

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE**(REAL DECRETO LEY 17/2012)****Pedro Poveda Gómez**

*Socio Coordinador del área de medioambiente
Departamento de Derecho Público Administrativo de Gómez-Acebo & Pombo*

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El Real Decreto Ley 17/2007, de 4 de mayo (publicado en el BOE de 5 de mayo), ha adoptado una batería de medidas en materia de medio ambiente, modificando para ello cuatro leyes: el Texto Refundido de la Ley de Aguas; la Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad; la Ley de Residuos y Suelos Contaminados; y la Ley del Mercado de Valores (relativas a las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero).

Es previsible que el Congreso acuerde que el Real Decreto Ley sea tramitado como proyecto de Ley y que se introduzcan en el *iter* parlamentario algunas correcciones en su articulado, en especial por la conveniencia, como expondremos, de completar algunas de las reformas.

I. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS (REAL DECRETO 1/2001)

- A) Régimen jurídico de las aguas subterráneas:
- Se adecua la terminología del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) a la Directiva Marco del Agua, sustituyéndose el concepto

de "acuífero sobreexplotado" por el de "masa de agua que está en riesgo de no alcanzar un buen estado cuantitativo o químico"¹.

- Se elimina el dictamen preceptivo del Consejo del Agua para que la Junta de Gobierno de los organismos de cuenca declare una masa de agua en esta situación y se modifican algunos aspectos de su régimen de protección, entre los que destaca la introducción de una mayor flexibilidad para aplicar los programas de actuación (de tal manera que, si mejora el estado de la masa de agua subterránea, el organismo de cuenca podrá reducir progresivamente las limitaciones del programa y aumentar el volumen que se puede utilizar).
- Se suprime la posibilidad, que preveía el TRLA, de otorgar concesiones de aguas subterráneas en los acuíferos declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo sólo en circunstancias de sequía previamente constatadas y de acuerdo con el Plan de ordenación para la

¹ Existía cierta discordancia entre la definición de "acuífero" de la Ley, referida sólo al "continente", y el sentido con el que se aplicaba, acorde con esta Directiva Marco del Agua y que podía referirse tanto al "continente" como al "contenido".

recuperación del acuífero (mediante la derogación del apartado primero de la disposición adicional séptima).

- B) En materia de sanciones, el Real Decreto Ley incrementa su importe e introduce criterios para la valoración de los daños causados al dominio público hidráulico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2001 (que fue objeto de comentario en el boletín de reseñas de jurisprudencia de interés para la firma-Derecho Administrativo de GÓMEZ-ACEBO & POMBO de diciembre de 2011), anuló a efectos sancionadores, pero no indemnizatorios, los criterios para la valoración de daños al dominio público hidráulico establecidos por Orden Ministerial por falta de cobertura legal, con lo que faltaba un elemento del tipo para la imposición de las multas (lo que llevó a las Administraciones competentes a dejar caducar los procedimientos en algunos casos o a imponer las multas en su grado mínimo en otros). El Real Decreto Ley parece dirigido a remediar esta situación, pero aunque incorpora determinados criterios de valoración de los daños sigue remitiendo a un reglamento para su desarrollo, por lo que seguirán sin poder determinarse las sanciones hasta que éste se apruebe (previsiblemente en un plazo breve).

- C) Se regula, mediante una nueva disposición adicional, la "cesión de derechos en el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana", con el objetivo (defendido por el sindicato agrario Asaja y discutido por los ecologistas) de facilitar "una reordenación de los derechos de uso de las aguas tendente a la recuperación ambiental de los acuíferos".

Para ello, se flexibilizan los requisitos necesarios para la cesión previstos con carácter general en la Ley, de tal forma que no será necesario que la cesión se realice a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la Cuenca, ni que el volumen de agua cedido no supere al realmente utilizado por el cedente. Como límite, se precisa en cambio que cuando el uso al que se destine el agua sea el regadío, no se podrá incrementar la superficie que ya tuviera reconocida el cesionario.

Pero la principal novedad consiste en que se altera el propio régimen jurídico de las cesiones de aprovechamientos de agua, pues ya no se hacen con carácter temporal sino de forma "irreversible y en su totalidad", para lo cual el sistema de autorización administrativa se sustituye por la previsión legal de que la Administración otorgará al cesionario una concesión de "un porcentaje del volumen objeto de transmisión" (que se determinará en atención a las condiciones técnicas y ambientales concurrentes) hasta el 31 de diciembre de 2035 (momento en el que el concesionario gozará de un derecho preferente para renovar la concesión) En realidad, el Real Decreto Ley está admitiendo la posibilidad de una transmisión íntegra de la concesión, pero al ser consciente de que dicha transmisión requiere una modificación del título concesional -en la medida que el aprovechamiento objeto de transmisión va a permitir utilizar el recurso para otros usos o para terrenos distintos de los previstos en la concesión original-, se ve obligado a admitir la necesidad del otorgamiento de una nueva concesión, que determinará los nuevos usos o el terreno al cual se va

a aplicar (en caso de concesiones de riego), en sustitución de la concesión originaria que es objeto de transmisión pero que dejará de tener eficacia jurídica como consecuencia de la cesión acordada.

