

COMENTARIOS SOBRE LA LEY 21/2013, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

AGUSTÍN GARCÍA URETA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. CARÁCTER BÁSICO Y TRANSITORIEDAD DE LA LEA.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEA: 1. *Planes*. 2. *Proyectos*: A) Proyectos sujetos. B) Proyectos excluidos específicamente o de manera genérica. C) Actividades sujetas a comunicación o declaración responsable.—IV. LOS ÓRGANOS COMPETENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN: 1. *Reglas generales de determinación*. 2. *Reforzamiento de las atribuciones del órgano ambiental*. 3. *Resolución de discrepancias entre el órgano sustantivo y el ambiental*.—V. LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN DE PLANES: 1. *Procedimiento ordinario*: A) Inicio. B) Determinación del documento de alcance del estudio ambiental estratégico y la exigencia de los informes correspondientes. C) El estudio de impacto estratégico (EsIE) y los trámites de información pública, consultas y redacción de la propuesta final del plan. D) El denominado análisis técnico del expediente. E) La DAE: contenido y publicidad. 2. *Procedimiento simplificado*.—VI. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE PROYECTOS: 1. *El estudio de impacto ambiental (EsIA)*. 2. *La remisión de la solicitud y del EsIA al órgano sustantivo*. 3. *El inicio de la EIA ordinaria*. 4. *La DIA y la decisión final sobre el proyecto*.—VII. VIGENCIA Y MODIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA Y LA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 1. *Vigencia o eficacia temporal*. 2. *La modificación de DAE y DIA*: A) La modificación de la DAE: a) Acerca de la naturaleza jurídica de la modificación. b) Cuestiones procedimentales de la modificación. B) Modificación de la DIA. 3. *Modificación de DAE o DIA y Natura 2000*.—VIII. APUNTES SOBRE EL SEGUIMIENTO.—IX. BREVES COMENTARIOS CONCLUSIVOS.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. Esta Ley deroga la normativa anterior y unifica de diversas maneras el régimen jurídico aplicable a los planes y proyectos. La Ley se ha adoptado de manera expeditiva cuando en el ámbito de la Unión Europea se estaba debatiendo la modificación de la Directiva 2011/92, relativa a los proyectos de construcción. El nuevo texto plantea diversos problemas respecto de la definición de los proyectos sujetos, los trámites procedimentales y también la posible modificación de las declaraciones de impacto relativas a los planes, sin sujeción a elementales límites temporales.

Palabras clave: evaluación ambiental; obligaciones principales; modificación de informes de impacto ambiental.

ABSTRACT

This contribution examines Law 21/2013, on environmental assessment. This Law repeals the existing environmental assessment legislation and unifies in various sections the legal regime applicable to the assessment of plans and projects. The Law has swiftly been adopted bearing in mind that an amendment to Directive 2011/92 (environmental assessment of projects) was under discussion at European Union level. The new Law includes a range of problematic aspects, such as the definition of the projects subject to assessment, the various procedural stages and the amendments to existing environmental reports, prepared by the so-called environmental authority in the case of plans and programmes, but not subject to time-frames.

Key words: environmental assessment; basic obligations; amendments to existing environmental assessment reports.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1) El 28 de noviembre de 2013 se aprobaba por el Congreso la Ley 21/2013, de evaluación ambiental (LEA). La Ley constituye una regulación conjunta para planes y proyectos¹, derogando la anterior legislación de impacto ambiental², esto es, la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, y el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que aprobó el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986³. Ahora bien, en relación con este último Real Decreto, el legislador ha optado por elevar de rango algunas de sus definiciones, incluyéndolas en el Anexo VI de la LEA.

2) Uno de los aspectos destacables de la LEA ha sido el de la premura para su tramitación y adopción parlamentaria⁴, cuando en el ámbito de la Unión Europea se estaba debatiendo la modificación de la Directiva 2011/92, relativa a la evaluación de proyectos de cons-

¹ Por motivos de simplificación, la referencia a los programas se integra en los planes.

² Sobre el régimen anterior pueden verse Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2002), Tomás QUINTANA LÓPEZ (2002), José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA (2000), Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (2009) y Agustín GARCÍA URETA (2004: 49-68). Sobre la jurisprudencia, Antonio EMBID IRUJO (2012: 3159-3176), José Francisco ALENZA GARCÍA (2009: 29-67) y Blanca LOZANO CUTANDA, Ana SÁNCHEZ LAMELAS y José PERNAS GARCÍA (2012: 71-153).

³ Téngase en cuenta, no obstante, lo señalado en la disposición final undécima LEA.

⁴ El proyecto se presentó ante el Congreso el 30 de agosto de 2013, siendo definitivamente aprobado el 28 de noviembre de 2013.

trucción (codificadora de la derogada Directiva 85/337)⁵. Este aspecto no pasó desapercibido al Consejo de Estado que, en su dictamen en relación con el proyecto de LEA, apreció que la adopción de la Directiva 2011/92 no era la causa por la que se pretendía adoptar la LEA sino, según la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley, el desarrollo autonómico, que habría originado «una preocupante fragmentación normativa»⁶. Otro de los objetivos de la LEA ha sido simplificar la legislación vigente en la materia, lo que ha llevado al legislador a unificar en un texto la evaluación ambiental estratégica y la de proyectos, estableciendo un procedimiento ordinario y otro simplificado para cada una de ellas. Queda la duda de si este enfoque resulta correcto, teniendo en cuenta las diferencias entre los dos tipos de evaluación. También se plantea la incertidumbre de qué sucede con la evaluación de planes y proyectos que puedan afectar a las zonas de la Red Natura 2000. Igualmente, está por ver si el nuevo texto pondrá fin a una tortuosa adaptación a las exigencias, algunas básicas, de la normativa europea⁷.

3) A diferencia del Real Decreto Legislativo 1/2008, la LEA recoge ahora la obligación esencial de la Directiva 85/337, invariada desde su aprobación, a saber, que aquellos proyectos públicos o privados que puedan tener efectos significativos en el ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos⁸. Con ello, la obligación de evaluación, impuesta sin equívocos por la normativa europea⁹, deja de ser aplicable solo a determinados proyectos por su inclusión en un anexo, lo que tiene trascendencia cuando se han fijado criterios o umbrales a partir de los cuales se deban evaluar¹⁰. La evaluación constituye un requisito necesario sin el cual carecen de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de planes o proyectos, pero también de aquellas otras actuaciones que estén sujetas a comunicación o declaración responsable¹¹. La LEA emplea la locución «carecerán de validez» y no «se-

⁵ Directiva 2014/52, que no es objeto de comentario en este trabajo, redactado antes de su aprobación. Sobre la Directiva 85/337 pueden verse Liam CASHMAN (2004: 65-90) y Ángel-Manuel MORENO MOLINA (2006: 43-59).

⁶ Dictamen 760/2013, pág. 7.

⁷ Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, Agustín GARCÍA URETA e Iñigo LAZCANO BROTONS (2007: 219-222), Tomás QUINTANA LÓPEZ (2002: 68-95), Iñigo LAZCANO BROTONS (2010: 101-138) y René SANTAMARÍA ARINAS (2006: 85-110).

⁸ Artículo 2.1.

⁹ Asunto C-431/92, *Comisión v. Alemania*.

¹⁰ Algún autor matiza la obligación de las Directivas, señalando que se trata de una regla «que se proyecta sobre el concreto sistema de delimitación establecido, es decir, únicamente juega dentro de la lista establecida». Juan ROSA MORENO (2002: 109).

¹¹ Artículo 9 LEA.

rán nulas de pleno derecho», que es lo que debería haber indicado adicionalmente, toda vez que la ausencia de evaluación solo puede entenderse como una infracción procedimental esencial¹². En todo caso, es necesario recordar lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-201/02, *Wells*, de que incumbe a las autoridades competentes de un Estado miembro, en el marco de sus competencias, adoptar todas las medidas, generales o particulares, necesarias para que los proyectos sean examinados con el fin de determinar si pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y, en caso afirmativo, para que se sometan a un estudio sobre su impacto ambiental y que «la *revocación o suspensión* de una autorización ya concedida con el fin de efectuar una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto en cuestión (...) constituye, dentro de los límites del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una de estas medidas particulares»¹³.

4) La LEA también ha incluido una serie de definiciones. Algunas de ellas siguen la estela de la normativa derogada. No obstante, se han introducido matizaciones que es conveniente destacar:

a) La evaluación ambiental es un procedimiento administrativo «instrumental» del de aprobación de planes o proyectos (sustantivo)¹⁴. La LEA distingue entre procedimientos ordinarios y simplificados. Al igual que en la normativa anterior, estos se insertan en el sustantivo, concluyendo con los correspondientes informes, ya sea la declaración ambiental estratégica (DAE), el informe ambiental estratégico (IAE), la declaración de impacto ambiental (DIA) y el informe de impacto ambiental (IIA). Ahora bien, los anteriores procedimientos no limitan la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer sus propias especialidades bajo sus competencias ambientales. La clave no radicaría tanto en esta circunstancia, sino en que tales procedimientos respeten las obligaciones y el contenido exigible a los documentos y trámites que señala la normativa de la Unión Europea.

b) DAE, IAE, DIA e IIA tienen la naturaleza de informes preceptivos y determinantes. El preámbulo de la LEA señala a este respecto que tal carácter «implica que *no es posible* continuar con la tramitación

¹² STS de 6 de noviembre de 2013, recurso 3370/2010; STS de 5 de abril de 2013, recurso 4809/2009.

¹³ Asunto C-201/02, *The Queen, a instancia de Delena Wells, v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, apt. 65; cursiva añadida. En el caso de los planes, véase el asunto C-463/11, *L v. M*.

¹⁴ Artículo 5.1.a) LEA.

del procedimiento sustantivo (autorizatorio) en tanto no se evacúe»¹⁵. Si el informe determinante implica, como señala el preámbulo de la LEA (y la jurisprudencia)¹⁶, que resulta necesario para que el órgano competente para resolver pueda formarse criterio sobre las cuestiones a las que el propio informe se refiere, resulta lógica tal suspensión¹⁷.

c) La evaluación ambiental analiza los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de planes y proyectos. Esta descripción de la evaluación resulta correcta con lo que exige la normativa de la Unión Europea, en el sentido de que hay que considerar tales efectos ambientales y no solo examinar cómo se integran los aspectos ambientales en un plan o proyecto, idea esta que se señala, sin embargo, en las definiciones de declaración de impacto estratégica y de impacto ambiental, respectivamente¹⁸.

d) Se define qué es un impacto o efecto significativo. Sin embargo, hay que advertir que se carece de tal noción en las Directivas 2001/42, 2011/92 y 92/43¹⁹, a pesar de que las dos primeras aporten criterios para poder determinar si se puedan producir tales efectos y, en el caso de la tercera, el TJUE ha establecido un criterio estricto para que se lleve a cabo la evaluación, fundado en el principio de precaución²⁰. Además, la noción que señala la LEA resulta contradicha en la misma Ley. En efecto, por una parte, se define como la «alteración de carácter permanente o de larga duración de un valor natural y, en el caso de espacios Red Natura 2000, cuando además afecte a los elementos que motivaron su designación y objetivos de conservación»²¹. No obstante, el Anexo VI, aplicable a los proyectos de construcción, lo describe como «aquél que se manifiesta como una modificación del medio ambiente, de los recursos naturales, o de sus procesos fundamentales de funcionamiento, que produzca o pueda producir en el futuro repercusiones apreciables en los mismos»²². Una comparación entre ambas definiciones pone en evidencia que las mismas no se corresponden. Tal discrepancia puede explicarse por el hecho de que se haya elevado de rango lo señalado en el Real Decreto 1131/1988 sin haber verificado si los conceptos allí definidos se correspondían con lo indicado en las definiciones de la LEA.

¹⁵ Preámbulo, II, decimocuarto párrafo; cursiva añadida.

¹⁶ STS de 8 de marzo de 2010, recurso 771/2006.

¹⁷ Ténganse en cuenta, no obstante, el artículo 83.3 LRJPAC.

¹⁸ Artículo 5.2.d) LEA; artículo 5.3.d) LEA.

¹⁹ El Derecho de la Unión Europea tampoco define otros tipos de «impactos» que se definen ahora en el Anexo VI LEA.

²⁰ Agustín GARCÍA URETA y José Ignacio CUBERO MARCOS (2004: 361-381).

²¹ Artículo 5.1.b) LEA.

²² Anexo VI.8.a) LEA.

e) Un proyecto ya no es «[t]odo *documento técnico* que define o condiciona de modo necesario, particularmente en lo que se refiere a la localización, la realización de planes y programas, la realización de construcciones o de otras instalaciones y obras, así como otras intervenciones en el medio natural o en el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables»²³. Tal definición no se adaptaba a la Directiva 85/337²⁴. En efecto, un proyecto no es un documento técnico, sino una actividad en sí misma considerada, como ahora, con mejor criterio, señala la LEA²⁵. Por cierto que la noción de proyecto no solo abarca las actuaciones de carácter «positivo», sino también las negativas, caso de una demolición, siguiendo lo señalado por el TJUE²⁶.

5) La LEA aclara qué procedimientos de evaluación de impacto hay que seguir en el caso de las zonas de Red Natura 2000. No obstante, la Ley incurre en incorrecciones al regular esta cuestión señalando que «[l]a *evaluación* de los planes, programas y proyectos que, sin tener relación directa con la gestión de un lugar Red Natura 2000 o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos, *se someterá, dentro de los procedimientos previstos en la presente ley, a una adecuada evaluación* de sus repercusiones en el lugar teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar, conforme a lo dispuesto en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad»²⁷. Por su parte, la Ley 42/2007 (LPNB) indica que la adecuada evaluación «se realizará *de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las Comunidades Autónomas*»²⁸. Aparte de la incorrección consistente en que la evaluación se someta a una adecuada evaluación (?), la pauta la marca en todo caso el artículo 6 (apartados 3 y 4) de la Directiva 92/43. En este sentido, conviene matizar la afirmación del Tribunal Supremo de que la evaluación «adecuada» que exige la Directiva de hábitats «lo es *exclusivamente* a los efectos de neutralizar los efectos nocivos sobre un espacio de la Red Natura 2000

²³ Real Decreto 1131/1988, Anexo técnico.

²⁴ Agustín GARCÍA URETA (1994: 234-235).

²⁵ Artículo 5.3.b) LEA. El Tribunal Supremo se ha referido también al criterio «material», más que «formal», del concepto de proyecto; STS de 8 de marzo de 2012, recurso 4776/2008.

²⁶ Asunto C-50/09, *Comisión v. Irlanda*.

²⁷ Disposición adicional séptima LAE; cursiva añadida.

²⁸ Artículo 45.4 LPNB; cursiva añadida.

próximo al proyecto»²⁹. De acuerdo con la propia estructura secuencial del artículo 6 (apartados 3 y 4), la evaluación es un instrumento para conocer, con exhaustividad, qué efectos presenta un plan o proyecto. La cuestión de la minimización de tales efectos es posterior a lo primero.

6) Una novedad en la LEA, ya destacada por el Consejo de Estado, es la regulación de un procedimiento sancionador específico, fundado en el artículo 149.1.23 CE, con un plazo de un año desde su inicio para notificar la correspondiente resolución³⁰. Por otra parte, la Ley no resulta prolija a la hora de determinar tipos de infracciones, reduciéndose las mismas a una infracción muy grave, cuatro graves y una infracción leve, que actúa como cláusula de cierre del sistema al referirse al «incumplimiento de cualquiera de las obligaciones o requisitos contenidos en esta Ley, cuando no esté tipificado como muy grave o grave». Esta última, por cierto, es la única que resulta aplicable en el caso de los planes, puesto que el resto de infracciones solo se refieren a los proyectos. Aparte de lo anterior, la LEA, al igual que la normativa que deroga, solo resulta de aplicación a los promotores privados, no así a las Administraciones públicas³¹. En consecuencia, el legislador continúa negando la aplicación del régimen sancionador a las Administraciones públicas, con independencia de que las decisiones que estas adopten, infringiendo las obligaciones de aquellas, puedan constituir, en su caso, un supuesto de nulidad de pleno derecho.

II. CARÁCTER BÁSICO Y TRANSITORIEDAD DE LA LEA

7) La LEA tiene carácter básico bajo el artículo 149.1.23 CE (a salvo de una serie de disposiciones que solo se aplican a la Administración General del Estado y otras que tienen que ver con la ordenación de registros públicos y en materia de aguas)³². En el caso de las normas relativas a los plazos, a excepción de aquellos mencionados en el trámite de resolución de discrepancias, los del procedimiento sancionador y los que se refieren a la prescripción de infracciones y sanciones, el resto de los previstos carecen de tal naturaleza básica³³. Sin embargo, la LEA contiene en su disposición final séptima dos previsiones (básicas) de adaptación en el plazo de un año desde su entrada en vigor:

²⁹ STS de 24 de mayo de 2011, recurso 121/2009; cursiva añadida.

