

LA CONSIDERACIÓN DEL SUELO CONTAMINADO COMO RESIDUO A PARTIR DE LA STJCE DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2004 Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO ALEMÁN

Aitana de la Varga Pastor*

Sumario

- I. La complejidad de determinación del concepto de residuo en el derecho comunitario europeo
- II. La ampliación del concepto de residuo con la Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- III. El derecho alemán y los problemas jurídicos que esta nueva interpretación plantea
 - 1. El concepto de residuo en el derecho alemán.
 - 2. El alcance de la Directiva europea de residuos en el derecho alemán.
 - 3. Problemas jurídicos que la nueva interpretación del concepto de residuo plantea y posicionamiento doctrinal
- IV. Conclusiones

Aitana de la Varga Pastor, profesora de derecho administrativo de la Universidad Rovira i Virgili.
Artículo recibido: 13.02.2006. Fecha de aceptación de la versión final: 25.05.2006.

I. La complejidad de determinación del concepto de residuo en el derecho comunitario europeo

En el ámbito de la política ambiental de la Comunidad europea y, más concretamente, en la intervención en materia de los residuos que se ha desarrollado desde los años setenta, uno de los aspectos más controvertidos ha sido precisamente el de la definición de residuo. Se trata de una cuestión que ha planteado un debate doctrinal intenso y que incluso ha llegado a la jurisprudencia.

En el ámbito europeo, el primer programa de acción para la protección ambiental de 1973 propugnaba la necesidad de actuar de forma conjunta con relación a los residuos y su gestión. La Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, de residuos, fue la que materializó esta voluntad. Se trata de la Directiva marco sobre residuos y es aquí donde se fija el concepto de residuo, entre otros aspectos. Qué han de entender por residuo los diversos estados miembros de la Unión?

La definición que se conforma inicialmente es una definición amplia, abierta, que abarca cualquier sustancia u objeto. La única condición que se establece para identificarlo como tal es que el poseedor o bien se desprenda, o bien tenga la obligación de desprenderse.¹ Para determinar cuando se origina esta obligación, la Directiva nos remite a las disposiciones nacionales en vigor. Por tanto, el primer concepto que se determina es un concepto genérico, poco restrictivo, fundamentado en dos aspectos: uno objetivo (cualquier sustancia u objeto) y otro de subjetivo (el poseedor que se desprende) y que cada estado miembro tiene que determinar y concretar. Éste es el primer paso para llegar a una armonización en el ámbito del tratamiento de residuos, en que se deja en manos de los diferentes estados miembros la concreción del concepto.² La primera complejidad que se desprende del concepto de residuo es precisamente la poca precisión del término. El hecho de referirse a la legislación nacional diferente de los estados miembros causó que no se considerase suficientemente precisa³ y que llevase a divergencias considerables entre los estados miembros, tanto en cuanto a la transposición como a la aplicación de la directiva 75/442/CEE.⁴

La finalidad principal de la regulación de la gestión de los residuos con esta Directiva es esencialmente la protección de la salud humana y del medio ambiente.⁵ Para alcanzar este fin, al principio, como ya hemos mencionado, se entendía que sería más efectivo que el concepto de

¹ «... cualquier sustancia u objeto del cual se desprenda su poseedor o tenga la obligación de desprenderse en virtud de las disposiciones nacionales en vigor».

² Kerstin, Andreas, «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», DVBl, 1992, p. 345.

³ Krämer, Ludwig dice: «In 1975, a Community definition on waste had been established. However, this definition referred back to the different national law of Member states and therefore considered not to be precise enough a *EC Environmental Law*», Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 324 i s.

⁴ De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 237.

⁵ Considerando III de la Directiva 75/442/CEE. La finalidad que los estados determinen los términos de «sustancia» y «objeto» es prevenir la salud tanto de las personas como del medio ambiente de los peligros que se puedan ocasionar con los residuos.

residuo lo concretase cada estado miembro.⁶ El efecto no fue lo que se quería. El hecho que el término que se estableció inicialmente fuera tan genérico comportó problemas de determinación y diversidad entre los estados. Por otro lado, no todos los estados traspasaron la Directiva como se debía hacer.⁷ Era necesario encontrar un punto común entre los estados, una base porque la dispersión que había hasta entonces no continuase existiendo, y así se alcanzase realmente una armonización en la clasificación o la determinación de los residuos y, consecuentemente, en su tratamiento. La solución llegó con la creación de un catálogo supranacional de residuos que sirviese de guía a los estados para determinar qué se incluía dentro del concepto de residuo, y no sólo tener en cuenta lo que cada estado miembro consideraba como residuo.⁸

De esta manera, en el año 1991, con el fin de hacer más efectiva la Directiva y de solucionar los problemas que habían surgido hasta entonces, se plantea una modificación de la Directiva 75/442/CEE, que trata, de alguna manera, de alcanzar una base común más concreta en cuanto al concepto de residuo. Esta modificación se hace de conformidad con algunas definiciones paralelas existentes, como las que establecen la OCDE⁹ y la Convención de Basilea para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos a la que se había adherido la Comunidad Europea.¹⁰ La definición que se estableció inicialmente se reemplazó por la nueva definición a través de la Directiva 91/156/CE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991, que modifica la Directiva 75/442/CEE. Se expone la necesidad de disponer de una terminología común y de una definición de residuos con el objetivo de hacer más eficaz la gestión de los residuos a la Comunidad. La modificación se centra en la introducción de un anexo donde figurarán las sustancias y los objetos que se consideren como tales. El concepto de residuo a partir de entonces y hasta hoy se definirá de la manera siguiente: se entiende como residuo «cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el anexo I¹¹ y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse». ¹² Así pues, a partir de 1991, la Directiva establece que habrá un catálogo, que no se elaborará hasta el 1994, donde figurará todo aquello que se considere residuo a efectos de aplicación de la Directiva.¹³ Sin embargo, la existencia de este catálogo supranacional no

⁶ Se pedía al legislador nacional que no hiciera una referencia *general* a los objetos que se tenían que considerar como residuo, con la finalidad de alcanzar el fin de la Directiva. Así lo dice Kerstin, Andreas, «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», DVBl, 1992, p. 345.

⁷ Nicolas de Sadeleer trata este problema en *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 236, y concluye que «les interprétations divergentes et les problèmes pratiques auxquelles donnèrent lieu la première définition du concept de déchet ont conduit à une révision fondamentale de cette notion ...».

⁸ C. Jiménez Plaza hace referencia a la evolución del concepto de residuo a escala comunitaria e incide más en el concepto italiano de residuo en «Una nueva clave interpretativa del concepto de residuo en el Derecho italiano: ¿Un paso más hacia la diversidad conceptual comunitaria?», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 207/2004, p. 151-192.

⁹ Concretamente, el anexo de la decisión de la OCDE de 27 de mayo de 1988 sobre los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos.

¹⁰ Dec. 93/98 (1993) O.J. L39/1, en Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325.

¹¹ Destaquemos, entre los diferentes residuos que se clasifican, los siguientes, por la relevancia que tienen en el supuesto que se comenta: Q4.-Materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado debido al incidente en cuestión; Q15. Materias, sustancias o productos contaminados procedentes de actividades de regeneración de terrenos.

¹² De Sadeleer hace un análisis exhaustivo de los tres componentes esenciales de la definición: «sustancias y objetos», «poseedor» y «desprenderse», a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 236-261.

¹³ Es lo que se conoce como *Catálogo europeo de residuos* (CER), que se estableció por medio de la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1993 (94/3/CE), que enumera una lista de residuos de conformidad con la letra *a* del

implicará que tan solo los residuos que figuren sean considerados como tales. Es importante citar expresamente la última de las categorías que se enumeran en este anexo, la Q16, que dice: «Toda sustancia, materia o producto que no esté incluida en las categorías anteriores.» Se trata de una cláusula general que se remite a la definición de residuo en sí misma.¹⁴ Eso comporta que, sobre la base de esta categoría, hay materias que no están incluidas en el catálogo pero, aun así, se pueden considerar un residuo. Así pues, es un dato que manifiesta la voluntad de lista abierta.¹⁵ De esta manera, puede decirse que la lista de residuos no es ni vinculante ni exhaustiva.¹⁶

En consecuencia, el ámbito de aplicación de la Directiva será muy amplio. El único ítem que se excluye son los emanantes gaseosos emitidos a la atmósfera, a los que se les aplicarán las previsiones para la contaminación atmosférica. Por otro lado, esta Directiva no se refiere explícitamente a los residuos nucleares, los cuales están regulados por el tratado Euratom. Sin embargo, la Directiva 75/442/CE es aplicable al material radiactivo, a pesar de la diferencia de definiciones que se establece.¹⁷ Sin embargo, la Directiva cita expresamente algunas materias que quedan fuera del ámbito de su aplicación, puesto que ya existe legislación aplicable sobre la materia y no porque no se trate de un residuo.¹⁸ Así pues, las previsiones de la Directiva de residuos serán de aplicación supletoria en aquellos aspectos que su normativa específica no regule expresamente.¹⁹

Debemos tener presente también otro aspecto de la definición, que contribuye a calificarla de amplia. El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dice que este anexo precisa e ilustra esta definición proponiendo listas de sustancias y objetos que se pueden calificar como residuos. No obstante, sólo tiene carácter indicativo, ya que la calificación de residuo depende

artículo 1 de la Directiva 75/442/CE del Consejo, relativa a los residuos, por la que se aprueba la lista de residuos que pertenecen a las categorías enumeradas al anexo Y de la misma Directiva (*DOCE* núm. L 005, de 7 de enero de 1994, p. 0015-0033). Se trata de una nomenclatura de referencia que sirve de terminología común a toda la Comunidad, con la finalidad de aumentar la eficacia de las actividades de gestión de residuos. Esta lista se revisará periódicamente para adaptarla al progreso científico y técnico. La lista vigente actualmente es la que se aprobó con la Decisión 2000/532/CE de la Comisión, de 3 de mayo (*DOCE* núm. L 226, de 6 de septiembre de 2000, p. 0003-0024). Actualmente contiene unas 650 entradas.

¹⁴ Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325. Por otra parte, De Sadeleer pone énfasis en este apartado y destaca que esta última categoría no estaba prevista ni en el anexo correspondiente de la Decisión de 27 de mayo de 1988 de la OCDE ni en el anexo de la Convención de Basilea a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 239.

¹⁵ En palabras de De Sadeleer, esta categoría certifica el carácter no limitador del anexo Y de la Directiva. Según el autor, merced a esta apertura, los estados miembros tendrían que poder considerar dentro del concepto de residuo toda sustancia o todo objeto que respondiese a los criterios de la definición comunitaria a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 239.

