», se admite «si el incumplimiento de dichos requisitos se debe a circunstancias imprevistas o excepcionales, en particular, a inundaciones o sequías, o a que lo exija un interés público superior [...]». (Considerando 32 de la DMA).

A lo largo de la historia del embalse de Biscarrués podría justificarse él mismo en circunstancias «imprevistas o excepcionales de inundaciones o sequías», pero evidentemente, la ejecución del embalse produce una alteración en las aguas superficiales y en el medio ambiente. Y lo que la DMA exige para excepcionar dicha alteración es que exista un «interés público superior», es decir, que se explique por qué el interés público de la ejecución del embalse es superior, overriding, majeure respecto de los intereses afectados por la excepción posible.

En la tramitación del Anteproyecto, del EIA y de la DIA, y de la Información Pública, con 7.865 alegaciones, sería faltar a la verdad decir que no se haya apreciado en abstracto la existencia de un «interés público superior», pero también es cierto que

este concepto, exigido por la DMA, no ha sido objeto de un examen separado, propio e independiente de las consideraciones difusas y dispersas a lo largo de la documentación, voluminosa se reitera, que ha tenido lugar. Y tampoco se ha producido un examen de comparación enfrentando cuál es el interés público superior, que ha de dominar sobre los intereses afectados, y su consideración de inferiores frente al interés superior. Y razonando por que «los beneficios obtenidos por dichas alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyen una opción medioambiental significativamente mejor». (Artículo 4.7.c y d DMA).

En consecuencia, la respuesta a la cuestión precisada por la Sala de Admisión es la siguiente: Aún teniendo ciertas similitudes el «interés general» y el «interés público superior», no puede concluirse que «sean equivalente o puedan equipararse». El «interés público superior» exige inexcusablemente una comparación, en exposición propia e independiente, un plus respecto del «interés general».

CUARTO.- Si no son equivalentes o equiparables el «interés general» con el «interés público superior», la Sala de Admisión pregunta entonces en esta primera cuestión, «cuál es el alcance, grado de detalle y especificidad de ese «interés público superior».

La respuesta a esta subcuestión no es fácil, pues estamos en presencia de un «concepto jurídico indeterminado», y como tal, su determinación, con el detalle que pregunta la Sala de Admisión, iría contra la esencia de la indeterminación del concepto jurídico indeterminado.

No obstante, algunas precisiones sí pueden darse:

a.- En primer lugar, las resoluciones que afectasen al «marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas», deben tener en cuenta y citar la DMA en sus actuaciones. Y en el concreto caso del embalse de Biscarrués, debe realizarse el estudio comparativo que exige el «interés público superior», artículo 4.7, especificando, que el interés de la ejecución del embalse es mayor que los intereses de las masas de agua o del medio ambiente afectados por la obra pública.

b.- Y en segundo lugar, haremos una mención a la Carta de Emplazamiento de la Comisión Europea de 28 de mayo de 2015.

En este punto, debemos recordar que:

1.- Las resoluciones examinadas son de los años 2011 y 2012, por lo que la referencia y el apoyo en la sentencia impugnada a normas o actos posteriores para su aplicación a las Resoluciones impugnadas, no parecen apropiadas.

y 2.- Una Carta de Emplazamiento, no habiéndose aún producido ningún Dictamen motivado de la Comisión, tiene su interés, pero carece de la fuerza vinculante de una sentencia de los órganos jurisdiccionales de la UE.

No obstante lo anterior, que se estima importante, puede decirse que la referencia al interés público superior que la Carta de Emplazamiento de 2015 afirma, «el concepto de interés público superior se refiere a situaciones en las que la modificación o alteración del estado de las masas de agua causada por el proyecto se considere necesaria para proteger valores fundamentales para la vida de los

ciudadanos (salud, seguridad, medio ambiente), para garantizar políticas fundamentales para el Estado y la sociedad; o para cumplir obligaciones específicas de servicio público», es algo lógico, y propio del concepto jurídico indeterminado.

En suma, «*non quo sed quomodo* ». Es decir, las Resoluciones anuladas deberían haber tratado separadamente el «interés público superior». Y además, deberían haber, no solamente afirmado que dicho «interés público superior» existía en la ejecución del embalse de Biscarrués, (es decir, el qué (*quo*)), sino razonar por qué, de qué modo, (*quomodo*), ese interés público es superior a los otros intereses afectados.