³⁰ Artículo 64.6 LEA. Sobre el modelo anterior puede verse M.^a Antonia ARIAS MARTÍNEZ (2009: 147-164).

³¹ Artículos 54 y 55.1 LEA.

³² Las referencias a las aguas no son objeto de comentario en este trabajo.

³³ Esta carencia de naturaleza básica no es aplicable a la previsión de suspensión del plazo de que se trate.

a) La primera hace referencia a las normas sectoriales reguladoras de la tramitación y de la adopción o aprobación de planes. Estas deben contener «las disposiciones necesarias para garantizar que aquéllos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley se sometan a una evaluación ambiental estratégica antes de su adopción o aprobación». A pesar de la dicción de la LEA, que vendría a requerir que cada norma sectorial (v.g., urbanística), de ordenación territorial, de carreteras, montes u otra prevea la sujeción a EAE de los correspondientes planes, las Comunidades Autónomas pueden establecer una disposición general que especifique los planes sometidos a evaluación y su aplicación a las normas sectoriales a las que se refiere la LEA.

b) Por otra parte, la misma disposición final séptima señala que las normas sectoriales reguladoras de la tramitación y de la adopción o aprobación de los planes, programas y proyectos «deberán establecer plazos para las actuaciones que la presente ley atribuye al órgano sustantivo o al promotor», debiendo realizarse la adaptación en el mismo plazo de un año de la entrada en vigor de la LEA. En este caso ha de observarse que la LEA se refiere únicamente a los trámites que ella prevé, en el contexto de las evaluaciones, pero no a otros posibles que tengan que ver con la tramitación sustantiva de planes o proyectos. Además, la LEA excluye de la adaptación a los plazos aplicables al órgano ambiental.

8) Ahora bien, aparte de lo anterior, una de las claves a destacar en la LEA radica en lo dispuesto en la disposición final undécima. Esta señala que «a efectos de lo dispuesto en las disposiciones derogatoria y finales séptima y novena, y de la aplicación de la presente Ley como legislación básica, las Comunidades Autónomas que dispongan de legislación propia en materia de evaluación ambiental deberán adaptarla a lo dispuesto en esta Ley en el plazo de un año desde su entrada en vigor; momento en el que, en cualquier caso, serán aplicables los artículos de esta Ley, salvo los no básicos, a todas las Comunidades Autónomas. No obstante, estas podrán optar por realizar una remisión en bloque a esta ley, que resultará de aplicación en su ámbito territorial como legislación básica y *supletoria*»³⁴.

9) A la luz de la disposición final undécima, las Comunidades Autónomas cuentan con una doble alternativa:

a) Pueden adaptarse en el plazo de un año a las disposiciones de la LEA. Durante tal lapso las disposiciones básicas de la Ley no son apli-

³⁴ Cursiva añadida.

cables, aunque ciertamente ejercen un evidente efecto sobre las Comunidades Autónomas puesto que están obligadas a ajustar su normativa a los nuevos requisitos básicos, a no ser que aquellas decidan mantener sus propias disposiciones al entender que constituyen normas adicionales de protección que vayan más allá de lo que haya dispuesto el legislador del Estado. En todo caso, la pauta la siguen marcando las directivas de la Unión Europea, cuyos requisitos no pueden soslayarse.

b) Tratándose de la segunda alternativa, las Comunidades Autónomas, ya cuenten con normativa propia o no (puesto que la LEA no distingue), pueden optar por la remisión «en bloque» a la legislación del Estado. Esta última locución implica sujetarse a la Ley tanto en sus aspectos básicos (de los que no pueden escapar) como de los que no lo sean, pero porque expresamente se remitan a ellos. Como resulta obvio, la LEA no puede tener carácter simplemente supletorio, por ser contrario al artículo 149.1.3 CE y la concluyente doctrina constitucional en la materia³⁵. En otras palabras, el legislador del Estado carece de competencia para dictar normas supletorias, cubriendo la eventualidad de que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, no legislasen. El legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar estas normas, porque el artículo 149.1.3 CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias. El principio de supletoriedad no permite tampoco que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. La LEA pretende salvar este impedimento constitucional trasladando al legislador autonómico la decisión de hacer suyos (expresamente, se entiende) aquellos preceptos de la LEA que carecen de tal naturaleza básica («podrán optar por realizar una remisión *en bloque* a esta ley»). No obstante lo anterior, sigue resultando discutible a la luz de la doctrina constitucional sobre la supletoriedad que el legislador dicte normas que queden a disposición de las Comunidades Autónomas pero que, en caso contrario o a falta de remisión expresa a ellas, sigan incorporadas en una ley del Estado. El hecho de que transcurrido un año de la posible adaptación o remisión en bloque a tales normas ya no pudiesen ser consideradas como legislación supletoria (lectura *sensu contrario* de la disposición final undécima) no evitaría llegar a similar conclusión, abonando las dudas de su constitucionalidad.

10) Por otra parte, la LEA resulta de aplicación a planes, programas y proyectos cuya EAE o EIA se inicie a partir del día de la entrada en vigor de la Ley. Aquí hay que advertir que la LEA no se está refi-

³⁵ STC 61/1997; STC 90/2012.

riendo al inicio del procedimiento sustantivo, sino estrictamente al de evaluación. En principio, y a salvo de la regulación concreta de cada plan o proyecto, cabe la posibilidad de que se solicite el inicio del procedimiento sustantivo solicitándose también el de evaluación, a pesar de que la LEA señale, en el caso de la EAE (ordinaria y simplificada), que esta solicitud se hará «[d]entro del procedimiento sustantivo de adopción o aprobación del plan o programa»³⁶. La falta de coincidencia entre el procedimiento sustantivo y el ambiental resulta más evidente en el supuesto de los proyectos sujetos a EIA ordinaria. En efecto, la LEA señala expresamente que «[e]l procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria *se inicia con la recepción* por el órgano ambiental del *expediente completo* de evaluación de impacto ambiental»³⁷. En el caso de los proyectos sometidos a EIA simplificada, la LEA indica que «[d]entro del procedimiento sustantivo de autorización del proyecto el promotor presentará ante el órgano sustantivo (...) una solicitud de inicio de la evaluación de impacto ambiental simplificada»³⁸. A pesar de que ulteriormente el órgano sustantivo debe remitir al órgano ambiental «la solicitud de inicio y los documentos que la deben acompañar»³⁹, la LEA no contiene en este caso una previsión expresa de que a partir de este momento se deba considerar como iniciado el procedimiento de evaluación.

11) En relación con la vigencia de las DIA, las previsiones de la LEA son de aplicación a aquellas que se publiquen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Las DIA publicadas con anterioridad a dicho momento pierden su vigencia y cesan en la producción de los efectos que les son propios (los determinados en el Real Decreto Legislativo 1/2008 y, en su caso, los establecidos en la legislación de las Comunidades Autónomas) si no se comienza la ejecución de los proyectos o actividades en el plazo máximo de seis años desde la entrada en vigor de la Ley⁴⁰, debiendo en ese caso el promotor iniciar nuevamente el trámite de evaluación de impacto ambiental del proyecto de acuerdo con la LEA. Por otra parte, la regulación de la denominada «modificación» de las DAE y de las condiciones de las DIA se aplica a todas aquellas formuladas antes de la entrada en vigor de esta Ley. Esta cuestión es objeto de examen más adelante.

³⁶ Artículo 18.1 LEA; artículo 29.1 LEA.

³⁷ Artículo 33.1 LEA; cursiva añadida.

³⁸ Artículo 45.1 LEA.

³⁹ Artículo 45.3 LEA.

⁴⁰ Este plazo es básico.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEA

12) En este punto es preciso distinguir entre los planes y proyectos no solo por causa de las diferencias objetivas entre ambos, sino también porque así como el enfoque de la LEA resulta correcto en el primer caso, esto no sucede en el segundo.

1. *Planes*

13) Tratándose de los planes, la LEA sigue lo dispuesto en la Directiva 2001/42, si bien efectúa una distinción entre aquellos sujetos a una EAE ordinaria y los sometidos a una simplificada:

a) En el primer grupo se incluyen los que: 1) establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental y se refieran a la agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo-terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo; 2) requieran una evaluación por afectar a espacios Red Natura 2000, y 3) los que se deban someter a una EAE simplificada, cuando lo decida el órgano ambiental caso por caso⁴¹, o cuando así lo determine este órgano «a solicitud del promotor».

b) En el segundo grupo (EAE simplificada) se mencionan: 1) las modificaciones menores de los planes y programas mencionados en el grupo anterior (lo que incluye, en su caso, los que inicialmente están sometidos a EAE simplificada pero que pueden verse sujetos a la ordinaria); 2) los planes y programas del primer grupo que establezcan el uso, «a nivel municipal», de zonas de reducida extensión, y 3) los planes y programas que, estableciendo un marco para la autorización en el futuro de proyectos, no cumplan los demás requisitos mencionados en el primer grupo.

14) Ahora bien, las anteriores previsiones de la LEA suscitan algunas cuestiones:

a) Una de ellas es que, siguiendo la pauta de la Directiva 2001/42⁴², en principio, cualquier plan o programa puede verse sujeto a

⁴¹ De acuerdo con el Anexo V.

⁴² Artículo 8.

EAE⁴³, salvo aquellos que tengan «como único objetivo» la defensa o la protección civil en casos de emergencia y los de tipo financiero o presupuestario⁴⁴.

b) Otra cuestión a resaltar es que la LEA ha equiparado la referencia al «uso de zonas pequeñas *a nivel local*», que es la locución que emplea la Directiva 2001/42⁴⁵, al «nivel *municipal*»⁴⁶, lo que contradice lo establecido en la Directiva. En efecto, al no avanzar esta ninguna definición de «nivel local», el legislador estatal (o de las Comunidades Autónomas) no puede establecer una noción limitativa de la misma, al tratarse de un concepto «autónomo» del Derecho de la Unión Europea. En otras palabras, el uso de zonas de reducida extensión puede referirse al nivel municipal, ciertamente, pero también a otro que supere este último. Finalmente, hay que recordar que cualquier plan o programa que pueda afectar a una zona de la Red Natura 2000 puede verse sujeto a evaluación en las condiciones de la Directiva 92/43. La propia Directiva 2001/42 señala que la evaluación ambiental «se entenderá *sin perjuicio de los requisitos de la Directiva 85/337/CEE ni de cualquier otra norma comunitaria*»⁴⁷, lo que implica que la Directiva de hábitats debe considerarse como una disposición especial con respecto a la Directiva de evaluación de planes (y también proyectos). En consecuencia, como ha señalado el TJUE, «un Estado miembro *no puede dar por sentado* que algunas categorías de planes o proyectos —determinadas por sectores de actividad— y algunas instalaciones específicas tendrán, por definición, un impacto irrelevante en el hombre y el medio ambiente»⁴⁸.

2. *Proyectos*

A) *Proyectos sujetos*

15) Mayor complejidad presenta la regulación de los proyectos que se sujetan a EIA. En este supuesto, como en el de los planes, la LEA los divide en dos grupos, dependiendo del tipo de EIA a realizar, ya sea ordinaria o simplificada:

⁴³ Los planes cofinanciados por la Unión Europea se sujetan a evaluación «de conformidad con lo previsto en la normativa comunitaria que le resulte de aplicación»; disposición adicional segunda LEA.

⁴⁴ Directiva 2001/42, artículo 39; artículo 8.1 LEA.

⁴⁵ Artículo 3.3.

⁴⁶ Artículo 6.2.b).

⁴⁷ Artículo 11.1; cursiva añadida.

⁴⁸ Asunto C-538/09, *Comisión v. Bélgica*, apt. 56; cursiva añadida.

a) Ordinaria: 1) Anexo I; 2) proyectos fraccionados que alcancen umbrales del Anexo I; 3) modificación de proyectos de los Anexos I o II cuando alcancen los umbrales del Anexo I; 4) proyectos sujetos a EIA simplificada cuando el órgano ambiental lo decida caso por caso; y 5) proyectos sujetos a EIA simplificada cuando lo solicite el promotor.

b) Simplificada: 1) Anexo II; 2) proyectos no incluidos en los Anexos I o II que puedan afectar de forma apreciable, directa o indirectamente, a lugares de la Red Natura 2000; 3) modificación de un proyecto [distinta de la citada en el punto 4), *supra*] cuando se trate de proyectos de los Anexos I o II ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución, y que dicha modificación pueda tener efectos adversos sobre el medio ambiente, de acuerdo con diversos criterios⁴⁹; 4) proyectos fraccionados que alcancen los umbrales del Anexo II mediante acumulación de magnitudes o dimensiones; y 5) proyectos del Anexo I de ensayo de nuevos métodos o productos y con una duración no superior a dos años.

16) A la luz de lo anterior es necesario hacer algunos comentarios:

a) La LEA ha trastocado los Anexos del Real Decreto Legislativo 1/2008 de diversas maneras. Por una parte, proyectos que aparecían en el Anexo I del mismo aparecen ahora mencionados en el Anexo II, es decir, se sujetan a evaluación simplificada⁵⁰. Por otra, determinados umbrales que se mencionaban en el Anexo I se han elevado o se ha añadido algún otro requisito para que queden sujetos a evaluación ordinaria⁵¹.

⁴⁹ Los criterios son: 1. Un incremento significativo de las emisiones a la atmósfera. 2. Un incremento significativo de los vertidos a cauces públicos o al litoral. 3. Incremento significativo de la generación de residuos. 4. Un incremento significativo en la utilización de recursos naturales. 5. Una afeción a Espacios Protegidos Red Natura 2000. 6. Una afeción significativa al patrimonio cultural.

⁵⁰ Caso del Grupo 1.e) (números 5 a 8), que ahora se localizan en el Anexo II, Grupo 1.f).

⁵¹ Grupo 3.h) (Instalaciones para el almacenamiento de productos petrolíferos mayores de 100.00 toneladas), cuando el Anexo I, Grupo 3.h), recoge ahora un umbral de 200.000 toneladas. En el caso del Anexo I, Grupo 3.g) (Construcción de líneas de transmisión de energía eléctrica con un voltaje igual o superior a 220 kV y una longitud superior a 15 km), se le ha añadido «salvo que discurren íntegramente en subterráneo por suelo urbanizado, así como sus subestaciones asociadas». Otro tanto sucede con los dragados marinos cuando el volumen extraído sea superior a 20.000 metros cúbicos anuales [anterior Anexo I, Grupo 2.c).2], cuya evaluación ordinaria se produciría cuando se desarrollen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad [Anexo I, Grupo 9.a).4.º]. En el supuesto de las tuberías con un diámetro de más de 800 mm y una longitud superior a 40 km [anterior Anexo I, Grupo 5.b)] se ha añadido «para el transporte de: 1.º gas, petróleo o productos químicos, incluyendo instalaciones de compresión, 2.º flujos de dióxido de carbono con fines de almacenamiento geológico, incluidas las estaciones de bombeo asociadas».

En estos supuestos, la LEA rebaja el nivel de protección que había establecido el legislador del Estado.

b) Varios proyectos del Anexo II siguen sin adaptarse a la Directiva 2011/92 al fundarse en un único criterio para determinar si los mismos tienen efectos significativos que hagan necesaria una EIA⁵². Como se sabe, la Directiva 2011/92 (siguiendo lo ya establecido en la Directiva 85/337) señala que «antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su *naturaleza, dimensiones o localización*, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos»⁵³. Por tanto, la Directiva emplea tres criterios de selección, particularmente aplicables en el supuesto de los proyectos del Anexo II de la Directiva, ya que los Estados pueden determinar su sujeción a EIA mediante: a) un estudio caso por caso, o b) umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro, o c) una combinación de ambos procedimientos⁵⁴. La jurisprudencia del TJUE ha afirmado en reiteradas ocasiones que no se trata de una decisión discrecional, sino sujeta a la obligación de que los proyectos que tengan impactos significativos se evalúen. En consecuencia, «un Estado miembro que estableciera criterios y/o umbrales teniendo en cuenta únicamente las dimensiones de los proyectos, sin tomar en consideración asimismo su naturaleza y su localización, sobrepasaría el margen de apreciación de que dispone en virtud del artículo 2, apartado 1, y del artículo 4, apartado 2, de la Directiva»⁵⁵. Por tanto, resulta «necesario y posible, sin embargo, tomar en consideración elementos como la naturaleza o la localización de los proyectos, por ejemplo fijando varios umbrales correspondientes a proyectos de diferentes dimensiones, aplicables en función de la naturaleza o de la localización del proyecto»⁵⁶. Un enfoque caso por caso evitaría posibles contradicciones con la Directiva, en la medida en que cada categoría de proyecto puede potencialmente tener efectos significativos (a examinar) y requerir una evaluación. Frente

⁵² La Comisión Europea continúa señalando que «[l]a aplicación de la Directiva y la jurisprudencia demuestran que, a la hora de establecer umbrales, los Estados miembros suelen sobrepasar su margen de apreciación bien porque sólo tienen en cuenta algunos de los criterios del anexo III bien porque exceptúan algunos proyectos de antemano». COM (2009) 378 final, pág. 5.