¹⁶ De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 240.

¹⁷ Krämer, Ludwig así lo afirma y dice lo siguiente: «*There remain differences, in particular, nuclear waste which is recyclable or recoverable is considered nuclear material and not nuclear waste, nevertheless waste. This difference of definition of waste does not exclude that Directive 74/442 is applicable to radioactive material, a EC Environmental Law*», Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325.

¹⁸ Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 325.

¹⁹ Para el objeto del comentario, cabe destacar las materias siguientes, que en principio quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley. Éstas son: «b) cuando ya estén cubiertos por otra legislación: ii) los residuos resultantes de la prospección, de la extracción, del tratamiento y del almacenamiento de recursos minerales, así como de la prospección de canteras».

sobre todo del comportamiento del poseedor y del significado del término «desprenderse».²⁰ O sea, no se tendrá en cuenta tan solo que el objeto o la sustancia consten en la lista.

La concreción del aspecto subjetivo del concepto de residuo es la otra novedad que resulta de la modificación que se hizo en 1991. Se determina que el poseedor se desprenda, tenga la intención de desprenderse o tenga la obligación de desprenderse.²¹ Así pues, son necesarios los dos requisitos, tanto que el poseedor se desprenda, se quiera desprender o tenga la obligación de hacerlo, como que se encuentre en alguno de los grupos previstos en el anexo I de la Directiva. Ambos requisitos son acumulativos.²² Todo eso complicará el nivel de concreción del concepto de residuo en el ámbito estatal.²³

Recordemos que nos encontramos delante de una Directiva marco. Ésta categorización de «marco» es lo que dará importancia al que se fije en este ámbito, por ejemplo, el concepto de residuo, ya que se utilizará subsiguientemente en un gran número de legislaciones europeas reguladoras de los residuos.²⁴

Pese a los esfuerzos que el legislador ha dedicado para concretar y delimitar el concepto de residuo, hoy en día continúa siendo un ámbito problemático. A pesar de la modificación llevada a cabo el año 1991, la definición actual de residuo aún plantea un buen número de cuestiones.²⁵ Igualmente, a pesar de que exista una definición comunitaria de «residuo», las divergencias entre los estados miembros también están servidas.²⁶ Asimismo, el concepto abierto y vago de residuo, establecido en el ámbito comunitario, ha comportado también que numerosa jurisprudencia europea la haya tenido que concretar posteriormente.²⁷

²⁰ Véase, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2004, Van de Walle, C-1/03, apartado 42; de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, rec. p. Y-7411, apartado 26; de 18 de abril de 2002, Palin Granit et Vehmasslon kanstanterveestyön kuntayhtymän hallitus, C-9/00, rec. p. Y-3533, apartado 22. La doctrina también interpreta lo mismo; por ejemplo, Wrede, Sabine, «Kontaminierter Boden als Abfall», NuR, 2005, p. 28; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union, Primärrechtliche Grundlagen Gemeinschaftliches Sekundärrecht*, Karl Hermanns, Colonia, 2005, p. 347 y sig.; Fluck, «Zum EG-Abfallrecht und seiner Umsetzung in Deutsches Recht», Eur 1/1994, p. 74, entre otros.

²¹ Nicolas de Sadeleer hace un análisis de las tres hipótesis que esta nueva cláusula plantea a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 245 y s.

²² Au dice: «*Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, sonido dass se nicht allein ausreicht, dass ein Stoff in Anhang Y aufgeführt ist*», en Dietrich; Au; Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften. Institutionen, Entwicklung und Ziele*, Erich Schmidt, Berlín, 2003.

²³ Autores como Wrede reflejan que, en consecuencia, los estados, a la hora de realizar la transposición, difícilmente pueden determinar una lista o una definición cerrada de residuo. «*Da die Abfallrahmenrichtlinie insbesondere eine grundlegende Bestimmung des Abfallbegriffs liefert, die alle nationalen Regelwerke beeinflusst, die im weitesten Sinne den Umgang mit Abfällen betreffen, ist eine abschließende Darstellung der nationalen Umsetzung dieser Richtlinie schwer zu leisten*», NuR, 2005, p. 28.

²⁴ Por ejemplo, la Directiva 91/689/CE, del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los residuos peligrosos (DOCE núm. L 377, de 31 de diciembre de 1991, p. 0020-0027) o la Directiva 94/62/CE, de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases (DOCE núm. L 365, de 31 de diciembre de 1994, p. 0010-0023).

²⁵ De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 236 y sig.

²⁶ Krämer se manifiesta en este sentido cuando dice: «A pesar de la existencia de una definición comunitaria de “residuo”, hay una gran divergencia entre los Estados miembros en lo que hace a este concepto, que se acrecienta por el hecho de que la decisión 94/3/CE no ha sido incorporada en el ordenamiento de todos los Estados miembros. Por otra parte, sigue provocando problemas la línea divisoria entre residuos y productos.» Krämer, Ludwig *Derecho ambiental y tratado de la comunidad europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 48 i 49.

²⁷ Wrede, Sabine, «Kontaminierter Boden a los Abfall», NuR, 2005, p. 28. Jurisprudencia sobre la materia: STJCE, de 28 de marzo de 1990 – Rs. C-206/88 y 207/88 (Vessoso y Zanetti); de 10 de mayo de 1995 – Rs. C-422/92 (Deutschland/Kommission); de 9 de julio de 1992 – Rs. C-203/96 (Dusseldorp); de 25 de junio de 1997 – verbundene Rs. C-304/94 (Euro Tombesi y otros), C-330/94 (Santella), C- 342/94 (Giovanni Muzi y otros); de 19 de junio de

Como apunta Krämer, es obvio que la definición de residuo es una creación legal y, como tal, está expuesta a la crítica; cualquier definición contiene un elemento arbitrario. Si un objeto corporal es llamado *bien, producto, sustancia, residuo, contaminante, descarga* (de contaminantes), emisiones o residuo, es una cuestión de acuerdo legal.²⁸ Sin embargo, destaca que bajo el punto de vista de la protección ambiental la cuestión importante no es el nombre que se da a un objeto específico sino la contaminación o la polución que causa, el objeto o los riesgos que está causando.²⁹ Por otro lado, De Sadeleer nos hace ser conscientes de las diferentes acepciones que la palabra *residuo* puede tener y la falta de concreción actual. El autor califica todo residuo como «inutilizable», pero nos recuerda que este adjetivo es muy relativo, ya que variará según el tiempo, el lugar y el individuo. Por otro lado, los residuos son múltiples. De una manera u otra, todos los sectores de nuestra sociedad de consumo producen residuos.³⁰ Este hecho también complica la concreción. La dispersión de los residuos por el aire, el agua y los suelos pueden provocar el deterioro de millones de receptores (contaminación atmosférica, contaminación de suelos y de aguas subterráneas...). Por tanto, el tratamiento de éstos y su definición son de gran importancia, pero a la vez sus características dificultan la concreción de la noción de residuo. De Sadeleer apunta que esta dificultad de identificación se acentúa por el hecho que esta noción se puede entender desde dos ángulos completamente diferentes. Por un lado, en función de los componentes de la sustancia o de las características que presenta. Por otro, los residuos también pueden ser objeto de un enfoque extrínseco. En este caso, la sustancia se considera residuo teniendo más en cuenta la utilización o no que se hace o que se puede hacer y no su origen, la composición o las características físicas y químicas. Ésta doble aproximación, inherente a la definición de residuo (sustancial y funcional) presenta dos dimensiones que hoy en día no son susceptibles de conciliación.³¹ Alrededor de esta problemática gira la discusión más relevante respecto a la concreción del concepto de residuo. La divergencia surge, sobre todo, desde la perspectiva económica.

La directiva habla de «residuos». En términos generales, residuo sería el resto de un todo después de sustraer una parte o más, pero en términos económicos serían aquellos materiales que no se pueden evaluar económicamente ni reciclar, ya que entonces estaríamos hablando aún de productos, porque tendrían un valor en el mercado. Entonces, la discusión gira entorno de la calificación de producto o de residuo a los materiales que el derecho comunitario europeo considera residuos pero que tienen rendimiento económico. El hecho de designarlos de una manera u otra puede llevar problemas a la hora de aplicar la normativa existente. Por ejemplo, algunos países, como Alemania, hicieron distinciones en la legislación nacional y declaraban que los ítems recuperables no eran residuos sino primeras materias secundarias. El Tribunal de Justicia se pronunció, nueve años más tarde, diciendo que esta previsión era incompatible con la

2003 – Rs. C- 444/00 (Mayer-Parry); EuGH, de 18 de abril de 2002 – Rs. C- 9/00 (Palin Granito Oy y otros); de 11 de septiembre de 2003 – Rs. C-114/01 (Alvesta Polarit).

²⁸ «It is obvious that the definition of waste is a legal creation and therefore exposed to criticism; as does any definition, it contains an arbitrary element. Whether a corporal object is called good, product, substance, residue, pollutant, discharge (of pollutants), emissions or waste, is a question of legal agreement.»

²⁹ Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 326.

³⁰ Nicolas de Sadeleer dice: «L'objet qui apparaît « inutilisable » à un moment donné, dans un endroit déterminé et pour une personne ne l'est pas forcément à un autre endroit, en un autre moment ou pour une autre personne», *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel-les, 1995, p. 234.

³⁰ De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Brussel-les, 1995, p. 235 y sig.

³¹ De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 235 y sig.

ley comunitaria.³² El Tribunal consideró expresamente que la nueva definición de residuo de acuerdo con la redacción de la Directiva 91/156/CE no había cambiado la situación previa.

La protección reforzada del medio ambiente que la Directiva propugna conduce también, de manera innegable, a una interpretación amplia del concepto de residuo.³³ Así pues, es preciso encontrar la línea divisoria entre unos y otros. Esta tarea se asigna al Tribunal de Justicia, que examina caso por caso para determinar de qué supuesto se trata. Sin embargo, la OCDE publicó en 1998 una guía para facilitar la distinción entre productos y residuos. Es preciso insistir en que el concepto de residuo de la OCDE es diferente de lo que la Comunidad europea establece, ya que la OCDE considera la destinación del material como factor decisivo en la clasificación de éste. Por tanto, la confusión continúa existiendo y se ha de examinar caso por caso para considerar si estamos delante de un residuo o de un producto.³⁴ Sin embargo la complejidad de delimitar el concepto de residuo, justo es decir que, por ejemplo, así como los términos de la Directiva 75/442/CEE podían permitir una interpretación del concepto de residuo excluyente de las sustancias directamente reutilizables, la definición de la nueva redacción de la Directiva 91/156/CE no parece ser que autorice más esta lectura,³⁵ sobre todo por la concreción del ámbito subjetivo que supone.

