

“EL CONCEPTO JURÍDICO DE RESIDUO, SUBPRODUCTO Y MATERIA PRIMA SECUNDARIA (FIN DE LA CONDICIÓN DE RESIDUO) Y SU RELACIÓN CON EL REACH”

Autor: Luis Ángel Hernández Lozano, Licenciado en Derecho, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

Resumen:

Tanto el concepto de residuo, como los de subproducto y de materia prima secundaria (fin de la condición de residuo), como realidades físicas y jurídicas diferentes, vienen siendo manejados desde hace años por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, y en lo que concierne tanto al término de subproducto como al de materia prima secundaria, no han sido codificados hasta fechas relativamente cercanas, con la aprobación de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas.

El problema se plantea cuando la precisión terminológica, dista mucho de haberse logrado en estos conceptos claves.

En este contexto, este trabajo trata de analizar tanto la normativa como la jurisprudencia de la Unión Europea, la cual ha ido conformando cada uno de los caracteres genéricos y diferenciales que caracterizan a una determinada sustancia u objeto bien como residuo, bien como subproducto, bien como materia prima secundaria, así como la posible relación entre la normativa sectorial de los residuos y la de las sustancias peligrosas, a la luz de la STJUE de 7 de marzo de 2013.

Palabras clave: residuo, subproducto, materia prima secundaria (fin de la condición de residuo), REACH

Abstract:

The notion of waste, as well as by-product and end of waste, alongside physical and different legal realities, have been handled for many years by the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.

Nevertheless, and what concerns by-product and end of waste, have not been codified up to relatively nearby dates with the approval of the Directive

2008/98/EC of the European Parliament of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives.

The problem appears when the terminological precision is far from being achieved in these key concepts.

In this context, this work tries to analyze both the regulation and the jurisprudence of the European Union, which has defines each of the generic and differential characters, which characterize a certain substance or object as waste, as by-product, as end of waste, as well as the possible relation between the sectorial regulation of waste and dangerous substances in the light of the Judgment of the Court the European Union of 7 March 2013.

Keywords: waste, by-products, end of waste, REACH

Índice:

Resumen:	1
Relación de abreviaturas:	3
INTRODUCCIÓN	3
METODOLOGÍA:	6
CUERPO DEL TRABAJO:.....	6
1. EL CONCEPTO JURÍDICO DE RESIDUO	6
1.1. Previsiones normativas	6
1.2. Concreción jurisprudencial.....	8
2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE SUBPRODUCTO	12
2. 1. La reutilización del material (del residuo de producción) no sólo es posible sino segura y legal	15
2. 2. Reutilización sin transformación previa.....	16
2. 3. Sin solución de continuidad en el proceso productivo	17
2. 4. El artículo 4 de la Ley 22/2011, transposición al ordenamiento español del concepto de jurídico de subproducto.....	18
3. EL CONCEPTO JURÍDICO DE MATERIA PRIMA SECUNDARIA (FIN DE LA CONDICIÓN DE RESIDUO)	19
3. 1. Criterios jurisprudenciales	20

3. 2. Concreción normativa (artículo 6 NDMR).....	22
3. 3. Normativa española (artículo 5 LRSC).....	24
4. STJUE DE 7 DE MARZO DE 2013 (ASUNTO C-358/11).....	25
4. 1. Antecedentes.....	25
4. 2. Sobre las cuestiones prejudiciales.....	27
CONCLUSIONES.....	31

Relación de abreviaturas:

CER	Catálogo Europeo de Residuos.
COM (2007)	Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 21 de febrero de 2007.
LER	Lista Europea de Residuos.
LRSC	La Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.
NDMR	Directiva 2008/98/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19 de noviembre de 2008 sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas.
Reglamento REACH	Reglamento (CE) nº 1907/2006, de 18 de diciembre de 2006.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

Conviene empezar por intentar precisar, que a pesar de la codificación de los conceptos de residuo, subproducto y materia prima secundaria (fin de la condición de residuo) en la Directiva 2008/98/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19 de noviembre de 2008 sobre los

residuos y por la que se derogan determinadas Directivas¹ (en adelante para referirnos a ella, lo haremos con el acrónimo NDMR), la precisión de estos conceptos se ha realizado, en su mayor parte, por vía jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJUE y TJCE respectivamente y por ambos Tribunal de Justicia europeo), con la finalidad de lograr unas definiciones precisas y cerradas, aunque si bien este objetivo parece lejos haberse cumplido².

Al respecto la NDMR lo deja claro cuando atiende a las conclusiones del Consejo de 1 de julio de 2004, en las que *“llamaba a la Comisión a presentar una propuesta de revisión de ciertos aspectos de la Directiva 75/442/CEE, derogada y sustituida por la Directiva 2006/12/CE, a fin de aclarar la distinción entre residuos y no residuos [...]”*³ y dispone como primer objetivo de la Directiva *“aclarar conceptos clave”*⁴.

Esta necesaria concreción reside en el hecho de que el concepto jurídico de residuo desde un inicio ha sido controvertido, suscitando conflictos desde la entrada en vigor de la primera Directiva Marco de 1975, que han ido forjando una doctrina jurisprudencial al extremo de que el concepto de residuo pasó de ser un concepto normativo para convertirse en buena manera en un concepto judicial⁵, a lo que hay que sumar las dos nociones alternativas al concepto jurídico de residuos: subproducto y materia prima secundaria, que se han ido forjando hasta adquirir primero carta de naturaleza jurisprudencial y después carácter normativo en la NDMR⁶.

Conceptos todas ellos nada baladíes, ya que una de las principales consecuencias de que una determinada sustancia u objeto caiga dentro de la definición del concepto de residuos es su sumisión a un régimen jurídico

¹ La Directiva 75/439/CEE, la Directiva 91/689/CEE del Consejo y la Directiva 2006/12/CE, de 5 de abril de 2006.

² SANTAMARÍA ARINAS, R.J.: «Residuos», en I. Lasagabaster Herrarte (director), *Derecho Ambiental, Parte Especial II*, LETE, Bilbao, 2010, p. 416.; *“De hecho, la precisión terminológica dista mucho de haberse alcanzado en conceptos clave pero, al mismo tiempo, la proliferación de tecnicismos aboca a una ramificación laberíntica que en no pocas ocasiones amenaza con romper la unidad del régimen jurídico tan laboriosamente buscada durante años”*.

³ NDMR, considerando (5).

⁴ NDMR, considerando (8).

⁵ SANTAMARÍA ARINAS, R.J.: «La noción comunitaria de residuos como concepto jurisprudencial», *Actas del V Congreso nacional de Derecho Ambiental*, Monografías de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 5, 2004.

⁶ SANTAMARÍA ARINAS, R.J.: «La intervención administrativa en el uso industrial de subproductos y materias primas secundarias», *Revista electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 22, 2011, disponible en

<http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

caracterizado por un elevado grado de intervencionismo (autorizaciones, registros, notificaciones, limitaciones, prohibiciones de exportación e importación, documentos de control y seguimiento, declaraciones, etc.) por parte de la administración pública⁷.

En este sentido hay que tener en cuenta que casi toda la regulación comunitaria en materia de residuos, con la excepción de los residuos de envases se realiza en base al actual artículo 192 del TFUE (antiguo artículo 175 TCE), con el objetivo de la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente y la protección de la salud de las personas⁸, pasando “*a ser un objetivo secundario la protección del establecimiento del mercado interior, lo que permite y legitima la adopción de medidas por parte de los Estados miembros que supongan límites justificados a la libre circulación de los residuos*”⁹.