Y como se recoge en la STJUE de 4 de mayo de 2016, c-364/14 (p.80), no puede expresarse esta excepción limitándose a «invocar en abstracto el interés público superior», sino que es necesaria la exposición de «un análisis científico detallado y específico del proyecto para llegar a la conclusión de que concurrían las condiciones de una excepción a la prohibición de deterioro».

Esta Sala es consciente que el gran volumen documental relacionado con el embalse de Biscarrués, la existencia de miles de alegaciones informadas, la exposición y decisión acerca de cuestiones de mayor o menor trascendencia, etc... podría llegar a ser y no lo es un «*totum revolutum* ». Y que esta realidad exige un esfuerzo para no «perderse» en la profusión. Este es el deber de la Administración, correspondiendo a los tribunales valorar sus decisiones, teniendo en cuenta las alegaciones de las partes y la discrecionalidad técnica de las mismas.

Es fundamental la observancia, formalista y de fondo, de los requisitos procedimentales. Y la ausencia de la explicación del «interés público superior» en este caso, no puede justificarse en el número de papeles y de informes y de pericias y de escritos. Sería como admitir, lo que no puede admitirse, que el volumen documental sobre el embalse de Biscarrués ha cubierto dicho embalse, no con agua, sino con papeles y papeles. El procedimiento, los ritos, son esenciales, en garantía de todos y para concluir en decisiones conforme a Derecho, fruto del estudio y de la transparencia.

QUINTO.- Para concluir este análisis sobre el interés general/interés público superior, dos precisiones restan por exponer:

1.- El artículo 24.1 de la DMA, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 22.12.2000, dispone que «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 22 de diciembre de 2003».

La doctrina constitucional sobre el llamado efecto útil de las Directivas, (*artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE* , antiguo *artículo 249 del TCE*), es clara y reiterada en nuestro Tribunal Constitucional, en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Por todas, *sentencia de TC del 30 de enero de 2017* .

Pero en este asunto no hay que plantearse la eficacia de la DMA, pues aunque el plazo para su transposición al derecho interno no se realizó dentro del plazo indicado en la Directiva, sí se incorporó, en lo que aquí interesa, en el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el *Reglamento de la Planificación Hidrológica*, y así se expone en la justificación del RD. En su artículo 39 se precisan las «condiciones

*para las nuevas modificaciones o alteraciones»: «1. Bajo las condiciones establecidas en el apartado 2 se podrán admitir nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea aunque impidan lograr un buen estado ecológico, un buen estado de las aguas subterráneas o un buen potencial ecológico, en su caso, o supongan el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea. Asimismo, y bajo idénticas condiciones, se podrán realizar nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible aunque supongan el deterioro desde el muy buen estado al buen estado de una masa de agua superficial. 2. Para admitir dichas modificaciones o alteraciones deberán cumplirse las condiciones siguientes: a) Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua. b) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico. c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de **interés público superior** y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible. d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor».*

En consecuencia, la exigencia de un estudio explicativo y justificativo del interés público superior en el momento temporal de las Resoluciones objeto de este litigio, 2012 (Anteproyecto) y 2011 (DIA), venía impuesta por la DMA y por el referido RD 907/2009.

2.- La revisión atribuida a la jurisdicción contenciosa respecto de «la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y los Decretos Legislativos cuando excedan de los límites de la delegación», (*art. 1º LJCA*), no alcanza a las leyes. En consecuencia, no pueden, no podemos los tribunales contenciosos examinar si la declaración de interés general de una obra hidráulica, declarada, como ha ocurrido en este caso del embalse de Biscarrués, en un Real Decreto-Ley (1992), y dos Leyes que lo reiteran (Ley 10/2001 y Ley 11/2005), está ajustada a derecho, pues es competencia del Tribunal Constitucional decidir acerca de la conformidad de las leyes a la Constitución.

y 3.- En el presente asunto, impugnación de las dos Resoluciones administrativas de 2011 y 2012 tan citadas, no procede el examen de normas administrativas posteriores al 2012, que no son objeto del proceso. Aquí no se está decidiendo sobre las características de los Anexos relativos al embalse de Biscarrués en los Reales Decretos 129/2014 y 1/2016, Planes Hidrológicos de 2014 y 2016, y el examen se debe concretar al contenido de las Resoluciones administrativas, y no a disposiciones generales administrativas posteriores, sobre las cuales no consta solicitud alguna de ampliación del recurso.

SIXTO.- En relación con la segunda cuestión de interés casacional, (Antecedente de Hecho Segundo), sobre si la concurrencia de la excepción contemplada en el art. 4.7 DMA, ha de justificarse «en el momento de otorgarse la autorización definitiva del proyecto, o en fase anterior de anteproyecto o de declaración de impacto ambiental».