⁵³ Artículo 2.1; cursiva añadida.

⁵⁴ Artículo 4.2.

⁵⁵ Asunto C-392/96, *Comisión v. Irlanda*, apt. 65; asunto C-255/08, *Comisión v. Países Bajos*; asunto C-427/07, *Comisión v. Irlanda*; asunto C-486/04, *Comisión v. Italia*; asunto C-87/02, *Comisión v. Italia*. Sobre el efecto directo de los artículos 2 y 4 de la Directiva 2011/92, véase el asunto C-244/12, *Salzburger Flughafen GmbH v. Umweltsenat*.

⁵⁶ Asunto C-392/96, *Comisión v. Irlanda*, apt. 70; véanse también los asuntos C-474/99, *Comisión v. España*, y C-332/04, *Comisión v. España*.

a este mecanismo, la fijación de umbrales (o criterios) aboca a una combinatoria de los tres criterios que no siempre podrá ser exhaustiva⁵⁷. Sin embargo, el Anexo II de la LEA enumera una serie de proyectos cuya compatibilidad con esta jurisprudencia resulta discutible al centrarse en un único criterio⁵⁸.

c) Por lo que respecta a los proyectos que se mencionan en relación con la Red Natura 2000, citados en la propia Directiva 2011/92, hay que indicar que las condiciones para sujetarlos a evaluación son las de la propia Directiva. En otras palabras, la determinación de criterios en la LEA para la evaluación de ciertos proyectos no puede servir para evitarla si se cumple el estándar establecido por el TJUE en relación con la Directiva 92/43.

17) Por otra parte, la LEA incluye dos tipos de proyectos a destacar:

⁵⁷ Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, Agustín GARCÍA URETA e Iñigo LAZCANO BROTONS (2007: 226). Téngase en cuenta que la disposición final novena autoriza al Gobierno a adaptar los anexos a las modificaciones que, en su caso, sean introducidas por la normativa comunitaria.

⁵⁸ Anexo II, Grupo 6.c). Instalaciones industriales de almacenamiento de productos petrolíferos, petroquímicos y químicos con más de 100 metros cúbicos de capacidad (proyectos no incluidos en el Anexo I); Grupo 7. Proyectos de infraestructuras: b). Proyectos situados fuera de áreas urbanizadas de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y aparcamientos y que en superficie ocupen más de 1 ha; Grupo 7.c). e) Obras de alimentación artificial de playas cuyo volumen de aportación de arena supere los 500.000 metros cúbicos o bien que requieran la construcción de diques o espigones; Grupo 8. Proyectos de ingeniería hidráulica y de gestión del agua. a) Extracción de aguas subterráneas o recarga de acuíferos (no incluidos en el Anexo I) cuando el volumen anual de agua extraída o aportada sea superior a 1 hectómetro cúbico e inferior a 10 hectómetros cúbicos anuales. b) Proyectos para el trasvase de recursos hídricos entre cuencas fluviales cuando el volumen de agua trasvasada sea superior a 5 hectómetros cúbicos anuales y que no estén incluidos en el Anexo I. c) Obras de encauzamiento y proyectos de defensa de cauces y márgenes cuando la longitud total del tramo afectado sea superior a 5 km. Se exceptúan aquellas actuaciones que se ejecuten para evitar el riesgo en zona urbana. d) Plantas de tratamiento de aguas residuales cuya capacidad esté comprendida entre los 10.000 y los 150.000 habitantes equivalentes. e) Instalaciones de desalación o desalobración de agua con un volumen nuevo o adicional superior a 3.000 metros cúbicos al día. f) Instalaciones de conducción de agua a larga distancia con un diámetro de más de 800 mm y una longitud superior a 40 km (proyectos no incluidos en el Anexo I). g) Presas y otras instalaciones destinadas a retener el agua o almacenarla, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: 1.º Grandes presas según se definen en el Reglamento técnico sobre Seguridad de Presas y Embalses, aprobado por Orden de 12 de marzo de 1996, cuando no se encuentren incluidas en el Anexo I. 2.º Otras instalaciones destinadas a retener el agua, no incluidas en el apartado anterior, con capacidad de almacenamiento, nuevo o adicional, superior a 200.000 metros cúbicos. Grupo 9. Otros proyectos. c) Instalaciones terrestres para el vertido o depósito de materiales de extracción de origen fluvial, terrestre o marino no incluidos en el Anexo I con superficie superior a 1 ha. i) Campamentos permanentes para tiendas de campaña o caravanas con capacidad mínima de 500 huéspedes. m) Cualquier proyecto que suponga un cambio de uso del suelo en una superficie igual o superior a 50 ha. Grupo 10. Los siguientes proyectos que se desarrollen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. c) Cualquier proyecto no contemplado en el presente Anexo II que suponga un cambio de uso del suelo en una superficie igual o superior a 10 ha.

a) Aquellos que consistan en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica (más conocida como *fracking*)⁵⁹. La cuestión que se puede plantear en este punto es si las Comunidades Autónomas pueden prohibir esta técnica en su territorio, como ya ha sucedido en varias de ellas. La respuesta pasaría, en principio, por dos consideraciones. Primera, que tal prohibición se pueda amparar en la cláusula de las medidas adicionales de protección del artículo 149.1.23 CE. La segunda, que requerirá de una justificación por las características del ambiente de tal Comunidad Autónoma; v.g., necesidad de proteger los acuíferos.

b) Los que consistan en actuaciones periódicas. Estos últimos se derivan del asunto C-226/08, *Stadt Papenburg v. Bundesrepublik Deutschland*, relativo a las obras de dragado de un canal navegable. El TJUE afirmó, entre otras cosas, que ninguna razón fundada en los principios de seguridad jurídica o de protección de la confianza legítima se oponía a que las obras de dragado de un canal estuviesen sujetas, como proyectos distintos y sucesivos, al procedimiento regulado en la Directiva de hábitats, aun cuando hubiesen sido autorizadas permanentemente en virtud del Derecho nacional. No obstante, si, habida cuenta, en particular, «de la persistencia, de la índole o de las condiciones de realización de las obras de mantenimiento», podía entenderse que tales obras constituirían una operación única, en concreto cuando tuviesen como finalidad mantener en condiciones una determinada profundidad de un canal navegable mediante dragados frecuentes y necesarios para ello, dichas obras de mantenimiento podían considerarse un único y mismo proyecto a efectos de la Directiva⁶⁰. De acuerdo con la LEA, «[e]n el caso de proyectos sometidos a evaluación ambiental que consistan en actuaciones con plazo de duración total inferior a un año que sean susceptibles de repetirse periódicamente en años sucesivos en idénticas condiciones a través de proyectos que hubiera de autorizar el mismo órgano sustantivo con idéntico promotor, el órgano ambiental podrá establecer en la declaración de impacto ambiental que la misma podrá extender sus efectos para tales proyectos por un número de años no superior a cuatro, y teniendo en cuenta los impactos de carácter acumulativo»⁶¹. Como resulta apreciable de lo anterior, la LEA no

⁵⁹ Anexo I, Grupo 2. Industria extractiva, letra d). Sin embargo, la LEA excluye de EIA «las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previo a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica». Véase ELISA MOREU CARBONELL (2012: 1-43).

⁶⁰ C-226/08, *Stadt Papenburg v. Bundesrepublik Deutschland*, apts. 44 y 50, respectivamente.

⁶¹ Disposición adicional décima.

define un listado de proyectos que puedan incluirse en la anterior previsión. Ahora bien, la norma suscita algunas cuestiones para que un proyecto pueda beneficiarse de las condiciones allí establecidas. Una de ellas es la referida a la duración de las actuaciones (inferior a un año), lo que implica que su ejecución, completa se entiende, se realice en tal lapso. En segundo lugar, que se trate de actuaciones idénticas y en idénticas condiciones, lo que implica que cualquier cambio, tanto en la dimensión como en la naturaleza o localización, deba necesariamente implicar que se está ante un proyecto distinto. Tercero, el órgano ambiental no está obligado a extender los efectos de la declaración de impacto a los cuatro años previstos en la LEA, pudiendo, por tanto, establecer un lapso inferior. Con todo, hay que señalar que los plazos que se mencionan en la LEA carecen de naturaleza básica. Esta circunstancia abre la vía a las Comunidades Autónomas para reducir (o, más dudosamente, ampliar) los que allí se mencionan, tanto en el caso de la duración de las actuaciones como respecto de la vigencia de la declaración de impacto.

B) *Proyectos excluidos específicamente o de manera genérica*

18) Los proyectos «excluidos» de EIA se adaptan a la Directiva 2011/92 pero, como en otros casos, hay que realizar algunas observaciones:

a) Por lo que respecta a aquellos relacionados con los objetivos de la defensa, se debe tratar de proyectos que tengan tal finalidad principal⁶², pudiéndose producirse la exclusión solo cuando la aplicación de la LEA «pudiera tener *repercusiones negativas* sobre tales objetivos»⁶³, lo que exige la correspondiente motivación.

b) En el caso de los proyectos adoptados «específicamente por una Ley»⁶⁴, la cuestión radica en si los mismos pueden realmente aprobarse tras la STC 129/2013. De acuerdo con esta, una ley singular autoaplicativa solo es constitucional si supera dos requisitos. Por una parte, que los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la ley puedan acceder al Tribunal Constitucional reclamando el control de constitucionalidad de la norma legal autoaplicativa y, en segundo lugar, que el control que realice el Tribunal Constitucional sea suficiente para brindar una tutela «materialmente equivalente» a la que puede

⁶² Asunto C-435/97, *World Wildlife Fund v. Autonome Provinz Bozen*.

⁶³ Artículo 8.2.a) LEA; cursiva añadida.

⁶⁴ Véase la STC 13/1998, FJ 12.

otorgar, frente a un acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa. Según la STC 129/2013, en modo alguno la reserva de ley puede servir como instrumento dirigido a evitar o disminuir la protección de los derechos e intereses legítimos amparados por la legalidad ordinaria⁶⁵. Aparte de lo anterior, está por ver si se va a producir una adaptación del ordenamiento interno al Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente⁶⁶, tal y como ha sido interpretado por el TJUE, en especial en los asuntos acumulados C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09, *Boxus v. Regione Wallone*⁶⁷. Finalmente y al igual que los planes, este tipo de proyectos, incluidos los relativos a la defensa, no pueden escapar de las previsiones de la Directiva 92/43, en concreto de la obligación de evaluación antes de poder acudir a las excepciones que se mencionan en la misma, recogidas en la LPNB⁶⁸.

19) Por lo que respecta a las exclusiones generales, la LEA sigue la pauta de la normativa europea. No obstante, el legislador ha destacado algunos tipos de proyectos:

a) La construcción de centros penitenciarios, posiblemente por la existencia de anteriores recursos contra su autorización⁶⁹.

b) Los proyectos declarados de especial interés para la seguridad pública por las Administraciones competentes.

c) Las obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia⁷⁰.

20) Ahora bien, el hecho de que la LEA destaque los anteriores tipos de proyectos no implica que los mismos puedan quedar exentos de evaluación, en particular cuando puedan tener afecciones en los espacios de la Red Natura 2000 (al igual que cualquier otro proyecto que se pretendiese excluir), al ser la Directiva 92/43 *lex specialis* respecto de la normativa general de evaluación ambiental. En efecto, nada en la Di-

⁶⁵ STC 129/2013, FJ 5. René SANTAMARÍA ARINAS (2013: 165-195).

⁶⁶ En adelante, Convenio de Aarhus.

⁶⁷ Puede verse al respecto Agustín GARCÍA URETA (2011a: 1-6).

⁶⁸ Véase el artículo 45 PNB. Sobre la aplicación de estas excepciones puede verse Agustín GARCÍA URETA (2012: 121-137).

⁶⁹ STS de 24 de mayo de 2011, recurso 121/2009; STS de 9 de octubre de 2012, recurso 110/2009.

⁷⁰ Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.

rectiva 92/43 (ni, por motivos obvios, en la Ley 42/2007) permite que una Administración los pueda eximir, como ya apreció el Tribunal Supremo respecto de los centros penitenciarios en la STS de 24 de mayo de 2011⁷¹, pronunciamiento criticable desde otras perspectivas⁷². Otro tanto cabe señalar en relación con aquellas otras que se deban llevar a cabo en virtud de lo dispuesto en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, si caen en el ámbito de las Directivas 2001/42, 2011/92 o 92/43, ya que la Directiva 2004/35/CE no establece ninguna exclusión con respecto a la EIA. Finalmente, hay que indicar que las exclusiones previstas en la LEA no están relacionadas con la conclusión de que un proyecto carece de efectos ambientales significativos⁷³, como sucede en el procedimiento simplificado que se examina más adelante.

C) *Actividades sujetas a comunicación o declaración responsable*

21) El caso de las actividades sujetas a comunicación o declaración responsable requiere una primera reflexión desde la vertiente de la Directiva 2011/92. Esta, como se sabe, exige, en el caso de los proyectos que caen en su ámbito de aplicación, una evaluación, pero también una autorización⁷⁴. Este último concepto se ha venido definiendo, desde la Directiva 85/337, como «la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al promotor el derecho a realizar el proyecto»⁷⁵. Por tanto y siguiendo una pauta doctrinal conocida sobre la noción de autorización, se puede colegir que la Directiva parte de la tesis de que no existe un derecho preexistente para llevar a cabo un proyecto, sino que debe mediar un título habilitante. La Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior de servicios, no ha modificado la normativa de impacto ambiental. De hecho, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, reconoce que «[e]n caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y otras disposiciones que regulen el acceso a una determinada actividad de servicios o su ejercicio en aplicación de normativa comunitaria, prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa comunitaria de la que traigan causa»⁷⁶. Que una actividad esté sujeta a comunicación o decla-

⁷¹ Recurso 121/2009.

⁷² Agustín GARCÍA URETA (2011b: 53-62).

⁷³ Juan ROSA MORENO (2002: 114).

⁷⁴ Artículo 2.1.

⁷⁵ Directiva 2011/92, artículo 1.2.c).

⁷⁶ Artículo 2.4.

ración responsable, tal y como se regula de manera general en la LRJPAC, no la excluye de evaluación ambiental⁷⁷, ni de una «adecuada evaluación» si afectase a una zona incluida en la Red Natura 2000⁷⁸, ni —como se argumenta más adelante— de la existencia de un título habilitante por exigencia de la Directiva 2011/92.

22) De acuerdo con la LEA, cuando sea precisa una evaluación de impacto ambiental, la declaración responsable o la comunicación previa no pueden presentarse hasta que se cumplimenten tres requisitos⁷⁹:

a) Que haya concluido dicha evaluación.

b) Que se haya publicado en el diario oficial correspondiente. La redacción de la LEA («no haya concluido dicha evaluación de impacto ambiental por el órgano ambiental y publicada en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente») no resulta muy correcta cuando se refiere a este último extremo. En realidad, la Ley está aludiendo a la publicación del correspondiente informe ambiental.

c) No obstante, tal publicación, siendo necesaria, no sería suficiente porque, según la LEA, es preciso que concurra un tercer requisito, esto es, que tal informe «esté adoptado mediante *resolución posterior* adoptada por el órgano sustantivo»⁸⁰. Aparte de la reiteración del verbo adoptar, no resulta claro qué quiere decir en realidad la LEA. En primer lugar, le corresponde al órgano ambiental adoptar el informe, sin que conste en la Ley ninguna excepción a este respecto. El tenor literal de la LEA implicaría que el órgano sustantivo dictaría su propio acuerdo, salvo que la locución «tal informe esté adoptado mediante resolución posterior adoptada por el órgano sustantivo» se refiera a que el órgano sustantivo incorpore el contenido del informe ambiental en un (eventual) acuerdo que dicte. Sin embargo, la esencia de los supuestos de comunicación o declaración responsable es que no se produce una previa decisión habilitante. La inconsistencia se alimenta por el hecho de que la disposición adicional primera de la LEA dice que, en el caso de evaluación de proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa, «[l]as obligaciones de publicación *de la autorización del proyecto* se entenderán cumplidas con la publicación de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental»⁸¹, norma que no hace referencia a un acuerdo del órgano sustantivo. Esto último implicaría que la LEA otorga el carácter

⁷⁷ Disposición adicional primera LEA.

⁷⁸ Véase el asunto C-538/09, *Comisión v. Bélgica*.

⁷⁹ Artículo 9.2 LEA.

⁸⁰ Artículo 9.2 LEA; cursiva añadida.

