

PROPUESTA DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN RESPECTO DEL ARTÍCULO 66 DEL REAL DECRETO-LEY 36/2020, DE 30 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PARA LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA.

Marzo de 2021

INTRODUCCIÓN

Las evaluaciones de impacto ambiental (EIA) son, desde hace más de 30 años, un pilar fundamental de la salvaguarda del medioambiente frente a proyectos que puedan tener impactos significativos sobre el mismo. A lo largo de estos años, la normativa ha evolucionado para “prestar más atención a aspectos tales como la eficiencia de los recursos, el cambio climático y la prevención de catástrofes, que ahora quedan mejor reflejados en el proceso de evaluación”¹.

En España, las EIA se encuentran reguladas en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, una transposición al ordenamiento interno de la normativa comunitaria recogida en las directivas 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente, y 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Esta misma ley es la que recoge en su artículo 8 los supuestos excluidos (o excluibles) del trámite de evaluación de impacto.

No es difícil apreciar la complejidad e importancia de este artículo, tanta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se han pronunciado en repetidas ocasiones para matizar y concretar

¹ Extracto del análisis de la Dirección General de Medio Ambiente de la Unión Europea sobre la Directiva 2011/92/UE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX:32014L0052>

aspectos relativos a la aplicación del mismo. Se hace evidente, por tanto, que la regulación de supuestos de exclusión en el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración pública y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia (artículo 66), debe tratarse con extrema cautela y teniendo en cuenta la jurisprudencia y normativa comunitaria disponible.

Ecologistas en Acción aporta experiencia sobrada en lo referente a evaluaciones de impacto ambiental en ámbitos muy diversos. Desde esa perspectiva, se ha elaborado este documento en el que se recoge y justifica una propuesta de mejora de la regulación de las exclusiones de evaluación en el Real Decreto-Ley 36/2020.

ARTÍCULO ENMENDADO

El artículo 66 del Real Decreto-Ley 36/2020, cuya enmienda se propone en el trámite de convalidación parlamentaria.

Artículo 66. Especialidades en materia de evaluación ambiental en los proyectos del Plan Recuperación, Transformación y Resiliencia: A los efectos de lo previsto en el artículo 8.3 de la Ley 21/2013, de 21 de diciembre, se entenderá que concurren circunstancias excepcionales en el caso de los proyectos financiados total o parcialmente mediante el Instrumento Europeo de Recuperación, cuando se trate de meras modernizaciones o mejoras de instalaciones ya existentes, que no supongan construcción de nueva planta, aumento de la superficie afectada o adición de nuevas construcciones ni afcción sobre recursos hídricos y entre cuyos requisitos se incorporen para su financiación y aprobación la mejora de las condiciones ambientales, tales como la eficiencia energética o del empleo de recursos naturales, la reducción de su impacto ambiental o la mejora de la sostenibilidad de la instalación ya existente.

Este precepto supone la exclusión *ex legge* de evaluación de impacto ambiental de todos los proyectos financiados por el Instrumento Europeo de Recuperación.

NORMATIVA VIGENTE

Dispone el artículo 2.4 de la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre de 2011 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su redacción dada por la Directiva 2014/52/UE:

“(...) en casos excepcionales, los Estados miembros podrán exceptuar de la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva todo o parte de un proyecto específico.

En tal caso, los Estados miembros:

- a) examinarán la conveniencia de otra forma de evaluación;*
- b) pondrán a disposición del público afectado la información recogida con arreglo a otras formas de evaluación mencionadas en la letra a), la información relativa a la decisión sobre dicha excepción y las razones por las cuales ha sido concedida;*
- c) informarán a la Comisión, previamente a la concesión de la autorización, sobre los motivos que justifican la exención concedida y le proporcionarán las informaciones que ponen, eventualmente, a disposición de sus propios nacionales.*

La Comisión transmitirá inmediatamente los documentos recibidos a los demás Estados miembros.

La Comisión informará cada año al Parlamento Europeo y al Consejo acerca de la aplicación del presente apartado”.