Otro punto de discusión en el ámbito de la Directiva de residuos es el artículo 4, que establece el mandato que las operaciones de tratamiento de residuos no tienen que perjudicar el medio ambiente.³⁶ Según el Tribunal de Justicia, esta previsión tiene una naturaleza política y, por tanto, se tiene que materializar en el contexto de las otras previsiones de la Directiva. Sin embargo, autores como Krämer opinan que el artículo 4 es directamente aplicable.³⁷

Otra discusión se empieza con la interpretación que el Tribunal de Justicia ha hecho recientemente al considerar que el suelo contaminado, en un supuesto concreto, también tiene que considerarse un residuo.

³² Caso C-422/92, Comisión contra Alemania (1995), E.C.R. Y-1097. Como dice Nicolas de Sadeleer, el Tribunal de Justicia ha confirmado que las sustancias susceptibles de reutilización económica también pueden ser calificadas de residuos. También ha considerado que un reglamento nacional no puede adoptar una definición de la noción de residuo excluyendo de los objetos y las sustancias susceptibles de reutilización económica, a *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 241 y s. Para el caso concreto de Alemania, véase De Sadeleer, Nicolas, ídem, p. 259.

³³ De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 244.

³⁴ Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 326 y s.

³⁵ De Sadeleer, Nicolas, *Le droit communautaire et les déchets*, LGDJ, París, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 251.

³⁶ «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que los residuos se gestionarán sin poner en peligro la salud del hombre y sin perjudicar al medio ambiente y, en particular:

- sin crear riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora;

- sin provocar incomodidades por el ruido o los olores;

- sin atentar contra los lugares y los paisajes.»

³⁷ Krämer, Ludwig, *EC Environmental Law*, Thomson, Sweet and Maxwell, Londres, 2003, p. 328.

II. La ampliación del concepto de *residuo* con la Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En fecha 7 de septiembre de 2004, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la sentencia conocida como «Van de Walle». El objeto de la sentencia fue básicamente determinar los conceptos de residuo y de poseedor del residuo. La importancia de la resolución es que por primera vez el Tribunal se manifiesta sobre esta materia de la manera siguiente: amplía el concepto de residuo a la tierra contaminada accidentalmente por hidrocarburos. Según esta sentencia, la tierra contaminada sin haber sido excavada previamente se tiene que considerar también un residuo. O sea, la interpretación que la sentencia hace del concepto de residuo parece ser que incluye no sólo los bienes muebles en la definición, sino también los bienes inmuebles, como lo es el suelo, concretamente la tierra contaminada por hidrocarburos de manera accidental no excavada, puesto que el hidrocarburo vertido no se puede separar de la tierra.

La consulta a la *Court de Appel* de Bruselas llega a través de Bélgica, que pide la petición de decisión prejudicial con referencia a la interpretación del artículo 1, letras *a*, *b* y *c* de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (DON L 194, p. 39; EE 15/01, p. 129), en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991 (DON L 78, p. 32), en el marco de las actuaciones seguidas contra los señores Van de Walle, Laurent y Mersch, responsables de Texaco Belgium, SA («Texaco»), y contra la propia Texaco («Van de Walle y otros»), por un delito de abandono de residuos.

Como consecuencia de una fuga accidental de hidrocarburos procedentes de una estación de servicios de esta empresa, se contamina el subsuelo. Durante el transcurso del proceso penal, se suscita la duda del alcance del concepto de residuo. ¿Se puede considerar la tierra contaminada un residuo?³⁸

Con relación al concepto de residuo, el Tribunal concluye que los hidrocarburos derramados de manera no dolosa y que causan la contaminación de la tierra y las aguas subterráneas son residuos en el sentido del artículo 1, letra *a*, de la Directiva 75/442/CEE, como también la tierra contaminada por hidrocarburos, incluso en el supuesto de que esta tierra no haya sido excavada.³⁹

Los fundamentos de esta resolución son básicamente tres. En primer lugar, el Tribunal considera que la definición de residuo que la Directiva establece es una definición abierta y que la calificación del residuo depende sobre todo del comportamiento del poseedor.⁴⁰ Por lo tanto, el hecho de que el catálogo sobre residuos, anexo a la Directiva actual, clasifique al punto Q4 las «*materias que se hayan vertido por accidente, que se hayan perdido o que hayan sufrido*

³⁸ Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, apartado 21: «El órgano jurisdiccional nacional se pregunta si el subsuelo contaminado a consecuencia de un vertido accidental de hidrocarburos puede considerarse residuo e indica sus dudas respecto la posibilidad de considerarlo residuo en la medida en que dicha tierra no ha sido excavada ni tratada.»

³⁹ Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia, apartado 61.

⁴⁰ Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia, apartado 42.

cualquier otro incidente con inclusión del material, del equipo, etc., contaminado debido al incidente en cuestión» es tan solo un indicio y no permite por sí solo calificar como residuos, en este caso concreto, los hidrocarburos vertidos accidentalmente que originaron la contaminación de la tierra y de las aguas subterráneas.⁴¹ O sea, es necesario también interpretar la acción que se pide al poseedor del residuo, «desprenderse», para poder calificar la cosa como residuo. La sentencia considera que la interpretación de la acción de «desprenderse» no debe ser restrictiva, y lo hace teniendo en cuenta los dos fundamentos que restan. Según el Tribunal, la interpretación que se haga tiene que tener en cuenta, por un lado, la finalidad de la Directiva, la protección de la salud del hombre y del medio ambiente,⁴² y, por otro lado, el artículo 174, apartado 2, de la Comunidad Europea, donde se establece que la política comunitaria en materia de medio ambiente debe contribuir a alcanzar un nivel de protección elevado y ha de basarse, entre otros, en el principio de cautela y de acción preventiva.

Conjuntamente con la interpretación de diversos artículos de la Directiva,⁴³ la sentencia presenta el hilo argumental siguiente, del que nos interesa destacar los aspectos que se indican a continuación:

1. *Responsabilidad pese a la involuntariedad.* La involuntariedad no puede eximir los hidrocarburos de la consideración de residuo para atribuir la responsabilidad.⁴⁴ El poseedor de *hidrocarburos que se derramen accidentalmente* y contaminen la tierra y las aguas subterráneas «se desprende» de estas sustancias, las cuales, por consiguiente, han de considerarse un residuo.⁴⁵ Asimismo, estos residuos se consideran peligrosos.⁴⁶
2. *Necesidad de tratar el suelo contaminado como residuo para poderlo recuperar.* La misma calificación de residuo, en el sentido de la Directiva, se impone respecto al suelo contaminado debido al vertido accidental de hidrocarburos. En efecto, en este caso, no son separables de la tierra que han contaminado y *tan solo se pueden valorizar o eliminar si la tierra mencionada también es objeto de las reparaciones necesarias de descontaminación.* Para garantizar esta recuperación, se opta por considerarlo un residuo. Según el Tribunal, ésta es la *única interpretación que garantiza el cumplimiento de los objetivos de protección del medio ambiente y de la prohibición del abandono que la Directiva pretende.* En consecuencia, la sentencia opina que la interpretación es conforme con el objetivo de la Directiva.⁴⁷

⁴¹ Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia, apartado 43.

⁴² Considerando III de la Directiva marco 75/442/CEE, de 15 de julio.

⁴³ El Tribunal tiene en cuenta también los artículos y conceptos siguientes para interpretar el término «desprenderse» en el caso concreto que la sentencia trata. El concepto de residuo de producción es considerado como carga de la cual el poseedor hay que desprender; el artículo 4 de la Directiva establece: «Los estados miembros tienen que adoptar medidas necesarias para garantizar que los residuos se revaloricen o se eliminen sin poner en peligro la salud del hombre, sin crear riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora, y para prohibir el abandono, el derramamiento y la eliminación incontrolada de residuos»; el artículo 8 de la Directiva: «Los estados miembros tienen que adoptar las disposiciones necesarias por qué todo poseedor de residuos los remita a un recolector encargado de su valorización o de su eliminación o se ocupe él mismo de estas operaciones»; el artículo 15 designa el operador que tiene que cargar con el coste de la eliminación de residuos, de conformidad con el principio de que «quién contamina paga».

⁴⁴ Por tanto, los derramamientos accidentales no están excluidos de la consideración de residuo por este hecho.

⁴⁵ Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia, apartado 50.

⁴⁶ Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia, apartado 51.

⁴⁷ Sentencia, de 7 de septiembre de 2004, del Tribunal de Justicia, apartado 52.

3. *Obligaciones del poseedor.* Por otro lado, la calificación de residuo de la tierra contaminada por los hidrocarburos depende de *la obligación* que tienen las personas que generaron el vertido accidental de estas sustancias *de desprenderse*. No puede resultar de la aplicación de las normas nacionales relativas a los requisitos de utilización, de protección o de descontaminación de los terrenos en que se produjo el vertido.⁴⁸
4. *La irrelevancia de la condición de bien inmueble.* La tierra contaminada es un residuo por el mero hecho de su contaminación accidental con hidrocarburos [...]; el hecho de que esta tierra no sea excavada no influye en su calificación de residuo.

La sentencia mencionada ha suscitado muchas críticas por parte de la doctrina, sobre todo de la doctrina alemana, ya que el derecho nacional al definir el concepto de residuo no se ha limitado a copiar el texto de la Directiva marco, que establece un término más genérico, sino que, yendo más allá, ha reducido este concepto a los bienes muebles, *bewegliche Sache*,⁴⁹ mientras que el saneamiento del suelo contaminado, bien inmueble por excelencia, se encuentra regulado, desde marzo del año 1999, a la *Bundes-Bodenschutzgesetz*, ley federal de protección del suelo.⁵⁰

Tradicionalmente, y hasta hoy, la jurisprudencia alemana también se ha manifestado en este sentido, entendiendo que el suelo tan solo puede considerarse residuo *strictu sensu* y regularse por la ley de residuos, si previamente se ha excavado y, por tanto, se ha convertido en bien mueble.⁵¹

La preocupación principal es si, a partir de esta sentencia, la ley federal de protección del suelo y las otras leyes aplicables a los bienes inmuebles en este aspecto serán inaplicables o bien se habrán de adecuar. Por esta razón, la sentencia ha caído como un cubo de agua fría y ha suscitado muchos artículos de los que nos haremos eco. Como veremos, todos los comentarios sobre la materia coinciden unánimemente que con esta sentencia el concepto de residuo se ha ampliado con fundamentos no convincentes y sin haber pensado en las consecuencias que esta interpretación puede tener.⁵²

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Otros países europeos, como Austria, también se encuentran en la misma situación. Por otra parte, a pesar de la sentencia, parece ser que Bélgica goza también, desde principio del año 2004, de un régimen de protección del suelo o *Bodeschutzregime*, Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, «Das “Van de Walle” –Urteil des EuGH-Sanierung von Altlasten nach Abfallrecht», NVwZ 3/2005, p. 263, véase también Bergkamp, *Env. Liability*, 2004, p. 176.