⁸¹ Cursiva añadida.

autorizatorio a la DIA o al IIA, en el sentido establecido en la Directiva 2011/92 [«la decisión de la autoridad (...) que confiere al promotor el derecho a realizar el proyecto»]. Por tanto, el régimen general de la comunicación o de la declaración responsable resulta diferente en el caso de proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental porque necesariamente debe mediar, previamente se entiende, la DIA o el IIA que garantice la evaluación, pero también que confiera el título habilitante al promotor, tal y como exige la Directiva 2011/92. Es en esta perspectiva en la que hay que entender la regulación de la LEA, a pesar de las inconsistencias antes señaladas, por lo que en el supuesto de comunicación y declaración responsable la DIA o el IIA resultan recurribles separadamente⁸².

IV. LOS ÓRGANOS COMPETENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN

1. Reglas generales de determinación

23) La determinación de los órganos competentes no ha sufrido especiales variaciones con respecto a la normativa anterior. En términos generales, se mantiene la distinción entre el órgano sustantivo, que ostenta las competencias para adoptar o aprobar un plan o programa, para autorizar un proyecto o para controlar la actividad de los proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa, y el órgano ambiental, que realiza el análisis técnico de los expedientes de evaluación ambiental y formula las declaraciones estratégica y de impacto ambiental, y los informes ambientales. Aunque estrictamente la LEA, artículo 11, no señale que los dos órganos pertenecen a la misma Administración, en el caso de la del Estado esta conclusión se desprende de lo que se indica en relación con el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Con ello se sigue la pauta aceptada por la STC 13/1998 de que la regla por la que el órgano ambiental pertenece a la misma Administración que autoriza el plan o proyecto no resulta contraria al artículo 148.1.9 CE. Con todo, esta vinculación entre ambos órganos lleva a plantearse si, en el supuesto de comunicación o declaración responsable, al ser la intervención del órgano sustantivo fundamentalmente ambiental, no debería corresponder tal competencia a las Comunidades Autónomas⁸³.

24) Sea como fuere, la opción por una mayor separación sí resulta posible en el caso de las Comunidades Autónomas, toda vez que,

⁸² Disposición adicional primera (apt. 4) LEA.

⁸³ José PERNAS GARCÍA (2010: 13).

según la LEA, las funciones atribuidas por la Ley al órgano ambiental y al órgano sustantivo, en cuanto a la tramitación de los distintos procedimientos, corresponden a los «que determine la legislación de cada una de aquellas»⁸⁴. Es cierto que la referencia «a los órganos» supondría que han de ser de la misma Administración, pero tal conclusión no resulta automática, dependiendo de lo que en su caso señale el legislador autonómico. Otro tanto sucede en el supuesto de planes, programas y proyectos cuya adopción, aprobación o autorización corresponda a las entidades locales, ya que en este supuesto las funciones atribuidas por la LEA al órgano ambiental y al sustantivo recaerán en el órgano de la Administración autonómica o local «que determine la legislación autonómica»⁸⁵.

25) No obstante lo señalado arriba, la definición de órgano sustantivo añade un aspecto a tener en cuenta. Según la LEA, cuando un proyecto consista en diferentes actuaciones en materias cuya competencia esté atribuida a distintos órganos de la Administración estatal, autonómica o local, se considera órgano sustantivo aquel que ostente las competencias sobre la actividad «a cuya finalidad se orienta el proyecto»⁸⁶, con prioridad sobre los órganos que ostentan competencias sobre actividades instrumentales o complementarias respecto a aquella. La previsión de la LEA está contemplando el caso de que un proyecto requiera la participación de distintos órganos, inicialmente de una sola Administración. La LEA se refiere a «actuaciones», evitando emplear la palabra autorizaciones⁸⁷, aunque resulta posible que en relación con un proyecto puedan concurrir distintas autorizaciones provenientes de una sola Administración. Cuál sea la sustantiva a los efectos de la correspondiente evaluación exigiría analizar aquella que se refiera a la finalidad básica a la que se remita el proyecto.

2. *Reforzamiento de las atribuciones del órgano ambiental*

26) El examen de la relación entre el órgano sustantivo y el ambiental tiene interés desde la perspectiva del procedimiento de evaluación. A diferencia de la normativa que deroga la LEA, se percibe un reforzamiento de las atribuciones del órgano ambiental frente al sustantivo. No se trata solo del hecho de que la DAE, el IAE, la DIA o el IIA tengan la naturaleza de informes preceptivos y determinantes,

⁸⁴ Artículo 11.2 LEA.

⁸⁵ Artículo 11.3 LEA.

⁸⁶ Artículo 5.1.d) LEA.

⁸⁷ Téngase en cuenta el caso de las declaraciones responsables y comunicaciones.

sino también de que el órgano ambiental se erige en garante de la necesaria calidad que debe tener la evaluación, pero además de que los trámites esenciales de la misma, en particular las consultas y la información pública, se llevan a cabo de manera correcta y que dejen de considerarse, sobre todo en el caso de la segunda, como un paso puramente formal⁸⁸. Las causas de este reforzamiento pueden deberse a varios factores. Uno de ellos es el derivado de las exigencias del Convenio de Aarhus respecto de una participación temprana y, sobre todo, cuando estén abiertas todas las opciones. En segundo lugar, la necesidad de que la evaluación se asiente en los mejores conocimientos científicos, lo cual no es un desiderátum, sino un requisito jurídicamente exigible como, por otra parte, lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJUE⁸⁹ y lo apunta la reforma de la Directiva 2011/92, mediante la Directiva 2014/52. Es por ello que durante el denominado análisis técnico del expediente de evaluación el órgano ambiental puede requerir al sustantivo para que subsane el expediente de EAE o EIA si el primero entiende que las consultas a las Administraciones afectadas y a las personas afectadas y la información pública «no se han realizado conforme» a lo establecido en la LEA⁹⁰. Si el órgano sustantivo no remite el expediente subsanado, «o si una vez presentado fuera insuficiente, el órgano ambiental dará *por finalizada*» la EAE o la EIA. Otro tanto puede suceder si el requerido es el promotor⁹¹. A pesar de que la LEA señale que contra esta decisión cabe interponer los recursos legalmente procedentes (incluidos los jurisdiccionales), resulta evidente que depende del órgano ambiental que el procedimiento sustantivo pueda finalizar satisfactoriamente. Además, es preciso indicar que la LEA no establece en este supuesto un posible mecanismo de resolución de discrepancias.

3. Resolución de discrepancias entre el órgano sustantivo y el ambiental

27) La vertiente relativa a los órganos ha recibido una mayor atención del legislador en lo relativo a la resolución de discrepancias que puedan surgir entre el sustantivo y el ambiental, lo que suscita diversas cuestiones:

a) Su ámbito de aplicación. Así como en el caso de los proyectos ya se preveía este trámite en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, el

⁸⁸ Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2009: 132).

⁸⁹ Asunto C-127/02, *Waddenzee*, apts. 56 y 59; asunto C-239/04, *Comisión v. Portugal*, apt. 20; asunto C-304/05, *Comisión v. Italia*, apts. 58 y 59.

⁹⁰ Artículo 24.3 LEA; artículo 40.2 LEA.

⁹¹ Artículo 24.3 (segundo párrafo), artículo 24.4 (segundo párrafo), artículo 40.2 (segundo párrafo) y artículo 40.3 (segundo párrafo) LEA.

mismo no se regulaba en la Ley 9/2006. No obstante, esta Ley exigía la inclusión, en la declaración que debía ser objeto de publicación, de una referencia (cuando procediese) a las discrepancias que hubiesen podido surgir en el proceso de evaluación⁹². La LEA aplica el mecanismo de resolución de discrepancias a los planes y proyectos.

b) El objeto de la discrepancia. Según la LEA, abarca «el contenido» de la DAE, el IAE, la DIA o el IIA. En el caso de la Ley 9/2006 (planes) se empleaba una locución amplia («[e]n el supuesto de discrepancia entre ambos órganos»)⁹³, mientras que en el Real Decreto Legislativo 1/2008 (proyectos) la discrepancia podía versar sobre «la conveniencia a efectos ambientales de ejecutar un proyecto o sobre el contenido del condicionado de la declaración de impacto ambiental»⁹⁴. En el caso de IAE e IIA, la discrepancia se refiere a si el plan o proyecto debe sujetarse a evaluación ordinaria o, en su caso, a la ausencia de efectos ambientales que, como se verá, son las dos conclusiones a las que puede llegar este procedimiento⁹⁵.

c) El momento en el que se puede plantear la discrepancia. El órgano sustantivo debe trasladarla al ambiental en el plazo máximo de treinta días hábiles desde la publicación, en el diario oficial correspondiente, de la DEA, el IAE, la DIA o el IIA⁹⁶. Tal lapso, por tanto, resulta preclusivo, por lo que si no se plantea la discrepancia no es posible su formalización. La ausencia de pronunciamiento por parte del órgano ambiental implica que mantiene su criterio respecto del contenido de DAE o IAE, DIA o IIA, lo que fuerza, en su caso, al órgano sustantivo a elevar la discrepancia al Consejo de Ministros o de Gobierno y a que este se pronuncie en el plazo de sesenta días hábiles, manteniéndose durante ese plazo la eficacia de DAE, IAE, DIA o IIA.

d) La naturaleza del acto que resuelve la discrepancia. La jurisprudencia ha sostenido que se trata de un «acto autónomo», a modo de arbitraje institucional, limitándose a posibilitar una decisión sobre la viabilidad de la autorización solicitada en relación con un determinado proyecto, en el caso de discrepancias entre dos sectores de la misma Administración. De acuerdo con esta jurisprudencia, bien se considere como un acto definitivo y autónomo, por cuanto se limite a resolver sobre una discrepancia material entre dos ámbitos sectoriales del marco competencial autonómico, o bien como un acto de trámite, con la eficacia de impedir, o no, la continuidad de un más amplio pro-

⁹² Ley 9/2006, artículo 14.b).2.ª.

⁹³ Artículo 9.2.

⁹⁴ Artículo 13.

⁹⁵ Artículo 31.2 LEA; artículo 47.2 LEA.

⁹⁶ Téngase en cuenta que los plazos que se señalan en el artículo 12 LEA son básicos.

cedimiento, «en todo caso, lo que no ofrece dudas es su posibilidad de independiente revisión jurisdiccional»⁹⁷ por terceros. En otras palabras, la resolución de la discrepancia vendría a resolverla, constituyendo la decisión final sobre la adopción (o no) del proyecto o plan.

e) No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la legislación autonómica puede dotar a DAE o IAE, DIA o IIA de naturaleza vinculante (no solo determinante) sobre el órgano sustantivo. En efecto, tal carácter se funda en el artículo 149.1.23 CE (medio ambiente) y no en el artículo 149.1.18 CE (procedimiento administrativo común), por lo que las Comunidades Autónomas pueden legítimamente primar la decisión del órgano ambiental sobre el sustantivo, estableciendo que las conclusiones de DAE, IAE, DIA o IIA resulten vinculantes para este segundo, en particular cuando sean negativas, determinando la imposibilidad de que se pueda adoptar un plan o proyecto. Tal circunstancia impediría al órgano sustantivo acudir al mecanismo de resolución de discrepancias. Por cierto que esta conclusión es la que debe aplicarse en el supuesto de la evaluación de planes y proyectos que afecten a las zonas de la Red Natura 2000. La secuencia del artículo 6.3 de la Directiva 92/43 es clara respecto de las obligaciones que hay que cumplimentar para la autorización de un plan o proyecto. Si la evaluación es negativa, no se puede autorizar el plan o proyecto de que se trate⁹⁸, salvo que se superen dos obstáculos adicionales (y posteriores), a saber, la ausencia de alternativas y la concurrencia de una causa de excepción⁹⁹.

f) El acuerdo por el que se resuelve la discrepancia se debe publicar en el diario oficial correspondiente.

g) Por último, hay que señalar que la resolución de discrepancias ha estado tradicionalmente relacionada con dos órganos (sustantivo y ambiental) residenciados en la misma Administración. La duda que plantea la LEA es si su regulación debe aplicarse también a aquellos supuestos en los que el órgano sustantivo (v.g., un municipio) sea distinto del ambiental (v.g., un gobierno autonómico).

V. LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN DE PLANES

28) Como antes se ha indicado, la LEA insiste en el carácter «instrumental» del procedimiento de evaluación, sea este estratégico o de proyectos. Como ha sido tradicional en la normativa relativa a la eva-

⁹⁷ STS de 29 de noviembre de 2006, recurso 933/2003.

⁹⁸ Asunto C-182/10, *Solvay v. Regione wallone*, apt. 67; véase también el asunto C-209/02, *Comisión v. Austria*.

⁹⁹ Artículo 6.4; artículo 45 LPNB.

luación, tal procedimiento se inserta en el denominado sustantivo (o autorizatorio)¹⁰⁰. El objetivo de la LEA es el de uniformizar los procedimientos de evaluación, dividiéndolos en dos, ya sean ordinarios o simplificados. La distinción no solo tiene que ver con el tipo de plan o proyecto que sujete a cada uno, sino con los trámites que se lleven a cabo, más elaborados en el primer caso, a diferencia del segundo. No obstante, queda la duda de si la pretendida simplificación procedimental que ha animado a la LEA se ha logrado, debido a una serie de requisitos que aparecen en la misma.

1. *Procedimiento ordinario*

A) *Inicio*

29) El procedimiento ordinario de evaluación ambiental estratégica (EAE) consta de seis trámites que se insertan en el procedimiento de adopción del plan o programa de que se trate. Estos trámites son: a) solicitud de inicio; b) consultas previas y determinación del alcance del estudio ambiental estratégico; c) elaboración del estudio ambiental estratégico; d) información pública y consultas a las Administraciones públicas afectadas y personas interesadas; e) análisis técnico del expediente de evaluación ambiental; y f) la declaración ambiental estratégica. Por tanto, a pesar de incluirse en el procedimiento sustantivo, el ambiental tiene su propia identidad y finaliza, según la LEA, no con una decisión resolutoria, sino con un informe preceptivo y determinante. No obstante su propia identidad, dentro del procedimiento de aprobación (sustantivo) del plan el promotor, que bien puede ser la propia Administración¹⁰¹, ha de presentar al órgano sustantivo, junto con la documentación exigida por la legislación sectorial de que se trate, una solicitud (independiente) de inicio de la EAE ordinaria, acompañada del borrador del plan o programa y de un documento inicial estratégico. Este último debe contener, al menos, una serie de aspectos, tales como los objetivos de la planificación, el alcance y contenido del plan o programa propuesto y de sus alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, el desarrollo previsible del plan o programa, los potenciales impactos ambientales tomando en consideración el cambio climático y las incidencias previsibles sobre los planes sectoriales y territoriales concurrentes. La LEA establece un trámite de subsanación y

¹⁰⁰ Téngase en cuenta el caso particular de las comunicaciones y declaraciones responsables.

¹⁰¹ Artículo 11.4 LEA.

la ulterior remisión al órgano ambiental de la solicitud de inicio (de la EAE) y los documentos que la deben acompañar. Es en este punto en el que se ha dotado al órgano ambiental de una atribución de la que anteriormente carecía en la normativa de evaluación de los planes. En efecto, la LEA ha incluido expresamente la posible inadmisión «de la solicitud de inicio» de la EAE ordinaria en virtud de varios supuestos:

a) Estimar, «de modo *inequívoco*», que el plan o programa es «*manifiestamente* inviable por razones ambientales»¹⁰². No obstante, este supuesto puede implicar un adelanto de las conclusiones de la evaluación sin que el órgano ambiental cuente con suficientes datos, más allá de lo que se le haya remitido, como para inadmitir tal solicitud.

b) Los otros supuestos pueden resultar más matizados al hacer referencia a que: 1) el órgano ambiental estime que el documento inicial estratégico «no reúne condiciones de calidad suficientes», o 2) la existencia de una previa inadmisión, o haber dictado una DAE desfavorable en el caso de un plan o programa «sustancialmente análogo al presentado». La calidad de los estudios de impacto reviste gran trascendencia no solo porque son, junto con otras consideraciones, la base sobre la que se evalúan los planes, sino también porque la jurisprudencia del TJUE ha insistido en esta cuestión exigiendo que resulten completos. Ciertamente es que la LEA se está refiriendo al «documento *inicial* estratégico»; por tanto, un documento que no tiene que incluir de manera exhaustiva los requisitos que ahora menciona el Anexo IV, relativo al estudio ambiental estratégico, aunque sí apuntar, entre otros, el alcance y contenido del plan propuesto y de sus alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, así como los potenciales impactos ambientales tomando en consideración el cambio climático¹⁰³. En todo caso, la inadmisión es recurrible, en las condiciones generales de la LRJPAC y de acuerdo con la previsión específica de la LEA¹⁰⁴.

30) El preámbulo de la LEA señala que la resolución de inadmisión declarada por el órgano ambiental «afecta exclusivamente a la solicitud de inicio de la evaluación ambiental —tanto estratégica como de impacto, y tanto ordinaria como simplificada— y se dicta sin perjuicio de lo que resuelva el órgano sustantivo, de conformidad con la legislación sectorial, sobre la solicitud de adopción, aprobación o autorización del plan, programa o proyecto». A pesar de la referencia al «sin perjuicio», resulta evidente que el órgano sustantivo no puede autorizar el

¹⁰² Artículo 18.4.a) LEA; cursiva añadida.