A consecuencia de todo lo anterior y como ya se ha anunciado han ido surgiendo una serie de realidades afines al concepto jurídico de residuo que tratan de escapar al mismo¹⁰, de ahí la necesidad manifestada por la NDMR de aclarar estos conceptos clave (residuo, subproducto y materia prima secundaria), que no pueden ser entendidos sin la variada jurisprudencia europea que se ha producido y seguramente seguirá produciéndose en esta materia, al tratarse de conceptos no cerrados.

Así la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2013 (Asunto C-358/11), resulta de gran interés en este debate, ya tiene por objeto la interpretación de la relación entre NDMR y el Reglamento (CE) n° 1907/2006, de 18 de diciembre de 2006 (en adelante Reglamento REACH), pudiendo clarificar, al menos en ese asunto, la relación entre la normativa sectorial de residuos y la de sustancias peligrosas.

⁷ SERRANO PAREDES, O.: «Una distinción con importantes consecuencias jurídicas: residuo, subproducto y materia prima secundaria », *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 42, 2008, p. 174.

⁸ Art. 191 TFUE (antiguo art. 174 TCE).

⁹ SERRANO LOZANO, R.: «La nueva regulación marco de lo residuos », en L. Ortega Álvarez y C. Alonso García (directores) y R. de Vicente Martínez (coord.), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 738.

¹⁰ *Supra*, SERRANO PAREDES, O., 2008, p. 147.

METODOLOGÍA:

A tal fin nos decantamos por un trabajo de investigación **jurídico-descriptiva**, con la finalidad de ofrecer una imagen lo más cercana posible al actual concepto de residuo, subproducto y materia prima secundaria.

CUERPO DEL TRABAJO:

1. EL CONCEPTO JURÍDICO DE RESIDUO

1.1. Previsiones normativas

La NDMR en su considerando 8, presenta como primer objetivo *“aclarar conceptos clave, como las definiciones de residuo [...]”*, de hecho su artículo 3 contiene veinte definiciones frente a las siete que ofrecían sus precedentes.

Esto no es sino una respuesta al problema que plantea la definición jurídica de residuo, básicamente en lo que se refiere a la determinación del momento a partir del cual una sustancia u objeto puede empezar a ser considerada como tal. Como señala Santamaría Arinas¹¹, para determinar ese momento se hace necesario combinar un aspecto subjetivo, es decir la voluntad del poseedor, con un aspecto objetivo, que permite a las autoridades públicas prescindir de esa voluntad.

De la ponderación de ambos criterios se ha de conformar la definición de residuo, aunque hasta el momento parece que no se haya dado con un criterio general que logre el pretendido equilibrio entre ambos extremos.

De hecho, a partir de la definición de residuo dada por las Directivas 75/442 de 15 de julio y 2006/12 de 5 de abril (*“cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y de la cual su poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse”*), el Tribunal de Justicia europeo ha ido creando una doctrina jurisprudencial en torno al concepto jurídico de residuo, subproducto y fin de la condición de residuo (materia prima secundaria), que en gran parte ha sido recogida en la NDMR.

El anexo I de la Directiva 75/442 recogía 16 categorías de residuos, conteniendo dos cláusulas abiertas, concretamente la Q1 (*“residuos de producción o de consumo no especificados a continuación”*) y la Q16 (*“toda sustancia, materia o*

¹¹ Supra SANTAMARÍA ARINAS, R.J., 2010, p. 416.

producto que no esté incluida en las categorías anteriores”), que permitían determinar a cualquier materia como residuo. A todo esto, se añadía, en su artículo 1.a) un mandato a la Comisión para que elaborará una lista de residuos pertenecientes a las categorías enumeradas en el anexo I¹². De esta manera la Comisión en 1993 aprobó dos listas europeas de residuos: el CER de residuos y de residuos peligrosos, que posteriormente fueron modificadas con la nueva lista aprobada por la Decisión 2000/532 de 3 de mayo (LER de residuos y de residuos peligrosos).

En todo caso, esta lista “*pese a ofrecer una nomenclatura de referencia común, no tiene una carácter exhaustivo*”¹³, en tanto la pertenencia a ella de una determinada sustancia u objeto no significaba por sí, su condición de residuo, sino que además era necesario que se ajustase a la definición de residuo de la Directiva, es decir, que su poseedor se desprendiese o tuviera la intención, o la obligación de desprenderse de ella.¹⁴

La Directiva 2006/12 del Parlamento y del Consejo de 5 de abril relativa a los residuos, no introdujo ninguna novedad al respecto, no así sucede con la actual NDMR la cual retoca la tradicional definición de residuo que ahora se entiende como “*cualquier sustancia u objeto del cual su poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse*”¹⁵, sin ninguna remisión a las categorías del anexo I¹⁶, como hacían las Directivas anteriores, aunque se sigue manteniendo en vigor la Lista Europea de Residuos (LER)¹⁷.

Realmente la principal novedad de la actual NDMR es que incorpora al Derecho positivo el concepto jurídico de subproducto¹⁸ y el de fin de la condición de residuo¹⁹ (materia prima secundaria), es decir el momento en que un residuo valorizado deja de serlo, en base a ciertos criterios que ya había avanzado el Tribunal de Justicia europeo.

¹² El artículo 1.a) en su párrafo segundo establece: “*El 1 de abril de 1993, como muy tarde, la Comisión con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 18, elaborará una lista de residuos pertenecientes a las categorías enumeradas en el Anexo I. dicha lista se revisará periódicamente y, en caso necesario, se modificará según el mismo procedimiento*”.

¹³ Supra, SERRANO PAREDES, O., 2008, p. 151.

¹⁴ STJCE 18/12/1997, As. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, Rec. P.I-7411, aptdo. 26. “[...] *el alcance del concepto de residuo depende del término desprenderse*”.

¹⁵ Artículo 3.1 NDMR.

¹⁶ SANTAMARÍA ARINAS, R.J. refleja que la desaparición a la remisión a las categorías del Anexo I en la nueva NDMR, responde a “*que, en verdad, venía resultando inoperante en la práctica*”.

¹⁷ Artículo 7 NDMR.

¹⁸ Artículo 5 NDMR.

¹⁹ Artículo 6 NDMR.

1.2. Concreción jurisprudencial

Como ya ha sido indicado la inclusión de una determinada sustancia u objeto en la LER no significa que está fuese considerada de manera inmediata como residuo. Por consiguiente, la idea básica del Tribunal de Justicia europeo²⁰ es que *“la condición de residuo dura mientras el poseedor de la sustancia de que se trate se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse de ella conforme a la definición del art. 3.1 NDMR”*²¹.

Lo que desplaza la cuestión central a lo que se entiende por “desprenderse”. Al respecto de este término el Tribunal de Justicia europeo manifestaba que dicho término *“englobaba al mismo tiempo, la eliminación y la recuperación de una sustancia u objeto”*²², es decir alguna de las operaciones de valorización o eliminación contenidas en el anexo II de las Directivas anteriores a la actual NDMR.

