

INFORME SOBRE EL «DECRETO-LEY 3/2021, DE 16 DE FEBRERO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS DE AGILIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y RACIONALIZACIÓN DE LOS RECURSOS PARA EL IMPULSO A LA RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA» Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Abel La Calle Marcos
Abogado y Profesor Asociado de la Universidad de Almería
10 de Marzo de 2021

Ecologistas en Acción y la Fundación Nueva Cultura del Agua han solicitado mi opinión en Derecho sobre el «Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía» (BOJA 22/2/2021) y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Acepto la petición y la emito como sigue:

1. El Decreto-ley 3/2021

El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha acordado aprobar el «Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía» (BOJA 22/2/2021), en adelante Decreto-ley 3/2021.

En el objeto de interés que nos ocupa, el preámbulo expone:

En materia de evaluación ambiental se recoge como especialidad para los proyectos financiados total o parcialmente mediante fondos europeos, la posibilidad prevista por la normativa estatal de excluir un proyecto determinado de la evaluación de impacto ambiental. Para ello se concretan como supuestos excepcionales que habilitan para dicha exclusión aquellos proyectos que siendo financiados con fondos europeos, contemplen variables medioambientales y de eficiencia energética y que no supongan incrementos de volumen y superficie de edificación. Con esta finalidad es necesario modificar la normativa autonómica contenida en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad

Ambiental, para incluir una nueva disposición que prevea esta posibilidad de excepcionar la evaluación de impacto ambiental.

Entre las disposiciones finales incluye la siguiente:

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.

Se añade un apartado 3 al artículo 16 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, con la siguiente redacción:

«3. El Consejo de Gobierno, a propuesta del órgano sustantivo, en circunstancias excepcionales y mediante acuerdo motivado, podrá excluir un proyecto determinado de la evaluación de impacto ambiental, cuando su aplicación pueda tener efectos perjudiciales para la finalidad del proyecto.»

Entre las disposiciones adicionales recoge la siguiente:

Disposición adicional tercera. Especialidades en materia de evaluación ambiental en los proyectos financiados mediante fondos europeos.

A los efectos de lo previsto en el artículo 16.3 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, se entenderá que concurren circunstancias excepcionales, sin necesidad de que el Consejo de Gobierno dicte acto motivado al efecto, en el caso de los proyectos financiados total o parcialmente mediante los fondos europeos regulados en este Decreto-ley, 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 afección 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. El órgano sustantivo deberá motivar la concurrencia de dichas circunstancias en el correspondiente acuerdo de inicio.

2. El Derecho estatal

En la exposición de motivos del Decreto-ley 3/2021 se dice que la excepción se adopta como especialidad de «la posibilidad prevista por la normativa estatal de excluir un proyecto determinado de la evaluación de impacto ambiental». No obstante, no identifica el artículo de la ley estatal al que se refiere.

Entiendo que la citada exposición de motivos se refiere al artículo 8.3 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, consolidado tras la modificación introducida por la Ley 9/2018, que establece:

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, 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.

3. El Derecho de la Unión Europea

La evaluación ambiental de proyectos está regulada en la Unión Europea por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (en adelante Directiva de evaluación de impacto ambiental). Esta norma sustituye y codifica la anterior Directiva 85/337/CEE junto a sus modificaciones operadas por la Directiva 97/11/CE, Directiva 2003/35/CE y Directiva 2009/31/CE.

A su vez, la Directiva 2011/92/UE ha sido modificada a través de la Directiva 2014/52/UE, cuyo plazo de adaptación concluyó el 16 de mayo de 2017. La adaptación del Estado se produjo con la Ley 9/2018. Sin embargo, la Comunidad Autónoma de Andalucía no ha adaptado aún la Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la

Calidad Ambiental a dicha Directiva 2014/52/UE, aunque desde la conclusión de su plazo de adaptación la ha modificado en una ocasión a través de la Ley 8/2018 y en dos ocasiones de manera excepcional con el Decreto-ley 2/2020 y con el analizado en este informe, el Decreto-ley 3/2021.

En lo que atañe al ámbito de aplicación, en general, el Tribunal de Justicia ha declarado que «del texto de la Directiva se puede deducir que su **ámbito de aplicación es extenso y su objetivo muy amplio**» (negrita añadida, sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, EU:C:1996:404, apartado 31) y desde entonces ha mantenido dicha interpretación de manera constante (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018, Prenninger y otros, C-329/17, EU:C:2018:640, apartado 36).

Esta interpretación ha llevado al Tribunal de Justicia a considerar incluido en su ámbito de aplicación proyectos que expresamente no se considerarían incluidos, pero que podían tener efectos significativos sobre el medio ambiente. Es el caso, por ejemplo, de los proyectos de «modificación» de otros ya existentes (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, EU:C:1996:404, apartados 39) o el desdoblamiento de una vía férrea (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2004, Comisión contra España, C-227/01, EU:C:2004:528, apartado 47).