¹⁰³ Artículo 10.1.b) y d) LEA.

¹⁰⁴ Artículo 18.4 (tercer párrafo) LEA.

plan de que se trate, en la medida en que no se habrá llevado a cabo la EAE¹⁰⁵.

B) *Determinación del documento de alcance del estudio de impacto estratégico y la exigencia de los informes correspondientes*

31) La siguiente fase en el procedimiento de EAE es la relativa a la determinación del documento de alcance de estudio de impacto estratégico. Este resulta un trámite necesario en la evaluación ordinaria, a diferencia de la simplificada. De acuerdo con la LEA, el órgano ambiental somete el borrador del plan y el documento inicial estratégico a consulta de las Administraciones afectadas y a las personas interesadas, conceptos estos paralelos a los de la Ley 9/2006. Ahora bien, la clave de este trámite procedimental reside en las opciones en manos del órgano ambiental para determinar el documento de alcance. Según la LEA, si aquel cuenta con elementos de juicio suficientes para elaborarlo puede continuar con el procedimiento sin considerar «los pronunciamientos» que se reciban posteriormente. En caso contrario, el órgano ambiental tiene la opción de requerir personalmente al superior del órgano que debía haber emitido el correspondiente informe para que le ordene la entrega del mismo. A pesar de la reiterada referencia a la responsabilidad en que pudiese incurrir tal órgano, es muy posible que la misma no llegue a materializarse, sobre todo si se trata de órganos de una Administración diferente de aquella que esté tramitando el plan.

32) No obstante, la LEA abre una vía alternativa ejercitable por el promotor, que puede reclamar la emisión de tales informes a través del artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). La ruta que abre la LEA es novedosa por varios motivos. Uno de ellos es el subjetivo. Ciertamente, quien puede activarla es el promotor; v.g., un sujeto privado. No obstante, también es posible que lo pueda hacer la propia Administración promotora y, a la vez, órgano sustantivo del plan. En efecto, la LEA no introduce ninguna distinción en relación con la locución «el promotor», por lo que es aplicable la definición general de este. Esta circunstancia plantea la otra vertiente del recurso al artículo 29.1 LJCA, esto es, la sustantiva. Como es conocido, esta norma tiene que ver con la inactividad de una Administración cuando, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, aquella esté obligada a rea-

¹⁰⁵ Lo señalado es aplicable, *mutatis mutandis*, a los proyectos.

lizar «una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas». En este caso, quienes tuvieran derecho a tal prestación pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. La LEA permite, en consecuencia, que se pueda invocar el artículo 29.1 LJCA si los informes a remitir al órgano ambiental no se han dictado. Con ello, la Ley equipara la noción de «prestación» a la emisión de informes, pero también la obligación de enviar los informes, a otra o la misma Administración, con la de hacerlo a favor de un promotor, sobre todo cuando este sea un particular. Desde esta segunda perspectiva, se supera la visión de los informes como actos que coadyuvan a la toma de una decisión administrativa para pasar también a ser elementos con los que necesariamente el particular puede o tiene derecho a contar a los efectos de un procedimiento administrativo en el que resulte interesado. Está por ver si esta novedad introducida por la LEA será aplicable por el legislador en otros ámbitos. Sea como fuere, la vía del artículo 29.1 LJCA implica la judicialización de la omisión de informes para forzar a la Administración de que se trate (el órgano correspondiente) a que los emita. Ahora bien, en una vertiente temporal, el artículo 136.1 LJCA permite, al menos, que el requerimiento judicial se pueda efectuar de manera rápida ya que, en el supuesto de inactividad, la medida cautelar se debe adoptar salvo que se aprecie con evidencia que no se da la situación prevista en el artículo 29.1 o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

C) *El estudio de impacto estratégico (EsIE) y los trámites de información pública, consultas y redacción de la propuesta final del plan*

33) El EsIE es el estudio elaborado por el promotor que, siendo parte integrante del plan o programa, identifica, describe y evalúa los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente que puedan derivarse de la aplicación del plan o programa, así como unas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, que tengan en cuenta los objetivos y el ámbito territorial de aplicación del plan o programa, con el fin de prevenir o minimizar los efectos adversos sobre el medio ambiente de la aplicación del plan o programa. El contenido de la definición no puede pasar desapercibido, sobre todo la tríada que se emplea en la misma («identifica, describe y evalúa»)¹⁰⁶. Estos tres con-

¹⁰⁶ Véase en este sentido el asunto C-332/04, *Comisión v. España*.

ceptos resultan básicos a la hora de elaborarlo, de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo IV (Contenido del estudio ambiental estratégico). Ahora bien, a diferencia de la Ley 9/2006, la LEA omite exigir al promotor que considere la alternativa cero¹⁰⁷. En este punto, como en otros relativos a los estudios de impacto, tiene una importancia esencial el ámbito objeto de estudio. En efecto, dependiendo de este, los posibles aspectos ambientales a examinar, pero también los efectos que se puedan derivar del plan (o proyecto), variarán. De acuerdo con la LEA, la versión «inicial» del plan y el EsIE deben presentarse ante el órgano sustantivo para que se sometan a información pública. La referencia a la versión inicial del plan hay que considerarla a la luz de lo dispuesto en el Convenio de Aarhus, al reconocerse el derecho a formular alegaciones y observaciones cuando estén aún abiertas «todas las opciones» y antes de que se adopte la decisión sobre los planes, locución que, por cierto, no aparece mencionada en el caso de la EAE. En este punto es necesario recordar que el Comité de cumplimiento del Convenio ha señalado al Estado español que concluir acuerdos relevantes (v.g., con terceras personas) podría cerrar tales opciones, colisionando con lo dispuesto en el artículo 6 de este Convenio¹⁰⁸.

34) De manera simultánea a la información pública se tienen que producir las consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas. Como en otras normas procedimentales, los plazos establecidos en la LEA carecen de naturaleza básica. Una vez efectuados estos trámites, la LEA prevé que el promotor pueda modificar, «de ser preciso», el EsIE elaborando la propuesta final del plan, sin que deba tener en cuenta los informes o alegaciones recibidos fuera de plazo. Esto, no obstante, no le impide al promotor requerir tales informes durante la denominada fase de análisis técnico del expediente, que se examina a continuación. La LEA omite indicar posibles plazos en relación con la modificación del EsIE y del plan¹⁰⁹, y no contempla tampoco una segunda fase de información pública o consultas debido al grado de modificación sustancial de tales documentos.

D) *El denominado análisis técnico del expediente*

35) Como se ha indicado anteriormente, se percibe en la LEA una mayor atención a la calidad que debe tener la evaluación que lleve a

¹⁰⁷ Ley 9/2006, artículo 8.1.

¹⁰⁸ ECE/MP.PP/C.1/2011/2/Add; http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-31/ece_mp_pp_c.1_2011_2_add.7_adv%20edited.pdf.

¹⁰⁹ Téngase en cuenta el artículo 92.1 LRJPAC.

cabo el órgano ambiental, reforzándose sus atribuciones a estos efectos. El análisis «técnico» del expediente se sitúa en esta línea abarcando, por una parte, lo que se refiere a los elementos que constan en el expediente que le remita el órgano sustantivo, esto es: a) la propuesta final de plan; b) el EsIE; c) el resultado de la información pública y de las consultas, incluyendo en su caso las consultas transfronterizas, así como su consideración; y d) un documento resumen en el que el promotor describa la integración «en la propuesta final del plan» de los aspectos ambientales, del estudio ambiental estratégico y de su adecuación al documento de alcance, del resultado de las consultas realizadas y cómo éstas se han tomado en consideración. Por otra parte, tal análisis comprende los impactos significativos de la aplicación del plan o programa. Esto último exige que el órgano ambiental efectúe la *evaluación* de tales efectos. La necesaria calidad técnica que debe tener la evaluación justifica el posible requerimiento que puede realizar el órgano ambiental al sustantivo para que subsane el expediente si el primero estima que la información pública o las consultas (incluidas las transfronterizas) no se han realizado conforme a lo establecido en la LEA. No realizarse de manera conforme con la LEA abarca tanto los aspectos estrictamente procedimentales como de contenido de tales trámites, teniendo en cuenta, en particular, las exigencias del Convenio de Aarhus. Como ya se ha señalado, aquí radica la importancia del análisis del órgano ambiental. Por una parte, al exigir al órgano sustantivo la subsanación del expediente, pudiendo el ambiental dar por finalizada la EAE (y con ella el procedimiento sustantivo, toda vez que este no puede concluirse sin la primera). Por otra, por poder requerir al promotor a que complete la información que sea imprescindible para la formulación de la DAE, con igual resultado que en el caso anterior si no se remite la información o si es insuficiente. De manera similar, el órgano ambiental puede exigir la remisión de los informes preceptivos que se tenían que haber redactado por las Administraciones públicas afectadas, al carecer de elementos de juicio suficientes para realizar la EAE, comunicándose, en caso contrario, «la imposibilidad de continuar el procedimiento» al órgano sustantivo y al promotor. A pesar de que la LEA reconozca en los dos primeros supuestos la posibilidad de interponer recurso, esto es igualmente aplicable al tercer caso, con independencia de que el «promotor» pueda acudir a la vía del artículo 29.1 LJCA¹¹⁰.

¹¹⁰ Artículo 24.5 (cuarto párrafo) LEA.

E) *La DAE: contenido y publicidad*

36) La DAE constituye el acto con el que concluye el procedimiento de EAE. La LEA manifiesta que tiene la naturaleza de informe preceptivo y determinante, esto es, su falta no pueda suplirla el órgano sustantivo por carecer de los conocimientos técnicos precisos en materia ambiental¹¹¹. Por otra parte, la DAE no puede ser objeto de recurso separado, siguiendo con ello una tradicional doctrina jurisprudencial, iniciada con la declaración de impacto de proyectos¹¹². Por lo que respecta al contenido de la DAE, esta contiene una exposición de los hechos que resume los principales hitos del procedimiento, incluyendo los resultados de la información pública, de las consultas (incluidas las transfronterizas), así como de las determinaciones, medidas o condiciones «finales» que deban incorporarse en el plan o programa que finalmente se apruebe o adopte. Este último inciso, que proviene de la Ley 9/2006, sigue sin aclarar el significado de la locución «determinaciones finales» y si resultan (o no) equivalentes a las medidas y condiciones. Sea como fuere, y como se ha indicado anteriormente, la LEA exige que el promotor incorpore «el contenido» de la DAE en el plan¹¹³, lo que no evita la posibilidad de que el órgano sustantivo pueda acudir al mecanismo de resolución de discrepancias que se ha examinado anteriormente.

37) La DAE debe ser objeto de publicación en el diario oficial correspondiente, sin perjuicio de su publicación en la sede electrónica del órgano ambiental. Igualmente, se publican en el diario oficial: a) la resolución por la que se adopta o aprueba el plan o programa (no así el contenido íntegro del plan, al que se puede acceder en la dirección electrónica del órgano sustantivo), y b) un «extracto» que incluya de qué manera se han integrado en el plan o programa los aspectos ambientales, cómo se ha tomado en consideración en el plan el estudio ambiental estratégico, los resultados de la información pública y de las consultas, incluyendo en su caso las consultas transfronterizas y la DAE, así como, cuando proceda, las discrepancias que hayan podido surgir en el proceso, las razones de la elección de la alternativa seleccionada, en relación con las alternativas consideradas y las medidas adoptadas para el seguimiento de los efectos en el medio ambiente de la aplicación del plan o programa. La regulación de la LEA se apoya en la Directiva 2001/42, en la medida en que esta deja a los Estados miembros la determinación

¹¹¹ STS de 8 de marzo de 2010, recurso 771/2006.

¹¹² STS de 17 de noviembre de 1998, recurso 7742/1997.

¹¹³ Artículo 26.1 LEA.

de «las modalidades» de la información sobre la decisión¹¹⁴. Por otra parte, la LEA emplea el término «extracto» en vez de declaración que resume los aspectos antes citados. Si bien ambas nociones pueden ser paralelas, una aplicación literal del sustantivo «extracto» («[r]esumen que se hace de un escrito cualquiera, expresando en términos precisos *únicamente lo más sustancial*»)¹¹⁵ vendría a limitar el conocimiento de aquellos aspectos, colisionando con la Directiva.

2. Procedimiento simplificado

38) La simplificación que plantea la LEA con respecto al procedimiento ordinario radica en algunos aspectos de interés. Posiblemente, el más relevante sea que no se trate de un procedimiento en el que se evalúe el plan *a los efectos de* su ulterior (o secuencial) autorización. El mecanismo simplificado, tal y como se pergeña en la LEA, sirve para dos propósitos: a) determinar que el plan de que se trate se debe someter a una EAE ordinaria por tener efectos significativos en el medio ambiente, debiendo el órgano ambiental elaborar el documento de alcance del EsIE; o b) concluir que el plan no tiene tales efectos significativos¹¹⁶. Por tanto, el legislador no ha establecido un procedimiento simplificado de evaluación con entidad propia. En otras palabras, los planes que inicialmente se pueden someter a una EAE simplificada desembocan en la ordinaria o en la conclusión de que carecen de efectos ambientales significativos.

39) Con todo, la simplificación se manifiesta en otros aspectos. Así, no se prevé una fase de determinación del alcance del EsIE, como sucede en el procedimiento ordinario. En consecuencia, el promotor remite, dentro del procedimiento sustantivo, una solicitud de inicio de la EAE, un borrador del plan o programa y un documento ambiental estratégico. Además, el contenido de este documento difiere en cuanto a la concreción respecto de los aspectos que se enumeran, de manera más detallada, en el Anexo IV LEA. De hecho, a diferencia de la EAE ordinaria, la Ley omite referirse a este Anexo. Con todo, lo anterior no quiere decir que el documento ambiental pueda evitar aspectos que se recogen en el Anexo IV, en especial los relativos a Natura 2000. Como en el procedimiento ordinario, se prevé un trámite de subsanación (por el órgano sustantivo), de inadmisión (por parte del órgano ambiental)

¹¹⁴ Artículo 9.2.

¹¹⁵ *Diccionario de la Lengua Española (DRAE)*; cursiva añadida.

¹¹⁶ Artículo 31.2 LEA. Esto es aplicable, *mutatis mutandis*, al procedimiento simplificado de proyectos.

y de consultas a las Administraciones afectadas y a las personas «interesadas», juntamente con la posibilidad de requerir los informes de las Administraciones públicas afectadas y de que se pueda activar la vía del artículo 291 LJCA. En el caso de que el resultado del informe ambiental estratégico sea que el plan se debe sujetar a EAE, las consultas se pueden emplear para la elaboración del documento de alcance del estudio ambiental, sin que se tengan que volver a efectuar¹¹⁷. A diferencia del procedimiento ordinario, en el simplificado no se prevé una fase de información pública.

VI. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE PROYECTOS

40) El procedimiento de evaluación de proyectos tiene algunas peculiaridades propias y paralelismos con el de planes. Como en el caso de estos últimos, el procedimiento de evaluación se inserta en el sustantivo de autorización del proyecto, comenzando cuando se le remita el expediente completo de evaluación al órgano ambiental. A diferencia de la normativa anterior, la LEA concede ahora al promotor la opción de solicitar que el órgano ambiental elabore el documento de alcance del estudio de impacto ambiental (EsIA), tras las oportunas consultas a las Administraciones afectadas y a las personas interesadas. En este trámite el órgano ambiental cuenta con la atribución de requerir a las primeras la remisión de los informes que deban emitir. Igualmente, el promotor puede exigirlos por la vía del artículo 29.1 LJCA, cuyo alcance ya se ha considerado anteriormente.

1. *El estudio de impacto ambiental (EsIA)*

41) Corresponde al promotor la redacción del estudio de impacto. En párrafos anteriores se ha señalado la importancia que la LEA otorga ahora a los redactores, sin perjuicio de que la Administración ponga a disposición de aquel los informes y cualquier otra documentación que obre en su poder cuando resulte de utilidad para la realización del EsIA¹¹⁸. Por lo que respecta al contenido del estudio cabe destacar que, a diferencia de su paralelo en el caso de los planes, la Ley exige que se considere la «alternativa cero» (o de no realización del proyecto») y que el EsIA pierda su validez si en el plazo de un año¹¹⁹,

¹¹⁷ Artículo 31.2.a) LEA.

¹¹⁸ Artículo 35.3 LEA.

¹¹⁹ Téngase en cuenta que este plazo no es básico.

desde la fecha de su conclusión, no se hubiera presentado ante el órgano sustantivo para la realización de la información pública y de las consultas. A pesar de lo loable de esta previsión, la fecha de redacción del estudio puede variarse por sus redactores sin que la Administración pueda estar en condiciones de conocer cuándo se haya finalizado realmente, a salvo del ejercicio de la potestad sancionadora¹²⁰.