Ahora bien, esta línea de interpretación sufre una ruptura en el año 2000²³, a resultas del asunto ARCO Chemie, al señalar que el hecho de que una sustancia se someta a alguna de las operaciones del citado anexo II no implica que su poseedor se desprenda de ella y por tanto que esta sustancia sea un residuo. Argumento refrendado, entre otras en la Sentencia *Palin Granit* (en su apartado 27), al disponer que *“El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la circunstancia de que una sustancia sea sometida a una de las operaciones mencionadas en el anexo II B de la Directiva 75/442 no permite afirmar que su poseedor se desprenda de ella ni, por lo tanto, considerar dicha sustancia como un residuo (STJCE Arco Chemie, antes citada, apartado 82). Por tanto, la ejecución de una operación mencionada en el anexo II A o II B de la Directiva 75/442 tampoco permite, por sí sola²⁴, calificar una sustancia como residuo”*.

²⁰ Supra 14 y Sentencias de 15 de junio de 2000, ARCO Chemie Nederland y otros (C-418/97 y C-419/97, Rec. P. I-4475), aptdo. 94, y de 18 de abril de 2002. *Palin Granit* y *Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhymän hallitus* (C-9/00, Rec. P. I-3533), aptdo. 46.

²¹ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de diciembre de 2012 (Asunto C-358/11), aptdo. 76. *“[...] Este concepto de residuos se ha interpretar a la luz de los objetivos perseguidos por la NDMR, que, [...] pretende reducir al mínimo los efectos negativos de la generación y la gestión de residuos para la salud humana y el medio ambiente, y a la luz del artículo 191 TFUE, apartado 2, con arreglo al cual la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, basándose en los principios de cautela y de acción preventiva. Por tanto, **procede interpretar de forma amplia el concepto de residuo** (énfasis añadido)”*.

²² Supra, *Inter-Environnement Wallonie*, aptdo. 27.

²³ Supra, SERRANO PAREDES, O., 2008, pp. 154-162.

²⁴ En primer lugar y como dispone la Sentencia *Palin Granit* (en su apartado 22), el LER es una lista puramente indicativa y *“la calificación de residuo resulta ante todo, [...], del comportamiento del poseedor en función de si desea desprenderse de las sustancias consideradas o no”*.

De manera consecuente, el término “desprenderse” no depende del hecho de que una determinada sustancia u objeto se encuentre incluida en la LER, ni que el método, por el cual sea gestionada aparezca enumerado entre las operaciones de valorización, ya que por si solos no son motivos suficientes, para tenga que ser obligatoriamente considerada como residuo, sino que dependerá “del conjunto de circunstancias [que concurren] teniendo en cuenta el objetivo de la Directiva [75/442]²⁵”.

Por tanto, “el verbo «desprenderse» debe interpretarse teniendo en cuenta la finalidad de la Directiva 75/442, que, a tenor de su tercer considerando, consiste en la protección de la salud del hombre y del medio ambiente contra los efectos perjudiciales causados por la recogida, el transporte, el tratamiento, el almacenamiento y el depósito de los residuos, así como la del artículo 174 CE, apartado 2, que establece que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar un nivel de protección elevado y se basará, entre otros, en los principios de cautela y de acción preventiva. Por tanto, el verbo «desprenderse», que determina el ámbito de aplicación del concepto de residuo, no puede ser objeto de interpretación restrictiva (véase, en este sentido, la STJCE, ARCO Chemie Nederland y otros, asuntos acumulados C-418/97 y C-419/97, Rec. p. I-4475, apartados 36 a 40)²⁶.”

Así, para entender que se ha producido dicho “desprendimiento” habrá que atender no solo al destino final sino a otros criterios tales como: la consideración social de la sustancia como residuo; que la sustancia sea residuo de un procedimiento de fabricación de otra sustancia; que no pueda darse a la sustancia otro uso alternativo distinto a su eliminación; que su composición no sea adecuada para la utilización que se hace de ella; o que la sustancia deba emplearse con especiales medidas de precaución para el medio ambiente²⁷.

Posteriormente esta doctrina jurisprudencial se ha venido reiterando en otros pronunciamientos, en los que se han ido definiendo una serie de elementos, cuyo objeto, como no podía ser de otra manera, era aclarar el concepto de residuo:

- **Por su finalidad**, el objeto del concepto jurídico de residuo es proteger al medio ambiente y a la salud de las personas, de ahí “se desprende que el concepto de residuo no puede ser objeto de interpretación restrictiva”²⁸.

²⁵ Supra, ARCO Chemie, ap. 88.

²⁶ STJCE, de 7 de septiembre de 2004, caso proceso penal contra Daniel Laurent y otros (asunto C-1/03), ap. 45.

²⁷ STJCE de 15 de junio de 2000, ARCO Chemie Nederland y otros (C-418/97 y C-419/97, Rec. P. I-4475), aptdo. 88.

²⁸ Supra, ARCO Chemie Nederland y otros, aptdo. 40.

- **Por su pertenencia a alguna de las categorías establecidas en la Directiva Marco en su anexo I**, si bien esto constituye el primer criterio para poder conocer si una determinada sustancia u objeto es un residuo, no es definitivo, por cuanto de acuerdo a la jurisprudencia²⁹ se ha determinado la falta de exhaustividad y de eficiencia de la lista³⁰ derivada precisamente de su último epígrafe “*toda sustancia, materia y producto que no esté incluido en las categorías anteriores*”. Así el elemento clave depende del concepto de “desprenderse” y la doctrina jurisprudencial, al respecto, ha determinado una serie de criterios que pueden ser clasificados en dos bloques, uno en relación al destino que se le da a la sustancia u objeto, y el otro relativo a los indicios.
- En lo que concierne **al destino** “*se deduce [...] que el citado término incluye en particular la eliminación y la valorización de una sustancia u objeto*”³¹, “*incumbe al juez nacional [...] clasificar [una determinada operación] como [...] eliminación o como [...] valorización*”³². Aunque al igual de lo que ocurre con la lista del anexo I, las listas de los anexos IIA y IIB que contienen las operaciones de valorización y eliminación son meramente indicativas, así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo³³.

No obstante y de acuerdo al apartado 69 de la STJCE ARCO Chemie la finalidad si bien no puede excluirse que se considere como un indicio de la existencia de un residuo no tiene ninguna incidencia sobre su carácter de residuo y esto inclusive en aquellos casos en los que “*un residuo haya sido objeto de una operación de valorización completa que tenga como consecuencia que la sustancia que se trata haya adquirido las mismas propiedades y características que una materia prima, dicha sustancia puede ser considerada como un residuo si, conforme a la definición del art. 1. Letra a), de la Directiva, su poseedor desprende de la misma o tiene la intención o la obligación de desprenderse de ella*”³⁴.

²⁹ STJCE de 18 de abril de 2002, Palin Granit (C-9/00, Rec. P.I-3533, aptdo. 22). “*No obstante, son listas puramente indicativas y la calificación de residuo resulta ante todo, como subraya acertadamente la Comisión, del comportamiento del poseedor en función de si desea desprenderse de las sustancias consideradas o no. Por consiguiente, el alcance del concepto de residuo depende del significado del término «desprenderse» (STJCE de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. P. I-7411, apartado 26)*”.

³⁰ Supra, SERRANO PAREDES, O., 2008, p. 157. “*Consecuentemente la Lista Europea de Residuos es también una lista puramente indicativa*”.

³¹ Supra, ARCO Chemie, aptdo. 47.

³² STJCE de 27 de febrero de 2002, ASA (C-6/00, Rec. P.I-01967), aptdo. 70.