- D) Se pone fin a la que calificamos como "cuestionable cesión mediante Decreto-Ley de las competencias estatales en materia de aguas" operada por el Real Decreto-Ley 12/2012², que introdujo un nuevo apartado uno a la disposición adicional séptima del TRLA –ahora derogado– por el que se transferían las competencias de policía del dominio público hidráulico a las Comunidades Autónomas que hubieran asumido en sus Estatutos la competencia ejecutiva sobre estas facultades.

Esta transferencia de competencias, si bien no planteaba problemas de constitucionalidad, menoscababa de forma importante el principio de unidad de gestión de las cuencas intercomunitarias pues, como señalamos en su momento, es obvio que el ejercicio, o el no ejercicio, de las facultades de inspección, vigilancia y control condiciona de modo muy importante las competencias de ordenación de la cuenca que corresponden al Estado.

- E) El Real Decreto Ley adopta medidas tendentes a que todos los titulares de aguas privadas pasen a ser concesionarios mediante la introducción de dos nuevas disposiciones transitorias (tercera bis y décima), en virtud de las cuales:

- Los titulares de aguas privadas que gocen de un aprovechamiento temporal inscrito en el Registro de Aguas o que hayan optado por mantener su titularidad sin acceder a este Registro² necesitarán obtener una concesión para la totalidad de la explotación en el caso de llevar a cabo cualquier modificación de la situación inicial (no sólo, como hasta ahora, por el incremento de caudales utilizados o la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, sino por cualquier actuación que suponga una variación del pozo o de la superficie sobre la que se aplica el recurso en caso de regadío). Además, la conversión se incentiva con la previsión de que la concesión se otorgará sin competencia de proyectos y con preferencia para la obtención de nueva concesión una vez expirado el plazo de la primera.
- Se incentiva asimismo a los titulares de aprovechamientos de agua inscritos en el Catálogo de aguas privadas previstos en la disposición adicional cuarta (que incluye a todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la Ley de Aguas de 1985) para que opten a su inclusión en el Registro de Aguas mediante la solicitud de la concesión, pues su otorgamiento se llevará a cabo sin competencia de proyectos y tendrá validez hasta el 31 de diciembre de 2035, momento a partir del cual los concesionarios tendrán,

² Noticia breve sobre el Real Decreto 12/2012, puede consultarse en: http://www.gomezacebo-pombo.com/docs/PUB_777_doc.pdf.

³ No obstante, los titulares de aprovechamientos de aguas privadas que hubieran dejado transcurrir el plazo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 10/2001 sin presentar la solicitud de inclusión en el Catálogo de Aguas, tendrán que obtener previamente una resolución judicial firme que reconozca tales derechos.

además, preferencia para obtener una nueva concesión.

II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY 42/2007 DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD (LPNyB)

- A) Medida para la coordinación de los regímenes jurídicos de protección de los distintos espacios naturales protegidos cuando confluyan sobre un mismo espacio.

Se introduce un nuevo precepto en virtud del cual, cuando se solapen en un mismo lugar distintas figuras de espacios protegidos, sus normas reguladoras y sus mecanismos de planificación deberán ser coordinados para unificarse en un único documento integrado a fin de que los diferentes regímenes aplicables formen un todo coherente. Esta coordinación resulta necesaria por la gran diversidad que existe en nuestro país de figuras de protección de espacios naturales, estatales, autonómicas y de la Red Natura 2000 (cuyos LIC, en tanto se adoptan por las comunidades autónomas las medidas de conservación necesarias, ostentan un régimen propio de protección definido en la LPNyB), lo que provoca solapamientos que dificultan su gestión.

- B) En relación a los espacios de la Red Natura 2000, el Real Decreto Ley introduce la necesidad de que, cuando las comunidades autónomas aprueben sus planes o instrumentos de

gestión, "deberán tener en especial consideración las necesidades de aquellos municipios incluidos en su totalidad o en un gran porcentaje de su territorio en estos lugares". Este precepto, de carácter básico, ofrece un argumento para impugnar aquellos planes de gestión que ignoren por completo este deber de conciliación⁴.

