

*Publicado en Actualidad Jurídica Ambiental el 1 de febrero de 2023*

**“LA INADAPTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE  
EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LAS LEYES  
42/2007 (PATRIMONIO NATURAL) Y 21/2013 (EVALUACIÓN  
AMBIENTAL) A LA DIRECTIVA DE HÁBITATS DE LA UNIÓN  
EUROPEA”**

“THE INADEQUACY OF THE ENVIRONMENTAL IMPACT  
ASSESSMENT PROCEDURE OF LAWS 42/2007 (NATURAL  
PATRIMONY) AND 21/2013 (ENVIRONMENTAL ASSESSMENT) TO  
THE HABITATS DIRECTIVE OF THE EUROPEAN UNION”

**Autor:** Agustín García Ureta\*. Catedrático de Derecho administrativo.  
Universidad del País Vasco/Euskal-Herriko Unibertsitatea

**Fecha de recepción:** 22/11/2023

**Fecha de aceptación:** 16/01/2023

**Doi:** <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00098>

**Resumen:**

Este trabajo analiza las previsiones establecidas en la Ley 42/2007 (patrimonio natural), de y 21/2013 (evaluación ambiental) sobre la adecuada evaluación de impacto en el caso de las zonas de la red Natura 2000. Las referencias cruzadas entre ambas normas plantean problemas de compatibilidad con la Directiva de Hábitats, al permitir la consideración de medidas de mitigación y de compensación en momentos procedimentales que no admite la Directiva. El trabajo sostiene que esta circunstancia exige un procedimiento específico de evaluación a los efectos del artículo 6 (apartados 3 y 4) de la Directiva y no la aplicación de las disposiciones generales de la normativa de EIA de la Ley 21/2013.

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación coordinado PID2020-115505RB-C21/PID2020-115505RB-C22, financiado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. El autor agradece a Ricardo García Moral, Eduardo Salazar Ortuño y Aitana de la Varga Pastor sus comentarios y sugerencias durante la redacción de este trabajo. Errores u omisiones solo deben atribuirse al autor.

## **Abstract:**

This paper examines the provisions set out in Law 42/2007 (natural patrimony) and 21/2013 (environmental assessment) regarding the appropriate impact assessment in the case of Natura 2000 network areas. The cross-references between both Laws raise problems of compatibility with the Habitats Directive as they allow the consideration of mitigation and compensation measures at procedural stages not permitted by the Directive. The paper argues that this requires a specific assessment procedure for the purposes of Article 6(3) and (4) of the Directive and not merely the application of the general EIA provisions set out in Law 21/2013.

**Palabras clave:** Natura 2000. Adecuada evaluación de impacto. Inadaptación. Leyes 42/2007 y 21/2013.

**Keywords:** Natura 2000. Appropriate environmental assessment. Inadequacy. Laws 42/2007 and 21/2013.

## **Índice:**

1. **Introducción**
2. **El mecanismo de evaluación en el artículo 6.3 DH**
  - 2.1. **Un apunte sobre las medidas de “mitigación” y “compensación”**
  - 2.2. **Imposibilidad de tener en cuenta medidas de mitigación en la fase de “evaluación previa” de la DH**
  - 2.3. **Imposibilidad de tener en cuenta las medidas de compensación en la fase de “adecuada” evaluación de la DH**
3. **La inadecuación de las Leyes 42/2007 y 21/2013 al artículo 6 (apartados 3 y 4) de la Directiva de Hábitats**
  - 3.1. **Las remisiones cruzadas entre la LPNB y la LEA**
  - 3.2. **Algunas incompatibilidades de la LEA con la DH**
    - 3.2.1. **El caso de los planes**
    - 3.2.2. **El caso de los proyectos**
    - 3.2.3. **Otros problemas communes de incompatibilidad en el caso de planes y proyectos**
    - 3.2.4. **El momento procedimental de análisis de las medidas de compensación**
4. **Comentarios conclusivos**
5. **Bibliografía**

## Index:

1. **Introduction**
2. **The assessment mechanism in article 6.3 HD**
  - 2.1. **A note on “mitigation” and “compensation” measures**
  - 2.2. **Impossibility to consider mitigation measures in the previous assessment of the HD**
  - 2.3. **Impossibility to consider compensation measures at the “appropriate” assessment stage of the HD**
3. **The Inadequacy of Laws 42/2007 and 21/2013 to article 6 (3 and 4) of the Habitats Directive**
  - 3.1. **Cross-references between Law 42/2007 and Law 21/2013**
  - 3.2. **Some incompatibilities of Law 21/2013 with the HD**
    - 3.2.1. **The case of plans**
    - 3.2.2. **The case of projects**
    - 3.2.3. **Other common incompatibility problems in the case of plans and projects**
    - 3.2.4. **The timing of consideration of compensatory measures**
4. **Conclusive remarks**
5. **Bibliography**

## 1. INTRODUCCIÓN

La adaptación del ordenamiento jurídico español al Derecho de la Unión Europea (UE) no suele ser una tarea sencilla. Dejando de lado las dificultades intrínsecas de la normativa europea, el legislador del Estado, que suele ser el que, con carácter básico, da paso a la transposición de dichas normas, si no lo hace tardíamente, lo lleva a cabo, en ocasiones, sin calibrar las implicaciones reales de las disposiciones europeas y, en particular, su efecto útil. Esta circunstancia supone que aquellas queden oscurecidas con transposiciones que, si no literales, aparecen bastante pegadas al texto europeo. Todo ello refleja, posiblemente, que el Derecho de la UE se siga considerando, treinta y seis años después de la adhesión, como algo “foráneo”, cuando buena parte del Derecho interno, incluido el ambiental, se viene a pergeñar en “Bruselas” afectando a numerosos aspectos de la vida jurídica de las Administraciones y, por ende, de las personas.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> A modo de ejemplo véase GALERA RODRIGO, S, “En el Día del Medio Ambiente: España, ¿hasta cuándo el último de la clase en políticas ambientales europeas?”, 5 de junio de 2018, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 80.

Ahora bien, en ocasiones, la inadaptación al ordenamiento de la UE proviene de forma sobrevenida, al omitirse la debida adaptación a lo que las distintas sentencias del Tribunal de Justicia (TJUE) precisan como derecho vigente. En efecto, las sentencias interpretativas del TJUE también afectan a las normas de los Estados miembros que hayan transpuesto las correspondientes disposiciones europeas.<sup>2</sup> Por tanto, no solo inciden aquellas que, en su caso, declaran un incumplimiento tras el procedimiento del art. 258 TFUE, como ha sucedido palmariamente con el sistema de responsabilidad por infracción del Derecho de la UE,<sup>3</sup> o con la aplicación de la Directiva 91/271, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas,<sup>4</sup> sino con otras muchas sentencias que aclaran el sentido correcto de la norma europea y que necesariamente obligan a todos los poderes públicos, incluido el legislador.

El caso que aquí se examina tiene que ver con la inadaptación de las Leyes 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB), y 21/2013, de evaluación ambiental (LEA)<sup>5</sup> a los requisitos de la Directiva 92/43, relativa a la

---

<sup>2</sup> Como ha señalado el TJUE: “La interpretación que, en ejercicio de la competencia que le confiere el artículo [267] del Tratado (...), da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario, esclarece y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de esta tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor”. Asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Sri Meridionale Industria Salumi*, apt. 9. Sobre los efectos de las cuestiones prejudiciales puede verse GARCÍA URETA, A., *Derecho de la Unión Europea. Parte General*, Marcial Pons, 2013, pp. 255-256.

<sup>3</sup> Asunto C-278/20, *Comisión v. España*.

<sup>4</sup> Asunto C-343/10, *Comisión v. España* (esta sentencia no ha sido publicada). Asunto C-205/17, *Comisión v. España*. En esta segunda sentencia el TJUE impuso una condena de 12 millones de euros y a una multa coercitiva de 10.950.000 euros por cada semestre de retraso en la aplicación de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia en el asunto C-343/10.