³³ Supra, ASA, aptdo. 60. “*Procede, pues, observar que la finalidad de los anexos II A y II B de la Directiva es recoger las operaciones de eliminación o de valorización más corrientes y no enumerar con precisión y exhaustividad todas las operaciones de eliminación o de valorización de los residuos a efectos de la Directiva*”.

³⁴ Supra, ARCO Chemie, aptdo. 94.

- En cuanto a los **otros indicios**, el TJCE ha apuntado a la consideración social de la sustancia³⁵; que no se le pueda dar a ésta otro destino que no sea la eliminación; que la sustancia deba emplearse con las pertinentes medidas de precaución para el medio ambiente y la salud humana; y que sea un residuo de producción, o lo que es lo mismo un producto que no ha sido buscado como tal³⁶. Es evidente que este último indicio cobra especial relevancia, en tanto enlaza el concepto jurídico de residuo con el concepto jurídico de subproducto.

Como ya se ha indicado el Tribunal de Justicia europeo ha manifestado en diversas sentencias que el concepto jurídico de residuo no puede ser interpretado de forma restrictiva³⁷, a pesar de esto la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 21 de febrero de 2007 [en adelante COM (2007)], interpretativa sobre residuos y subproductos cuya finalidad es la de servir de guía a las autoridades competentes a la hora de interpretar caso por caso, si un determinado material es o no residuo, se ha separado algo de esta línea interpretativa al considerar que *“una interpretación excesivamente amplia de la definición de residuo impondría costes innecesarios a las empresas afectadas y podría reducir el atractivo de materiales que, de otro modo, serían susceptibles de reutilización económica. Por el contrario, una interpretación demasiado estricta podría provocar daños en el medio ambiente y minar la eficacia de la legislación comunitaria y las normas comunes existentes en materia de residuos”*³⁸.

³⁵ Auto de 15 de enero de 2004, Saetti y Frediani, C-235/02, Rec. P. I-1005, apartado 46 *“en cuanto al indicio derivado de que la sociedad considere [a una determinada sustancia u objeto] como residuo, aun suponiendo que llegara a confirmarse, no bastaría por sí solo para deducir que [dicha sustancia u objeto] es un residuo [...]”*.

³⁶ Supra, ARCO Chemie, aptdo. 88.

³⁷ Entre otras, supra, Palin Granit, aptdo. 23: *“La Comisión interpreta las operaciones de eliminación y de valorización de una sustancia o de un objeto como una manifestación de la voluntad de «desprenderse [de él]» en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442. En efecto, sostiene que los artículos 4, 8, 9, 10 y 12 de esta Directiva describen dichas operaciones como el modo de tratar los residuos. Entre ellas figuran el depósito en el suelo o en su interior, como la descarga (epígrafe D 1 del anexo II A), el almacenamiento previo a una operación de eliminación (epígrafe D 15 del anexo II A) y el almacenamiento previo a una operación de valorización (epígrafe R 13 del anexo II B). Por consiguiente, la ganga, almacenada en el lugar de extracción o en el lugar de depósito, es objeto de una operación de eliminación o de valorización”* y aptdo. 36: *“No obstante, habida cuenta de la obligación, recordada en el apartado 23 de la presente sentencia, de interpretar de forma amplia el concepto de residuos, para limitar los inconvenientes o molestias inherentes a su condición, hay que limitar la aplicación de este argumento relativo a los subproductos a las situaciones en las que la reutilización de un bien, material o materia prima no es sólo posible, sino segura, sin transformación previa, y sin solución de continuidad del proceso de producción”*.

³⁸ VÁZQUEZ GARCÍA, D.: «La introducción del concepto de subproducto como una de las principales novedades de la nueva Ley 22/2011 de residuos» 29 de junio de 2011, disponible en http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3141/documento/Daniel_Ley_Residuo_s.pdf?id=3266. Considera que esta interpretación de la Comisión ha sido el embrión de “lo

2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE SUBPRODUCTO

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy TJUE) sirvió de base, para que la Comisión, como ya se ha mencionado, publicara, en el año 2007 una Comunicación interpretativa sobre residuos y subproductos³⁹, que aun que carece de valor normativo no deja de tener un eminente interés práctico.

Por otra parte, la mayor parte de su contenido no es original, en tanto se limita a resumir los criterios jurisprudenciales. Sin embargo, y ahí radica su especial interés, *“aporta alguna claves para comprender como es debido la aplicación de tales criterios”*⁴⁰. De hecho la finalidad de la misma es *“por un lado, orientar a las autoridades competentes al decidir, caso por caso, si un material determinado es o no residuo, y, por otro, informar a los operadores económicos sobre la manera en que deben adoptarse estas decisiones. La Comunicación también ayudará a armonizar la interpretación de estas disposiciones en la UE”*.

Parte de su contenido que no todo ha sido incorporado en la NDMR, concretamente cuando define el término de residuo y principalmente en su artículo 5 dedicado a los subproductos, de hecho y dado que se trataba de una directriz no vinculante para las propias instituciones comunitarias, al aprobar la NDMR en 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo no acogieron todas las pautas marcadas por la Comisión e incluso *“se ha separado en determinados aspectos de la doctrina sentada por el Tribunal”*⁴¹ (SERRANO PAREDES, O., 2009).

La COM (2007) perseguía *“mejorar la seguridad jurídica de la legislación en materia de residuos y facilitar la comprensión y aplicación de la definición”*⁴² y a tal fin primero establece las siguientes aclaraciones:

- 1) Con independencia de la gran variedad de materiales originados en procesos industriales, que pueden denominarse subproductos, coproductos, productos intermedios o productos no básicos, ninguno de estos términos tiene significado en la legislación ambiental

que hoy es el concepto de subproducto, como realidad física, jurídica y económica diferente del residuo, y que habilita para la reutilización de determinadas sustancias y objetos resultado de un proceso de producción sin determinadas precauciones que sí son exigibles respecto de los residuos”.

³⁹ COM (2007) 59 final, Bruselas, 21-02-2007.

⁴⁰ Supra, SANTAMARÍA ARINAS, R.J., 2011.

⁴¹ Supra, SANTAMARÍA ARINAS, R.J., 2011.

⁴² Cfr. P.3 de la COM (2007).

comunitaria, en tanto productos y subproductos tienen el mismo estatus, ya que los materiales son simplemente residuos o no residuos.⁴³ Aunque resulta evidente que dada la redacción del artículo 5 de la NDMR el concepto de subproducto si tiene relevancia jurídica en la normativa ambiental de la Unión Europea, puesto que dispone que debe entenderse como subproducto a “Una sustancia u objeto, resultante de un proceso de producción, cuya finalidad primaria no sea la producción de esa sustancia u objeto, puede ser considerada como subproducto y no como residuo [...], únicamente si se cumplen las siguientes condiciones [...]”.

- 2) Además deben tenerse en cuenta por su trascendencia para poder dilucidar si una determinada materia resultante de un proceso de producción es o no residuos, los siguientes tres términos que encuentran también su definición en la COM (2007)⁴⁴:
- “Producto: todo material obtenido deliberadamente en un proceso de producción. En muchos casos es posible identificar un producto «primario» (o varios), que es el principal material producido”.
 - “Residuo de producción: material que no se produce deliberadamente en un proceso de producción, pero que puede ser o no residuo”.
 - “Subproducto: residuo de producción que no es residuo”.