De acuerdo con lo señalado por la Comunicación de la Comisión ‘Documento orientativo relativo a la aplicación de las exenciones contempladas en la Directiva sobre la evaluación de impacto ambiental (Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, en su versión modificada por la Directiva 2014/52/UE) – artículo 1, apartado 3, artículo 2, apartados 4 y 5’:

*“El artículo 2, apartado 4, de la Directiva sobre la evaluación del impacto ambiental (antiguo artículo 2, apartado 3, de la Directiva 85/337/CE) ofrece la posibilidad de que el Estado miembro excluya **un proyecto determinado de los requisitos de la Directiva en «casos excepcionales»** y de que, en tales casos, pueda emplear un método de evaluación alternativo. Por consiguiente, **esta exención podría aplicarse únicamente en función de cada caso particular y no permitiría, por ejemplo, excluir a toda una categoría de proyectos”.***

Así, explica este documento interpretativo que:

- 3.4. *La posición del TJUE es que «el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que ha de realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate» (véase la sentencia del caso Delena Wells, C-201/02, apartado 37).*
- 3.5. *El término «casos excepcionales» recibe una interpretación restrictiva por parte del TJUE, que ha seguido este enfoque con relación a las exenciones contempladas en el artículo 1, apartado 4, (defensa nacional) y en el artículo 1, apartado 5, (proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico) de la Directiva 85/337/CE. En el caso Linster, C-287/98, apartado 49, el Tribunal dictaminó lo siguiente: «A este respecto, procede interpretar el artículo 1, apartado 5, de la Directiva teniendo en cuenta los objetivos de esta y tomando en consideración el hecho de que, al tratarse de una disposición que limita el ámbito de aplicación de la Directiva, debe interpretarse restrictivamente». Se desprende de la formulación de la Directiva 2014/52/UE que la exención contemplada en el artículo 2, apartado 4, no estaría justificada por el mero hecho de que pueda demostrarse que un caso es excepcional. No sería razonable acogerse a la exención en un caso en el que los factores que lo convierten en excepcional no excluyen el pleno cumplimiento de la Directiva. En otras palabras, la exención debe estar vinculada a la imposibilidad de cumplir todos los requisitos de la Directiva sin comprometer los objetivos del proyecto.*
- 3.6. *En su reciente sentencia del caso Doel, C-411/17, apartados 97 y 101, el TJUE consideró que la necesidad de garantizar la seguridad del suministro eléctrico podría llegar a considerarse un «caso excepcional». Según el TJUE, el artículo 2, apartado 4, exige que el Estado miembro demuestre que el riesgo para dicha seguridad de suministro es «razonablemente probable» que el proyecto resulta suficientemente urgente para justificar que no se efectúe la evaluación. Además, la experiencia de la Comisión con las notificaciones de la exención contemplada en el artículo 2, apartado 4, puede ofrecer ejemplos de situaciones que se considerarían «casos excepcionales». Entre 2014 y 2017, la Comisión Europea recibió varias notificaciones que correspondían a la categoría de casos excepcionales. Aunque en la mayor parte de los casos se trató de respuestas a emergencias civiles (que, de conformidad con el artículo 2, apartado 4 de la Directiva 2014/52/UE no requieren de un procedimiento de notificación), algunas fueron de carácter excepcional por motivos distintos de la respuesta a una emergencia civil.*
- 3.7. *Entre 2014 y 2017, la exención contemplada en el artículo 2, apartado 4, relativa a los «casos excepcionales» se aplicó en tres ocasiones. En una de ellas, fue necesario asegurar el suministro de gas, en otro proyecto, se requería satisfacer un interés estratégico en energías renovables, y, en el tercer caso, la justificación del proyecto se basó en respetar compromisos políticos de alto nivel adoptados por autoridades públicas a fin de crear confianza entre comunidades en un contexto de*

negociaciones de reconciliación más amplias. En todos estos casos, la necesidad urgente del proyecto fue tal que no haber podido ejecutarlo habría ido en contra de las razones imperiosas de interés público y habría supuesto una amenaza a la estabilidad y la seguridad política, administrativa y económica. Si se produce una situación de este tipo, existe cierto margen (aunque limitado) para aplicar esta exención, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones.