2. *La remisión de la solicitud y del EsIA al órgano sustantivo*

42) La solicitud del promotor, dirigida al órgano sustantivo, debe incluir el proyecto y el EsIA para que aquel¹²¹ someta ambos a información pública «en una fase del procedimiento sustantivo de autorización del proyecto en la que estén abiertas todas las opciones relativas a la determinación del contenido, la extensión y la definición del proyecto»¹²². Esta exigencia, derivada del Convenio de Aarhus y ausente en el supuesto del procedimiento de evaluación de planes, no resulta baladí, ya que implica que la definición del proyecto por el promotor o, en su caso, por una Administración no pueda cercenar o limitar su ulterior definición¹²³. Los anteriores documentos son objeto también de consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas. La LEA requiere al órgano sustantivo que solicite una serie de informes: a) el informe del órgano con competencias en materia de medio ambiente de la Comunidad Autónoma en donde se ubique territorialmente el proyecto; y b) otros tres «cuando procedan», a saber, uno sobre el patrimonio cultural, en materia de dominio público hidráulico y sobre el dominio público marítimo-terrestre. Como no podía ser de otra manera, en el contexto de sus competencias ambientales y otras sectoriales, las Comunidades Autónomas pueden señalar otros informes preceptivos. Aparte de lo anterior, la LEA establece que los anteriores trámites (información pública y consultas) tienen una vigencia limitada desde su finalización, de manera que transcurrido el plazo que establece la LEA para la Administración del

¹²⁰ Artículo 55.3.b) LEA.

¹²¹ Cuando se trate de proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa, le corresponde al órgano ambiental la realización de la información pública; artículo 36.1 (cuarto párrafo) LEA.

¹²² Artículo 36.1 (segundo párrafo) LEA.

¹²³ El Comité de cumplimiento del Convenio de Aarhus ha señalado que el requisito de participación ciudadana temprana, cuando todas las opciones estén abiertas, debe considerarse ante todo dentro de un concepto de toma de decisiones en niveles, por el que en cada etapa determinadas opciones se discuten y son seleccionadas con la participación del público y solo las cuestiones de la opción seleccionada en la fase precedente dirigen cada etapa consecutiva de toma de decisiones. ECE/MP.PP/2008/5/Add.6, apt. 71; http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2008/pp/mop3/ece_mp_pp_2008_5_add_6_e.pdf.

Estado y el que, en su caso, determinen las Comunidades Autónomas sin que se haya iniciado la EIA ordinaria, el órgano sustantivo debe declarar la caducidad de los trámites¹²⁴. La exigencia de una fase de información pública puede tener que volver a reiterarse, a pesar de que la LEA no se refiera a ella. En efecto, esta señala que una vez finalizados los trámites de información pública y de consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas, el órgano sustantivo remite al promotor los informes y alegaciones recibidos para su consideración en la redacción, en su caso, de «la nueva versión del proyecto» y en el EsIA¹²⁵. Lógicamente, la apertura de una nueva fase de información pública y de consultas dependerá de la entidad de los cambios, pero no puede descartarse *ab initio*.

3. El inicio de la EIA ordinaria

43) Estrictamente, la EIA ordinaria se inicia con la recepción por el órgano ambiental del expediente «completo» de EIA¹²⁶. No obstante, el promotor debe presentar anteriormente una solicitud *ad hoc* ante el órgano sustantivo «[d]entro del procedimiento sustantivo de autorización». Esta solicitud se acompaña de lo que, según la LEA, constituye el contenido mínimo del expediente de EIA, compuesto por: a) el documento técnico del proyecto; b) el EsIA; c) las alegaciones e informes recibidos en los trámites de información pública y de consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas, y, en su caso, d) las observaciones que el órgano sustantivo estime oportunas. El contenido del EsIA se debe sujetar a lo dispuesto en el Anexo VI. Como otras normas, la LEA comete una incorrección, en este caso al requerir al promotor, que puede ser un particular, que remita aspectos que corresponden al órgano sustantivo, caso de los dos últimos citados en las letras c) y d) (*supra*)¹²⁷. Esta incorrección se incrementa puesto que el órgano sustantivo puede exigir la subsanación de tales elementos¹²⁸. Sea como fuere, remitido el expediente de EIA al órgano ambiental e iniciada entonces la evaluación, este órgano puede inadmitir tal solicitud por las mismas causas que en el caso de la EAE, ya mencionadas¹²⁹. Ahí comienza el análisis técnico del expediente, con re-

¹²⁴ Artículo 33.2 (segundo párrafo) LEA.

¹²⁵ Artículo 38 LEA.

¹²⁶ Artículo 33.1 LEA.

¹²⁷ El caso de los informes puede ser diferente si el promotor ha empleado la vía del artículo 29.1 LJCA, en el supuesto de haber optado porque se determine el alcance del estudio de impacto ambiental; artículo 34.4 (cuarto párrafo) LEA.

¹²⁸ Artículo 39.2 LEA.

¹²⁹ Artículo 39.4 LEA.

quisitos y contenidos paralelos a los ya examinados en el caso de la EAE.

4. *La DIA y la decisión final sobre el proyecto*

44) Por lo que se refiere al contenido de la DIA, la LEA continúa lo que ha sido tradicional en la legislación de impacto ambiental, esto es, determina si procede o no, a los efectos ambientales, la realización del proyecto y, en su caso, las condiciones en las que puede desarrollarse, las medidas correctoras y las medidas compensatorias¹³⁰. Con todo, hay que aclarar que este tenor recoge lo dispuesto en el Real Decreto 1131/1988¹³¹ y no lo que inicialmente estableció el Real Decreto Legislativo 1302/1986 (también incluido en el Real Decreto Legislativo 1/2008)¹³². Según estos, en la DIA se determinaban las condiciones que debían establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales.

45) El contenido de la DIA recibe una mayor atención que en el caso de la DAE. Debe incluir, «al menos», una serie de aspectos, tales como: a) la identificación del promotor del proyecto y del órgano sustantivo, y la descripción del proyecto; b) el resumen del resultado del trámite de información pública y de las consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas, y cómo se han tenido en consideración; c) el resumen del análisis técnico realizado por el órgano ambiental; d) «[s]i proceden», las condiciones que deban establecerse y las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente; e) las medidas compensatorias que deban establecerse en el caso de las zonas de la Red Natura 2000; f) el programa de vigilancia ambiental; g) «[s]i procede», la creación de una comisión de seguimiento, y h) en el caso de operaciones periódicas, la motivación de la decisión y el plazo de vigencia de la DIA. De los anteriores aspectos es preciso destacar dos en particular:

a) La referencia a la denominada «comisión de seguimiento», de cuyas funciones y composición nada se señala. El empleo del término «comisión» plantearía inicialmente su aplicación a los proyectos de ti-

¹³⁰ Artículo 41.2 LEA.

¹³¹ Artículo 18.1.

¹³² Artículos 21.1 y 4.1, respectivamente. Por cierto que el tenor del Real Decreto 1131/1988 pudo haber motivado la doctrina establecida en la STC 13/1998, ante el temor, infundado a la luz del Real Decreto 1302/1986, de que los proyectos de titularidad del Estado podían ser rechazados por las Comunidades Autónomas.

tularidad pública. Sin embargo, la LEA no establece diferencias a este respecto.

b) El caso de las medidas compensatorias tratándose de espacios de la Red Natura 2000. De acuerdo con la LPNB, estas medidas son mencionadas en dos momentos. Por una parte, si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación, debiera realizarse el proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, «se tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar la coherencia global de Natura 2000». En la secuencia procedimental de la Directiva 92/43, las medidas compensatorias solo se pueden adoptar una vez que se hayan invocado tales razones imperiosas de interés público de primer orden¹³³. Sin embargo, contradiciendo su propio texto (y la Directiva 92/43), la LPNB indica posteriormente que «[l]a *adopción* de las medidas compensatorias se llevará a cabo, en su caso, *durante el procedimiento de evaluación ambiental* de planes y programas y de evaluación de impacto ambiental de proyectos, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable»¹³⁴.

46) La DIA debe ser objeto de publicación en el diario oficial correspondiente, aunque también en la sede electrónica del órgano ambiental. El órgano sustantivo debe publicar en el diario oficial un «extracto» de la decisión final sobre el proyecto. Sin embargo, esta previsión no es compatible con la Directiva 2011/92. En efecto, esta exige que determinados aspectos se pongan a disposición del público «[c]uando se adopte una decisión de *conceder o denegar* una autorización»¹³⁵. Estos elementos son: a) el contenido de la decisión y las condiciones que eventualmente le acompañen; b) una vez examinadas las preocupaciones y opiniones expresadas por el público afectado, los principales motivos y consideraciones en los que se basa dicha decisión, incluida la información sobre el proceso de participación del público; y c) una descripción, cuando sea necesaria, de las principales medidas para evitar, reducir y, si es posible, contrarrestar los principales efectos adversos. A pesar de que la LEA adelanta el conocimiento de los aspectos que refiere la Directiva 2011/92, añadiendo algunos otros, estos deben recogerse en la decisión final, ya que la DIA no constituye la autorización del proyecto, sino un informe preceptivo y determinante para el órgano sustantivo¹³⁶. Además, debe tenerse en cuenta que la

¹³³ Asunto C-258/11, *Sweetman v. An Bord Pleanála*, apt. 35. Asunto C-521/12, *Briels v. Minister van Infrastructuur en Milieu*, apts. 34-36

¹³⁴ Artículo 45.5 (tercer párrafo) LPNB; cursiva añadida.

¹³⁵ Artículo 9.1; cursiva añadida.

¹³⁶ Eventualmente, puede ser un acto objeto de recurso en el caso de proyectos sujetos a comunicación previa o declaración responsable.

DIA puede verse sujeta al mecanismo de resolución de discrepancias entre el órgano ambiental y el sustantivo y, en todo caso, resulta anterior a la decisión final, como reconoce la LEA.

VII. VIGENCIA Y MODIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA Y LA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

47) Hay dos aspectos comunes a la DAE y la DIA que es necesario examinar de manera conjunta, a saber, su vigencia y, en especial, la posible modificación de las mismas. Inicialmente, hay que advertir que el régimen de modificación a analizar no resulta aplicable ni al informe ambiental estratégico (IAE) ni al informe de impacto ambiental (IIA), esto es, los que surgen de los procedimientos simplificados.

1. Vigencia o eficacia temporal

48) DAE y DIA se realizan en un determinado contexto y resulta lógico que cuenten con una concreta vigencia, considerando que los factores y efectos ambientales pueden alterarse por causa, entre otras, de la propia variabilidad del medio y de los elementos que lo integran. De ahí la exigencia de que la evaluación analice la interacción entre todos ellos, lo que supera su mera descripción (defecto no infrecuente en los estudios de impacto ambiental y que deber ser verificado de manera más estricta por la Administración y también la jurisdicción contencioso-administrativa). La LEA señala que la DEA y la DIA pierden su vigencia y cesan en la producción de efectos que les son propios si, una vez publicadas en el diario oficial correspondiente, no se procede a la adopción del plan (en un plazo máximo de dos años)¹³⁷ o no se ha comenzado con la ejecución del proyecto, esto es, no hayan comenzado materialmente las obras o el montaje¹³⁸ (en el plazo de cuatro años)¹³⁹. Otro tanto sucede, *mutatis mutandis*, en el caso del IAE y del IIA¹⁴⁰. La cesación de la vigencia (en realidad, la caducidad del acto) lleva aparejada la de los efectos. Por estos hay que entender los derivados del contenido de las declaraciones, ya sean «las determinaciones, medidas o condiciones finales», en el caso de la DAE¹⁴¹, o la determinación sobre

¹³⁷ Artículo 27.1 LEA. Este plazo no tiene carácter básico.

¹³⁸ Artículo 43.1 LEA.

¹³⁹ Este plazo no tiene carácter básico.

¹⁴⁰ Artículos 31.4 y 47.4 LEA, respectivamente.

¹⁴¹ Artículo 25.2 LEA.

la procedencia, desde la vertiente ambiental, de la ejecución del proyecto, así como las medidas correctoras y compensatorias, en la DIA¹⁴². Tratándose de IAE e IIA la cuestión resulta más compleja. En efecto, como se ha visto, tales informes determinan que el plan o proyecto se deba sujetar a una EAE o EIA ordinaria o bien que el plan o proyecto no tenga efectos significativos sobre el medio ambiente¹⁴³. La previsión de la LEA de que el cese de la vigencia implica la de los efectos de los informes puede tener sentido en el segundo supuesto (la conclusión de que el plan o proyecto no tiene efectos significativos), pero puede resultar más dudoso en el primer caso.

49) Ahora bien, la LEA habilita al «promotor» a solicitar una prórroga de DAE o DIA antes de que la vigencia de estas expire¹⁴⁴, opción que no se contempla expresamente en el supuesto de IAE e IIA. El hecho de que el promotor pueda solicitar una prórroga de DAE o DIA apunta a que la LEA está pensando en aquellas de carácter favorable a la adopción del plan o proyecto. No tendría mucho sentido que el promotor, que es el único que puede instar la prórroga, la solicitase en relación con una declaración negativa. Por otra parte, resulta interesante que la LEA omita introducir una referencia sobre las posibles razones que debería avanzar el promotor en su solicitud para solicitar la prórroga. En principio, por tanto, basta que no se haya adoptado el plan o comenzado a ejecutar el proyecto para solicitarla, sin tener que justificar el porqué de tales situaciones. Con todo, la clave no radicaría en este aspecto, sino en las causas que habilitan al órgano ambiental a conceder una prórroga. La LEA las cifra en que no se hayan producido «cambios *sustanciales* en los elementos *esenciales*» que sirvieron de base para realizar la EAE o la EIA¹⁴⁵. El tenor literal que emplea la LEA exige algún comentario, sobre todo porque contiene una presunción de que la prórroga se pueda conceder, en la medida en que los cambios no resulten sustanciales (lectura *sensu contrario* de lo que dice la LEA) y, sobre todo, porque en caso de no dictarse una resolución expresa se entenderá estimada la solicitud de prórroga¹⁴⁶, por el plazo máximo que se prevea, ya sean los dos años o el que fije la normativa de las Comunidades Autónomas. No obstante, cabe plantearse qué se puede entender por «elementos *esenciales* que sirvieron de base *para realizar*» la evaluación¹⁴⁷. La locución empleada por la LEA resulta confusa. Inicialmente, los elementos esenciales tendrían que ser los que justifi-

¹⁴² Artículo 41.2 LEA.

¹⁴³ Artículo 31.2 LEA; artículo 47.2 LEA

¹⁴⁴ Posibilidad ya prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2008, artículo 14.

¹⁴⁵ Artículo 27.3; artículo 43.3 LEA; cursiva añadida.

¹⁴⁶ Artículo 27.1 LEA; artículo 43.5 LEA.

¹⁴⁷ Artículo 27.3 LEA; artículo 47.3 LEA; cursiva añadida.

caron que la evaluación del plan o proyecto fuese positiva para su adopción o ejecución, y dichos elementos no pueden ser otros que los distintos factores ambientales que debieron ser considerados por el órgano ambiental al llevar a cabo tal evaluación, conjuntamente con las aportaciones provenientes de las consultas e información pública. De hecho, en el caso de una solicitud de ampliación de la vigencia de DAE o DIA, la LEA impone al órgano ambiental que vuelva a realizar tales consultas, pero solo a las Administraciones afectadas por razón de la materia en relación con los elementos esenciales antes reseñados, omitiéndose por completo la posibilidad que sean consultadas las personas afectadas y menos aún que se abra un trámite de información pública.

50) Un supuesto particular de pérdida de «vigencia» de la DIA es el que se contempla para los proyectos que consistan en operaciones periódicas. La LEA establece que en caso de «alteración de las circunstancias determinantes» de la DIA favorable el órgano ambiental resolverá que la declaración de impacto ambiental «ha decaído en su vigencia y carece de los efectos que le son propios»¹⁴⁸. Por una parte, hay que distinguir este supuesto del de modificación de la DIA, que se analiza más adelante, en la medida en que en el primero cesan definitivamente los efectos de la DIA. La locución «circunstancias determinantes», que no recibe mayor concreción en la Ley, tiene que ver con aquellos elementos que necesariamente hayan servido para que la DIA resultase positiva, bien de naturaleza fáctica o relativos a la previsible ejecución del proyecto. El sustantivo «alteración» parece querer indicar que se trata de tales aspectos fácticos y no de un eventual incumplimiento, por parte del promotor, de las condiciones que se hubiesen establecido en la DIA. Sea como fuere, la Ley contempla un presupuesto específico de revocación de un acto favorable, a pesar de tener la naturaleza de informe preceptivo y determinante e incluir condiciones que, salvo discrepancia entre el órgano sustantivo y el ambiental, habrán de recogerse en la autorización final del proyecto. Esto implica que, no obstante el silencio de la LEA, resulte necesario garantizar un trámite de audiencia al promotor.