De esta manera, para considerar un residuo de producción como residuo o no la COM (2007) propone seguir un itinerario, representado en su anexo II, bajo la denominación de “un árbol de decisión: ¿residuo o subproducto?”⁴⁵, que puede sintetizarse en dos cuestiones: a) ¿El material es un producto o bien un residuo?; y b) ¿en la premisa de que el material es un residuo de producción, se trata necesariamente de un residuo?

a) ¿El material es un producto o bien un residuo?

La respuesta dependerá de si el material obtenido ha sido el resultado directamente perseguido por el proceso de fabricación o no. En el primero de los casos, es decir, si se ha obtenido de manera deliberada nos encontraremos de acuerdo a la jurisprudencia con un producto, en el caso contrario, se tratará de un residuo de producción.

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia ha aclarado en la Sentencia *Palin Granit*⁴⁶ que un residuo de producción es aquél que no es el

⁴³ Cfr. P.5 COM (2007).

⁴⁴ Cfr. P.4 COM (2007).

⁴⁵ Cfr. P.14 COM (2007).

⁴⁶ Supra, *Palin Granit*, aptdo. 32: “En los apartados 83 a 87 de la sentencia *ARCO Chemie Nederland y otros*, antes citada, el Tribunal de Justicia subrayó la importancia de que la sustancia sea un residuo de producción, es decir un producto que no ha sido buscado como tal, con vistas a una posterior

resultado directamente perseguido por el proceso de producción, y por el contrario y así lo ha manifestado en asunto *Saetti y Frediani*⁴⁷, si se ha producido de manera deliberada como “*resultado de una opción técnica*” no se trata de un residuo de producción y por tanto tampoco se trata de un residuo.

Añade la COM (2007), con la finalidad de precisar la cuestión que “*El hecho de que el fabricante hubiera podido obtener el producto primario sin producir el material en cuestión pero haya decidido producirlo, demuestra que dicho material no es residuo de producción. La modificación del proceso de producción para dar al material características técnicas específicas puede ser otra prueba de que la producción del material en cuestión es el resultado de una opción técnica*”⁴⁸.

b) Si la conclusión que se ha alcanzado a la cuestión anterior, conduce a que el material en cuestión es un residuo de producción ha de tenerse en cuenta de que incluso en este caso, un “*residuo de producción, no es necesariamente un residuo*”⁴⁹.

De acuerdo a la COM (2007) “*para que un residuo de producción no sea considerado residuo debe cumplir tres condiciones de reutilización de forma acumulativa, id est, deben darse todas, que son*”⁵⁰:

- ¿Es la reutilización del material no sólo posible, sino segura?
- ¿Puede el material reutilizarse sin transformación previa?
- ¿Sin solución de continuidad del proceso productivo?

A estas condiciones el Tribunal ha añadido que la utilización del subproducto debe de ser también legal⁵¹ y por tanto el subproducto no puede ser un material del que el fabricante esté obligado a desprenderse o cuya utilización prevista esté prohibida por la legislación comunitaria o

utilización. Como observa la Comisión, en el asunto principal, la producción de ganga no es el objeto principal de Palin Granit. Sólo se produce de forma accesoria y la empresa procura limitar su cantidad. Pues bien, según el sentido común, un residuo es lo que se desprende cuando se trabaja un material o un objeto y no es el resultado directamente perseguido por el proceso de fabricación”. Y aptdo. 33: “Por consiguiente, resulta que la ganga procedente de la extracción, que no es la producción principalmente perseguida por el que explota una cantera de granito, está incluida, en principio, en la categoría de los «residuos de extracción y preparación de materias primas» que figura en el epígrafe Q 11 del anexo I de la Directiva 75/442”.

⁴⁷ Supra, *Saetti y Frediani*.

⁴⁸ Cfr. P.7 COM (2007).

⁴⁹ Cfr. P.7 COM (2007).

⁵⁰ Supra, SERRANO LOZANO, R., 2013, pp. 737-746.

⁵¹ SsTJCE de 8 de septiembre de 2005, Asuntos del *estiércol (purines) español*, C-416/02 y C-121/03.

nacional⁵². También antes de entrar directamente en las tres condiciones citadas es necesario hacer una serie de precisiones⁵³:

- a) El concepto de residuo no excluye las sustancias susceptibles de reutilización económica, sirva de ejemplo la STCE 28 de marzo de 1990 Vessoso y Zanetti- As. Ac. 206/88 y 207/88. Rec. 1990. P.I-01461 que concluye señalando que *“el concepto de residuo, en el sentido de los artículos 1 de las Directivas 75/442/CEE y 78/319/CEE del Consejo, no debe entenderse como que excluye las sustancias y objetos susceptibles de reutilización económica. Este concepto no presupone por parte del poseedor que se desprende de una sustancia u objeto la intención de excluir cualquier reutilización económica de dicha sustancia u objeto por parte de terceras personas”*.
- b) El confuso empleo de los términos subproducto y materia prima secundaria, ya que mientras el primero se enmarca dentro de la categoría de residuos de producción, que en tanto se empleen de acuerdo a las condiciones ya señaladas: utilización segura, sin transformación previa y sin solución de continuidad en el proceso de producción, se escapan al concepto jurídico de residuo; el segundo, las materias primas secundarias, por el contrario son aquellas sustancias que han dejado de ser residuos y pueden emplearse como sustitutos de cualquier otra materia prima.

2. 1. La reutilización del material (del residuo de producción) no sólo es posible sino segura y legal

Primero habrá que tener en cuenta el valor económico de los residuos⁵⁴.

*“Por consiguiente, resulta que, además del criterio basado en si una sustancia posee o no la condición de residuo de producción, el grado de probabilidad de la reutilización de dicha sustancia, sin operación de transformación previa, constituye un segundo criterio pertinente para apreciar si es o no un residuo a efectos de la Directiva 75/442. **Si, más allá de la mera posibilidad de reutilizar la sustancia, existe un interés económico para el poseedor en hacerlo, la probabilidad de dicha reutilización es mayor. Si así sucede, la sustancia de que se trata ya no puede ser considerada como una carga de la***

⁵² Cfr. P.7 COM (2007).

⁵³ Supra, SERRANO PAREDES, O., 2008, pp. 162-179.

⁵⁴ Supra, SERRANO PAREDES, O., 2008, p. 171, manifiesta que llama la atención este criterio de valor económico, si atendemos a la circunstancia, que ni el concepto de residuo, ni el de subproducto, ni el de materia prima secundaria, excluyen las sustancias susceptibles de reutilización económica.

que el poseedor procura «desprenderse», sino como un auténtico producto (énfasis añadido)⁵⁵.

Segundo, igualmente, se deberá tener en cuenta si el poseedor da garantías suficientes de la identificación y la utilización efectiva de la sustancias en el proceso de producción⁵⁶.

Por último, antes de su reutilización potencial pero no segura, conviene considerarlo residuo durante su almacenamiento⁵⁷.

2. 2. Reutilización sin transformación previa

En relación a esta condición la COM (2007) indica que puede ser un criterio de difícil aplicación en algunos casos, ya que a menudo, alguna de las tareas de la cadena de valor de un subproducto se realizan, en las instalaciones del fabricante, pero otras son realizadas en las del siguiente usuario, e, incluso, otras pueden ser efectuadas por intermediarios. Pero siempre que sean parte integrante del proceso de producción, estas tareas no impedirán que el material se considere subproducto⁵⁸.