<sup>5</sup> La EIA, en particular de proyectos, también ha tenido sus propios problemas de adaptación. Sobre esta materia puede verse, en particular: DE LA VARGA PASTOR, A, “Fortalezas, debilidades y retos de la legislación autonómica en materia de evaluación de impacto ambiental de proyectos a la luz de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental”, en SANZ LARRUGA, F.J (coord.), *Derecho ambiental en tiempo de crisis* (Tirant lo Blanch, 2016), 51-64. GARCÍA URETA, A, “Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental”, (2014) *Revista de Administración Pública*, 317-371; del mismo autor, “Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental”, (2019) *Actualidad Jurídica Ambiental*, págs. 51-98. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A (dir.) *Régimen jurídico de la evaluación ambiental: comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, 2014; PERNAS GARCÍA, J.J, “La evaluación de impacto ambiental de proyectos en la Ley 21/2013: luces y sombras de las medidas adoptadas para clarificar y agilizar el procedimiento y armonizar la normativa”, (2015) *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 163-217. SARASÍBAR IRIARTE, M, “Régimen de control y cumplimiento en materia de evaluación de impacto ambiental”, (2015) *Revista de Derecho Urbanístico y Medio*

conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DH) y a su mecanismo de evaluación “adecuada” (EIA). Para ello, este trabajo se divide en dos partes. La primera tiene que ver con la jurisprudencia del TJUE sobre el mecanismo del art. 6.3 DH, en particular, con la denominada “EIA previa” y el papel de las medidas de corrección (mitigación en la jerga doctrinal habitual) y de compensación; la segunda examina la incorrecta adaptación a la misma por parte de la LPNB y LEA. El trabajo concluye señalando que sería necesario pergeñar un procedimiento propio de EIA que tenga en cuentas las exigencias de la UE y que no meramente se remita a la regulación general de la LEA.

## 2. EL MECANISMO DE EVALUACIÓN EN EL ARTÍCULO 6.3 DH

La DH contiene una norma central en su art. 6.3 (primer párrafo), por la que

*“[c]ualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar 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 y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar”.*

La norma añade, también en su primer párrafo, que

*“[a] la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4, las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.”*

Por su parte, el apartado 4, recoge una vía para poder ejecutar planes o proyectos a pesar de contar con una EIA negativa, conteniendo las excepciones que es posible invocar en este caso:

*“4. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado.*

*En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden”.*

---

*Ambiente*, 181-222. SANZ RUBIALES, I, *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos. Algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021.

No es el propósito de este trabajo analizar en detalle el mecanismo de EIA en la DH o el alcance *sustantivo* de las diferentes excepciones que enumera el art. 6.4 DH, sino examinar algunas cuestiones procedimentales del mismo a las que tanto la LPNB como la LEA continúan sin adaptarse correctamente debido a las referencias cruzadas entre ellas. Para ello, es preciso, en primer lugar, analizar las limitaciones que establece la DH para las fases de la EIA, en la interpretación dada por el TJUE.

## **2.1. Un apunte sobre las medidas de “mitigación” y “compensación”**

La normativa europea de EIA no ofrece ninguna definición de términos tales como “restauración” o “compensación”, que también aparecen en otras normas ambientales, caso de la DH, la Directiva 2009/147 (aves silvestres, DAS),<sup>6</sup> o la Directiva 2004/35 (sobre responsabilidad medioambiental).<sup>7</sup> Las distintas versiones lingüísticas tampoco recogen el término global de “mitigación”, empleado habitualmente en la bibliografía sobre el tema.<sup>8</sup> La Directiva 2001/42 (Directiva de EIA de planes), carece de pautas respecto de la evitación, reducción o compensación de los efectos adversos significativos, a pesar de que el promotor deba proporcionar información sobre las medidas que respondan a estas tres actuaciones.<sup>9</sup> Otro tanto sucede con la Directiva 2011/92 (Directiva de EIA de proyectos).<sup>10</sup> Incluso, la DH, a pesar de exigir medidas compensatorias en el supuesto de planes o proyectos, con evaluaciones negativas,<sup>11</sup> no ofrece una versión de lo que pueda entenderse por compensación. Tampoco aclara qué es una “adecuada” EIA,<sup>12</sup> ni ofrece un

---

<sup>6</sup> Art. 2 DH; art. 3.2.c) DAS.

<sup>7</sup> Véase el Anexo II.

<sup>8</sup> El TJUE ya lo ha destacado en el caso de la DH. Asuntos acumulados C-387/15 y C-388/15, *Orleans*, apt. 57.

<sup>9</sup> Art. 5.3.b) y Anexo IV.6 de la Directiva de EIA de proyectos.

<sup>10</sup> El octavo considerando de esta directiva señala (cursiva añadida): “Es necesario, por tanto, actuar a escala comunitaria con el fin de establecer un *marco general* de evaluación medioambiental que establezca unos principios amplios del sistema de evaluación medioambiental y *deje los detalles* a los Estados miembros, teniendo presente el principio de subsidiariedad”.

<sup>11</sup> Art. 6.4 HD.

<sup>12</sup> Téngase en cuenta que el TJUE ha señalado que la EIA “adecuada” implica que la autoridad nacional competente tome en consideración el conjunto de repercusiones que el plan o el proyecto en cuestión, individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, pueda tener en el lugar de que se trate, y, por consiguiente, que esa autoridad identifique y valore todos los aspectos de ese plan o de ese proyecto que puedan afectar a los objetivos de conservación de ese lugar. Una evaluación solo puede considerarse apropiada si las constataciones, las valoraciones y las conclusiones que contenga presentan un carácter completo, preciso y definitivo, por una parte, y si permiten disipar cualquier duda científica razonable sobre los efectos de ese plan o proyecto en el lugar en cuestión, por otra parte.

muestrario de las medidas de compensación que se podrían implantar en los Estados miembros.

En la terminología relativa a la EIA se pueden distinguir diferentes nociones. La directiva de EIA de proyectos emplea la tríada de “medidas para evitar, reducir, y, si fuera posible, compensar” o “contrarrestar”,<sup>13</sup> siguiendo una jerarquía estándar.<sup>14</sup> Así como las de evitar y reducir se ubican en la órbita de la mitigación (*in genere*) lo mismo no es aplicable a la compensación, ya que está situada en un plano, sustantivo y temporal, diferente. Las medidas de mitigación corresponden básicamente a aquellas que se deben examinar y, en su caso, adoptar para, en primer lugar, evitar los impactos negativos y, en segundo término, reducir sus magnitudes o duración. Así, la mitigación puede sortear un impacto de manera que no se lleve a cabo una determinada acción, o minimizar su dimensión si se prevé que vaya a producirse. Su análisis se ubica inicialmente en el estudio que el correspondiente promotor haga de tales efectos, aunque dichas medidas también deban adoptarse, “cuando sea necesario”, en la decisión que finalmente se adopte sobre el proyecto, que corresponde a las autoridades competentes.<sup>15</sup> Tales medidas pueden afectar tanto al diseño de la actuación, en términos de extensión o intensidad, como a las previsiones de ejecución que se puedan considerar, estando vinculadas con las posibles alternativas objeto de examen, elemento esencial para plantear las distintas opciones que admita la actuación de que se trate.<sup>16</sup> El lenguaje indiferenciado que emplea la Directiva de EIA de proyectos confirma esta aseveración.<sup>17</sup> En todo caso, fuerzan a internalizar las repercusiones que pueda suscitar el plan o proyecto en su concepción, planteamiento y detalles. De esta manera, como se ha indicado, “las alternativas se convierten en medidas de mitigación en las que se introducen cambios específicos en el diseño del proyecto o en los métodos de construcción o explotación para evitar, reducir o remediar los efectos

---

Asunto C-278/21, *Dansk Akvakultur agissant pour AquaPri A/S v. Miljø- og Fødevarerklagenævnet*, apts. 32 y 51, respectivamente.

<sup>13</sup> Art. 5.3.b) y art. 9.1.c).

<sup>14</sup> Véase, sin embargo, el Anexo VI.8.c) LEA.

<sup>15</sup> Directiva de proyectos, art. 9.1.c).

<sup>16</sup> Sobre la ausencia de alternativas puede verse la STS de 12 de junio de 2018, rec. 263/201; igualmente, la STS de 8 de septiembre de 2009, rec. 5194/2005.