⁵⁰ También son aplicables otras leyes como la Ley de contaminación atmosférica, *BimSchG*, o la ley de aguas, entre otras.

⁵¹ BVerwG, NJW, 1992, 123; VGH Mannheim, UPR 1992, 351 y s.; BVerwG, NVwZ, 1988, 1126; OVG Weimar, NVwZ-RR, 1995, 253/257; OVG Lüneburg, NuR, 1990, 180; VGH Mannheim, NVwZ, 1990, 781 y s.; BVerwG, NVwZ, 1999, 421 y s., entre otros.

⁵² Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, «Das “Van de Walle” –Urteil des EuGH-Sanierung von Altlasten nach Abfallrecht», NVwZ 3/2005, p. 257; Dieckmann, AbfallR, 2004, p. 280-282; Ludger-Anselm Versteyl califica como grotescos los efectos de la sentencia y considera que se tienen que evitar en «Altlast = Abfall – vom Ende des “beweglichen” Abfallbegriffs?», NVwZ, 2004, p. 1297 y s.; Jochum, Heike, «Neues zum europäischen Bodenschutz und Abfallrecht», NVwZ, 2005, p. 140 y s.; Bergkamp, *Env. Liability*, 2004, p. 171 y s.; Wrede, Sabine, «Kontaminiertes Boden a los Abfall», NuR, 2005, p. 28 y s.; Riese, Christoph; Karsten, Nuera, «Ist unausgekoffertes kontaminiertes Boden Abfall?», ZUR 2/2005, p. 75-79; Leitzke, Klaus; Schmitt, Thomas, «Das Ende des Bundes-Bodenschutzgesetzes?», UPR 2/2005, p. 16-19; Bickel, Christian, «Die schädliche Bodenveränderungen als Abfall», pendiente de publicación a DÖV.

III. El derecho alemán y los problemas jurídicos que esta nueva interpretación plantea

1. El concepto de residuo en el derecho alemán

La Directiva 75/442/CEE de residuos tomó como referente para su elaboración la ley de residuos de Alemania. Se trata de la Ley de eliminación de residuos de 1972, la primera norma nacional que trataba esta problemática en Europa. Así pues, la ley alemana de residuos existía antes de que se promulgase la Directiva y sirvió de modelo para su elaboración.⁵³ La definición de residuo que se plasma en esta ley nacional también diferencia los aspectos objetivo y subjetivo del concepto de residuo, pero va más allá. Por un lado trata la intención del poseedor de desprenderse del residuo (concepto subjetivo) y, por otro lado, establece que este desprendimiento se debe hacer para atender el interés general, especialmente la protección del medio ambiente (concepto objetivo). El rasgo característico y diferencial es que ambos conceptos, tanto el subjetivo como el objetivo, se refieren a bienes muebles, *bewegliche Sache*. Por tanto, en el derecho alemán, el derecho nacional vigente ha optado, y ya lo había hecho desde el año 1972, para restringir el concepto de residuo a los bienes muebles.⁵⁴

Hoy en día, la originaria Ley de residuos alemana, *AbfG*, de 1972 ya no existe y, después de algunas modificaciones,⁵⁵ la normativa vigente relativa a los residuos es la *KrW-AbfG*,⁵⁶ que incluye la ley de residuos y la ley del reciclaje,⁵⁷ así como también el reglamento que la desarrolla y, finalmente, la ley llamada *Abfallverbringungsgesetz*.⁵⁸

Concretamente, en el artículo 3 de la ley vigente, *KrW-AbfG*, destinado a la definición de los términos que se utilizan en la ley, encontramos la definición del concepto de residuo, el cual continúa restringido a los bienes muebles.⁵⁹ El resto de la definición reproduce la definición de

⁵³ Kerstin, Andreas, «Die Vorgabens des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», DVBl, 1992, p. 343: «... daß deutsche Abfallbeseitigungsgesetz von 1972 in Europa die erste umfassende nationale Regelung darstellte und daher a los "Muster" für die europäischen Abfallrichtlinie dienste». La ley de eliminación de residuos alemana de 1972 representó la primera norma nacional europea y por ello sirvió como modelo para la directiva europea de residuos. El autor añade que, entre la Directiva y la Ley nacional, no existe ninguna diferencia considerable («keine erhebliche Unterschied»).

⁵⁴ *Abfälle waren "bewegliche Sache deren sich der Besitzer entledigen will" (subjektive Abfallbegriff) oder "deren geordnete Entsorgung zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit, insbesondere des Schutzes der Umwelt, geboten ist" (objektiver Abfallbegriff) § 1 Abs. 1, Satz 1, AbfG.*

⁵⁵ *Gesetz über Vermeidung und Entsorgung von Abfällen vom 27.08.1986, BGBl Y S. 1501.*

⁵⁶ *Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen vom 27.09.1994, BGBl Y S. 2705.*

⁵⁷ Para saber sobre la evolución de esta ley, veáse Kunig; Paetow; Versteyl, *KrW-/AbfG Kommentar*, C. H. Beck, Múnich, 2003.

⁵⁸ *Gesetz über die Überwachung und Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung von Abfällen vom 30.09.1994, BGBl Y S. 2771.*

⁵⁹ *KrW-AbfG, § 3: «Abfälle in Sinne dieses Gesetzes sind alle beweglichen Sachen, die unter die Anhang Y angeführten Gruppen fallen und deren sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Abfälle zur Verwertung sind Abfälle, die verwertet werden; Abfälle, die nicht verwertet werden, sind Abfälle zur Beseitigung.»* Residuos, en el sentido de esta ley, son todos los bienes muebles que se incluyen a los diferentes grupos del anexo, el poseedor de los que se desprende, se quiere desprender o se ha de desprender. Los residuos por valorizar son residuos que serán valorizados. Los residuos que no sean valorizados son residuos para eliminar.

la Directiva vigente actualmente, puesto que se refiere al catálogo de residuos que establece el anexo I, y está condicionada a que el poseedor se desprenda, tenga la voluntad de desprenderse o tenga la obligación.

Mientras la Directiva, tanto en la versión originaria como en la vigente actualmente, identifica los residuos como «sustancias u objetos», sin ninguna otra restricción, independientemente de si son bienes muebles o inmuebles, la ley alemana establece expresamente, de buen principio, que cuando se habla de residuos se hace referencia a objetos muebles.⁶⁰ ¿Qué alcance tiene la Directiva en el derecho alemán?

2. El alcance de la Directiva europea de residuos en el derecho alemán

Como ya hemos dejado claro, por un lado, la ley alemana de residuos desde el principio ciñe la consideración de residuo a los bienes muebles y, por tanto, la aplicación de la normativa relativa a la gestión de residuos comprende sólo los bienes muebles. En cambio, la Directiva de residuos no hace esta distinción o, mejor dicho, no delimita el concepto de residuo de esta manera, sino que habla de cualquier sustancia u objeto, hecho que ha supuesto la divergencia interpretativa por parte de los diversos estados miembros y discusiones doctrinales sobre la materia.

La doctrina y la jurisprudencia alemana mayoritaria entienden que, a pesar de que la Directiva europea no limita de manera expresa el concepto de residuo a los bienes muebles, las normas que contiene sólo tienen sentido completo si se refieren a bienes muebles.⁶¹ De esta manera, para el derecho alemán el concepto de residuo que la Directiva incluye sólo se refiere a los bienes muebles.⁶² Sin embargo, ¿el suelo contaminado se podría tratar como residuo en algún caso?

⁶⁰ Veáse, por ejemplo, Frenz, Walter, «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», UPR 6/2002, p. 201-205, donde constata esta diferenciación: «§ 3 Abs. 1 Kr.W-/AbfG beschränkt Abfälle auf bewegliche Sachen und schließt damit die Einbeziehung der Stoffe ab, die bereits fest mit dem Boden verbunden sind.»

⁶¹ Frenz, Walter, «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», UPR 6/2002, p. 201. «Darin ist von “Stoffen und Gegenstände” die Rede, was den Schluss zulassen könnte, dass damit auch unweibegliche Sachen – etwa Boden oder mit diesem fest verbundene Gegenstände – gemeint sein könnten. Dagegen spricht jedoch, dass sich die in der EG-Abfallrahmenrichtlinie enthaltenen Regelungen nur sinnvoll auf bewegliche Sachen beziehen lassen. Im Hinblick auf kontaminierte Böden lässt sich zudem die Anhang Y zur Rahmenrichtlinie enthaltene Abfallgruppe Q 15 anführen, in der von “kontaminierte Stoffen oder Produkten, welche bei der Sanierung von Böden anfallen”, die Rede ist. Wenn bereits der noch nicht ausgekofferte Boden a los Abfall y S.d. EG-Abfallrahmenrichtlinie anzusehen wäre, ginge diese Regelung ins Leere. Daher geht offenbar auch Arte. 1. lit. a) EG-Abfallrahmenrichtlinie davon au, dass se sich zunächst mit dem Boden verbundenen Stoffen erst dann um Abfall handelt, wenn diese beweglich geworden sind.» Ésta es la posición predominante. Otros autores que la apoyan son: Kunig; Paetow; Versteyl, *KrW-/AbfG*, 1998, § 3, Rn. 11. Riese, Christoph; Karsten, Nora, *ZUR* 2/2005, p. 75-79. Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, *NVwZ* 3/2005, p. 258. Epiney, Astrid, *Umweltrecht in der Europäischen Union...*, op. cit., p. 348. También Breuer, Dieckmann, Locher, Fluck o Konzack. Es preciso tener presente también que esta incertidumbre sobre el alcance del concepto de residuo existe desde el principio, como también las diversas posiciones de los autores.