Como puede deducirse este requisito, se trata de un concepto muy amplio que incluso incluye la trituración del residuo de producción, caso del asunto *Avesta Polarit Chrome Oy*, en el que el Tribunal de Justicia ha estimado de que el hecho de que previamente a la reutilización sea necesario un proceso adicional de valorización, aunque la reutilización sea segura, demuestra que el material es residuo hasta que no se haya completado este proceso⁵⁹.

⁵⁵ Supra, *Palin Granit*, aptdo. 37.

⁵⁶ STJCE de 11 de septiembre de 2003. As. C-114/01. *AvestaPolarit Chrome Oy*, aptdo. 43: “el poseedor de ganga y de arena residual de operaciones de enriquecimiento del mineral procedentes de la explotación de una mina se desprende o tiene la intención de desprenderse de tales sustancias, las cuales deben, por consiguiente, calificarse de residuos, con arreglo a la Directiva 75/442, salvo si el poseedor las utiliza legalmente para el relleno necesario de las galerías de la mina y da garantías suficientes sobre la identificación y la utilización efectivas de las sustancias empleadas para tal fin”.

⁵⁷ Supra, *Palin Granit*, aptdo. 38: “Por consiguiente, la reutilización no es segura y sólo puede preverse a plazo a más o menos largo, de manera que la ganga solamente puede ser considerada como «residuos de extracción», de los que el titular de la explotación tiene «la intención o la obligación de desprenderse», a efectos de la Directiva 75/442, y pertenecen, por lo tanto, a la categoría citada en el epígrafe Q 11 del anexo I de la referida Directiva”.

⁵⁸ Cfr. P.8 COM (2007).

⁵⁹ Supra, *AvestaPolarit Chrome Oy*, aptdo. 40 y 41: “Por lo que atañe a los desechos cuya utilización no sea necesaria en el proceso de producción para el relleno de las galerías, deben considerarse, en su conjunto, en cualquier caso, residuos. No sólo es así en lo que respecta a la ganga y la arena residuales cuya utilización, en las actividades de construcción o en otros usos sea incierta, sino también para la ganga que haya de ser triturada puesto que, aun cuando sea probable una utilización de esta índole, requerirá

2.3. Sin solución de continuidad en el proceso productivo

Hace referencia a que el material se prepara para su reutilización sin solución de continuidad del proceso de producción, considerándose entonces subproducto, debiendo tener en cuenta de que *“el hecho de que el material salga del lugar o de la fábrica donde se ha producido para someterse a transformación puede indicar que estas tareas ya no forman parte del mismo proceso de producción. Sin embargo, habida cuenta de la especialización cada vez mayor de los procesos industriales esto no puede considerarse un criterio definitivo”*⁶⁰. Todo esto sugiere a que se esta refiriendo a que se reutilicen en el mismo proceso productivo o en un proceso perteneciente a la misma actividad económica, con independencia del operador que lo gestione⁶¹: *“una sustancia puede no ser considerada un residuo en el sentido de la Directiva 75/442 si con certeza va a ser utilizada para las necesidades de otros operadores económicos distintos del que la ha producido (en este sentido, véase el auto Saetti y Frediani, antes citado, apartado 47)”*⁶².

No obstante, todo lo anterior, no hay que olvidar que aún en el caso de que un material satisfaga todas las condiciones para ser considerado como un subproducto, si el poseedor decide desprenderse de él debe ser considerado como residuo.

El art. 5.1 de la NDRM reproduce fielmente las condiciones que la jurisprudencia y la COM (2007) exigen para que una sustancia o material pueda ser considerada como subproducto y no como residuo, al efecto dispone que:

“Una sustancia u objeto, resultante de un proceso de producción, cuya finalidad primaria no sea la producción de esa sustancia u objeto, puede ser considerada como subproducto y no como residuo con arreglo al artículo 3, punto 1, únicamente si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) es seguro que la sustancia u objeto va a ser utilizado ulteriormente;*
- b) la sustancia u objeto puede utilizarse directamente sin tener que someterse a una transformación ulterior distinta de la práctica industrial normal;*

precisamente una operación de valorización de una sustancia que, como tal, no se utiliza ni en el proceso de producción minera, ni para el uso final programado”.

⁶⁰ Cfr. P.9 COM (2007).

⁶¹ Supra, SERRANO PAREDES, O., 2008, p. 175.

⁶² STJCE de 8 de septiembre de 2006, caso Comisión/Reino de España, asunto C-121/03, aptdo. 61.

c) la sustancia u objeto se produce como parte integrante de un proceso de producción; y

d) el uso ulterior es legal, es decir la sustancia u objeto cumple todos los requisitos pertinentes para la aplicación específica relativos a los productos y a la protección del medio ambiente y de la salud, y no producirá impactos generales adversos para el medio ambiente o la salud humana”.

Pero hay que considerar que la definición de subproducto dada por el artículo 5 de la NDRM, no es una definición al uso puesto que establece “condiciones” para adoptar “medidas” que determinen “los criterios que deberán cumplir las sustancias u objetos específicos para ser considerados como subproductos y no como residuos”. Y mientras las “condiciones” ya se encontraban fijadas, salvo matices en la jurisprudencia y en la COM (2007), las “medidas” con sus “criterios” deberán ser dictadas por la Comisión asistida por un Comité (artículos 5.2 y 39.2 NDRM)⁶³.

2. 4. El artículo 4 de la Ley 22/2011, transposición al ordenamiento español del concepto de jurídico de subproducto

La Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (en adelante LRSC) transpone la NDMR mediante la conocida como técnica de “transposición fotocopia”, al limitarse a transcribir literalmente mucho de los preceptos de la Directiva que transpone⁶⁴. Por medio de su artículo 4.1 de la LRSC transpone, prácticamente de manera literal aunque no idéntica⁶⁵, al ordenamiento interno español el artículo 5,1 de la NDMR.

⁶³ Supra, SANTAMARÍA ARINAS, R. J., 2011.

⁶⁴ RUIZ DE APOCADA ESPINOSA, A.: «Ámbito de aplicación de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados», en E. Blasco Hedo (coord.), *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados*, CIEMAT, Madrid, 2013, disponible en http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2013/03/2013_CIEDA_Residuos-Sumario-Introduccion.pdf

⁶⁵ Incluso prescinde del adjetivo “legal” exigido al uso ulterior, así el art. 4.1 de la LRSC dispone:

“1. Una sustancia u objeto, resultante de un proceso de producción, cuya finalidad primaria no sea la producción de esa sustancia u objeto, puede ser considerada como subproducto y no como residuo definido en el artículo 3, apartado a), cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se tenga la seguridad de que la sustancia u objeto va a ser utilizado ulteriormente,
b) que la sustancia u objeto se pueda utilizar directamente sin tener que someterse a una transformación ulterior distinta de la práctica industrial habitual,
c) que la sustancia u objeto se produzca como parte integrante de un proceso de producción, y
d) que el uso ulterior cumpla todos los requisitos pertinentes relativos a los productos así como a la protección de la salud humana y del medio ambiente, sin que produzca impactos generales adversos para la salud humana o el medio ambiente”.

Evidentemente, el concepto jurídico de subproducto como ha demostrado en más de una ocasión el Tribunal de Justicia europeo no es un concepto pacífico, de esta manera y con el fin de dotar a este concepto de una mayor seguridad jurídica y al modo de lo establecido en el artículo 5.2 de la NDMR⁶⁶, prevé que “*la Comisión de coordinación en materia de residuos evaluará la consideración de estas sustancias u objetos como subproductos, teniendo en cuenta lo establecido en su caso al respecto para el ámbito de la Unión Europea, y propondrá su aprobación al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino que dictará la orden ministerial correspondiente*”.