<sup>17</sup> Art. 5.3.d); Anexo IV.2.

ambientales”.<sup>18</sup> Lo anterior puede implicar que los beneficios de la EIA sean mayores que los visibles.<sup>19</sup>

Las orientaciones de la Comisión Europea en materia de EIA distinguen, dentro de las medidas de mitigación, entre aquellas que son *de prevención* (cambio de los medios o las técnicas, no emprender determinados proyectos o componentes que podrían provocar impactos adversos o la modificación del emplazamiento, evitando las zonas ambientalmente sensibles) y de *reducción de impactos* (reducción o reubicación del proyecto, rediseño de elementos del proyecto, la utilización de una tecnología diferente y la adopción de medidas complementarias para reducir los impactos, ya sea en la fuente o en el receptor (v.g., barreras acústicas, tratamiento de gases residuales, tipo de superficie de la carretera).<sup>20</sup> La distinción entre ambos tipos de medidas pasa por la aplicación de las primeras en el propio diseño del plan o proyecto, mientras que las segundas actuarían en el plano de la EIA que el promotor lleve a cabo para la redacción de su estudio de impacto. Resulta lógico que quien diseñe una determinada actuación que pueda verse sujeta a EIA: a) internalice medidas de reducción de impactos para evitar precisamente caer en este procedimiento, a pesar de la amplitud de la normativa europea,<sup>21</sup> o b) en su caso, para que el procedimiento de decisión finalice de forma estimatoria, aunque la autoridad competente pueda legítimamente imponerle otras medidas. Ahora bien, debido a la interrelación entre ambos momentos, diseño de la actuación y evaluación

---

<sup>18</sup> Comisión Europea, “Guiding on Environmental Assessment of Projects. Guidance on scoping” (2017), p. 46 (traducción del autor). La Comisión avanza las siguientes medidas de mitigación: “Estrategias alternativas, por ejemplo, para gestionar la demanda o reducir las pérdidas en lugar de desarrollar un nuevo recurso. Lugares o rutas alternativas para todo o parte del proyecto. Tecnologías y materias primas alternativas, por ejemplo, la construcción de una central de turbina de gas de ciclo combinado en lugar de una central eléctrica de carbón. Diseños alternativos, por ejemplo, la ubicación de las actividades ruidosas lejos de los receptores sensibles o la sustitución de una gran chimenea para las emisiones gaseosas por otra de emisiones de gases por dos más pequeñas. Medidas ambientales alternativas, por ejemplo, la construcción de un ecoducto (el ecoducto es un medio estructural por el que de los animales para atravesar con seguridad las construcciones y barreras humanas) para garantizar el paso seguro de la fauna a través de una de una autopista, en lugar de establecer un hábitat compensatorio”.

<sup>19</sup> OOSTERHUIS, F., “Costs and benefits of the EIA Directive. Final report for DG Environment under specific agreement no. 07010401/2006/447175/FRA/G1” (2007), p. 19.

<sup>20</sup> “Assessment of Projects. Guidance on the preparation of the Environmental Impact Assessment Report”, 2017, p. 56.

<sup>21</sup> Véase el asunto C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, apt. 31. Asunto C-227/01, *Comisión v. España*, apt. 46. En el caso de la DH los asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*. Asunto C-278/21, *Danske Akvakultur agissant pour AquaPri A/S v. Miljø- og Fødevarerklagenævnet*.

de la misma, tales medidas tienen evidentes puntos de conexión entre sí, por lo que trazar una divisoria neta puede resultar complicado.

Ante la ausencia de un listado genérico de posibles medidas en la normativa europea (y estatal) de EIA, el contenido de las de prevención y mitigación lo determina la actuación a realizar (sus efectos) y, en particular, el medio ambiente previsiblemente afectado. Tales efectos son los que marcan la pauta de la aplicación preventiva de aquellas. Lógicamente, cuanto mayor calidad (o complejidad) contengan los factores ambientales (ecosistemas) previsiblemente afectados mayor será el grado de mitigación de las correspondientes medidas, aunque esto no implique el final de las que haya que contemplar. En efecto, la EIA, ya sea de planes como de proyectos, exige considerar la “interacción” entre los distintos factores ambientales a analizar,<sup>22</sup> por lo que la posible acumulación y sinergia de efectos condicionen el número, tipo y, en definitiva, la extensión de las medidas.<sup>23</sup>

Por otra parte, y sin entrar en un análisis pormenorizado, la compensación suscita recelos por varios motivos. En primer lugar, por vincularse con un eventual derecho a dañar el medio ambiente, en la medida que se pueda compensar de alguna manera. En segundo término, porque la capacidad de objetivar los valores ambientales que deben ser compensados no resulta sencilla, en particular cuando se trata de funciones o dinámicas y no tanto de elementos que se puedan singularizar. Una tercera dificultad radica en el tiempo para que la compensación logre sus resultados y de que estos puedan efectivamente verificarse, sobre todo cuando se requieran no solo años sino incluso décadas.

En el caso de la DH, la Nota de la Comisión, de 2018, “Gestión de espacios Natura 2000: Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats”,<sup>24</sup> traza la siguiente distinción entre ambas medidas:

*“Las medidas de mitigación, en sentido general, son aquellas destinadas a minimizar o incluso suprimir los efectos negativos que puedan derivarse de la ejecución de un plan o proyecto, de manera que la integridad de un lugar no se vea perjudicada. Estas medidas se contemplan en el marco del artículo 6, apartado 3, y son parte integrante de las especificaciones de un plan o proyecto o bien constituyen una condición a la que se supedita su autorización.*”

---

<sup>22</sup> Directiva de EIA de proyectos, Anexo IV.3. Directiva de EIA de planes, Anexo I.f).

<sup>23</sup> Sobre estas nociones, véase el Anexo VI.10.c) y d) LEA. A este respecto, la LEA indica que “[n]ecesariamente, la identificación de los impactos ambientales derivará del estudio de las interacciones, entre las acciones derivadas del proyecto y las características específicas de los aspectos ambientales afectados en cada caso concreto”. Anexo VI.4.b).

<sup>24</sup> [Comunicación C\(2018\) 7621 final](#).

*Las medidas compensatorias son independientes del proyecto (incluida cualquier medida de mitigación asociada). Su finalidad es contrarrestar los efectos negativos residuales del plan o proyecto, de modo que se mantenga la coherencia ecológica global de la red Natura 2000. Estas medidas solo pueden plantearse en el marco del artículo 6, apartado 4”<sup>25</sup>*

En su comunicación de 2021 sobre el art. 6 (apartados 3 y 4) DH, la Comisión señala, siguiendo lo ya indicado en su nota de 2018, que las medidas compensatorias son medidas “específicas” para un plan o proyecto y “adicionales” a las obligaciones normales que se derivan de la DH y DAS.<sup>26</sup> Su objetivo es “contrarrestar precisamente los efectos negativos de un plan o proyecto para las especies o los hábitats afectados”, siendo el “último recurso, usándose “únicamente cuando se hayan agotado las demás medidas de protección previstas”.<sup>27</sup> Desde una perspectiva negativa, “las medidas compensatorias no constituyen un medio para permitir la ejecución de planes o proyectos al tiempo que se eluden las obligaciones de una evaluación adecuada con arreglo al artículo 6”.<sup>28</sup>

## 2.2. Imposibilidad de tener en cuenta medidas de mitigación en la fase de “evaluación previa” de la DH

A pesar de que la DH no se manifiesta expresamente, el art. 6.3 DH requiere llevar a cabo una EIA “previa” para determinar si un plan o proyecto puede tener efectos apreciables sobre una zona de Natura 2000 para, posteriormente, llevar a cabo una “adecuada” EIA. Al referirse a esta etapa previa, la Comisión ha señalado que “analiza la probabilidad de que un plan o proyecto tenga efectos apreciables en un espacio Natura 2000, ya sea por sí solo o en combinación con otros planes o proyectos. Si los posibles efectos apreciables no pueden descartarse fuera de toda duda razonable, el plan o proyecto tendrá que someterse a una evaluación adecuada completa con arreglo al artículo 6, apartado 3”.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Comunicación C(2018) 7621 final, p. 66.

<sup>26</sup> La consideración de las medidas compensatorias tiene un referente de interés, en el ámbito interno, en una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2009, rec. 933/2003. A la hora de considerar las medidas compensatorias, que consistían en la adquisición y cesión, por parte del promotor de terreno de 90 hectáreas (doble de la extensión de la concesión) en una zona señalada por el gobierno autónomo y la reforestación del cuádruple de la superficie, el Tribunal llega a la conclusión de que “tales medidas o condiciones son simple obligaciones legales impuestas en la citada norma y derivadas de la condición de la zona –entre otras cosas– como Monte de Utilidad Pública”.

<sup>27</sup> [Comunicación C\(2021\) 6913 final. Evaluación de planes y proyectos en relación con espacios Natura 2000: orientación metodológica sobre el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats](#), p. 86.

<sup>28</sup> C(2018) 7621 final, p. 67.