⁶² «Erstes Tatbestandsmerkmal ist, dass sich der Besitzer eines Stoffes oder Gegenstandes entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Weiter muss die bewegliche Sache unter die Anhang Y aufgeführten Gruppen fallen. Die zum Teil sehr weit gefassten Kategorien werden konkretisiert durch das Europäische Abfallverzeichnis (EAV).» Dietrich; Ave; Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften. Institutionen, Entwicklung und Ziele*, Erich Schmidt, Berlín, 2003. Lo primero que cabe destacar es que el poseedor de un objeto o sustancia se desprenda, se quiera desprender o se tenga que desprender. A continuación el *bien mueble* tiene que estar incluido en uno de los grupos del

Según una de las primeras interpretaciones de la doctrina alemana y de acuerdo con el derecho alemán, en el caso concreto de la tierra contaminada (*kontaminiertes Erdreich*) se podría hablar de residuo después de haberse convertido en un bien mueble, o sea, después de la excavación (*Auskoffierung*) de esta tierra contaminada, pero no antes.⁶³ O sea, siguiendo con la interpretación anterior, en la cual la ley de residuos es tan solo aplicable a los residuos que sean, en todo caso, bienes muebles, sólo se puede considerar residuo la tierra contaminada cuando la convirtamos en un bien mueble. O sea, cuando la excavemos del lugar donde se encuentra, del solar, del terreno del que forma parte y la convirtamos en una porción. En este supuesto, en la medida en que estamos delante de un bien mueble, se podrá considerar propiamente un residuo.

Sin embargo esta interpretación, durante los primeros años de vigencia de la Directiva de residuos existían posturas que defendían que, según el artículo 1, letra *a*, de la Directiva 75/442/CEE, la tierra contaminada ya se podría considerar un residuo sin estar previamente excavada.⁶⁴ A pesar de eso, esta última interpretación no es la opinión mayoritaria. La mayoría de la doctrina se decanta para considerar que es necesario excavar previamente la tierra contaminada y «convertirla» en bien mueble para poder ser «considerada» y «tratada» como residuo.

La cuestión siguiente que se nos plantea es a qué regulación están sometidos los suelos contaminados si no son considerados residuos y, por tanto, no se pueden tratar por el régimen que se establece para los residuos.

Ya desde principios de los años setenta, la preocupación por la protección del suelo ha sido presente en el derecho y en la política alemana, tanto federal como regional. Alemania otorgaba al suelo una posición relevante respecto del aire y el agua.⁶⁵ El año 1999 entró en vigor la *Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG)*, ley federal de protección del suelo. Eso no quiere decir que anteriormente no existiese ninguna regulación sobre la materia, sino que hasta el 1999 las diferentes regiones o *Länder* podían regular en su territorio. Lo que faltaba era una ley federal que fijase directrices para todos ellos. Las normas que había a los diferentes *Länder* se centraban sobre todo en la recuperación de los suelos históricamente contaminados, conocidos en Alemania como *Altlasten*.

De esta manera, el sistema jurídico alemán prevé la regulación del suelo como elemento ambiental de manera autónoma. Protege el suelo si bien las funciones que ejerce son diversas y

anexo Y, en el mismo sentido, Wrede, a NuR, 1/ 2005, p. 28, y Kloepfer a *Umweltrecht*, C. H. Beck, Munich, 2004, p. 1740.

⁶³ Es el llamado «*Spatenprinzip*» o «*Spaten Theorie*», principio o teoría de la pala, por el que cuando la tierra está excavada se aplica el derecho de residuos y cuando no lo está se aplica la ley federal de protección del suelo. Autores como Versteyl lo tratan en NVwZ 11/2004, p. 1298, y Jochum a NVwZ 2/2005, p. 140.

⁶⁴ Kerstin, Andreas, «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», p. 348. También, *BVerwG*, Sentencia de 22 de noviembre de 1985.

⁶⁵ El año 1971 el programa ambiental (*Umweltprogramm*) del Gobierno federal alemán estableció la protección del suelo (*Schutz des Bodens*) como una finalidad de la política ambiental nacional. Posteriormente, el 28 de febrero de 1983, se realizaron trabajos preliminares, especialmente la declaración común de los ministerios competentes en materia de suelo, los cuales desembocaron en la concepción de la protección del suelo (*Bodenschutzkonzeption*) del Gobierno federal de 7 de marzo de 1985, como también en las directrices y medidas para la protección del suelo (*Leitlinien und Maßnahmen zum Bodenschutz*) de 12 de enero de 1988. Como principios de acción centrales, se citan, en primer lugar, la minimización de las sustancias problemáticas introducidas, tanto cualitativamente como cuantitativamente, provenientes de la industria, las actividades profesionales, la circulación, la agricultura y la

diferentes e, incluso, contradictorias en algunos casos. Para alcanzar este objetivo, establece todo una serie de medidas precautorias, para evitar los riesgos que pueda haber y medidas preventivas para evitar un peligro. Incluso cuando un suelo ya ha acontecido contaminado, se considera que las medidas que se aplican son preventivas, porque lo que se está evitando es la extensión de la contaminación hacia otras zonas. Entre ellas encontramos medidas destinadas en sanear los suelos que han acontecido contaminados, tanto recientemente como históricamente. Se trata de medidas que pretenden paliar el perjuicio y sobre todo evitar nuevos daños a los suelos. La ley federal de protección del suelo establece diferentes regímenes jurídicos de protección del suelo teniendo en cuenta las circunstancias de éste.⁶⁶ Por ejemplo, los suelos históricamente contaminados reciben un tratamiento diferente de los suelos que se han contaminado contemporáneamente.

Así pues, si en Alemania se produjese un derramamiento accidental que provocase una contaminación del suelo, hasta ahora la ley aplicable era la que protege el suelo de manera expresa y autónoma.

El planteamiento del derecho nacional alemán es diferente al que se establece en el ámbito europeo. Hace una separación entre bienes muebles y bienes inmuebles, sobre todo pensando en las peculiaridades y características de los bienes inmuebles, los suelos. ¿Este planteamiento contradice el derecho europeo? La respuesta es no,⁶⁷ ya que el legislador estatal no está obligado necesariamente a una identidad conceptual con la Directiva de residuos; tan solo se exige un resultado material de la transposición. Sin embargo, a la mayoría de estados miembros predomina la transposición «directa» de la Directiva.⁶⁸ Sin embargo, es numerosa y mayoritaria la jurisprudencia que considera que cuando una tierra está excavada se ha de regir por el derecho de residuos, ya que se considera bien mueble, mientras que si aquella tierra no ha sido excavada previamente la ley aplicable es la ley federal de protección del suelo o *Bundesbodenschutzgesetz*.⁶⁹

economía doméstica, y, en segundo lugar, un «cambio de orientación» en el uso del suelo. Landel; Vogt; Wüterich, *Bundesbodenschutzgesetz Kohlhammer Kommentare*, Stuttgart, 2000, p. 100.

⁶⁶ Un suelo agrícola tiene unas exigencias diferentes que las de un suelo industrial.

⁶⁷ Así lo afirma, entre otros, Walter Frenz a «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», UPR 6/2002, p. 201: «Diese Beschränkung auf beweiliche Sachen ist zwar in dieser Form nicht in Art. 1 lit. a) EG-Abfallrahmenrichtlinie enthalten. Sie widerspricht aber trotzdem nicht dem europäischen Abfallbegriff.» Pese a todo, no contradice el concepto europeo de residuo.

⁶⁸ Kunig, a Kunig; Paetow; Versteyl, *KrW-/AbfG, Kommentar*, C. H. Beck, Múnich, 2003, p. 170-171, viene a decir lo siguiente: en la discusión estatal sobre la suficiencia europea del concepto de residuo alemán no se tiene suficientemente en cuenta que el legislador nacional, ante la Directiva correspondiente, tiene que alcanzar un resultado material de la transposición y no necesariamente una identidad conceptual. Sin embargo, últimamente predomina la opinión de reproducir dentro el Estado la concepción europea, en la medida en que sea posible. En este sentido, veáse también Birn, NVwZ, 1992, p. 419 y 420.

⁶⁹ Wrede, Sabine, NuR, 1/2005, p. 30; BVerwG, NJW, 1992, p. 123; VGH Mannheim, UPR, 1992, p. 251 y s.; BVerwG, NVwZ, 1988, p. 1126; OVG Weimar, NVwZ-RR, 1995, p. 253-257; OVG Luneburg, NuR, 1990, p. 180; VGH Mannheim, NVwZ 1990, p. 781 y s.; BVerwG, NVwZ, 1999, p. 421 y s.

3. Problemas jurídicos que la nueva interpretación del concepto de *residuo* plantea y posicionamiento doctrinal

La interpretación que el suelo contaminado debe ser considerado un residuo y, por tanto, hay que aplicar las mismas normas que a éstos, puede tener como consecuencia grave la inaplicación de los regímenes jurídicos especiales previstos expresamente para los suelos contaminados, o sea, todas aquellas normas que los estados miembros han desarrollado para afrontar el problema de los suelos contaminados (por ejemplo, en el caso de Alemania, la ley federal de protección del suelo). Aplicando el razonamiento de la sentencia mencionada, aquellos suelos que se han contaminado a causa de un vertido accidental de hidrocarburos no tendrían que regirse por el derecho previsto expresamente de recuperación o saneamiento de suelos contaminados, sino por la ley general de residuos.

El suelo presenta unas características muy complejas y cumple unas funciones esenciales para la vida. Es preciso prestar una atención especial a este bien jurídico. Eso se manifiesta claramente en el derecho alemán, donde existe una ley el objetivo de la cual es la protección del suelo. Las peculiaridades del suelo hacen que, cuando un suelo se daña porque se hayan producido vertidos de componentes químicos u otros que alteran tanto las características como las funciones que ejerce, de manera que suponen un riesgo para la salud de las personas o para el medio ambiente, sea necesario aplicar medidas adecuadas para evitar los daños que esta contaminación está causando y puede causar. Los costes económicos que comporta llevar a cabo estas medidas de descontaminación son muy elevados e, incluso, no rentables. Éste será un gran problema añadido.

La consideración de la tierra contaminada, en el caso de la sentencia, como residuo comportaría aplicar al tratamiento del suelo los deberes jurídicos que la Directiva sobre residuos dispone, sin tener en cuenta las especificidades del suelo como bien jurídico. O sea, si nos plantean la aplicación práctica de la sentencia en el futuro, nos encontramos con el siguiente: la tierra que haya resultado contaminada accidentalmente por un vertido de hidrocarburos se calificará como residuo y, por tanto, se regirá por las normas que contiene la ley general de residuos. Esta ley establece diferentes deberes y obligaciones respecto de los residuos. En este caso, parece ser que habría necesidad hacerlos extensibles a los bienes inmuebles contaminados. El hecho de incluir los bienes inmuebles dentro del concepto de residuo comportaría que se pudiese exigir a la tierra contaminada la aplicación de las mismas normas que son aplicadas al residuo, entendido como bien mueble. Si fuese así, las normas que establecen de manera exclusiva el régimen jurídico de los suelos se dejarían sin efecto o, cuando menos, se habrían de adaptar.