Por tanto, deberá establecerse un procedimiento administrativo estatal de evaluación por parte de la Comisión de coordinación en materia de residuos y posterior elevación para su aprobación al Ministerio de Medio Ambiente que deberá determinar si una concreta sustancia u objeto puede ser considerada o no como subproducto.

A falta de estas ordenes ministeriales, de acuerdo a la Disposición Transitoria Primera deberán continuar aplicándose los procedimientos administrativos en la materia que hubieran estado vigentes, aunque el problema estriba en que dichos procedimientos sólo existen en Cataluña⁶⁷, si bien existe alguna referencia a los subproductos en la legislación andaluza y extremeña⁶⁸.

3. EL CONCEPTO JURÍDICO DE MATERIA PRIMA SECUNDARIA (FIN DE LA CONDICIÓN DE RESIDUO)

Las Directrices marco de residuos, tanto Directiva 2006/12/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2006⁶⁹, relativa a los residuos como la NDMR favorecen la valorización de residuos⁷⁰ mediante cualquier acción

⁶⁶ Este artículo establece la posibilidad de que la Unión Europea pueda establecer criterios que deban cumplir las sustancias u objetos específicos para que puedan ser considerados como subproductos

⁶⁷ Art. 29 del Decreto 93/1999, de 6 de abril, sobre procedimientos de gestión de residuos.

⁶⁸ Supra, RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. 2013.

⁶⁹ Considerando (5): “*Es importante favorecer la valorización de los residuos y la utilización de materiales de valorización como materias primas a fin de preservar los recursos naturales*”.

Art. 3.1.b.i): “*Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para fomentar: a valorización de los residuos mediante reciclado, nuevo uso, recuperación o cualquier otra acción destinada a obtener materias primas secundarias [...]*”.

⁷⁰ Art. 3.15): “*valorización: cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales que de otro modo se habrían utilizado para cumplir una función particular, o que el residuo sea preparado para cumplir esa función, en la instalación o en la economía en genera*”.

que permita la obtención de materias primas secundarias con el fin de preservar los recursos naturales.

Pero a pesar de estas previsiones contenidas en las Directivas marco anteriores a la NDMR y a falta de una definición y mayor concreción normativa (que finalmente ha sido realizada en el art. 6 de la NDMR), de nuevo las aproximaciones de lo que se entendía por materia prima secundaria vinieron dadas vía jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo.

También hay que tener en cuenta, que en el caso del concepto de materia prima secundaria, su delimitación se llevo a cabo, con gran precisión en las Decisiones de la OCDE (88) 90/FINAL y C (92) 39/FINAL, sobre el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos, según las cuales, aquella sustancia que haya sido sometida a una operación de valorización y que está en forma tal que permite su uso directo como sustituto de una materia prima procedente de los recursos naturales en un proceso de producción se considera como materia prima secundaria. De ahí y de acuerdo a las conclusiones del Abogado General en la STJCE de 18 de diciembre de 1997 (asunto C-129/1996, Inter-Environnement Wallonie ASBL) las sustancias que tengan la consideración de materias primas secundarias no tienen la consideración de residuo⁷¹, ya que según *“el documento de la OCDE sugiere que existe un consenso general en el sentido de que, si una materia prima secundaria o residuo puede ser utilizado directamente en un proceso ulterior, posiblemente como sucedáneo de una materia prima primaria, es improbable que constituya un residuo”*⁷².

3. 1. Criterios jurisprudenciales

En las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, en el caso *Tombesi* puso de manifiesto el papel que juegan las distintas operaciones de valorización para poder distinguir a los residuos de las materias primas secundarias⁷³.

“No obstante, de la propia expresión “operación de valorización, y la lista del anexo II antes citada, cabe inferir que la valorización entraña un proceso por el cual los bienes se restablecen a su estado anterior o se transforman en un estado que permite su utilización, o por el cual se extraen o se producen determinados componentes reutilizables. De ello se deduce que, como afirman los gobiernos italiano, neerlandés y

⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., POVEDA GÓMEZ P.: «Dictamen sobre el régimen jurídico aplicable a la utilización como combustible de determinados productos resultantes del proceso de valorización de residuos», Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 25 de julio de 2007.

⁷² Conclusiones del Abogado General en la STJCE de 18 de diciembre de 1997 (asunto C-129/1996, Inter-Environnement Wallonie ASBL), ap. 78.

⁷³ Supra, SERRANO PAREDES, O., 2008, p. 175.

del Reino Unido, los bienes transmitidos a otra persona que continúe utilizándolos en su forma actual no son “valorizados” en el sentido anterior [...]”⁷⁴.

Así en la STJCE *ARCO Chemie*, en el ap. 95 se dice: “El hecho de que la sustancia sea el resultado de una operación de valorización completa en el sentido del Anexo II B de la Directiva, constituye solamente uno de los datos que deben tomarse en consideración para dilucidar si se trata de un residuo, pero no permite, en cuanto tal, extraer una conclusión definitiva a este respecto”.

A mayor precisión, en la STCE *Tombesi*⁷⁵ se señala que no sólo hay que someter al residuo a un tratamiento, sino que éste y aún en el caso de la valorización tiene que ser capaz de modificar las características del residuo.

A esto hay que añadir, que la valorización debe transformar “los objetos en un producto análogo a una materia prima, que posea las mismas características que dicha materia prima y que se utilice con el mismo grado de precaución para el medio ambiente”⁷⁶.

Finalmente el residuo se convertirá en materia prima secundaria cuando la sustancia u objeto pueda emplearse como una materia prima cualquiera sin necesidad de posterior tratamiento alguno⁷⁷.

Sin embargo y como cláusula de cierre, debe observarse que aun en aquellos casos en los que un residuo haya sido objeto de una completa operación de valorización cuya consecuencia final es que haya adquirido las mismas propiedades y características que una materia prima y puede utilizarse con el mismo grado de precaución para el medio ambiente de, dicha sustancia puede seguir siendo considerada residuo, si su poseedor se desprende de la o bien tiene la obligación de desprenderse de ella⁷⁸.

No obstante, únicamente para determinadas formas de valorización ha reconocido el Tribunal de Justicia europeo que las sustancias resultantes

⁷⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto *Tombesi*, aptdo. 52.

⁷⁵ STJCE de 25 de junio de 1997, caso procesos penales contra EURO TOMBESI y otros, aptdo. 53: “Como señala el Abogado General en los puntos 60 y 61 de sus conclusiones un proceso de neutralización de los residuos destinado únicamente a hacerlos inocuos, la descarga de residuos en depresiones del terreno o su uso para terraplenar y la incineración de residuos constituyen operaciones de eliminación o de valorización comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria materia de residuos. El hecho de que una sustancia sea calificada como desecho reutilizable, sin que se precisen sus características o su destino, es irrelevante a este respecto. Lo mismo se aplica a la trituración de residuo”.

⁷⁶ Supra, *ARCO Chemie*, aptdo. 96.

⁷⁷ STJCE de 19 de junio de 2003, caso *Mayer Parry*, (asunto C-444/2000), aptdos. 83-87.