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión C(2021) 6913 final, p. 12. Esto ya se recogía en la Nota de la Comisión C(2018) 7621 final, p. 33. Téngase en cuenta que el TJUE ha afirmado que, para

En el caso de la DH, el TJUE se ha manifestado contrario a la posible consideración de medidas de mitigación a la hora de precisar —de manera previa— si es necesario llevar a cabo una EIA, esto es, al razonar si existe una probabilidad de que un plan o proyecto afecte de forma apreciable al lugar de que se trate (“etapa de cribado”, en palabras de la Comisión).<sup>30</sup> En el asunto *People Over Wind y Sweetman*,<sup>31</sup> relativo a la evaluación de las potenciales repercusiones de la instalación de un cable de conexión a la red eléctrica de un parque eólico, en dos zonas de Natura 2000, la cuestión radicaba en la corrección de una decisión, según la cual no era necesaria una EIA adecuada, teniendo en cuenta las medidas de protección que se habían mencionado en un informe de evaluación previa. Según este informe, las obras de conexión a la red eléctrica no iban a afectar de forma apreciable a los lugares en cuestión, por lo que no era necesario llevar a cabo una EIA “adecuada”. Tal conclusión se había alcanzado habida cuenta de: a) la distancia entre la conexión a la red eléctrica y los lugares y b) de las medidas de protección incorporadas al diseño de la construcción del proyecto. A la luz de ese informe, las autoridades estatales concluyeron que no era precisa una EIA adecuada.

El TJUE reiteró, en primer lugar, la doctrina consolidada sobre la necesidad de llevar a cabo una EIA:

*“[El artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats supedita la exigencia de una evaluación adecuada de las repercusiones de un plan o proyecto al requisito de que exista una probabilidad o una posibilidad de que dicho plan o proyecto afecte de forma significativa al lugar de que se trate. Teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal posibilidad existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable”.*<sup>32</sup>

A lo anterior, el TJUE añadió que la circunstancia de que se tuviesen en cuenta medidas destinadas a evitar o a reducir los efectos negativos de un plan o proyecto sobre una zona de Natura 2000, al valorar la necesidad de realizar una EIA adecuada, presuponía que era probable que la zona se viese perjudicada de forma apreciable y que, por consiguiente, fuese preciso proceder a tal EIA “adecuada”. Corroboraba esta conclusión el hecho de que debía efectuarse un

---

determinar si es necesario someter un plan o un proyecto a una evaluación en virtud de la primera frase del artículo 6.3 DH y, en caso afirmativo, para llevar a cabo esta, “deberán tenerse en cuenta las evaluaciones que hayan podido realizarse anteriormente si son pertinentes y si las constataciones, las valoraciones y las conclusiones que contienen presentan, asimismo, un carácter completo, preciso y definitivo”. Asunto C-278/21, *Dansk Akvakultur agissant pour AquaPri A/S contra Miljø- og Fødevareklagenævnet*, apt. 52.

<sup>30</sup> Comunicación C(2021) 6913 final, p. 12.

<sup>31</sup> Asunto C-323/17. La Abogado General solicitó que el asunto fuese juzgado sin sus conclusiones.

<sup>32</sup> Asunto C-323/17, *People Over Wind y Sweetman v. Coillte Teoranta*, apt. 34.

análisis “completo y preciso” de las medidas para evitar o reducir posibles efectos apreciables sobre el lugar afectado, pero “no en la fase de evaluación previa, sino *precisamente* en la de evaluación adecuada”.<sup>33</sup> Tener en cuenta tales medidas “ya en la fase de evaluación previa” podría poner en peligro el efecto útil de la DH, en general, así como el de la fase de EIA, en particular, ya que esta perdería su objeto y podría eludirse, pese a constituir una garantía esencial establecida por la DH.<sup>34</sup>

Como se examina a continuación, el TJUE también ha salido al paso, en el caso de la DH, de la posible indiferenciación entre las medidas de mitigación y aquellas de compensación, impidiendo que estas segundas puedan considerarse en la EIA “adecuada” que se lleve a cabo.

### **2.3. Imposibilidad de tener en cuenta medidas de compensación en la fase de “adecuada” evaluación de la DH**

Como se desprende de la sentencia en el asunto *People Over Wind y Sweetman*, debe existir una fase de EIA previa, que determine la posible afección apreciable de un plan o proyecto, sin que en esa fase previa se puedan considerar medidas de reducción de efectos apreciables. Con ello no terminan los impedimentos en el contexto del art. 6.3 DH. Otro que se deriva de esta norma es la imposibilidad de tener en cuenta medidas de compensación en la EIA “adecuada”. El tenor de la primera fase del art. 6.3 DH ya lo pone en evidencia, al no mencionarlas, a diferencia del apartado 4. Sin embargo, las previsiones de este apartado se sitúan en un plano secuencial diferente del apartado 3.

Por lo que se refiere a las medidas de compensación, el TJUE ha analizado dos aspectos en un lapso de cuatro años (2014-2018): a) la diferencia con las de mitigación; y b) el tiempo para la aplicación de tales medidas. Una primera referencia sobre la distinción entre mitigación y compensación se encuentra en

---

<sup>33</sup> Asunto C-323/17, *People Over Wind y Sweetman v. Coillte Teoranta*, apt. 36. Por su parte, la Comisión señala en su Nota C(2018) 7621 final, p. 51: “Las medidas de mitigación deben estar directamente vinculadas a las posibles repercusiones detectadas en la evaluación adecuada y solo pueden definirse una vez que estas repercusiones hayan sido totalmente evaluadas y descritas en la evaluación adecuada. Así pues, como se ha señalado en la sección 4.5.1, las medidas de mitigación solo pueden contemplarse en esta etapa, y no en la etapa de evaluación previa”.

<sup>34</sup> Asunto C-323/17, *People Over Wind y Sweetman v. Coillte Teoranta*, apts. 35 y 37. En su Comunicación C(2021) 6931 final, pp. 22-23, la Comisión indica que “en ocasiones los promotores pueden diseñar los proyectos evitando o minimizando las posibles repercusiones desde un principio. Para ello, pueden emplear las mejores tecnologías disponibles o aplicar medidas preventivas, tales como medidas reglamentarias (por ejemplo, zonas de exclusión) prescritas en reglamentos sectoriales, en planes de gestión de la red Natura 2000 o en planes de ordenación territorial o de delimitación de zonas, entre otros”.

el asunto *Briels*,<sup>35</sup> que examinó una medida consistente en la creación futura de una nueva área “de igual o mayor tamaño” del hábitat que iba a verse afectado por un proyecto. Saliendo al paso de una concepción laxa de la mitigación, el TJUE sostuvo que aquella medida no pretendía evitar ni reducir los efectos significativos negativos “provocados directamente” por un plan o proyecto, sino “compensar *con posterioridad* dichos efectos”.<sup>36</sup> A lo anterior se añadió la duda sobre la previsibilidad de tales efectos positivos. La distinción que trazó el TJUE entre mitigación y compensación resulta relevante, ya que la segunda persigue un objetivo que excede o va más allá de reducir o evitar impactos en el seno del plan o proyecto; de ahí que el TJUE se haya referido a las medidas de mitigación como “*integradas en el proyecto*”.<sup>37</sup> A este respecto, la abogada general expresó con claridad la secuencia del art. 6 (apartados 3 y 4) y la distinción entre ambos tipos de medidas:

*“Considero que la distinción semántica básica entre mitigación (o minimización o reducción) y compensación (o reparación) no es demasiado problemática. En el marco del artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva sobre hábitats, una medida de mitigación debe ser la que atenúe las repercusiones negativas de un plan o proyecto, con el objetivo de garantizar, en caso de que sea posible, que (aunque no puedan eliminarse completamente algunas repercusiones insignificantes y/o transitorias) la «integridad del lugar» como tal no se vea afectada de forma negativa. Por el contrario, una medida compensatoria es aquélla que no alcanza este objetivo en el marco más limitado del propio plan o proyecto, sino que pretende contrarrestar esta carencia mediante repercusiones distintas y positivas con el fin al menos de evitar un resultado neto negativo (y, en caso de que sea posible, alcanzar un resultado neto positivo) en un marco más amplio de algún tipo”.*<sup>38</sup>

En la sentencia en el asunto *Briels* pesó otro aspecto de importancia que llevó al TJUE a rechazar una asimilación entre mitigación y compensación, a saber, que, mediante medidas denominadas de mitigación, que fuesen, en realidad, compensatorias, se eludiese el procedimiento de EIA, autorizando proyectos que afectasen a la integridad del lugar de que se tratase.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Asunto C-521/12, *Briels v. Minister van Infrastructuur en Milieu*.

<sup>36</sup> Asunto C-521/12, *Briels v. Minister van Infrastructuur en Milieu*, apt. 31, cursiva añadida.