En Alemania –y, de forma extensible, a los otros países que distinguen de alguna manera el régimen de gestión de bienes muebles y bienes inmuebles contaminados–, este nuevo planteamiento puede comportar, en última instancia, la inaplicación de la ley federal de protección del suelo, *BBodSchG*. Alemania tiene esta regulación específica del suelo como bien jurídico, que incluye la regulación del régimen jurídico de los suelos contaminados y establece un régimen de gestión propio diferente de la gestión general de residuos, adaptado a las características específicas del bien contaminado.

La primera pregunta que se plantea con relación a esta nueva interpretación es si eso comporta la inaplicación de esta ley, y de todas las similares, o bien es preciso una adaptación de la ley federal de protección del suelo a la nueva interpretación del concepto de residuo. La solución que defienden diversos autores no es ninguna de éstas, sino la siguiente, que se basa en los fundamentos que exponemos a continuación:

La no-contradicción de la normativa existente con el derecho comunitario. La opción de la República Federal de Alemania de transponer la Directiva sobre residuos diferenciando entre los bienes muebles y los bienes inmuebles, ceñir el ámbito propiamente dicho de la Directiva a los bienes muebles y crear otra ley que protege el bien jurídico suelo, donde se regula de manera específica el régimen jurídico de los suelos contaminados con unos instrumentos jurídicos y unas medidas pensadas especialmente para estos tipos de bienes, para alcanzar mejor la finalidad de mejorar el medio ambiente mediante la gestión de residuos, no contradice de ninguna manera el derecho comunitario, ya que se fundamenta en la discrecionalidad de los estados en la elección de los instrumentos jurídicos adecuados para la transposición de la Directiva.⁷⁰ Esta separación entre bienes muebles y bienes inmuebles contribuye, de manera notable, a alcanzar la finalidad de mejorar el medio ambiente; los regímenes específicos de saneamiento de suelos contaminados, como lo que establece la ley federal de protección del suelo, alcanzan con creces la materialidad de la Directiva marco de residuos. Los estados, en el momento de transponer la Directiva, tienen la discrecionalidad de utilizar aquellos instrumentos que consideren necesarios para poder alcanzar, en este caso, la protección de la salud humana y del medio ambiente, de una manera elevada, precautoria y preventiva, o sea, evitar los riesgos y los peligros que puedan existir para esos.⁷¹ Alemania optó por una regulación autónoma del bien suelo con el fin de protegerlo de los peligros hacia la salud y el medio ambiente, hecho que supera con creces la finalidad de la Directiva.⁷²

Cumplimiento con creces de la finalidad de la Directiva. Concretamente, la ley federal de protección del suelo, *BBodSchG*, cumple con el fin de la Directiva, que es la exigencia a la que está sometida. Algunos autores alemanes se han dedicado en hacer este estudio y concluyen que la *BBodSchG* cumple, con creces, los deberes y las obligaciones que la Directiva de residuos establece y, en consecuencia, cumple con la finalidad de ésta.⁷³ A modo de ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad, la ley, que podemos llamar «específica», supera con creces la finalidad de la Directiva, ya que establece un régimen de responsabilidad muy preciso que prevé un abanico muy amplio de posibles responsables, mucho más amplio que lo que dispone la Directiva de residuos. Facilita la determinación del responsable del saneamiento del suelo y permite así un saneamiento más efectivo del suelo contaminado.⁷⁴ Asimismo, la ley prevé un seguido de instrumentos jurídicos: medidas de precaución, de prevención y de saneamiento, métodos de investigación y análisis, cuya finalidad es evitar cualquier peligro para la persona humana y para el medio ambiente.

⁷⁰ «*Allerdings müssen die Vorgaben der AbfRRL auch nicht durch das mitgliedstaatliche Abfallrecht umgesetzt werden. Se geht vielmehr im Ermessen des Mitgliedstaates, welches gesetzliche Instrumentarium er für die Umsetzung einer Richtlinie auswählt (Art. 249 III EG).*» Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ, 2005, p. 260, entre otros.

⁷¹ Lietzke, Klaus; Schmitt, Thomas, UPR 1/2005, p. 17; sentencias de 20 de mayo de 1992 y de 15 de diciembre de 1995 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, entre otros.

⁷² Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 263.

⁷³ Riese analiza ambas leyes y llega a esta conclusión en ZUR 2/2005, p. 78-79.

⁷⁴ Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1299; Leitzke, Klaus/Schmitt, Thomas a UPR 1/2005, p. 16;

Sin embargo, es cierto que hay ámbitos en los cuales no se cumplen las obligaciones generales que la Directiva de residuos impone. Por ejemplo, mientras que la ley de residuos prevé la obtención de una licencia para poder llevar a cabo la gestión del residuo, la ley federal de protección del suelo no lo prevé, atendidas las peculiaridades del bien. Hay argumentos que fundamentan esta y otras diferencias respecto del régimen general de residuos, y son los siguientes: con relación a la obligación de obtención de una licencia⁷⁵ para la valorización del residuo y de licencias preventivas, nos encontramos que, en el ámbito de los suelos, que son bienes inmuebles, estas licencias no existen, pero a cambio de eso se exige al responsable del saneamiento del suelo, por un lado, que haga una evaluación del riesgo del suelo contaminado y, por otro lado, que presente un plan de saneamiento a la Administración pública. Estos instrumentos son asimilables a las licencias, ya que es preciso que la Administración pública apruebe el plano para poder llevar a cabo el saneamiento. Otro ejemplo es el siguiente: la exigencia de la Directiva de residuos en cuanto a la eliminación directa de los residuos es inviable, en el caso de determinados suelos contaminados. Estamos hablando de los llamados *Altlasten*, antiguas contaminaciones o suelos históricamente contaminados,⁷⁶ los cuales necesitan un régimen específico para alcanzar la finalidad de proteger el medio ambiente y la salud de las personas, que comporta descontaminarlos de manera gradual, atendido sobre todo el gran coste económico que implica el saneamiento de estos lugares.⁷⁷ El hecho de aplicar la normativa general de residuos a los suelos contaminados llevaría al absurdo en este ámbito, por ejemplo.⁷⁸ Por otro lado, la doctrina alemana entiende que la sentencia tan solo tiene en cuenta el hecho de que el poseedor o el propietario de la cosa estén obligados a desprenderse para determinar si se trata de un residuo o no.

Es conveniente señalar que algunos sectores doctrinales consideran que los suelos históricamente contaminados, *Altlasten*, también estarían excluidos del concepto de residuo, puesto que con relación a estos suelos, que estuvieron contaminados hace 30 o 40 años fruto de la actividad industrial y que continúan estando, según el derecho de protección del suelo no existe ni la voluntad ni la obligación de desprenderse. En cambio, para los *Altlasten* que «han de desprenderse» ya se aplica hoy el derecho de residuos.⁷⁹

Sin embargo, esta sentencia, pese a su importancia, no trata determinados aspectos relevantes en esta materia. Destaquemos, entre otros, los siguientes:

- *El suelo es un recurso y, por tanto, no puede ser un residuo.* Uno de los aspectos que se ha de tener en cuenta para mantener la autonomía del suelo como objeto de protección, por medio de

⁷⁵ Véase Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ, 2005, Heft 3, p. 261-262.

⁷⁶ Traducido también como «*vertederos industriales antiguos*» por Ramón Martín Mateo a *Manual de Derecho Ambiental*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003, p. 262 y 263, y como «*dangerous waste from the past*» por K. Weber a *The Yearbook of Environmental Law*, 2004, vuelo. 2, p. 564.

⁷⁷ Christoph Riese dice el siguiente al respecto: la regulación de los *Altlasten* no prevé una «eliminación» del residuo, sino de otras medidas para acabar consiguiendolo, cuando menos porque no es realizable. Pero las medidas que se prevean tienen que ser suficientes para excluir el peligro de las personas y del medio ambiente, sin que se eliminen todas las sustancias nocivas, en ZUR 2/2005, p. 79.

⁷⁸ Según Ludger-Anselm Versteyl, en el sentido de la sentencia, un *Altlast* sería uno *Abfall* con todo el componente negativo que eso comporta, y el resultado sería totalmente absurdo. El autor recalca irónicamente la absurdidad a qué se puede llegar en muchos aspectos de suelos contaminados con la nueva interpretación del concepto de residuo, a NVwZ 11/2004, p. 1298 y 1299; Klaus Leitzke y Thomas Schmitt también exponen las consecuencias negativas que tendría la aplicación del régimen general de residuos en vez de la ley de protección del suelo y destacan como ámbitos más afectados las medidas, el desprendimiento y el círculo de responsables, en UPR 1/2005, p. 16.

⁷⁹ Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1300.

una ley específica que regula, entre otros aspectos, la gestión de los suelos contaminados, es que no se puede asimilar un recurso como es el suelo a un residuo. Así pues, se entiende que el suelo no puede ser un recurso, como lo son también el aire y el agua, y, a la vez, un residuo. Como recurso que es, será tal vez un recurso contaminado, pero no un residuo.

La ley federal de protección del suelo, *BBodSchG*, establece como instrumentos esenciales para la protección del suelo tanto medidas preventivas como precautorias, para evitar las contaminaciones perjudiciales del suelo. También establece medidas de evaluación del riesgo, de análisis y de saneamiento. Estas medidas sirven para proteger un bien jurídico, *Schutzgüter*, el suelo. Por tanto, la podríamos englobar dentro de aquellas leyes la finalidad de las cuales es proteger un bien jurídico amenazado, como lo son, junto con el suelo, el aire y el agua.⁸⁰ Bien al contrario, la ley de residuos, *KrW/AbfG*, forma parte de otro grupo de leyes ambientales, las llamadas causales, que regulan según los daños que se puedan causar a los bienes jurídicos protegidos, *Schädigungstatbestände*.⁸¹

El principio de especialidad. En aplicación de este principio, en los casos en que se puedan aplicar ambas leyes, la ley federal de protección del suelo y la ley de residuos, prevalece la ley federal de protección del suelo por encima de la ley de residuos, ya que el ámbito de aplicación de la primera es más concreto y específico que el de la ley de residuos, que es más general.⁸²

El principio de proporcionalidad. Este principio apoya también al argumento de preferencia de aplicación de aquellas normas estatales que prevean medios más efectivos, en nuestro caso, para excluir el peligro ambiental existente y alcanzar un alto nivel de protección ambiental. La ley federal de protección del suelo es un buen ejemplo, con relación a los bienes inmuebles, concretamente la tierra contaminada fruto de un vertido accidental de hidrocarburos.⁸³ Los medios que esta ley dispone son más efectivos que los de la ley general de residuos respecto al tratamiento de los suelos contaminados.