La respuesta a esta cuestión ha de centrarse en el caso de este recurso. Y así:

a.- La exigencia de la explicación y justificación del «interés público superior» para alterar/modificar masas de agua (DMA), estaba establecida con anterioridad a las Resoluciones Administrativas impugnadas, como se ha expuesto antes, tanto en la DMA como en el RD 907/2009.

La sentencia de la AN impugnada rechazó la alegación de inadmisibilidad del recurso por tres partes codemandadas, que calificaban como actos de trámite las Resoluciones impugnadas. En el FD Segundo de la sentencia recurrida se rechaza razonadamente y con invocación de jurisprudencia, la inadmisión alegada.

Y en el único recurso de casación que la Sección de Admisión ha admitido, el de la Comunidad General de Riegos DIRECCION000, esta inadmisibilidad no se opone.

En consecuencia, vinculada a la DIA (2011) al Anteproyecto (y adenda) (2012), objeto del recurso en la instancia, y negada esa condición de actos de trámite en los mismos, debió haberse explicado y justificado en el Anteproyecto, a la vista de la DIA, alegaciones en Información Pública, etcétera, el «interés público superior» de la obra del embalse de Biscarrués, y perfectamente pudo así hacerlo la Administración en la Adenda.

Si una norma, europea (DMA) e interna (RD 907/2007) imponen una exigencia que además es importante, pues justifica una excepción a una regla general, y no la contempla en absoluto las Resoluciones administrativas, que no son de trámite, su ausencia determina la anulación de dichas Resoluciones.

Los *artículos 121 y 122 (Anteproyectos), y 124 a 134 (Proyectos) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General* de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y las Sentencias del TJUE de 1 de julio de 2015 (asunto c-461/13), y de esta Sala de 17 de noviembre de 1998, que analiza la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985, donde se afirma que las condiciones ambientales que resulten de aplicación , «autorización», ha de entenderse en «la decisión de la autoridad o autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto», y la anulación de las resoluciones impugnadas, conduce a lo siguiente: El proyecto, es decir, el trámite final antes de la contratación de la obra, deberá cumplir lo previsto en la DMA y *RD 907/2009, artículos 4 , 7 y 35* respectivamente, en cuanto a la explicación y justificación del interés público superior que permite la alteración de las masas de agua superficiales afectadas por la construcción del embalse de Biscarrués.

SÉPTIMO.- En respuesta a la tercera cuestión, sobre que los motivos de las modificaciones/alteraciones de las masas de agua se consignen y expliquen específicamente en el Plan Hidrológico de Cuenca exigido con arreglo al art. 13 y se revisen los objetivos cada seis años. En el caso presente las actuaciones procedimentales en relación al proyecto de la obra del embalse de Biscarrués, no han finalizado. Y en el presente asunto no ha habido impugnación de Plan Hidrológico alguno. Por ello, la respuesta a esta cuestión por supuesto es afirmativa, pues así lo exige la normativa, precisando que ello tendrá lugar antes del final de la fase de proyecto, antes de la contratación de la obra. Sin que pueda esta sentencia examinar resoluciones o disposiciones administrativas (Planes Hidrológicos 2014, 2016) ajenos a este recurso».

CUARTO.- Conforme a lo transcrito de nuestra sentencia de fecha de hoy

sobre el mismo objeto de recurso de casación, se desestima la presente impugnación interpuesta por la Comunidad General de riegos DIRECCION000, y se confirma la sentencia de la AN, que anula las Resoluciones administrativas objeto del recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139 de la LJCA* , en relación con el *artículo 93 LJCA* , en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y en cuanto a las costas de la instancia, se confirma lo acordado en la sentencia recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad General de Riegos DIRECCION000, contra la *sentencia de fecha 7 de julio de 2017 dictada por la Sección 1ª de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estima parcialmente el recurso 252/2012* interpuesto por la Sociedad Española de Ornitología, La Confederación ecologistas en acción-coda, Greenpeace España, Asociación para la Defensa de la Naturaleza Adena/wwf España y la Asociación Amigos de la Tierra España. Sin imposición de costas, conforme al último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Segundo Menéndez Pérez D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Dª Inés Huerta Garicano D. Francisco Javier Borrego Borrego

Dª. Ángeles Huet de Sande

PUBLICACIÓN.- Léida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Francisco Javier Borrego Borrego** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.