<sup>37</sup> Asunto C-521/12, *Briels v. Minister van Infrastructuur en Milieu*, apt. 28, cursiva añadida. En el asunto el TJUE señala que si, mediante la expresión de “medidas mitigadoras”, se designan medidas de protección dirigidas a evitar o reducir las repercusiones negativas de un plan o proyecto sobre el lugar de que se trate, la exigencia de que la evaluación de un plan o proyecto prevista en el artículo 6, apartado 3, de la DH contenga constataciones y conclusiones completas, precisas y definitivas obliga a evaluar dichas medidas al mismo tiempo que el propio plan o proyecto y, “por lo tanto, a que dichas medidas se integren en dicho plan o proyecto”. Asunto C-411/19, *WWF Italia nlus v. Presidenza del Consiglio dei Ministri y Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)*, apt. 56.

<sup>38</sup> Asunto C-521/12, *Briels v. Minister van Infrastructuur en Milieu*, Conclusiones, apt. 36.

<sup>39</sup> Asunto C-521/12, *Briels v. Minister van Infrastructuur en Milieu*, apt. 33.

El mismo tipo de razonamiento sobre la distinción entre mitigación y compensación, relacionada también con los lapsos temporales para la aplicación de las segundas medidas, se encuentra en el asunto *Orleans*.<sup>40</sup> A diferencia del asunto *Briels*, en este caso las autoridades estatales habían concluido que la ejecución de un plan de ordenación territorial solo podía ser posible tras la creación de hábitats naturales y de especies, por lo que alegaron que no se estaba ante una medida compensatoria sino de “conservación”. A pesar de esta circunstancia, el TJUE asimiló ambos asuntos, al haberse partido, en sus correspondientes EIA de los proyectos, de la premisa de que unos beneficios “futuros” vendrían a mitigar el apreciable perjuicio causado a una zona de Natura 2000, cuando las medidas de desarrollo de las zonas naturales no se habían acabado de ejecutar.

Posiblemente, es en el tercer asunto (*Grace y Sweetman*),<sup>41</sup> en el que se puede apreciar una mayor precisión conceptual sobre la distinción entre mitigación y compensación y los criterios de distinción. En este caso un proyecto de parque eólico se vio acompañado de un plan de gestión de especies y hábitats con medidas para prevenir efectos potenciales sobre las aves. El proyecto se había autorizado al entenderse que no iba a causar perjuicios a la integridad de una zona de Natura 2000 (ZEPA), ya que, como observó el TJUE, el plan de gestión pretendía garantizar que la parte de la ZEPA que pudiese albergar un hábitat adecuado no se viese reducida y, de hecho, aumentase.<sup>42</sup> A pesar de que el TJUE reconoció que las circunstancias del caso eran diferentes de los asuntos *Briels* y *Orleans*, el TJUE volvió a asimilarlo con dichos casos, al haberse partido de una premisa idéntica sobre los beneficios futuros que paliarían los efectos del proyecto, aunque tales beneficios no eran “seguros”.<sup>43</sup> Al igual que en los asuntos *Briels* y *Orleans*, el TJUE distinguió entre medidas de protección que formasen parte del proyecto, con el objetivo de evitar o reducir los eventuales “perjuicios directos” causados por aquel y las medidas de compensación que no podían tenerse en cuenta en la EIA. Los siguientes fundamentos de la sentencia ofrecen la explicación del TJUE:

*“Solo cuando existe la certeza suficiente de que una medida contribuirá eficazmente a evitar un perjuicio, garantizando que no exista ninguna duda razonable en cuanto a que el proyecto no perjudicará la integridad de la zona, dicha medida podría ser tomada en consideración en la evaluación apropiada”.*

---

<sup>40</sup> Asuntos acumulados C-387/15 y C-388/15, *Orleans*.

<sup>41</sup> Véase también, por sus implicaciones sobre la EIA “adecuada” y las medidas de compensación, el asunto C-142/16, *Comisión v. Alemania*.

<sup>42</sup> Asunto C-164/17, *Grace y Sweetman*, apt. 48.

<sup>43</sup> Asunto C-164/17, *Grace y Sweetman*, apt. 49.

*“Pues bien, en general, los eventuales efectos positivos de la creación futura de un nuevo hábitat, que pretende compensar la pérdida de superficie y de calidad de ese mismo tipo de hábitat en una zona protegida, son difícilmente previsibles o solo serán visibles más tarde”.*<sup>44</sup>

El TJUE añadió una ulterior explicación sobre la incertidumbre de los efectos:

*“Debe subrayarse que el origen de la incertidumbre no está en el hecho de que el hábitat de que se trata en el litigio principal esté sometido a cambios constantes y de que esa zona necesite una gestión «dinámica». Esa incertidumbre se deriva, en cambio, de la identificación de perjuicios reales o potenciales para la integridad de la zona de que se trata en tanto que hábitat de búsqueda de alimento y, en consecuencia, para una de las características constitutivas de dicha zona, así como de la inclusión, en la evaluación de las repercusiones, de beneficios futuros resultantes de medidas, que en el momento de la referida evaluación, tienen un carácter eventual, ya que aún no se ha llevado a término su aplicación. Por esta razón, y sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde al órgano jurisdiccional remitente realizar, los antedichos beneficios no podían preverse con la certeza exigida en el momento en que las autoridades autorizaron el proyecto de que se trata”.*

La sentencia del TJUE exige algunos comentarios. Como se puede apreciar, la distinción entre mitigación y compensación se establece, en principio, sobre dos premisas. Por una parte, la integración o no “en” el plan o proyecto. Por otra, la certidumbre de sus efectos. De acuerdo con el razonamiento del TJUE, se estaría ante medidas de mitigación cuando: a) se integren en, o formen parte directa (intrínseca) de un plan o proyecto y no constituyan una derivación adicional (*ex post*) del mismo, y b) porque se pueda determinar (con certeza) que van a evitar perjuicios a la integridad de una zona de Natura 2000 (“no exista ninguna duda razonable en cuanto a que el proyecto no perjudicará la integridad de la zona”). Por el contrario, en el caso de las compensatorias se está ante medidas de aplicación ulterior y, además, cuyos efectos son difícilmente previsibles o solo “más tarde” (en palabras literales del TJUE).

La cuestión de la certeza constituye, sin duda, una barrera de entidad que el TJUE ha fundamentado en el principio de cautela que subyace en la estructura del art. 6.3 DH.<sup>45</sup> Con todo, y a pesar de lo que sería una neta distinción entre mitigación y compensación, incluso en el primer tipo de medidas puede existir un grado de incertidumbre sobre su efectividad, por varios motivos.

- a) La ciencia siempre implica un grado, mayor o menor, de incertidumbre, aunque esta se pueda reducir por medio de un método científico que pueda predecir con consistencia los posibles impactos de un plan o proyecto y pueda calibrar adecuadamente la efectividad

---

<sup>44</sup> Asunto C-164/17, *Grace y Sweetman*, apts. 51-52.

<sup>45</sup> Asunto C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

de las medidas de mitigación que se apliquen en el seno del proyecto. A pesar de que tanto la Comisión como, sobre todo, el TJUE han insistido en que los estudios de impacto deben fundarse en los mejores conocimientos científicos y que no debe haber lagunas en su elaboración,<sup>46</sup> no se han prescrito unas metodologías que resulten aceptables a los efectos de la EIA. En el caso de la EIA de planes y proyectos con efectos sobre las zonas de Natura 2000, la Comisión hace alusión a una serie de estadios a tener en cuenta, que se caracterizan por su generalidad. De esta manera, en el caso concreto de la determinación de efectos, la Comisión no puede menos que avanzar criterios amplios que no descienden a un mayor detalle.<sup>47</sup>

- b) En segundo término, la EIA implica una introspección en el futuro y tales medidas de mitigación o corrección, por muy integradas que estén en un plan o proyecto, han de acompañar a una actuación que, lógicamente, será objeto de ejecución tras su EIA, lo que comportará necesariamente un determinado grado de incertidumbre. En tal caso, la clave radicará, entre otras cosas, en analizar: 1) si la medida de mitigación se integra ciertamente en el diseño del propio plan o proyecto, 2) no depende de ulteriores efectos o medidas y 3) asegura que este no va a perjudicar a la integridad de un lugar de Natura 2000, ya que en esta última también radica la clave de las mismas.

---

<sup>46</sup> Asunto C-304/05, *Comisión v. Italia*.