III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY 22/2011, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS (LRSC):

- A) Fomento del reciclado y la reutilización y establecimiento obligatorio de sistemas de depósito, devolución y retorno (SDDR):
- Se introducen dos modificaciones en el artículo 21. En primer lugar, en el apartado 1, se añade que las medidas de fomento que pueden adoptar las autoridades ambientales (incluso a través de la contratación pública) tendrán también como finalidad el fomento del reciclado, además de la reutilización y la preparación de la reutilización; de esta forma, se coloca el reciclado al mismo nivel de la reutilización, de acuerdo con lo previsto en la normativa comunitaria. En segundo lugar, se deroga el apartado 2 el art. 21.2, en el que se establecía, de forma expresa y diferenciada, la posibilidad de imponer la implantación obligatoria de SDDR para determinados envases y otros productos

⁴ Se habilita, además, expresamente al Gobierno (mediante una nueva redacción de la disposición final octava) para dictar determinadas normas de desarrollo de la LPNyB en relación con la Red Natura 2000, como son las relativas al procedimiento de comunicación de la información oficial sobre espacios protegidos entre las comunidades autónomas, la Administración General del Estado y la Comisión Europea, así como las atinentes al procedimiento de comunicación a la Comisión Europea tanto de las medidas compensatorias adoptadas para planes, programas o proyectos como para la consulta previa a la Comisión Europea en los supuestos previstos en los preceptos que se citan de la Ley.

reutilizables (con la finalidad de fomentar la prevención y promover la reutilización y el reciclado de alta calidad). Esta modificación se complementa con las que igualmente se introducen en los artículos 31.2.d) y 31.3.

- Se modifica el art. 31.2.d, al que se añade que la posibilidad de establecer (de forma general) SDDR solo resultaría procedente en los siguientes casos: residuos de difícil valorización o eliminación, productos o residuos cuyas características determinen que estos SDDR sean la opción más adecuada para su correcta gestión y cuando no se cumplan los objetivos fijados en la normativa vigente.
- Se añade un párrafo, al final, en el art. 31.3, en el que se indica que la implantación de SDDR (también con carácter general) se establecerá con carácter voluntario, con el límite de los supuestos contemplados en el art. 31.2.d). Según lo anterior, la implantación de SDDR solo podrá establecerse con carácter obligatorio en los supuestos previstos (tras la nueva redacción introducida mediante el RDL 17/2012) en el art. 31.2.d y siempre que, además y como es obvio, concurren el resto de requisitos previstos con carácter general en el primer párrafo del art. 31.3 de la LRSC, que no ha sufrido modificación y en el que se exige que el establecimiento de las medidas referidas a la responsabilidad ampliada del productor (entre ellas, la imposición obligatoria de SDDR) *se llevará a cabo mediante real decreto aprobado*

por el Consejo de Ministros, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos ambientales y sobre la salud humana, y respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Por el contrario, si no concurre ninguno de los supuestos previstos en el art. 31.2.d), la aplicación de SDDR será una decisión de carácter voluntario por parte de los productores.

- B) Régimen de notificaciones de los traslados de residuos: Se añade un párrafo nuevo en el art. 25.3, para establecer que las notificaciones que deben efectuarse a las Comunidades autónomas de origen y destino en el caso de determinados traslados de residuos podrán ser generales (con la duración temporal que se determine reglamentariamente), o podrán referirse a traslados concretos. Con esta modificación se pretende simplificar los trámites administrativos inherentes a los traslados de residuos, de tal forma que no sea necesario realizar una notificación individual con motivo de cada traslado, tal como ineludiblemente se derivaba de la redacción original de la Ley.
- C) Procedimiento de autorización de los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada del productor:
- Se modifica el párrafo tercero del art. 32.3, de tal forma que los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada del productor (figuras equivalentes a los actuales sistemas integrados de gestión de residuos –SIG-) quedan sometidos, exclusivamente, a la autorización otorgada por la

Comunidad autónoma en la que vayan a tener su domicilio social, que será válida para todo el territorio nacional. Consecuentemente, y como medida de simplificación administrativa, se suprimen las autorizaciones del resto de Comunidades autónomas en las que el sistema colectivo tuviera previsto actuar⁵, que resultaban exigibles de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto de la redacción original del art. 32.3⁶. Consecuentemente, la participación, en el procedimiento de autorización de los sistemas colectivos, de las comunidades autónomas distintas de aquella en la que el sistema colectivo tenga su sede social, se canaliza ahora, exclusivamente, mediante su participación en la Comisión de coordinación en materia de residuos, órgano colegiado del que forman parte todas las Comunidades autónomas, junto a representantes del Estado y de las Entidades locales y que emite informe preceptivo en el procedimiento de autorización (al tiempo que puede realizar el seguimiento de su cumplimiento y de las condiciones de su ejercicio).

- Como medida de carácter transitorio, se modifica el apartado 2 de la Disposición transitoria cuarta, para establecer que los sistemas colectivos que hayan presentado su solicitud de autorización con anterioridad a la entrada en vigor de las normas de adaptación que se dictarán en

el plazo de tres años, se seguirán regulando por lo previsto en la Ley 10/1998 y en las normas reguladoras de cada flujo de residuos (la novedad consiste en que, con la redacción original de la Ley, el mencionado régimen transitorio se aplicaba sólo a los sistemas colectivos que hubieran presentado su solicitud de autorización con anterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley 22/2011).