3.8. Como ya se ha señalado, las circunstancias de un caso excepcional deben ser tales que el cumplimiento de todos los requisitos de la Directiva se convierta en imposible o impracticable y resulte contraproducente en lo que a la consecución de los objetivos del proyecto se refiere. Por ejemplo, cuando se requiera conceder y completar una autorización para el desarrollo del proyecto con tanta celeridad que no haya tiempo suficiente para preparar toda la información medioambiental requerida en virtud del artículo 5, apartado 1, o para efectuar una consulta pública de manera previa a la decisión de llevarlo a cabo. Se desprende de la formulación del artículo 2, apartado 4, de la Directiva, que no es posible aplicar exenciones a lo dispuesto en el artículo 7 con relación a las consultas transfronterizas ni siquiera en casos excepcionales

Y resume la Comisión, en lo que ahora interesa, que:

- *Las excepciones a las normas generales deben interpretarse y aplicarse de forma restrictiva.*
- *Según el artículo 2, apartado 4, el término «casos excepcionales» debe interpretarse de manera restrictiva. Para que se considere «excepcional», el Estado miembro debe demostrar que el riesgo que implica (por ejemplo, en lo que se refiere a la seguridad del suministro eléctrico) es «razonablemente posible» y que el proyecto previsto es suficientemente urgente.*
- *Un criterio importante para justificar el uso del artículo 2, apartado 4, es que el pleno cumplimiento de la Directiva no sea posible, y no el mero hecho de que se trate de un caso excepcional.*
- *Cuando se sopesa el uso del artículo 2, apartado 4, debe considerarse realizar una evaluación parcial u otro tipo de evaluación siempre y cuando se cumplan los objetivos de la Directiva.*

Por su parte, los apartados 3 y 4 de la Ley 21/2013 de evaluación ambiental, en su redacción dada por la Ley 9/2018, de 5 de diciembre disponen correlativamente que:

(...) el Consejo de Ministros, en el ámbito de la Administración General del Estado, o en su caso, el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma, en su respectivo ámbito de competencias, podrán, a propuesta del órgano sustantivo, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado de la evaluación de impacto ambiental, cuando

su aplicación pueda tener efectos perjudiciales para la finalidad del proyecto o aquellos proyectos que consistan en obras de reparación o mejora de infraestructuras críticas, definidas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, que hayan sido dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos o cuyo refuerzo sea necesario para garantizar la seguridad nacional.

4. En los casos previstos en el apartado anterior, a propuesta del órgano sustantivo, el Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado o, en su caso, el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma en su respectivo ámbito de competencias, decidirá en el acuerdo de exclusión si procede someter el proyecto a otra forma alternativa de evaluación que cumpla los principios y objetivos de esta ley, que realizará el órgano sustantivo.

El órgano sustantivo publicará el acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente. Adicionalmente, pondrá a disposición del público la información relativa a la decisión de exclusión y los motivos que la justifican, y el examen sobre las formas alternativas de evaluación del proyecto excluido.

El órgano sustantivo comunicará la información prevista en el párrafo anterior a la Comisión Europea, con carácter previo a la autorización del proyecto.

Por tanto, tanto la legislación estatal básica como la normativa comunitaria de la que esta trae causa prevén la posibilidad excepcional de que, expresa y motivadamente, se excluya un **proyecto singular y específico** de su preceptiva evaluación ambiental cuando: a) *su aplicación pueda tener efectos perjudiciales para la finalidad del proyecto* y b) *se trate de “los proyectos que consistan en obras de reparación o mejora de infraestructuras críticas... dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos”.*

Asimismo, el citado artículo 2.4 de la Directiva de 2011, regula esta cuestión, estableciendo que la exclusión de proyectos de EIA refiere a “*un proyecto específico*”, en singular, nunca considerando siquiera la posibilidad de que se extienda esta exclusión a un grupo indeterminado de proyectos. La directiva deja claro que este precepto debe aplicarse caso por caso.

Sin embargo, el **art. 66 del RD Ley 36/2020 prevé la exención de EIA de categorías enteras de proyectos** (los financiados por el Instrumento Europeo de Recuperación y

que reúnan una serie de requisitos) **lo que resulta de este modo contrario al derecho comunitario.**

JURISPRUDENCIA

Debido, como ya se ha dicho, a la complejidad e importancia de este tema, hay jurisprudencia matizando la normativa.

En concreto, para empezar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pronunció sobre la aplicación del artículo 2 de la Directiva 85/337/CEE (precedente de la actual normativa reguladora, la Directiva 2011/92/UE). En este artículo, de formulación prácticamente igual al actual, se habla de dos requisitos concretos para la exclusión de un proyecto de EIA, en concreto; que el proyecto en concreto se haya adoptado mediante un acto legislativo específico y que los objetivos de la Directiva (incluyendo el trámite de disponibilidad de informaciones) se cumplan.