2. *La modificación de DAE y DIA*

51) DAE y DIA comparten la regulación relativa a su posible modificación. La LAE no solo mira al futuro, siendo también de aplicación a las DAE y DIA «formuladas» antes de su entrada en vigor¹⁴⁹. Así

¹⁴⁸ Disposición adicional décima, apt. 3, LEA.

¹⁴⁹ Disposición transitoria primera, apt. 4, LEA.

como en el caso de las DIA no hay problema de equivalencia, tratándose de las DAE habrá que entender que la Ley se refiere a la denominada «memoria ambiental» contemplada en la Ley 9/2006. Por otra parte, la LEA plantea la duda de a qué tipo de DAE o DIA se está refiriendo, esto es, favorable o desfavorable. A pesar de ser un informe preceptivo y determinante, carece de naturaleza vinculante sobre el órgano sustantivo, sin perjuicio de lo que pudieran establecer las Comunidades Autónomas. El órgano sustantivo puede adoptar un plan o proyecto contando incluso con una DAE o DIA negativa¹⁵⁰. Al no establecer distinción alguna, la LEA estaría abriendo la puerta para que DAE negativas pudiesen ser modificadas y, en su caso, «rehabilitadas», incluso por hechos que debieron haberse tenido en cuenta en la evaluación. La modificación de DAE y DIA plantea varias cuestiones, no precisamente menores, tanto por el objeto, los efectos y la naturaleza que tal modificación pueda tener. En el fondo, subyace la pregunta del porqué de una posible modificación de un informe que es el resultado de la evaluación de una serie de elementos y que, en su caso, ha producido efectos en una ulterior aprobación, sea de un plan o proyecto. Como habrá ocasión de argumentar, tal opción no resulta tan sencilla como en apariencia ha considerado el legislador, sobre todo porque puede poner en evidencia que el procedimiento que haya dado paso a la evaluación y posterior aprobación de un plan o proyecto se encontraba viciado. No obstante, debido a ciertas diferencias en la regulación de la LEA es conveniente considerarlas de manera separada.

A) *La modificación de la DAE*

a) *Acerca de la naturaleza jurídica de la modificación*

52) La LEA contempla la modificación de la DAE (en su conjunto) y en relación con un plan (ya) aprobado. En efecto, la LEA señala que «[l]a declaración ambiental estratégica de un plan o programa aprobado *podrá* modificarse»¹⁵¹. Los supuestos que pueden habilitar al órgano ambiental o al promotor a iniciar o solicitar (respectivamente) la modificación de la DAE son la concurrencia de «circunstancias que determinen la incorrección de la [DAE], incluidas las que surjan durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, tanto por hechos o circunstancias de acaecimiento posterior a esta última como por he-

¹⁵⁰ Asunto C-420/11, *Leth v. Republik Österreich, Land Niederösterreich*, apt. 46.

¹⁵¹ Artículo 28.1 LEA; cursiva añadida.

chos o circunstancias anteriores que, en su momento, no fueron o no pudieron ser objeto de la adecuada valoración»¹⁵². Este tenor suscita diferentes (y no sencillas) cuestiones que se analizan a continuación:

a') El rango temporal al que se remite la LEA resulta muy amplio, sobre todo en el caso de los hechos posteriores. ¿Inmediatamente posteriores a la conclusión del procedimiento de evaluación? ¿Posteriores a la adopción del plan? Otro tanto se puede decir respecto de los «anteriores». Estas preguntas no resultan ociosas teniendo en cuenta el tenor de la LEA y la ausencia de unos criterios temporales que puedan modular la posibilidad de modificación de la DAE, lo que, además, choca con el principio de seguridad jurídica. La indeterminación de la LEA abarcaría cualquier hecho con tal que fuese posterior a la DAE.

b') La Ley se refiere a hechos que «no fueron o no pudieron ser objeto de la adecuada valoración». Este tenor resulta inconcreto. En efecto, la LEA traslada la cuestión a un punto problemático¹⁵³, a saber, precisar si la valoración no fue «adecuada». ¿Completamente inadecuada por no contar con todos los datos exigibles? ¿Parcialmente inadecuada por contar con tales datos pero examinarlos de forma incorrecta? Inicialmente, la adecuación tiene que estar vinculada con la función que procedimentalmente cumple la DAE. Ahora bien, la LEA abre la puerta a modificar lo que no fue debidamente considerado, ya sea en su totalidad como en parte, porque la Ley tampoco cualifica el *grado* de la modificación. Y es que los supuestos que establece la LEA son problemáticos. En primer lugar, resultan aparentemente tasados en su previsión pero muy indeterminados en su formulación y amplios en la atribución, en principio, de una potestad discrecional. Si el órgano ambiental no valoró una cuestión de entidad simplemente porque no lo hizo, la DAE necesariamente era incompleta y no podía sustentar la ulterior aprobación del plan. En segundo lugar, si el órgano ambiental no pudo valorar adecuadamente los hechos en cuestión cabría plantearse por qué fue así, teniendo en cuenta que este órgano posee ahora resortes suficientes en el procedimiento de evaluación para recabar todos los datos necesarios. Tales resortes pueden llevarle a dar por finalizada la evaluación si entiende que las consultas o la información pública no han sido conformes con la LEA o si no cuenta con los informes de las Administraciones o la información que, en su caso, deba remitirle el promotor. La posible modificación de la DAE en virtud de hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta no justificaría, en consecuencia,

¹⁵² Artículo 28.1 LEA.

¹⁵³ También para el juez de lo contencioso-administrativo.

tal operación. Como es lógico, tratándose de cuestiones atinentes al medio ambiente es posible que surjan aspectos que, en su momento, fue físicamente imposible o muy difícil su valoración, pero, salvando estos casos, la LEA, en realidad, permite la modificación de las DAE a pesar de errores propios del órgano ambiental o inducidos pero previsiblemente no verificados por aquel («no pudieron ser objeto»). En otras palabras, la amplitud del lenguaje que emplea la LEA pone en evidencia que se persigue «convalidar» lo que procedimentalmente no sería posible hacer, debido al objeto y momento en el que se produce la DAE (o, en su caso, la memoria ambiental bajo la Ley 9/2006) y sus efectos sobre un plan ya aprobado.

c') Estas consideraciones plantean la naturaleza jurídica de la modificación, al afectar a un acto no recurrible separadamente (la DAE) integrado en un plan o programa ya aprobado. En este punto la LEA no despeja una contradicción interna. Por una parte, el artículo 25.2 LEA señala que la DAE contendrá, entre otras cuestiones, «las determinaciones, medidas o condiciones *finales* que *deban incorporarse* en el plan o programa que finalmente se apruebe o adopte», que es el texto de la Ley 9/2006 que reproduce la LEA. Por otra parte, sin embargo, el artículo 26.1 indica que «[e]l promotor *incorporará el contenido* de la declaración ambiental estratégica en el plan o programa»¹⁵⁴. La solución a esta divergencia pasa por entender que el contenido que, en todo caso, hay que incorporar al plan son esas determinaciones finales, ya se trate de un promotor privado o público. Ahora bien, si se modifica el plan, no es descartable, en su caso, la necesidad de una ulterior evaluación.

d') La modificación no puede asimilarse a una corrección de errores materiales. El tenor de la LEA: «cuando concurren circunstancias que determinen la incorrección de la declaración ambiental», apunta a algo más que un simple error que no modifique el sentido del acto. Como sostiene la jurisprudencia, la rectificación de errores materiales no supone la revocación del acto de que se trate, ya que su contenido, después de la rectificación, sigue siendo el mismo. Únicamente habrá una alteración o cambio de los errores materiales (de hecho o aritméticos) que tenía el acto. Por el contrario, el supuesto contemplado en la LEA se refiere a una modificación del alcance jurídico del informe preceptivo y determinante, que es como se define a la DAE, al afectar a las propias conclusiones de esta o las condiciones que inicialmente hubiese impuesto.

e') Instada por un promotor, ¿es la solicitud de modificación un recurso administrativo, en el que inicialmente serían invocables causas

¹⁵⁴ Cursiva añadida.

de nulidad o anulabilidad? Que el promotor del plan pueda solicitar la modificación con fundamento en el supuesto que establece la LEA no es descartable, en la medida en que esta habrá determinado las condiciones finales que habrán de recogerse en el plan. Con independencia de la cuestión de si el promotor podría solicitar la modificación de la DAE por hechos que él debía haber puesto en conocimiento del órgano ambiental pero no lo hizo¹⁵⁵, la clave radicaría en justificar la concurrencia de los supuestos de los artículos 62 o 63 LRJPAC. El segundo caso (anulabilidad) resultaría más sencillo por la amplitud de su tenor (cualquier infracción del ordenamiento jurídico)¹⁵⁶. En el supuesto de la nulidad, la cuestión pasaría por determinar si se está ante una infracción procedimental esencial. El porqué de la posible concurrencia de este supuesto radicaría en que la DAE debe adoptarse de acuerdo con una fundamentación fáctica y científica completa¹⁵⁷. La LEA reconoce expresamente que esto puede no haber sucedido tratándose de hechos o circunstancias *anteriores* a la DAE que «no fueron o no pudieron ser objeto de la adecuada evaluación». Si no concurría la base fáctica necesaria, sobre todo en el supuesto que más concierne al órgano ambiental [«no fueron (...) objeto de adecuada evaluación»], es posible concluir que no podía dictarse el acto, incluidas las determinaciones finales a incluir en el plan o programa. Obviamente, un aspecto relevante que no se puede sortear será el *grado* de ignorancia de hechos y su entidad a los efectos de la DAE; v.g., insuficiencia del inventario ambiental, limitación del ámbito territorial del EsIE para no tener que identificar y valorar otros factores, carencia del examen de los efectos ambientales o de su interacción. Sea como fuere, no es posible ignorar, a los efectos de lo que aquí se argumenta, que el artículo 9.1 LEA afirma que carecen de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, «no se hayan sometido a evaluación ambiental». ¿Una DAE incorrecta, al haberse dictado con omisión de hechos o circunstancias anteriores que en su momento no fueron o no pudieron ser objeto de la adecuada valoración, es asimilable a una omisión de evaluación? Ciertamente, el tenor del artículo 9.1 LEA contempla la ausencia global de evaluación, pero su tenor no se limita a esta necesariamente. Los supuestos de modificación mencionados en la LEA ponen en evidencia que la evaluación ha podido ser sustancialmente incorrecta, lo que la haría asimilable a lo afirmado

¹⁵⁵ Artículo 110.3 LRJPAC.

¹⁵⁶ La solicitud de una revisión por anulabilidad por un promotor vendría a constituir un supuesto distinto del contemplado en el artículo 103 LRJPAC.

¹⁵⁷ No se puede ignorar que el conocimiento científico también encuentra límites.

en el artículo 9.1 LEA. En otras palabras, la ausencia de evaluación no tendría que ver solo con los aspectos procedimentales, sino también con los sustantivos, eso es, el análisis incompleto de los efectos ambientales por la ausencia de hechos que debían haberse tenido en cuenta. Por ello, uno de los elementos a calibrar en la ya de por sí intrincada redacción de la LEA es la relevancia de los hechos que se omitieron, elemento este que la LEA, aparentemente de manera deliberada, no ha querido cualificar (al igual que la locución «adecuada» valoración), abriendo el ámbito de una posible modificación. Todo lo anterior hay que unirlo a la naturaleza de informe preceptivo y determinante de la DAE para el órgano sustantivo. La modificación de la DAE implica la del contenido del plan que se haya adoptado. La LEA señala que la modificación de la DAE no resulta recurrible de manera separada, «sin perjuicio de los recursos en vía administrativa o judicial que, en su caso, procedan frente a los actos o disposiciones que, posterior y *consecuentemente, puedan dictarse*»¹⁵⁸. Esta última locución reconoce que el contenido modificado de la DAE (sus determinaciones «finales», antes referidas) ha de incluirse en el plan que se aprobó en su momento, alterando en consecuencia su contenido, esto es, imponiendo en aquel nuevas condiciones inicialmente no previstas. Con todo, puesto que la LEA hace referencia a la omisión de considerar determinados hechos que no fueron o no pudieron ser objeto de la adecuada valoración, es preciso, por elementales normas de motivación de los actos, que el órgano ambiental explicita en su decisión: 1) qué supuesto se ha producido; 2) qué entidad tenían los hechos; 3) cómo su omisión llevó a una inadecuada valoración, y 4) en qué consistió esta.

f) La anterior circunstancia llevaría a plantearse si el supuesto contemplado en la LEA puede asimilarse a una revisión de oficio por nulidad. Para examinar esta cuestión es necesario tener en cuenta que la DAE es un acto que finaliza el procedimiento de evaluación estratégica (instrumental del sustantivo), pero, en cualquier caso, puede tratarse de un acto que ponga fin a la vía administrativa, en el sentido del artículo 102.1 LRJAC. Como se ha argumentado en la anterior letra, el supuesto de nulidad puede encuadrarse en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido por las razones antes expuestas. El problema en este supuesto es el del tiempo para llevarla a cabo. En efecto, la regulación de la modificación de la DAE no solo resulta en exceso abierta en relación con los supuestos que la pueden justificar. Lo es igualmente en el plano temporal. La Ley no establece ningún límite de tiempo, lo que choca con un elemental principio de se-

¹⁵⁸ Artículo 28.6 LEA; cursiva añadida.

guridad jurídica que, incluso en el ámbito de la revisión de oficio de los actos nulos, se debe respetar bajo las cláusulas generales del artículo 106 LRJPAC.

g') Las circunstancias que plantea la LEA llevan a la conclusión de que la modificación de la DAE constituye un supuesto expreso de revocación de un informe previsto fuera, en principio, del sistema de recursos administrativos y de los mecanismos de revisión de los actos.

53) No obstante lo anterior, una última reflexión tiene que ver con lo que sustantivamente parece implicar la normativa sobre la modificación de la DAE. En otras palabras, ¿está abriendo la LEA la puerta a una regularización a posteriori de evaluaciones incompletas y, por tanto, incompatibles con la Directiva 2001/42? Esta pregunta, que es igualmente aplicable al supuesto de los proyectos, no parece trivial. En un asunto contra Irlanda, el TJUE observó, entre otras cosas, que este Estado miembro permitía la adaptación ulterior de proyectos aun cuando ya se hubiesen ejecutado, lo que resultaba contrario a la Directiva 85/337. Sin embargo, esta requería que en el proceso de decisión la autoridad competente tuviese en cuenta lo antes posible las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos técnicos de planificación y de decisión, siendo el objetivo evitar, desde el principio, causar contaminación o daños, más que combatir posteriormente sus efectos¹⁵⁹. A lo anterior, el TJUE añadió que un estudio corrector del impacto ambiental, efectuado para poner remedio a la omisión de evaluación prevista en la Directiva, habiéndose ya ejecutado el proyecto, no era equivalente al estudio de las repercusiones sobre el medio ambiente, previo a la concesión de la autorización¹⁶⁰. En el contexto de la evaluación de planes y proyectos que afectan a las zonas de Red Natura 2000, el TJUE ha sostenido también la necesidad de que los estudios y las correspondientes evaluaciones sean lo más completos posibles. La evaluación exige identificar «*todos los aspectos del plan o del proyecto que, por sí solos o en combinación con otros planes o proyectos, puedan afectar a dichos objetivos*»¹⁶¹. La determinación de las repercusiones «*constituye un requisito previo indispensable*»¹⁶². De otra manera, la autorización final del plan o proyecto, que se sustenta en tales datos, carece de base suficiente. En la LEA, al igual que en la Ley 9/2006 (y en la de evaluación de proyectos), el legislador ha estableci-

¹⁵⁹ Asunto C-215/06, *Comisión v. Irlanda*, apt. 58.

¹⁶⁰ Asunto C-215/06, *Comisión v. Irlanda*, apt. 60; véase la STS de 5 de abril de 2013, recurso 4809/2009.

¹⁶¹ Asunto C-127/02, *Waddenzee*, apt. 54; cursiva añadida.