<sup>47</sup> Comunicación de la Comisión C(2021) 6913 final, p 44. Así, se indica entre los ejemplos de "métodos para la predicción de repercusiones", los siguientes: "Las mediciones directas, por ejemplo, de la superficie del hábitat perdido o afectado, pueden indicar la pérdida proporcional de poblaciones, hábitats y comunidades de especies. Los diagramas de flujo, las redes y los diagramas de sistemas muestran cadenas de repercusiones resultantes de efectos directos e indirectos, de un modo similar a cómo se generan, e ilustran las interrelaciones y las trayectorias de los procesos. Los modelos predictivos cuantitativos realizan predicciones matemáticas basadas en datos y premisas sobre la fuerza y orientación de las repercusiones. Los modelos pueden extrapolar predicciones coherentes con los datos pasados y presentes (análisis de tendencias, escenarios, analogías que transfieren información de otras localizaciones pertinentes) y previsiones intuitivas. Algunos de los modelos habitualmente utilizados predicen la dispersión de contaminantes por el aire, la erosión del suelo, la carga de sedimentos de los flujos y la curva del oxígeno disuelto en ríos contaminados. Los sistemas de información geográfica (SIG) pueden utilizarse para producir modelos de relaciones espaciales, como capas de superposición con información de restricciones, o para cartografiar zonas sensibles y localizaciones con pérdida de hábitats. Los SIG combinan la cartografía informatizada con el almacenamiento de datos de mapas y un sistema de gestión de bases de datos que almacena atributos tales como el uso del suelo o la pendiente. Un SIG permite mostrar, combinar y analizar rápidamente las variables almacenadas. La información de proyectos anteriores similares puede ser útil, sobre todo si se han realizado predicciones cuantitativas inicialmente y han sido objeto de seguimiento durante la explotación. El dictamen de los expertos puede obtenerse de consultas y experiencias anteriores".

### 3. LA INADECUACIÓN DE LAS LEYES 42/2007 Y 21/2013 AL ARTÍCULO 6 (APARTADOS 3 Y 4) DE LA DIRECTIVA DE HÁBITATS

#### 3.1. Las remisiones cruzadas entre la LPNB y la LEA

Para considerar el papel de la mitigación y compensación en la EIA relativa planes y proyectos que afecten a zonas de la red Natura 2000 hay que recordar, en primer lugar, que la exigida por la DH tiene su propia entidad y que no es coincidente con la de las directivas de EIA de planes y proyectos. Así, el art. 2.3 de la Directiva de EIA de proyectos indica a este respecto:

*“En el caso de los proyectos para los que exista la obligación de efectuar evaluaciones de los efectos medioambientales a la vez en virtud de la presente Directiva y de la Directiva 92/43/CEE del Consejo o la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los Estados miembros velarán, cuando sea conveniente, por que se dispongan procedimientos coordinados o conjuntos que cumplan los requisitos de esos actos legislativos de la Unión”.*<sup>48</sup>

Por su parte, la directiva de EIA de planes señala:

*“La evaluación medioambiental realizada de conformidad con la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de los requisitos de la Directiva 85/337/CEE ni de cualquier otra norma comunitaria”.*<sup>49</sup>

En segundo término, es necesario analizar la relación entre la LEA y la LPNB. El examen de estas dos normas es pertinente, tanto por su referencia al procedimiento de EIA, como por la mención de las medidas mitigación y de compensación. A este respecto, la LPNB establece, en línea con el art. 6.3 DH, la obligación de EIA, señalando que tal plan o proyecto,

*“se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el espacio, que 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, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho espacio”.*<sup>50</sup>

Dejando aparte la deficiente redacción de la disposición, hay que resaltar la remisión que se hace, a los efectos de la denominada “adecuada evaluación”, a lo que señale la normativa estatal básica y la de las Comunidades Autónomas,

---

<sup>48</sup> Véanse los asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA y Vereniging Leefmilieu v. College van gedeputeerde staten van Limburg y College van gedeputeerde staten van Gelderland*, apts. 65-66.

<sup>49</sup> Art. 11.1.

<sup>50</sup> Art. 46 LPNB.

ya que la LPNB no añade más requisitos *en el plano estricto de la EIA*,<sup>51</sup> caso, de la EIA “previa” que sirva para determinar si un plan o proyecto puede tener efectos significativos sobre un lugar de Natura 2000.

Si se acude a la LEA, se puede observar que su Disposición adicional séptima (*Evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan afectar a espacios de la Red Natura 2000*) indica lo siguiente en su apartado 1:

*“La evaluación de los planes, programas y proyectos que, sin tener relación directa con la gestión de un espacio Red Natura 2000 o sin ser necesario para la misma, puedan 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”.*

A la luz de esta disposición adicional, se pueden hacer algunos comentarios preliminares:

- a) El apartado 1 de la disposición adicional séptima tiene naturaleza básica.<sup>52</sup>
- b) La referencia a los planes y proyectos se hace *in genere* y no respecto de los listados que se mencionan en la LEA. Esto es coherente con el hecho de que el concepto de “proyecto”, en el sentido de la DH, es más amplio que los incluidos en la Directiva de EIA de proyectos, que se remite a la existencia de obras o de intervenciones que modifiquen la realidad física de un lugar.<sup>53</sup>
- c) La alusión a los “procedimientos” hay que entenderla respecto de lo que establece la LEA, que emplea la locución “adecuada evaluación” en línea con el art. 6.3 DH.
- d) La remisión de la disposición adicional tiene que ver con los procedimientos del capítulo I (*evaluación estratégica*) y II (*evaluación de impacto ambiental de proyectos*) del Título II (*evaluación ambiental*) y la información ambiental que se debe remitir por parte de los promotores.

---

<sup>51</sup> Téngase en cuenta lo que señala el art. 46.5 LPNB en el caso de que las conclusiones de la EIA sean negativas.

<sup>52</sup> Disposición final octava. Títulos competenciales, apartado 2.a) LEA.

<sup>53</sup> Asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment*UA, apts. 61 a 68

Entre las remisiones cruzadas entre la LEA y la LPNB se encuentra la noción de “compensación”. La LEA recoge, a sus propios efectos,<sup>54</sup> dos definiciones de este término.

- a) La primera es genérica: “medidas excepcionales que se aplican ante *impactos residuales*”.<sup>55</sup> La noción de “impacto residual”, que aparece en la LEA, se refiere a

*“[p]érdidas o alteraciones de los valores naturales cuantificadas en número, superficie, calidad, estructura y función, que no pueden ser evitadas ni reparadas, una vez aplicadas in situ todas las posibles medidas de prevención y corrección”.*<sup>56</sup>

- b) La segunda referencia resulta más delimitada, al referirse a las “Medidas compensatorias Red Natura 2000”, que se definen como “las medidas específicas definidas y reguladas en el artículo 3, apartados 24 y 46, de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad”. La LPNB las concibe como

*“medidas específicas incluidas en un plan o proyecto, que tienen por objeto compensar, lo más exactamente posible, su impacto negativo sobre la especie o el hábitat afectado”.*<sup>57</sup>

Por tanto, se puede apreciar que ambos tipos de medidas no son equivalentes y que la LEA es consciente de que las exigibles por la LPNB responden a un objetivo que va más allá de cubrir posibles impactos “residuales”. Esta distinción resulta de interés debido a las reiteradas referencias a las medidas compensatorias (*in genere*) que se hacen en la LEA. Estas aparecen bien de forma independiente o conjuntamente con aquellas que se califican como compensatorias “Red Natura 2000”. Tal circunstancia lleva a analizar dos aspectos relacionados entre sí: por una parte, el contenido de la información que se ha de remitir en los procedimientos de EIA y, por otra, el momento de consideración de las medidas de mitigación y compensación.

### 3.2. Algunas incompatibilidades de la LEA con la DH

La LEA no viene a adecuarse a la DH, ya que, como se ha analizado anteriormente, esta, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, impide la consideración de medidas de mitigación en la fase de “EIA previa”, esto es, a la hora de determinar si un plan o proyecto puede tener efectos apreciables

---

<sup>54</sup> Art. 5.1 LEA: “A los efectos de esta ley se entenderá por”.

<sup>55</sup> Art. 5.K) LEA, cursiva añadida.

<sup>56</sup> Art. 5.3.l) LEA.

<sup>57</sup> Art. 3.24 LPNB.

sobre un lugar de Natura 2000, lo que, en caso, afirmativo, exige realizar una EIA “adecuada”. En otros supuestos, la consideración de medidas de compensación Red Natura 2000 tampoco es posible.