No obstante, la Directiva de evaluación de impacto ambiental contempla de un lado, la posibilidad de no aplicarla en materia de defensa y emergencia civil (artículo 1.3) y de otro, aplicarla en cuanto a sus objetivos, pero otorgando la posibilidad de excluir la aplicación de sus disposiciones: en proyectos específicos cuya finalidad pudiera verse perjudicada (artículo 2.4) o en la aprobación de un proyecto mediante un acto legislativo nacional específico (artículo 2.5).

En relación a la excepción objeto de estudio (artículo 2.4), el texto consolidado tras la modificación operada por la Directiva 2014/52/UE, dice:

Artículo 2

[...]

4. Sin perjuicio del artículo 7, los Estados miembros, en casos excepcionales y siempre que se cumplan los objetivos de la presente Directiva, podrán excluir un proyecto específico de las disposiciones de la presente Directiva si su aplicación fuera a tener efectos perjudiciales para la finalidad del proyecto.

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.

Como puede comprobarse, la regulación comunitaria establece condiciones que no han sido consideradas en el texto aprobado y transcrito del Decreto-ley 3/2021 que requieren su análisis.

4. Análisis comparado

Con objeto de observar las concordancias entre las tres normas citadas se incluye la siguiente tabla:

Artículo 2.4 · Directiva 2011/92	Artículo 8.3-4 · Ley 21/2013	Artículo 16.3 · Ley 7/2007
<p>4. Sin perjuicio del artículo 7, los Estados miembros, en casos excepcionales y siempre que se cumplan los objetivos de la presente Directiva, podrán excluir un proyecto específico de las disposiciones de la presente Directiva si su aplicación fuera a tener efectos perjudiciales para la finalidad del proyecto.</p> <p>En tal caso, los Estados miembros:</p> <p>a) examinarán la conveniencia de otra forma de evaluación;</p> <p>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;</p> <p>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.</p> <p>La Comisión transmitirá inmediatamente los documentos recibidos a los demás Estados miembros.</p> <p>La Comisión informará cada año al Parlamento Europeo y al Consejo acerca de la aplicación del presente apartado.</p>	<p>3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, 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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>El órgano sustantivo comunicará la información prevista en el párrafo anterior a la Comisión Europea, con carácter previo a la autorización del proyecto.</p>	<p>3. El Consejo de Gobierno, a propuesta del órgano sustantivo, en circunstancias excepcionales y mediante acuerdo motivado, podrá excluir un proyecto determinado de la evaluación de impacto ambiental, cuando su aplicación pueda tener efectos perjudiciales para la finalidad del proyecto.</p>

La comparación de los textos transcrito permite concluir que la excepción establecida en la Ley 7/2007 tras su modificación por el Decreto-ley 3/2021, no se ajusta a lo establecido en la Directiva de evaluación de impacto ambiental tras su modificación operada por la Directiva 2014/52/UE, ni en la ley básica del Estado después de su modificación con la Ley 8/2018, al menos en los siguientes aspectos:

- omite la obligación de las consultas transfronterizas (artículo 2.4 y 7 de la Directiva 2011/92; y artículo 8.3 y 49 de la Ley 21/2013);
- no recoge la obligación de que se cumplan los objetivos de la Directiva de evaluación de impacto ambiental (artículo 2.4 de la Directiva 2011/92; y artículo 8.4 de la Ley 21/2013);
- ignora la exigencia de examinar la conveniencia de otra forma de evaluación (artículo 2.4.a de la Directiva 2011/92 y artículo 8.4 de la Ley 21/2013);
- elude las obligaciones de transparencia en la difusión de la decisión adoptada y su motivación (artículo 2.4.b de la Directiva 2011/92 y artículo 8.4 de la Ley 21/2013); y
- tampoco establece la obligación de información previa a la Comisión Europea (artículo 2.4.c de la Directiva 2011/92 y artículo 8.4 de la Ley 21/2013).

Estas diferencias entiendo que determinan una adaptación que no se corresponde con lo establecido en la Directiva de evaluación de impacto ambiental en su versión modificada por la Directiva 2014/52/UE. Esta adaptación permite que en Andalucía se utilice la excepción de proyectos específicos cuya finalidad pudiera verse perjudicada, sin que se cumplan todas las condiciones establecidas en el Derecho de la Unión Europea (artículo 2.4 de la Directiva 2011/92) y en la legislación básica del Estado ya adaptada (artículo 8.3-4 de la Ley 21/2013 en su redacción dada por la Ley 8/2018).