¹⁶² Asunto C-560/08, *Comisión v. España*, apt. 138; cursiva añadida.

do un trámite específico en el que un órgano ambiental evalúa el plan (o proyecto) de que se trate. Es evidente que si tal trámite es incompleto, la evaluación del plan (que no solo depende de la que haya efectuado el promotor) es igualmente incompleta. Esto implica que, dependiendo de la entidad de los hechos que no se hayan tenido en cuenta (por el órgano ambiental) o no pudieron ser considerados (v.g., al no apreciarlos o examinarlos de manera parcial o inconclusa el promotor), este procedimiento puede ser incompleto a la luz de los objetivos de las directivas europeas. Por tanto, pretender la modificación de la DAE una vez adoptado el plan puede implicar convalidar a posteriori lo que carecía (o resultaba ser incompleto) en una fase procesal previa, tal y como exige la normativa europea.

b) *Cuestiones procedimentales de la modificación*

54) Desde la vertiente procedimental, la modificación de la DAE también suscita algunas cuestiones de interés:

a') El órgano ambiental puede inadmitir la solicitud de modificación, sin que la LEA indique motivos posibles para ello, a salvo quizás que la solicitud resulte «manifiestamente carente de fundamento»¹⁶³.

b') ¿Qué sucede si el órgano ambiental no resuelve sobre la modificación en plazo en el caso de que se solicite por un promotor?¹⁶⁴. Como ya se ha indicado, el hecho de que se esté ante la modificación de un informe preceptivo y determinante no puede soslayar que la DAE impone condiciones (determinaciones «finales») que han de incluirse en un plan que ya fue aprobado, aunque la LEA evite referirse a esta circunstancia. La LEA no incluye expresamente el supuesto de modificación cuando señala que «la falta de emisión» de la DAE «en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable»¹⁶⁵. Sin embargo, teniendo en cuenta los supuestos que pueden llevar a una modificación de la DAE y que el grado de modificación tampoco se cualifique en la LEA, resulta indudable que lo anterior debe ser igualmente aplicable a los supuestos de modificación, al igual que la previsión, contenida solo en el

¹⁶³ Artículo 89.4 LRJPAC. La LRJPAC se aplica de forma supletoria a la LEA; disposición adicional undécima.

¹⁶⁴ Esta noción de promotor hay que entenderla como un particular u otra Administración distinta de la que haya evaluado y autorizado el proyecto.

¹⁶⁵ Artículo 10 LEA.

preámbulo de la LEA, de que, desde el punto de vista formal o procedimental, el carácter determinante de los pronunciamientos ambientales implica que no es posible continuar con la tramitación de ulteriores procedimientos (v.g., a los efectos de modificación del plan) en tanto este no se evacúe¹⁶⁶. Existe un ulterior argumento que milita en contra de una modificación por silencio. Según lo señalado en el asunto C-230/00, *Comisión v. Bélgica*, una autorización tácita no es compatible con las exigencias de la Directiva de proyectos. Esta doctrina es igualmente aplicable a los planes. Ciertamente, la DAE no constituye la autorización del proyecto, pero sí el trámite en el que el órgano ambiental evalúa sus características en el contexto de lo exigido por la Directiva, porque así lo ha configurado el legislador del Estado. La modificación de la DAE por silencio estimatorio no asegura que, en efecto, se hayan tenido en cuenta tales características, que es, por cierto, el fundamento que llevó al TJUE a establecer la anterior doctrina en el asunto C-230/00.

c') En el caso de que el procedimiento de modificación se inicie de oficio por el órgano ambiental hay que entender que se producirá la caducidad del procedimiento, en la medida en que de este se derivase un gravamen; v.g., ulteriores condiciones¹⁶⁷. Si las anteriormente impuestas pudiesen mitigarse o eliminarse podría entenderse que se está ante un supuesto desestimatorio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.1 LRJPAC.

d') La LEA no contempla una fase de información pública, sino únicamente de consultas al órgano sustantivo, al promotor, a las Administraciones afectadas y a las personas interesadas previamente consultadas en el procedimiento que dio paso a la DAE cuya modificación se plantee.

B) *Modificación de la DIA*

55) La modificación de la DIA solo puede abarcar sus condiciones. Otra diferencia con la DAE es que esta se encuentra en supuestos inicialmente más ceñidos:

a) La entrada en vigor de nueva normativa que incida «sustancialmente» en el cumplimiento de las condiciones establecidas en la DIA. A pesar del adverbio, la LEA no cualifica en qué puede consistir tal incidencia sustancial, esto es, para imponer nuevas condiciones o, en su caso, para reducir las.

¹⁶⁶ Preámbulo de la LEA, II (decimocuarto párrafo).

¹⁶⁷ Artículo 44.2 LRJPAC.

b) Cuando la DIA establezca condiciones cuyo cumplimiento se haga imposible o innecesario porque la utilización de las nuevas y mejores técnicas disponibles en el momento de formular la solicitud de modificación permiten una mejor y más adecuada protección del medio ambiente, respecto del proyecto o actuación inicialmente sometido a evaluación de impacto ambiental. A pesar de la referencia a un concepto del régimen del control integrado de la contaminación, el mismo no tiene por qué limitarse a las que se adopten bajo este.

c) Cuando durante el seguimiento del cumplimiento de la DIA se detecte que las medidas preventivas, correctoras o compensatorias son insuficientes, innecesarias o ineficaces.

56) Los anteriores supuestos pueden resultar comprensibles en la medida en que con la autorización de un proyecto no se terminan los efectos de la DIA en el tiempo, bien porque se esté ante actividades de tracto continuo o bien porque el proyecto en cuestión despliegue efectos más allá de su concreta construcción (v.g, una carretera)¹⁶⁸, pudiendo resultar necesaria la modificación de las condiciones inicialmente impuestas en la DIA. Las circunstancias que enumera la LEA en el caso de la DIA no implicarían derecho a indemnización alguna, como, por otra parte, se desprendería del silencio del legislador y sucede en el caso de las autorizaciones de tracto sucesivo; v.g., la autorización ambiental integrada¹⁶⁹. Finalmente, el procedimiento de modificación resulta paralelo al de la DAE.

C) *Modificación de DAE o DIA y Natura 2000*

57) Como ya se ha señalado, la figura de la modificación de DAE y DIA suscita problemas diversos, algunos planteados en párrafos anteriores. Corresponde ahora examinar su incidencia en el caso de las zonas incluidas en la Red Natura 2000 (lugares de importancia comunitaria, zonas de especial protección para las aves y zonas de especial conservación). Los problemas se pueden plantear en varios planos:

a) En el de la propia evaluación. La jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto que esta exige identificar, «a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia, *todos los aspectos* del plan o del proyecto que, por sí solos o en combinación con otros planes o pro-

¹⁶⁸ Véase el asunto C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA v. Ayuntamiento de Madrid*.

¹⁶⁹ Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, artículo 25.5.

yectos, puedan afectar a dichos objetivos»¹⁷⁰. La necesidad de que la adecuada evaluación de impacto se lleve a cabo tomando como base los mejores conocimientos científicos existentes es una constante en la jurisprudencia del TJUE, ya que es preciso que no exista «ninguna duda razonable» sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate¹⁷¹. Si los estudios realizados se caracterizan por presentar lagunas y por no comprender constataciones y conclusiones «completas, precisas y definitivas» que pudieran disipar «cualquier duda científica razonable» sobre los efectos de las obras previstas para la zona de protección de que se trate, no resulta posible que se adopte una autorización de un plan o proyecto¹⁷². En el caso de los planes, si la EAE ha sido incompleta y la DAE incorrecta, por ignorarse hechos anteriores, el mecanismo de la LEA estaría reconociendo que un plan ha sido adoptado sin contar con la debida información. Tal vicio no quedará aislado en la DAE, sino que se habrá trasladado al propio plan, que necesariamente la debe tener en cuenta. El calculado lenguaje de la DAE, que se refiere a «hechos o circunstancias anteriores que, en su momento, no fueron o no pudieron ser objeto de la *adecuada valoración*»¹⁷³, no puede acoger, debido a su indeterminación, cualquier tipo de deficiencia, mayor o menor, a este respecto.

b) En segundo lugar, la modificación de la DAE tiene incidencia en el plan por el hecho de que las autoridades competentes no pueden adoptar una decisión favorable para la ejecución de un plan (también un proyecto) si las conclusiones de la evaluación son negativas. Esta circunstancia trastoca, por cierto, la naturaleza de informe preceptivo y determinante que la LEA predica de DAE o DIA.

VIII. APUNTES SOBRE EL SEGUIMIENTO

58) Evaluar planes o proyectos con efectos ambientales significativos constituye una obligación insoslayable. También lo es el seguimiento de sus efectos en la fase de ejecución, como así se señala entre los objetivos de la LEA¹⁷⁴. La Ley, siguiendo la estela de la normativa de evaluación que deroga, dedica ahora con mayor atención una serie

¹⁷⁰ Asunto C-127/02, *Waddenzee*, apt. 54; cursiva añadida.

¹⁷¹ Asunto C-127/02, *Waddenzee*, apts. 56 y 59; asunto C-239/04, *Comisión v. Portugal*, apt. 20; asunto C-304/05, *Comisión v. Italia*, apts. 58 y 59.

¹⁷² Asunto C-304/05, *Comisión v. Italia*, apt. 69; GARCÍA URETA (2012), «Directiva de Hábitats y evaluación de impacto ambiental», en A. GARCÍA URETA (dir.), *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: balance de 20 años*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 103-135.

¹⁷³ Artículo 28.1 LEA.

¹⁷⁴ Artículo 1.1.d) LEA.

de normas sobre esta materia en diferentes planos. Otra cuestión es que tal seguimiento se lleve a cabo, lo que se enmarca no solo en las concretas disposiciones de la Ley, sino más en general en el necesario reforzamiento de la potestad inspectora en unos tiempos en los que la desregulación y los (en teoría) controles a posteriori son los que ganan un mayor terreno. El seguimiento recibe diferentes referencias a lo largo del texto de la LEA. Esta habla en ocasiones de vigilancia o de vigilancia y seguimiento, sin establecer una línea divisoria o sin determinar su contenido¹⁷⁵. Algunas tienen que ver con la información que debe proporcionar el promotor, exigiéndose que elabore un programa de vigilancia ambiental o de seguimiento¹⁷⁶. En otras ocasiones, el seguimiento se menciona entre los aspectos que pueden aparecer en la DAE, caso de la creación de una comisión de seguimiento sobre la que, como ya se ha indicado, nada más se señala. Lógicamente, el seguimiento debe aparecer entre los aspectos sobre la adopción del plan y, por tanto, han de ser objeto de publicidad. Igualmente, el seguimiento puede justificar la ulterior modificación de una DIA. En efecto, la LEA recoge como uno de los posibles motivos de modificación el hecho de que «durante el seguimiento del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental se detecte que las medidas preventivas, correctoras o compensatorias son insuficientes, innecesarias o ineficaces»¹⁷⁷. El seguimiento también aparece mencionado en el caso de las consultas transfronterizas¹⁷⁸.

59) Por lo que respecta a las atribuciones relacionadas con el seguimiento, la LEA indica que son los órganos sustantivos o los órganos que, en su caso, designen las Comunidades Autónomas respecto de los planes o programas que no sean de competencia estatal¹⁷⁹. No obstante, siguiendo una tradición en materia de vigilancia¹⁸⁰, la LEA indica que el órgano ambiental «participará en el seguimiento de dichos planes o programas», pudiendo recabar información y «realizar las comprobaciones que considere necesarias». El contenido del seguimiento son los efectos en el medio ambiente derivados de la aplicación o eje-

¹⁷⁵ El Anexo IV.9 habla de un programa de vigilancia ambiental en el que se describan las medidas previstas para el seguimiento, mientras que el Anexo VI.1.g) se refiere a un programa de vigilancia y seguimiento ambiental, al igual que el Anexo VI.7.

¹⁷⁶ Artículo 29.1.j); artículo 45.1.f) LEA.

¹⁷⁷ Artículo 44.1.c) LEA. Véase la STS de 24 de enero de 2014 (recurso 2522/2011).

¹⁷⁸ Artículo 50.3.b) LEA.

¹⁷⁹ No obstante lo anterior, la DAE, el IAE, la DIA y el IIA de planes y proyectos estatales (salvo los proyectos sujetos a la normativa de energía nuclear y los destinados a la producción de explosivos) pueden establecer, a propuesta del órgano sustantivo y con el acuerdo expreso de la Comunidad Autónoma, que el seguimiento de «determinadas» condiciones, criterios o indicadores ambientales sea realizado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

¹⁸⁰ Véase el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1302/1986.

cucción del plan o proyecto para, entre otras cosas, identificar con prontitud los efectos adversos no previstos y permitir llevar a cabo las medidas adecuadas para evitarlos. Entre estas medidas pueden estar aquellas exigibles en el contexto de la Ley 26/2007¹⁸¹. A los efectos del seguimiento, el promotor debe remitir al órgano sustantivo, en los términos establecidos en la DAE, el IAE, la DIA o el IIA, un informe con un listado de comprobación de las medidas previstas en el programa de vigilancia ambiental, debiéndose publicar en la sede electrónica del órgano sustantivo.

IX. BREVES COMENTARIOS CONCLUSIVOS

60) La LEA constituye un cuerpo normativo que ha aunado los regímenes de evaluación de impacto ambiental de planes y proyectos. Esta opción del legislador no calibra las diferencias de ámbito y enfoque de aquellos y de los productos resultantes, planes, que pueden tener naturaleza normativa y vigencia indefinida, y proyectos. Por otra parte, la LEA introduce una discutible «rehabilitación» de la DAE atribuyendo una potestad muy amplia y, además, sin sujeción a elementales limitaciones temporales. Ahora bien, por encima de estas cuestiones, la evaluación requiere una mayor atención de la información y datos que sustenten sus conclusiones, elementos que han de ser objeto de una mayor atención por parte de la Administración y, también, de la jurisdicción contencioso-administrativa. La pauta seguida por el TJUE ofrece un buen ejemplo a este respecto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, José Francisco (2009): «La evaluación de impacto ambiental a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona, págs. 29-67.
- ARIAS MARTÍNEZ, M.^a Antonia (2009): «El régimen sancionador en el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona, págs. 147-164.
- CASHMAN, Liam (2004): «Environmental impact assessment», en Marco ONIDA (ed.), *Europe and the Environment. Legal Essays in Honour of Ludwig Krämer*, Europa Law Publishing, Groningen, págs. 65-90.

¹⁸¹ Otra cuestión es que el promotor no tenga que afrontar los costes de las medidas, en las condiciones que la Ley 26/2007 señala (art. 14).

- EMBED IRUJO, Antonio (2012): «La consideración del marco jurídico de los proyectos sometidos, o no, a evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Quince años del Jurisprudencia del Tribunal de Justicia: 1996-2011)», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, págs. 3159-3176
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (2009): *La Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas Urbanísticos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA URETA, Agustín (1994): *Marco jurídico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: El contexto comunitario y estatal*, IVAP, Oñati.
- (2004): «La evaluación de planes y programas», *IeZ* (Ingurugiroa eta Zuzenbidea-Ambiente y Derecho), págs. 49-68.
- (2011a): «Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas: ¿Recurso directo contra leyes en vía contenciosa? Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011, *Boxus v. Regione Wallone*, asuntos acumulados C-128/09 a C-131/09, C134/09 y C-135/09», *La Ley*, 27-11, págs. 1-6.
- (2011b): «Habitats Directive and jails: Why the Spanish Supreme Court has got it wrong», *Environmental Liability*, págs. 53-62.
- (2012): «Directiva de Hábitats y evaluación de impacto ambiental», en Agustín GARCÍA URETA (dir.), *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 años*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 103-135.
- GARCÍA URETA, Agustín, y CUBERO MARCOS, José Ignacio (2004): «Directiva de Hábitats: Principio de Precaución y evaluación de planes y proyectos. Comentario a *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, asunto C-127/02, sentencia del TJCE (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004», *Revista Vasca de Administración Pública*, págs. 361-381.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín, y LAZCANO BROTONS, Iñigo (2007): *Derecho ambiental. Parte general*, Lete, Bilbao, págs. 219-222.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo (2010): «Planes parciales y evaluación conjunta de impacto ambiental», *Revista Vasca de Administración Pública*, págs. 101-138.
- LOZANO CUTANDA, Blanca; SÁNCHEZ LAMELAS, Ana, y PERNAS GARCÍA, José (2012): *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada*, La Ley, Madrid, págs. 71-153.
- MORENO MOLINA, Ángel-Manuel (2006): «Environmental Impact Assessment in EC Law; a critical appraisal», en Richard MACRORY (ed.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law*, Europa Law Publishing, Groningen, págs. 43-59.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2012): «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, págs. 1-43.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2009): «¿Participación efectiva o quimera procedimental?», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona, págs. 121-145.
- PERNAS GARCÍA, José (2010): «Técnicas preventivas de protección ambiental y normativa de servicios. Análisis particularizado de la evaluación de impacto ambiental y de la ordenación administrativa de la gestión de residuos», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, págs. 1-35.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (2002): «La evaluación de impacto ambiental», en Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir.), *Comentario a la legislación de impacto ambiental*, Civitas, Madrid, págs. 31-96.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2000): *Evaluación de impacto ambiental*, Aranzadi, Pamplona.

- ROSA MORENO, Juan (1993): *Régimen jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental*, Trivium, Madrid.
- (2002): «El ámbito de aplicación: los proyectos de obras, instalaciones y actividades sometidos a evaluación de impacto ambiental», en Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir.), *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Civitas, Madrid, págs. 97-207.
- SANTAMARÍA ARINAS, René (2006): «La evaluación ambiental de planes de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja», *Anuario Jurídico de La Rioja*, págs. 85-110.
- (2013): «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina “Boxus” por el Tribunal Constitucional español», *Revista de Administración Pública*, págs. 165-195.