- Se modifica el apartado 7 del Anexo X, de tal forma que en el contenido de la solicitud de autorización de los sistemas colectivos se deberá incluir, entre otras determinaciones, el *procedimiento de recogida de datos de los operadores que realicen actividades relacionadas con el ejercicio de las funciones del sistema colectivo de responsabilidad ampliada y de suministro de información a las administraciones públicas*. Esta modificación es importante, en la medida en que permite que los sistemas colectivos puedan manejar la información sobre operaciones de reciclado y valorización referidas a productos incluidos en su ámbito de aplicación pero que hayan sido realizadas por operadores ajenos a sus propios canales logísticos, lo que despeja las dudas para que los SIG (como hemos dicho, actuales figuras equivalentes a los sistemas colectivos) puedan computar también estos objetivos como propios.

⁵ En puridad, en todas las comunidades autónomas, ya que en el art. 32.5.b se establece, de facto, que los sistemas colectivos deben tener ámbito estatal.

⁶ Párrafo que se elimina en la nueva redacción, tras las modificaciones introducidas en el RD Ley 17/2012.

- Sorprendentemente, la modificación no ha afectado a otros aspectos del art. 32.3 de la LRSC que los sectores afectados habían cuestionado, como es el caso del régimen jurídico e institucional de los sistemas colectivos (que a buen seguro obligará a modificar la estructura social de los actuales SIG, a pesar de que coincide con la que generalmente se aplica en el ámbito de la UE y de haber demostrado su efectividad y eficiencia durante los más de quince años que lleva funcionando). Y tampoco se han modificado otros aspectos del procedimiento de autorización de los sistemas colectivos que podrían chocar con lo previsto en la normativa comunitaria y estatal sobre libre acceso a las actividades de servicios, como es el caso de la aplicación de un régimen de silencio negativo y de la no consideración de la renovación automática de las autorizaciones. No obstante, el hecho de no haber introducido estas modificaciones en el RD Ley 17/2012 puede haberse debido a que no estaba justificado que hubiera una extraordinaria y urgente necesidad para ser incluidas en un Real Decreto ley; de ser así, y puesto fueron asumidas por el Grupo Parlamentario Popular durante la tramitación parlamentaria de la Ley en la anterior legislatura (y puesto que, además, como hemos dicho, existen razones fundadas que aconsejan aceptarlas), es de esperar que sean introducidas en la LRSC, vía enmiendas, en el caso de que el Congreso acuerde su tramitación como Proyecto de Ley.
 - D) En materia de competencias sancionadoras de los entes locales se introduce una modificación (imprescindible) en el art. 49.3, para dejar bien claro que, como parece obvio, estas competencias solo pueden ejercitarse en el caso de residuos cuya recogida y gestión corresponda a dichas Administraciones.
- IV. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY 24/1988, DEL MERCADO DE VALORES**
- En materia de comercio de derechos de emisión, el Real Decreto Ley añade una disposición adicional (vigésimo primera) a la Ley del Mercado de Valores, dictada en desarrollo del Reglamento (UE) N.º 1031/2010, de la Comisión, de 12 de noviembre de 2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Tres son las previsiones que contiene este nuevo precepto y que atañen a las subastas de derechos de emisión:
- A) Limita el acceso a las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, autorizando únicamente a las empresas que prestan servicios de inversión así como a las entidades de crédito ya autorizadas a prestar servicios de inversión para podrán presentar ofertas en nombre propio o de sus clientes en las subastas de derechos de emisión, que no sean instrumentos financieros. Con ello se persigue, en la línea marcada por el citado Reglamento (UE) N.º 1031/2010 (artículo 18), controlar a los operadores del mercado de derechos de emisión, dado que, como es sabido, hasta ahora -en los periodos 2005-2008 y 2008-2012- cualquiera podría comprar en nombre de

tercero, mediante contrato o acudiendo a fondo o subasta, derechos de emisión.

- B) Investe a la Comisión Nacional del Mercado de Valores con la competencia de supervisar las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que no sean instrumentos financieros a efectos de sancionar, cuando proceda, a las personas responsables del incumplimiento en nuestro territorio de las operaciones con información

privilegiada y manipulación del mercado que prevé el citado Reglamento (UE) N.º 1031/2010.

- C) Tipifica las infracciones aplicables a estas conductas, y lo hace mediante la aplicación del régimen sancionador previsto en el capítulo II del Título VIII de la Ley del Mercado de Valores en relación con las operaciones con información privilegiada o que puedan constituir manipulación de mercado, con las particularidades que señala.