Concluida esta consideración general sobre la adaptación de la norma andaluza a la norma comunitaria aplicable resulta de interés analizar con más detalle algunos aspectos de la adaptación realizada por el Estado.

En relación a la exigencia comunitaria de que «se cumplan los objetivos» de la Directiva de evaluación de impacto ambiental, ya se ha señalado que se omite en el texto de la ley andaluza (artículo 16.3 de la Ley 7/2007), pero también entiendo se incumple en el texto de la ley estatal (artículo 8.4 de la Ley 21/2013).

La norma comunitaria sólo permite excluir un proyecto de la aplicación de las disposiciones de dicha Directiva, «siempre que se cumplan los objetivos de la presente Directiva». Deduzco de esta exigencia que la excepción analizada se produce únicamente respecto de las disposiciones de carácter procedimental, pero no respecto de las disposiciones sustantivas que establecen sus objetivos.

Sin embargo, la norma estatal limita el alcance comunitario del cumplimiento de los citados objetivos de la Directiva. Efectivamente, la ley estatal dice que el órgano

sustantivo «decidirá en el acuerdo de exclusión si procede [o no] someter el proyecto a otra forma alternativa de evaluación que cumpla los principios y objetivos de esta ley». Ello implica que al órgano sustantivo se le otorga la posibilidad de decidir no someter el proyecto a otra forma alternativa de evaluación y, con ello, se le está otorgando la posibilidad de que no se cumplan los objetivos de la Directiva.

La ley estatal liga el cumplimiento de los objetivos a la decisión sobre otra forma alternativa de evaluación, por lo que correrá la suerte de ésta, en vez de establecerlo como requisito o condición necesaria a cumplir «siempre», como establece la Directiva.

Además, llama la atención que otorgue esta competencia para decidir sobre el cumplimiento de los objetivos de la Directiva al órgano sustantivo, excluyendo así la intervención del órgano ambiental en la decisión sobre estas excepciones.

En lo que se refiere a la exigencia de que se «examine» la conveniencia de otra forma de evaluación, la norma estatal comentada sólo exige que se decida, no que se examine. La omisión del necesario «examen» puede producir decisiones que no expliciten el examen realizado y que por tanto impidan a la ciudadanía conocer si realmente se ha procedido a dicho examen y en qué términos se ha llevado a cabo.

5. Excepción relativa al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Como ya se ha señalado más arriba, entre las normas relativas a la evaluación de impacto ambiental, el Decreto-ley 3/2021 aprueba la «disposición adicional tercera. Especialidades en materia de evaluación ambiental en los proyectos financiados mediante fondos europeos».

Se trata de una regulación adoptada después de la aprobada por el Estado (artículo 66 del Real Decreto-ley 36/2020), y de forma paralela con otras Comunidades Autónomas (Cataluña: Decreto-ley 5/2021, DOGC 4/2/2021; Extremadura: Decreto-ley 3/2021, DOE 8/3/2021 y Resolución 8/3/2021, DOE 10/3/2021).

En el caso andaluz, la excepción particular se produce con remisión a la ley andaluza correspondiente (artículo 16.3 de la Ley 7/2007) y como se ha razonado más arriba, dicha norma omite las obligaciones establecidas en el Derecho de la Unión Europea (artículo 2.4 de la Directiva 2011/92) y del Derecho estatal básico (artículo 8.4 de la Ley 21/2013). Por tanto, la excepción debe de considerarse también contraria al Derecho de la Unión Europea y al Derecho estatal básico.

Además, incorpora una excepción adicional cual es la innecesariedad de que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía dicte un acto motivado al efecto, sustituyéndolo por la exigencia de que «el órgano sustantivo deberá motivar la concurrencia de dichas circunstancias en el correspondiente acuerdo de inicio». Reduce con ello las garantías procedimentales, de intervención de los distintos departamentos con responsabilidades en las materias tratadas y la transparencia (artículos 28 y siguientes de la Ley 6/2006).

Ello minimiza la importancia de las excepciones acumuladas que integra la decisión y vulnera con ello los principios de integración, prevención del daño ambiental, preferentemente en la fuente, y el principio de precaución (artículos 11 y 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y el objetivo de alcanzar «alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea). También reduce las responsabilidades públicas de los últimos responsables gubernamentales autonómicos.

6. Conclusiones

La disposición final tercera del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 22/2/2021), constituye una **adaptación del Derecho comunitario que no recoge las condiciones establecidas** en el artículo 2.4 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

De manera adicional, dicha disposición adicional tercera del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, **tampoco se atiende a las condiciones establecidas en la legislación básica estatal**, en concreto, en el artículo 8.3-4 de la Ley 21/2013 en su redacción dada por la Ley 9/2018.

Es mi opinión en Derecho que como es lógico someto a otra mejor fundada.

En Almería, a 10 de marzo de 2021.