### 3.2.1. El caso de los planes

En los planes, la denominada EIA estratégica “simplificada” vendría a alinearse con la “EIA previa” bajo el art. 6.3 DH.<sup>58</sup> Tal EIA simplificada determina si aquellos deben someterse a una EIA estratégica ordinaria o si, por el contrario, no acarrear efectos apreciables.<sup>59</sup> En todo caso, el promotor debe remitir, a los efectos de dicha determinación, un “documento ambiental estratégico” que incluya, entre otras cosas, las medidas previstas para prevenir, reducir y, en la medida de lo posible, corregir “cualquier efecto negativo relevante en el medio ambiente de aplicación del plan o programa”.<sup>60</sup> Como ya se ha examinado anteriormente, se mencionan diversas medidas que, según el TJUE, no se podrían considerarse en la fase de “EIA previa” para determinar si el plan puede acarrear efectos apreciables que exijan ulteriormente una EIA “adecuada”.

El anterior problema no sucede con las medidas de mitigación en el supuesto de planes sujetos a una EIA estratégica ordinaria, ya que se asume que estos acarrear tales efectos apreciables y, por tanto, la inclusión de esas medidas resulta coherente con la DH y la jurisprudencia del TJUE. Ahora bien, es más dudoso que el promotor deba añadir, en el estudio de impacto estratégico, las medidas previstas para prevenir, reducir “y, en la medida de lo posible, compensar” cualquier *efecto negativo* importante en el medio ambiente.<sup>61</sup> Si se observa el tenor que se emplea en el Anexo IV.7 LEA (*Contenido del estudio ambiental estratégico*) se puede observar que es paralelo a la noción de medidas compensatorias Red Natura 2000 (“medidas específicas incluidas en un plan o proyecto, que tienen por objeto compensar, lo más exactamente posible, su impacto negativo sobre la especie o el hábitat afectado”) a salvo de la referencia sobre las especies o los hábitats, aspectos que quedarían cubiertos por la genérica locución “medio ambiente” en el Anexo IV.7 LEA.

### 3.2.2. El caso de los proyectos

En los proyectos la situación es bastante similar, al exigirse, en el supuesto de la EIA simplificada,<sup>62</sup> que el promotor acompañe un documento ambiental que incluya las medidas que permitan prevenir, reducir y compensar y, en la medida

---

<sup>58</sup> Véase el art. 6.1.b) LEA.

<sup>59</sup> Art. 31.2 LEA.

<sup>60</sup> Art. 29.1.i) LEA.

<sup>61</sup> Anexo IV.7 LEA, cursiva añadida.

<sup>62</sup> Véase el art. 7.2.b) LEA.

de lo posible, corregir, cualquier efecto negativo relevante en el medio ambiente de la ejecución del proyecto.<sup>63</sup> Ahora bien, como en el caso de los planes, este procedimiento está diseñado para concluir si un proyecto debe sujetarse a una EIA ordinaria o si no acarrea efectos apreciables, por lo que tales medidas no se podrían tener en cuenta bajo lo prescrito por la DH, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

Si el proyecto debe sujetarse a una EIA ordinaria, el promotor ha de incluir, de manera obligatoria, un apartado específico para la EIA de las repercusiones sobre espacios Red Natura 2000, que incluya las correspondientes medidas preventivas, correctoras y “compensatorias Red Natura 2000 y su seguimiento”.<sup>64</sup> Esta exigencia, sin embargo, es incompatible con la secuencia del art. 6.3 DH como ya se ha visto más arriba. Vendría a abonar lo anterior lo señalado en el Anexo VI. Parte A (apartado 5) LEA, que exige, de manera general, que el estudio de impacto ambiental recoja lo siguiente:

*“Se describirán las medidas previstas para prevenir, corregir y, en su caso, compensar, los efectos adversos significativos de las distintas alternativas del proyecto sobre el medio ambiente, tanto en lo referente a su diseño y ubicación, como en cuanto a la explotación, desmantelamiento o demolición. En particular, se definirán las medidas necesarias para paliar los efectos adversos sobre el estado o potencial de las masas de agua afectadas.*

*Las medidas compensatorias consistirán, siempre que sea posible, en acciones de restauración, o de la misma naturaleza y efecto contrario al de la acción emprendida”.*

Como en el supuesto de los planes, en el caso de los proyectos queda la duda de si el tenor del Anexo VI. Parte A (apartado 5) LEA está haciendo alusión, en realidad, a las medidas compensatorias Red Natura 2000, aunque ciertamente no las mencione expresamente (“de la misma naturaleza y efecto contrario al de la acción emprendida”). Sin embargo, teniendo en cuenta lo que indica el art. 35.1.c) LEA, el Anexo VI Parte A (apartado 5) vendría a ratificar, con otro lenguaje, la obligación de incluir tales medidas compensatorias.

---

<sup>63</sup> Art. 45.1.g) LEA.

<sup>64</sup> Art. 35.1.c) (segundo párrafo) LEA. Puede ser más dudosa la incompatibilidad de lo señalado en el párrafo tercero de esta misma norma, por el que “[c]uando se compruebe la existencia de un perjuicio a la integridad de la Red Natura 2000, el promotor justificará documentalmente la inexistencia de alternativas, y la concurrencia de las razones imperiosas de interés público de primer orden mencionadas en el artículo 46, apartados 5, 6 y 7, de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad”. Para ello, la locución “[c]uando se compruebe la existencia de un perjuicio” ha de estar ligada a una conclusión negativa de la EIA.

A lo anterior, el apartado 8.c) del mismo Anexo VI. Parte A (*Evaluación ambiental de repercusiones en espacios de la Red Natura 2000*) añade la obligación de incluir en el estudio de impacto ambiental:

*“Medidas preventivas y correctoras destinadas a mitigar los impactos, y medidas compensatorias destinadas a compensar el impacto residual, evitando con ello un deterioro neto del conjunto de variables que definen el estado de conservación en el conjunto del lugar de los hábitats o las especies afectados por el proyecto”.*

En este segundo caso se contemplan las medidas compensatorias en su vertiente general, es decir, a los efectos de lo “residual”. Con todo, lo anterior lleva a la conclusión de que la LEA debería haber sido más cuidadosa a la hora de referir estas cuestiones, por exigencias de la DH.

### **3.2.3. Otros problemas comunes de incompatibilidad en el caso de planes y proyectos**

En ambos supuestos arriba contemplados (planes y proyectos y respectivas EIA, simplificadas u ordinarias), las previsiones de la LEA tienen el efecto añadido de “contaminar” las alegaciones que puedan realizar otras Administraciones. En el caso de precisar si el plan o proyecto puede implicar efectos apreciables que exijan una EIA ordinaria se habrán añadido medidas de mitigación que no es posible considerar en esta fase. Al examinar los efectos apreciables del plan o proyecto, en la EIA ordinaria, tales Administraciones lo harán sobre la base de un estudio de impacto que incluirá medidas de compensación en línea con las requeridas por la LPNB, ya sea expresamente o por su contenido y finalidad.

También producen el mismo efecto “contaminante” en el órgano ambiental que deba llevar a cabo el denominado “análisis técnico del expediente”:<sup>65</sup>

*“[A]nálisis cuya finalidad es deducir los efectos esperados de los planes, programas y proyectos sobre los diferentes factores objeto de la evaluación ambiental, y proponer las medidas más adecuadas para su prevención, corrección o compensación, así como sus respectivos seguimientos”.*<sup>66</sup>

Aunque es cierto que esta definición recoge la noción genérica de “compensación” de la LEA (impacto residual), no se puede olvidar que el órgano ambiental estará examinando, en el caso de los planes, un estudio de impacto que recogerá medidas para compensar” cualquier *efecto negativo*

---

<sup>65</sup> Arts. 24 y 40, respectivamente, LEA.

<sup>66</sup> Art. 5.1.1) LEA, cursiva añadida.

importante en el medio ambiente”, lo que, como ya se ha señalado, constituye una noción paralela, si no en nombre, sí en el contenido, a las medidas compensatorias Red Natura 2000. Tratándose de los proyectos, el estudio de impacto ambiental debe incluir expresamente este tipo de medidas compensatorias como ya se ha examinado.<sup>67</sup> En ambos casos, tal consideración no resultaría compatible con la secuencia del art. 6.3 DH. Esta última circunstancia lleva a analizar el momento procedimental para considerar las medidas de compensación, puesto que en este caso tampoco la LEA se adecúa a la DH.

#### 3.2.4. El momento procedimental de análisis de las medidas de compensación

Como ha establecido el TJUE, la EIA “adecuada” debe examinar los efectos apreciables del plan o proyecto, llegando a la conclusión de que se puede ejecutar o, en caso contrario, de que esto no es posible, a salvo de acudir a las excepciones que se enumeran en el art. 6.4 DH,<sup>68</sup> lo que dará paso a la adopción de las correspondientes medidas compensatorias.