Sobre esto, dice el TJUE que el acto legislativo de aprobación *“debe, en particular, conferir al titular del proyecto el derecho a realizar el proyecto y contener, al igual que una autorización, todos los datos del proyecto pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, una vez tomados en consideración por el legislador”*² Siendo la redacción del artículo en cuestión prácticamente exacta³, esta jurisprudencia sigue siendo vigente y de relevancia.

En nuestro ordenamiento nacional, esto se transpone en la sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de enero de 1998 que, en línea con la jurisprudencia del TJUE, interpreta que la aprobación de un proyecto por ley específica no implica una exclusión de EIA sino, precisamente, una sustitución de ésta porque *“será en el iter parlamentario donde se pondere la incidencia o la repercusión sobre el medio ambiente del concreto proyecto estatal necesariamente detallado en todos sus extremos y con expresa inclusión de la variable medioambiental, cuya aprobación se somete a las Cámaras, a las que corresponde valorar aquella incidencia, atendiendo tanto a la*

² Sentencia de 18 de octubre de 2011, Boxus y otros, C 128/09 a C 131/09, C 134/09 y C 135/09, EU:C:2011:667, apartado 39

³ Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. [Derogada] CELEX: 31985L0337

legislación básica estatal protectora del medio ambiente como a la que pudiesen haber dictado las Comunidades Autónomas afectadas, en ejercicio de sus competencias.”⁴

Por último, el Tribunal Supremo considera también las excepciones por motivo de “supuestos excepcionales”, contempladas en el artículo 8.3 de la LEA. Sobre esto, el Tribunal considera que, si bien el concepto de “excepcionalidad” no se limita a un acontecimiento catastrófico o una situación de emergencia, este debe ser aplicado de forma restrictiva por la Administración.

En resumen, en el ámbito de la jurisprudencia, las claves para la exclusión de proyectos son el cumplimiento de los objetivos de la normativa ambiental y la excepcionalidad de la situación.

PROPUESTA

Se propone, por tanto, una enmienda de supresión del artículo 66 del Real Decreto-Ley 36/2020 para adecuar el texto enmendado a la normativa y jurisprudencia comunitaria, que descarte tajantemente la exclusión en bloque de proyectos de la EIA.

ENMIENDA TÉCNICA

Se propone asimismo una enmienda técnica correlativa a la anterior, consistente en la remuneración de los artículos subsiguientes a aquel cuya supresión se propone.

Consideración general

El Real Decreto Ley 36/2020 introduce modificaciones en normas ambientales de carácter básico e importancia de la Ley de evaluación de impacto ambiental (DF 3ª), el Texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (DF 7ª), el Reglamento de emisiones industriales (DF 8ª) así como la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (DF 10ª) en lo que se refiere a la emisión de informes preceptivos por la AGE en la tramitación de instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico. El denominador común de

4 Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 13/1998 de 22 enero. RTC 1998\13

todas estas modificaciones es la reducción de los plazos de que dispone la Administración para emitir sus informes y resoluciones, previo análisis técnico y científico de expedientes en la mayoría de los casos de gran volumen y complejidad técnica lo que, como subraya el Consejo de Estado en su Dictamen 21 de diciembre de 2020 (expte. 783/2020) al proyecto de Real Decreto-ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia puede producir un efecto precisamente contrario al perseguido carácter tuitivo de la intervención administrativa ambiental.

Así señala el Consejo de Estado, por ejemplo y a cuenta de la reducción de plazos en los procedimientos de evaluación ambiental *“preocupa que la significativa reducción de los plazos para evacuar algunos trámites de las evaluaciones ambientales (por ejemplo, el plazo para la elaboración del estudio ambiental estratégico se reduce de quince a nueve meses) produzca, precisamente, un resultado contrario a aquel que pretende el proyecto normativo consultado”*.

Las prisas son malas consejeras, y parece evidente que la administración Española no está capacitada para dar respuesta a los numerosos expedientes a que hace frente (y los muchos que vendrán a cuenta de los Fondos NextGenerationEU) con insuficientes medios humanos y técnicos, y no es realista ni acertado pretender que con una mera modificación legal esta situación vaya a cambiar. El papel lo aguanta todo, pero no resulta suficiente para abordar esta situación descrita.