La Directiva 2004/35/UE sobre responsabilidad por daños ambientales y los principios lex specialis derogado lex generalis y lex posterior derogado lex prior. Aparte de las transposiciones nacionales, es preciso fijarse también en la normativa y la política europeas, donde encontraremos argumentos que descubran la inoportunidad de la sentencia. Se trata de la reciente Directiva sobre responsabilidad por daños ambientales (2004/35/UE), de 30 d'abril de 2004, que prevé un régimen específico de saneamiento y de responsabilidad para los suelos contaminados. Los estados miembros tienen que transponer esta Directiva antes del 30 de abril del 2007. El único sentido que tendría la interpretación que la sentencia hace omitiendo la referencia a ésta sería la voluntad de llenar los vacíos legales hasta la entrada en vigor de la Directiva, pero la doctrina no lo ve así. Los autores entienden que la ampliación del término *residuo* es innecesaria ya que estos vacíos legales realmente no existen.⁸⁴ La doctrina no entiende por qué el Tribunal no se ha referido en ningún momento a esta nueva Directiva, ya

⁸⁰ Por ejemplo, la ley de aguas, la ley de protección de la naturaleza o la ley contra la contaminación atmosférica. Riese, Christoph, ZUR 2/2005, p.78.

⁸¹ Riese, Christoph; Karsten, Nora, «Ist unauskoffterter kontaminiertes Boden Abfall?», ZUR 2/2002, p. 78.

⁸² Klaus Leitzke y Thomas Schmitt dicen: «Die in diesem Sinne speziellere Norm geht grundsätzlich vor», a UPR 1/2005, p. 16-17.

⁸³ Leitzke, Klaus; Schmitt, Thomas, UPR 1/2005, p. 18; Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 261, entre otros.

⁸⁴ Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1299.

que prevé un sistema para evitar el perjuicio de recursos ambientales mediante medidas precautorias y también el saneamiento de los daños ambientales ya producidos. Entre ellos se regulan expresamente los daños ambientales provocados al suelo en el artículo 2.2 c, que define los daños al suelo como cada alteración del suelo que provoque un riesgo considerable que perjudique la salud humana por el hecho de haber vertido, directa o indirectamente, sustancias, preparativos, organismos o microorganismos dentro, encima o bajo el suelo. La Directiva está fundamentada en el principio que quién contamina paga, y prevé, entre otros, un régimen de responsabilidad por los daños ambientales causados al suelo o que se puedan causar al suelo. El número 2 del anexo II de la Directiva comprende la regulación por el saneamiento de los suelos contaminados: eliminar, controlar, localizar y evitar los daños ambientales a los suelos para evitar que el suelo contaminado cause cualquier riesgo de perjudicar la salud de las personas.⁸⁵ Puede decirse que esta Directiva cubre el vacío que existía hasta ahora de una normativa europea que proteja el suelo. Así pues, el argumento que se da a la sentencia, en el sentido de que la ampliación del término *residuo* es la única solución posible, ya no puede convencer con la existencia de la nueva Directiva sobre responsabilidad por daños ambientales y, a pesar de que hasta el 2007 los estados miembros no están obligados a transponerla, habría de haberse tenido en cuenta, atendida la incidencia que tiene en la protección del suelo. De esta forma, la interpretación que se hace de la sentencia tiene poca consistencia.⁸⁶

La aplicación de los principios *lex specialis derogado lex generalis* y *lex posterior derogado lex prior*⁸⁷ reafirma la postura que la Directiva sobre responsabilidad por daños ambientales prevalece sobre la Directiva marco de residuos. La aplicación de estos principios en nuestro ámbito fundamenta que la ley que regula de forma especial el suelo prevalece sobre la norma genérica de residuos, en la medida en que regula un residuo específico dentro de los residuos en general, la tierra contaminada, y que la Directiva sobre responsabilidad por daños ambientales prevalece sobre la Directiva de residuos, ya que es posterior y, por lo tanto, prevalece en el ámbito de la regulación de los suelos contaminados.

Los trabajos que se han iniciado para la consecución de una directiva marco de protección del suelo. Hasta ahora, en el ámbito europeo no existe ninguna normativa referente a la protección del suelo.⁸⁸ Sin embargo, se han hecho los primeros pasos para alcanzar una protección del suelo más autónoma.⁸⁹ O sea, existe la voluntad de obtener una directiva marco de protección

⁸⁵ Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 263; Riese, Christoph, ZUR 2/2005, p. 77. Cabe destacar que, con relación al suelo, tan solo se habla de los perjuicios que se puedan causar a la salud de las personas, pero no se habla expresamente de los daños al medio ambiente.

⁸⁶ Jochum, Heike, NVwZ 2/2005, p. 141-142.

⁸⁷ Véase Jochum, Heike, NVwZ 2/2005, p. 143: «*Vorrang der Umwelthaftungsrichtlinie als lex posterior und Vorrang der bodenschutzrechtlichen Bestimmungen der Umwelthaftungsrichtlinie a los lex specialis.*» Una de las dudas que plantea es que la Directiva se ciñe a los daños ambientales ocasionados por determinadas actividades empresariales «*bestimmter beruflicher Tätigkeiten*», con lo cual se excluye el ámbito privado del ámbito de aplicación de la Directiva.

⁸⁸ Christoph Riese pone de relieve que «*bisher gibt se auf europäischer Ebene zwar keine spezielle Bodenschutz-Richtlinie*» (hasta ahora, en el ámbito europeo no hay ninguna directiva especial de protección del suelo) y que «*ist der Zahl der Rechtsvorschriften zum Bodenschutz gering*» (el número de reglamentos para la protección del suelo es ínfimo), a ZUR 2/2005, p. 77, pero la Comisión ha publicado una estrategia para el suelo; Petersen, Frank, Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 263; Jochum, Heike, NVwZ 2/2005, p. 141; Versteijl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1299.

⁸⁹ Hasta ahora, los trabajos que se han llevado a cabo para alcanzar esta finalidad han sido la comunicación «Hacia una estrategia temática para la protección del suelo» y los trabajos posteriores de desarrollo. Para profundizar en la

del suelo. Desde el año 2002 se plantea una estrategia temática de protección del suelo que pretende, a largo plazo, desembocar en una directiva. Se trata de la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de Europa «Hacia una estrategia temática para la protección del suelo».⁹⁰ Esta estrategia temática prevista al VI programa de acción ambiental constituye el inicio de un proceso hacia una nueva directiva de protección del suelo. Hasta ahora se han elaborado la comunicación mencionada y los trabajos posteriores que desarrollan los diferentes ámbitos.⁹¹ El proceso es muy lento y de momento no se cumplen los plazos que se habían fijado para alcanzar los objetivos. Aun así, el proceso está empezado y se ha de tener en cuenta que existe. El primer paso que es preciso alcanzar es la armonización de los métodos y valores de medición para determinar cuando un suelo está contaminado.

Hoy por hoy, la protección del suelo se ejerce integrándola en las otras políticas ya existentes y no de manera autónoma. De esta manera, vemos reflejada la protección del suelo en otras directivas.⁹² Entre todas éstas, cabe destacar, sobre todo, la Directiva reciente, a la que ya hemos hecho referencia, sobre responsabilidad ambiental, que establece el régimen de responsabilidad de los suelos contaminados, entre otros, cuando éstos comportan un peligro o un perjuicio para la salud humana.

El hecho que nos encontramos a mitad de camino y, por lo tanto, que no exista actualmente ningún régimen especial de protección del suelo en Europa ha dado pie al Tribunal a decir que la ampliación del concepto de residuo era la única solución para afrontar el problema, pero ya hemos visto que no es así ya que, por una parte, existe la Directiva sobre responsabilidad por daños ambientales y, por otra parte, se ha iniciado el camino hacia una directiva de protección del suelo. Y, a pesar de que sea un camino largo del que es difícil ver el final, no puede verse truncado con esta interpretación. El Tribunal debería haberlo tenido en cuenta en el momento de resolver.

Así pues, la sentencia pretende hacer un «parche» al caso belga, sin tener en cuenta la realidad de los otros estados miembros, del derecho comunitario y de Bélgica, país que, curiosamente, desde principios del año 2004 goza de un régimen específico de protección del suelo.⁹³

La aplicación erga omnes de la sentencia. Con estos argumentos, los autores dan respuesta a la pregunta planteada anteriormente y consideran que, a pesar de la nueva interpretación de la sentencia, lo que se ha de aplicar es la normativa vigente actualmente, como se hacía hasta ahora. De este modo, la ley federal de protección del suelo alemana debe continuar siendo vigente y, además, no ha de estar sometida a ninguna adecuación o adaptación después de la sentencia de 7 de septiembre de 2004, ya que la finalidad material de la Directiva se continúa

materia sobre la protección del suelo a escala europea, veáse Heuser, Irene L., *Europäisches Bodenschutzrecht. Entwicklungslinien und Maßstäbe der Gestaltung*, Erich Schmidt, Berlín, 2005.

⁹⁰ COMO (2002) 179 final, Bruselas, 16 de abril de 2002.

⁹¹ Podéis consultar la página web <<http://ec.europa.eu/environment/soil/index.htm>>, donde encontraréis los diferentes trabajos de desarrollo que se han llevado a cabo.

⁹² Por ejemplo, la Directiva 86/278/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1986, sobre protección del medio ambiente, y especialmente del suelo, para el uso de lodos de depuradora en la agricultura, y la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 29 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, conocida como IPPC.

⁹³ «Dort besteht jedoch mittlerweile seit dem Frühjahr 2004 ein Bodenschutzregime», a Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ 3/2005, p. 263.

cumpliendo,⁹⁴ Se defiende que esta sentencia debería reducirse al caso concreto por el que se ha resuelto y, por lo tanto, que no debe tener efecto *erga omnes*.⁹⁵

Una vez más, a pesar de la interpretación que la sentencia hace del concepto de residuo, los autores se reafirman en la transposición correcta de la Directiva por parte de los estados miembros, concretamente Alemania, que ha optado para ceñir el ámbito de aplicación de la Ley de residuos a los bienes muebles y ha desarrollado otras leyes, como la ley federal de protección del suelo (*BBodSchG*), que establece un régimen jurídico específico para el saneamiento de suelos contaminados.⁹⁶ No tan solo la doctrina no se queda al margen e interpreta el concepto de residuo ceñido a los bienes muebles,⁹⁷ sino también la jurisprudencia alemana se manifiesta en el mismo sentido y apoya a esta interpretación en las sentencias que ha resuelto sobre la materia.⁹⁸

IV. Conclusiones

En conclusión, parece ser que la interpretación del Tribunal sigue la lógica que hemos expuesto al primer apartado del artículo, que consiste en concebir la noción de residuo de manera muy amplia, que abarca todo lo posible, siempre de cara a la protección de la salud y del medio ambiente. Esta interpretación, válida para de otros tipos de residuo, parece ser que no acaba de encajar en el ámbito de los suelos contaminados, sino que comporta un perjuicio, ya que no permite la aplicación de la legislación específica relativa a los suelos contaminados e impide así alcanzar realmente el objetivo final de la Directiva, que es la protección del medio ambiente y la salud de las personas. Por otro lado, hemos visto como la normativa existente cumple con creces la finalidad de la Directiva.