La traslación de lo anterior a las previsiones de la LEA y la LPNB exige diferenciar entre los planes y de los proyectos. Mientras que la declaración de impacto estratégico (DIE) se refiere genéricamente a la “integración” de los aspectos ambientales en la propuesta final del plan o programa,<sup>69</sup> la LEA admite expresamente que se puedan incluir, en la declaración de impacto ambiental (DIA), las denominadas medidas compensatorias Red Natura 2000. En efecto, el art. 41 LEA cita, por una parte, la noción genérica de medidas compensatorias. Ahora bien, añade que la DIA “incluirá, *al menos*, el siguiente contenido”:

*“e) En su caso, la conclusión de la evaluación de las repercusiones sobre la Red Natura 2000. Cuando se compruebe la existencia de un perjuicio a la integridad de la Red Natura 2000, se incluirá una referencia a la justificación documental efectuada por el promotor de acuerdo con el artículo 35.1.c), segundo párrafo y, cuando procedan, las medidas compensatorias Red Natura 2000 que deban establecerse en caso de concurrir las circunstancias previstas en el artículo 46 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad”.*<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Art. 35.1.c) (segundo párrafo) LEA.

<sup>68</sup> Art. 46 (apartados 5-7) LPNB.

<sup>69</sup> Compárese el tenor del art. 5.2.d) y 5.3.d), respectivamente, LEA.

<sup>70</sup> Art. 41.1e) LEA.

El tenor de esta letra del art. 41.1 LEA plantea algunas consideraciones. En primer lugar, la locución “cuando procedan” no evita afirmar que secuencialmente la LEA está permitiendo que las medidas de compensación de Natura 2000 se puedan considerar en ese estadio procedimental, es decir, la DIA.

Se podría alegar que la LPNB pretende evitar la incompatibilidad con la DH cuando dice 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”,<sup>71</sup> o que “[d]ichas medidas se aplicarán en la fase de *planificación y ejecución* que determine la evaluación ambiental”. Es más, de manera paralela al art. 6.4 DH, la LPNB añade que:

*“Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, las Administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida”.*

Ahora bien, todo lo anterior abona la tesis de que las referencias cruzadas entre la LEA y la LPNB lo que hacen, en realidad, es añadir una confusión que no resulta aceptable a la luz de la clara secuencia procedimental de la DH, ya que las medidas de compensación no se pueden incluir en la DIA porque no responden al estadio previsto en la DH. En otras palabras, en la estructura del art. 6 (apartados 3 y 4) la conclusión de una EIA negativa impide la posible ejecución del proyecto y las medidas de compensación solo podrán considerarse tras verificarse 1) que no hay “una” alternativa al proyecto (o plan) y 2) que se pueda legítimamente invocar una excepción de las mencionadas en el apartado 4.

Por su parte, la jurisprudencia tampoco parece haber calibrado adecuadamente el momento para considerar las medidas compensatorias exigidas por la DH, cuando en la STS de 5 de febrero de 2013 indica lo siguiente:

*“Nos queda por examinar el cuarto de los motivos de casación esgrimido por el representante procesal de la Administración del Estado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, en el que se asegura que la Sala sentenciadora ha conculcado lo establecido en el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 43/92, que se transcribe literalmente.*

*En su articulación parece sostenerse la tesis de que las medidas correctoras no es imprescindible que aparezcan en el EIA sino que pueden concretarse con posterioridad a la aprobación de la DIA, y así, se afirma por el Abogado del Estado, lo reconoce la propia sentencia recurrida.*

---

<sup>71</sup> Art. 46.5 LPNB.

*Pues bien, la sentencia recurrida no admite esa hipótesis, sino que exige que, como se establece en el ordenamiento jurídico aplicable y recoge la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las medidas correctoras o compensatorias se contemplen en la Evaluación de Impacto Ambiental*.<sup>72</sup>

Dejando de lado la aparente confusión del Tribunal Supremo con los conceptos de “corrección” y “compensación”, lo que es evidente es que las segundas medidas solo se pueden contemplar una vez que las conclusiones de la EIA hayan sido negativas y no exista una alternativa posible. De otra manera, como ya se ha analizado anteriormente, el procedimiento de “adecuada” EIA, tal y como lo pergeña la DH, se vería viciado. En consecuencia, al permitir que las medidas de compensación puedan ser examinadas antes de la decisión (conclusión) sobre la pertinencia de la ejecución del proyecto, la LEA vendría a infringir lo dispuesto en el art. 6.3 DH.

#### 4. COMENTARIOS CONCLUSIVOS

En los anteriores epígrafes se ha expuesto el papel que pueden jugar las medidas de mitigación (corrección) y compensación en el procedimiento de EIA de la DH. El TJUE ha establecido una serie de criterios respecto de los momentos procedimentales establecidos en el art. 6.3 DH. De esta manera, la evaluación “previa”, que se ha de llevar a cabo para decidir si un plan o proyecto ha de sujetarse a una “adecuada” evaluación, no admite el examen de medidas de mitigación. Estas sí pueden ser tenidas en cuenta al realizar tal adecuada evaluación, aunque en esta no es posible incluir medidas de compensación. Estas segundas quedan relegadas al momento en que se llegue a una conclusión negativa de la evaluación, no haya una alternativa al plan o proyecto y sea necesario invocar alguna excepción.

En el caso de la LPNB y LEA, la remisión de la primera a los procedimientos indiferenciados de la segunda implica que los requisitos de la DH no se respeten, permitiendo que tanto unas como otras medidas puedan ser tenidas en cuenta en estadios procedimentales en los que no resultaría esto posible. Ciertamente es que la distinción entre medidas de mitigación y de compensación puede no resultar sencilla, como se desprende de los intentos fallidos de algunos Estados miembros en las sentencias hasta la fecha dictadas por el TJUE, antes analizadas. Sin embargo, la secuencia procedimental del art. 6 (apartados 3 y 4) DH resulta clara en cuanto al momento de inclusión de cada tipo de medida. Todo ello, exige reconsiderar la regulación existente y diseñar un procedimiento específico que tenga en cuenta las peculiaridades y exigencias de la DH fuera de las normas generales de la EIA de planes y proyectos.

---

<sup>72</sup> STS de 5 de febrero de 2013, rec. 5270/2009.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- GALERA RODRIGO, Susana. En el Día del Medio Ambiente: España, ¿hasta cuándo el último de la clase en políticas ambientales europeas?. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 80, 5 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-en-el-dia-del-medio-ambiente-espana-hasta-cuando-el-ultimo-de-la-clase-en-politicas-ambientales-europeas/> (Fecha de último acceso 26-01-2023).
- GARCÍA URETA, Agustín. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, pp. 317-371.
- Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 87, 2019. Disponible en: [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/02/2019\\_02\\_11\\_Garcia\\_Ureta\\_Sobre\\_Reforma-Ley-21.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/02/2019_02_11_Garcia_Ureta_Sobre_Reforma-Ley-21.pdf) (Fecha de último acceso 26-01-2023).
  - *EU Biodiversity law: Wild Birds and Habitats Directives*: Zutphen (Países Bajos): Europa Law Publishing, 2020.
- OOSTERHUIS, Frans. *Costs and benefits of the EIA Directive. Final report for DG Environment under specific agreement no. 07010401/2006/447175/FRA/G1*. Amsterdam: Institute of Environmental Studies, 2007. Disponible en: [http://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/06\\_Infcoste-beneficioEIA.pdf](http://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/06_Infcoste-beneficioEIA.pdf) (Fecha de último acceso 26-01-2023).
- PERNAS GARCÍA, Juan José. La evaluación de impacto ambiental de proyectos en la Ley 21/2013: luces y sombras de las medidas adoptadas para clarificar y agilizar el procedimiento y armonizar la normativa. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 30, 2015, pp. 163-217.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Angel (dir.) *Régimen jurídico de la evaluación ambiental: comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014.
- SANZ RUBIALES, Iñigo. *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos. Algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren. Régimen de control y cumplimiento en materia de evaluación de impacto ambiental. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 302, 2015, pp. 181-222.

VARGA Pastor, Aitana de la. Fortalezas, debilidades y retos de la legislación autonómica en materia de evaluación de impacto ambiental de proyectos a la luz de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. En: SANZ LARRUGA, Francisco Javier (coord.). *Derecho ambiental en tiempo de crisis*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 51-64.