Así pues, la sentencia puede tener unos efectos perjudiciales, ya que puede hacer peligrar la aplicación del régimen jurídico específico que algunos estados miembros de la Unión prevén para los casos de los suelos contaminados. Alemania es uno de los más notables, ya que tiene una ley cuya es la protección del suelo y que determina, entre otros, todo un régimen específico y diferenciado para los casos de suelos contaminados, tanto si han sido contaminados históricamente como si lo son contemporáneamente. Con los argumentos que se han desarrollado, la respuesta más sensata es que la sentencia sólo debe ser aplicable al caso concreto y no ha de alterar los regímenes vigentes. Bien al contrario, atendidos la importancia del suelo como elemento ambiental y los peligros a los cuales está sujeto, es conveniente velar

⁹⁴ Petersen, Frank; Lorenz, Melanie, NVwZ, 2005, Heft 3, p. 263: «Die materiellen Rechtsfolgen richten sich nicht nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, sondern wie auch bislang überwiegend nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz»; Bickel, Christian, a DÖV, entre otros autores.

⁹⁵ Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ 11/2004, p. 1300: «Daraus ergibt sich zwanglos die theologische Reduktion dieses Urteil auf den konkreten Sachverhalt.» Otros autores que manifiestan esta falta de efecto directo de la sentencia son Riese y Karsten a ZUR 2/2005, p. 78: «Eine unmittelbare Geltung ist daher nicht anzunehmen» y Petersen y Lorenz en NVwZ 3/2005, p. 259.

⁹⁶ Es preciso apuntar que en estos casos también es posible aplicar otras leyes, como la ley contra la contaminación atmosférica, *Bundes Immissionsschutzgesetz (BImSchG)*, y la ley de aguas, *Wasserhaushaltsgesetz (WHG)*.

⁹⁷ Jochum, Heike, NVwZ 2005, p. 141; Wrede, Sabine, NuR 2005, p. 30, y Versteyl, Ludger-Anselm, NVwZ, 2004, Heft 4, p. 1297, entre otros, a los cuales nos hemos referido anteriormente.

⁹⁸ Por ejemplo, BGH, NJW 1992, p. 122-123; BVerwG, NVwZ, 1999, p. 421 y s., considera que el suelo contaminado (*kontaminiertes Erdreich*) no hay que calificarlo como residuo (*Abfall*) sino como cambio perjudicial del suelo (*schädliche Bodenveränderung*).

por su protección de forma autónoma, preventiva y reparadora, mediante una regulación más exhaustiva de su protección, y no propiciar que se puedan repetir resoluciones de este tipo. Por esta razón, la doctrina no se limita sólo a la crítica. No tan sol expone sus argumentos en contra de la sentencia que el Tribunal dictó el 7 de septiembre de 2004, sino que aprovecha para recomendar en Europa, concretamente en la Comisión, que redefina el concepto de residuo y lo ciña a los bienes muebles, principalmente con el objetivo de poder ejercer una protección efectiva sobre el suelo y facilitar la voluntad de llevar a cabo, en el ámbito europeo, la protección de forma autónoma de este bien tan importante y tan amenazado.⁹⁹ Se pide que se deje vía libre y que se facilite el camino a la protección del suelo como bien jurídico, tanto en el ámbito europeo como en el ámbito nacional, donde se encuentra estados en diferentes fases de desarrollo respecto de esta materia. En unos hay una regulación de la protección del suelo muy avanzada, en otros se empieza a pensar en este recurso, mientras que otros aún ni se lo han planteado. Así pues, sería conveniente que a la Directiva de residuos constase expresamente que el concepto de residuo hace referencia únicamente y exclusivamente a los bienes muebles.

Bibliografía

Antweiler, C. «Sanierungsverantwortlichkeit für Altlasten im Konzern», UPR (*Umwelt und Planungsrecht*) 6/2002, p. 206-211.

Bickel, C. «Die schädliche Bodenveränderung als Abfall». Publicació prevista a la revista DÖV (*Die Öffentliche Verwaltung*).

De Sadeleer, N. *Le droit communautaire et les déchets*. LGDJ. París, Bruylant, Brussel-les, 1995.

Diechmann, Martin. «Was ist “Abfall”? Anwendungsbereich und Gehalt der geltenden und zukünftigen Abfalldefinitionen nach europäischem und deutschem Recht», ZUR (*Zeitschrift für Umweltrecht*) 4/1995, p. 169-175.

Dietrich; Au; Dreher. *Umwelt der europäischen Gemeinschaften. Institutionen, Entwicklung und Ziele*. Erich Schmidt, Berlín, 2003.

Epiney, Astrid. *Umweltrecht in der europäischen Union. Primärrechtliche Grundlagen, Gemeinschaften*. Carl Heymanns, Berlín, 2005.

Fluck, Jürgen. «Zum EG-Abfallrecht und seiner Umsetzung in deutsches Recht», *Europarecht*. Nomos, Baden-Baden.

Frenz, W. «Abfall- und Bodenschutzrecht: Abgrenzung, Parallelen und Zusammenspiel», UPR (*Umwelt und Planungsrecht*) 6/2002, p. 201-205.

⁹⁹Por ejemplo, Riese, Christoph; Karsten, Nora, ZUR 2/2005, p. 77 y 79; Lietzke, Llaves; Schmitt, Thomas, UPR 1/2005, p. 19; Versteyl, NVwZ, 2004, Heft 11, p. 1301.

Heuser, Irene L. *Europäisches Bodenschutzrecht, Entwicklungslinien und Maßstäbe der Gestaltung*. Erich Schmidt, Berlín, 2005.

Jiménez Plaza, C. «Una nueva clave interpretativa del concepto de residuo en el Derecho italiano: ¿Un paso más hacia la diversidad conceptual comunitaria?» *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 207/2004, p. 151-193.

Jochum, Heike, H. «Neues zum europäischen Bodenschutz- und Abfallrecht, Sind die bodenschutzrechtlichen Bestimmungen der Umwelthaftungslinie und die Abfallrichtlinie nach dem „Spatenprinzip“ zu trennen?», *NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht)* 2/2005, p. 140-144.

Kersting, Andreas. «Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff», *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, març de 1992, p. 343-349.

Kloepfer, M. *Umweltrecht*. C. H. Beck, Munic, 2004.

Krämer, Ludwig. *EC Environmental Law*. Sweet and Maxwell, Londres, 2003.

Krämer, Ludwig. *Derecho ambiental y tratado de la comunidad europea*. Marcial Pons, Madrid, 1999.

Kunig, Philip. «Der neue Abfallbegriff und seine Auswirkungen», *Gesellschaft für Umweltrecht, Kreislaufwirtschaft und Abfallgesetz - Was ändert sich?. Dokumentation zur Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. am 31 Oktober 1996 in Berlin*. Erich Schmidt, Berlín, 1997.

Kunig; Paetow; Versteyl. *KrW-/AbfG Kommentar*. C. H. Beck, Munic, 2003.

Leifer, C. «Der Richtlinienentwurf zur Umwelthaftung: internationaler Kontext, Entstehung und öffentlich-rechtliche Dimension», *NuR (Natur und Recht)* 10/2003, p. 598-605.

Leitzke, C.; Schmitt, T. «Das Ende des Bundes-Bodenschutzgesetzes? Zugleich eine Anmerkung zum Texaco-Urteil des EuGH vom 7.9.2004», *UPR (Umwelt und Plannungsrecht)* 1/2005, p. 16-19.

Paetow, S. «Das Abfallrecht als Grundlage der Altlastensanierung», *NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht)* 6/1990, p. 510-518.

Petersen, F.; Lorenz, M. «Das “Van de Walle” –Urteil des EuGH – Sanierung von Altlasten nach Abfallrecht?», *NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht)* 3/2005, p. 257-263.

Petersen, Frank. «Grundsätze und Grundpflichten des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes», *Gesellschaft für Umweltrecht, Kreislaufwirtschaft und Abfallgesetz - Was ändert sich?. Dokumentation zur Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. am 31 Oktober 1996 in Berlin*. Erich Schmidt, Berlín, 1997.

Petersen, Frank. «Neue Strukturen im Abfallrecht – Folgerungen aus der EuGH Judikatur», *Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Aktuelle Entwicklung der europäischen und deutschen Abfallrechts. Dokumentation zur Sondergutachtung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2003*. Erich Schmidt, Berlín, 2004.

Rengeling, Hans-Werner. *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II, Besonderes Umweltrecht, 1. Teilband*. Carl Heymanns, Colònia, Berlín, Bonn, Munic, 2003.

Riese, C.; Karsten, N. «Ist unausgekoffter kontaminierter Boden Abfall?», *ZUR (Zeitschrift für Umweltrecht)* 2/2005, p. 75-79.

Sasserath-Alberti, N. «Die EU-Richtlinie “über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden” - Haftungsverschärfungen für Landwirte», *Agrar- und Umweltrecht*, octubre de 2004, p. 313-319.

Versteyl, Anselm. «Aktuelle Entwicklung des europäischen des europäischen und deutschen Abfallrechts», *Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Aktuelle Entwicklung der europäischen und deutschen Abfallrechts. Dokumentation zur Sondergutachtung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2003*. Erich Schmidt, Berlín, 2004.

Versteyl, L-A. «Altlast = Abfall – Vom Ende des „beweglichen“ Abfallbegriffs?», *NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht)*, 11/2004, p. 1297-1301.

Wegener a Calliess Ruffert. *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2002.

Wrede, S. «Kontaminierter Boden als Abfall», *NuR (Natur und Recht)* 1/2005, p. 28-31, <www.arc-cat.net>.

Yearbook of Environmental Law, 2004, <<http://ec.europa.eu/environment/soil/index.htm>>.