⁷⁸ Supra, *ARCO Chemie*, aptdo. 94. Supra, *Palin Granit*, aptdo. 46.

necesariamente dejan de ser residuos⁷⁹. Es lo que sucede con el reciclado de envases⁸⁰, la transformación de residuos de hierro en productos siderúrgicos tan parecidos a otros productos siderúrgicos obtenidos a partir de materias primas que no pueden distinguirse de éstos⁸¹ y la valorización de residuos en gas purificado que pueda utilizarse como combustible⁸².

3. 2. Concreción normativa (artículo 6 NDMR)

El artículo 6 de la NDMR bajo la rúbrica “*fin de la condición de residuo*”, atendiendo a los anteriores criterios jurisprudenciales regula el momento en que un residuo deja de serlo, al establecer que:

“ 1. Determinados residuos específicos dejarán de ser residuos, en el sentido en que se definen en el artículo 3, punto 1, cuando hayan sido sometidos a una operación, incluido el reciclado, de valorización y cumplan los criterios específicos que se elaboren, con arreglo a las condiciones siguientes:

a) la sustancia u objeto se usa normalmente para finalidades específicas;

b) existe un mercado o una demanda para dicha sustancia u objeto;

c) la sustancia u objeto satisface los requisitos técnicos para las finalidades específicas, y cumple la legislación existente y las normas aplicables a los productos; y

d) el uso de la sustancia u objeto no generará impactos adversos globales para el medio ambiente o la salud.

Los criterios incluirán valores límite para las sustancias contaminantes cuando sea necesario y deberán tener en cuenta todo posible efecto medioambiental nocivo de la sustancia u objeto”.

⁷⁹ Supra, Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de diciembre de 2012 (Asunto C-358/11), aptdo. 79.

⁸⁰ Supra, *Mayer Parry*, aptdo. 75.

⁸¹ STJCE de 11 de noviembre de 2004, Niselli, (C-457/02), aptdo. 52.

⁸² STJUE de 4 de diciembre de 2008, Lahti Energía (C-317/07), aptdo. 35 y STJUE de 25 de febrero de 2010, Lahti Energía (C-209/09), aptdo. 20: “*Como se desprende de los apartados 35, 36 y 41 de dicha Sentencia de 4 de diciembre de 2008, el Tribunal de Justicia declaró que, en tales circunstancias y en la medida en que el gas generado en la fábrica de gas debía tener propiedades análogas a las de un combustible fósil, principalmente por haber sido filtrado mediante un purificador, la actividad de la central productora de energía no se hallaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/76 por el mero hecho de que dicha central debiera utilizar un combustible complementario obtenido a partir de residuos”.*

Hay que destacar que en todo caso se han de cumplir “*los criterios específicos que se elaboren*”⁸³, por lo cual y siguiendo lo establecido en el apartado 2⁸⁴ del artículo 6 se han elaborado criterios para determinar cuando la chatarra de hierro, acero y aluminio dejan de ser residuo por medio del Reglamento (UE) n° 333/2011, de 31 de marzo, *por le que se establecen criterios para determinar cuándo determinados tipos de chatarra dejan de ser residuos con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento y del Consejo*.

Además el artículo 6.2 *in fine* determina que “*deberán tenerse en cuenta criterios de fin de la condición de residuo al menos, entre otros, para los áridos, el papel, el vidrio, el metal, los neumáticos y los textiles*”.

Merece especial relevancia, lo establecido en el apartado 4⁸⁵ del artículo 6, ya que de su interpretación se deriva el hecho de que en ausencia de criterios establecidos por la Unión Europea, los Estados miembros sólo pueden decidir caso por caso si un determinado residuo ha dejado de serlo, atendiendo para ello a la jurisprudencia y naturalmente, a los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 6⁸⁶. A esto se exige, que este tipo

⁸³ El considerando (22) de la NDMR , enuncia una posible serie de categorías para las cuales se deben elaborar especificaciones y criterios respecto de fin de la condición de residuo “*entre otros, los residuos de la construcción y la demolición, algunas cenizas y escorias, la chatarra, los áridos, los neumáticos, los textiles, el compost y el papel y el vidrio usados; para que el residuo deje de serlo la operación de valorización puede ser tan simple como comprobar que los residuos cumplen los criterios de fin de la condición de residuo*”(el subrayado es un añadido).

⁸⁴ El art. 6.1 de la NDMR establece: “*Las medidas concebidas para modificar elementos no esenciales de la presente Directiva, complementándola, relativas a la adopción de los criterios contemplados en el apartado 1 y que especifiquen el tipo de residuo al que se aplicarán dichos criterios, se adoptarán de conformidad con el procedimiento de reglamentación con control contemplado en el artículo 39, apartado 2. Deberán tenerse en cuenta criterios de fin de la condición de residuo al menos, entre otros, para los áridos, el papel, el vidrio, el metal, los neumáticos y los textiles*”.

⁸⁵ Dispone el art. 6.4 de la NDRM: “*Cuando no se hayan establecido criterios a escala comunitaria en virtud del procedimiento contemplado en los apartados 1 y 2, los Estados miembros podrán decidir caso por caso si un determinado residuo ha dejado de serlo teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable. Notificarán dichas decisiones a la Comisión de conformidad con la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información [24] cuando dicha Directiva lo requiera*”.

⁸⁶ En el contexto determinado por el artículo 6 de la NDMR ha sido desarrollado un informe cuyo “*objetivo es proporcionar una metodología general para la definición de criterios para cuándo un residuo*

deja de serlo. La metodología general, se puede aplicar en determinados flujos de residuos, logrando criterios específicos de fin de la condición de residuos

Con el fin de desarrollar una metodología sólida y coherente aplicable a los flujos de residuos, su desarrollo se llevó a cabo en paralelo con el desarrollo de tres estudios de casos piloto, centrándose en tres diferentes flujos de residuos, significativamente diferentes en relación con los riesgos ambientales y las cuestiones de mercado. El objetivo de los estudios de casos piloto fue definir los criterios finales de residuos para cada uno

de medidas sean notificadas a la Comisión con arreglo a la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, consistente en:

1. *“La obligación por parte de los Estados miembros de notificar a la Comisión todos los proyectos de normas y reglamentaciones técnicas contempladas por la Directiva.*
2. *La obligación de los Estados miembros de suspender su adopción y entrada en vigor durante períodos de tiempo determinados cuya duración puede ser de tres, cuatro, doce o dieciocho meses, según los casos, dependiendo: a) inicialmente, de si la Comisión o los Estados miembros presentan observaciones sobre el proyecto, o b) de la intención de la Comisión de proponer o adoptar una directiva, reglamento o decisión en la materia, y, c) finalmente, incluso, de si existiera en la materia una propuesta de acto normativo comunitario presentada al Consejo”⁸⁷.*

3. 3. Normativa española (artículo 5 LRSC)

El artículo 5.1 de la LRSC regula la condición de fin de residuo, aplicable a determinados tipos de residuos que hayan sido sometidos a una operación de valoración, que cumplan una serie de requisitos, no diferentes a los establecidos en el artículo 6.1 de la NDMR. Aunque como en el caso de los subproductos (artículo 4.2 de la LRSC) nos remite nuevamente a un ulterior desarrollo reglamentario mediante la correspondiente orden ministerial donde habrán de fijarse los criterios en virtud de los cuales un residuo deja de serlo, habiendo de tenerse en cuenta el estudio previo que realizará la Comisión de coordinación en materia de residuos, lo establecido por la Unión Europea, la jurisprudencia aplicable, los principios de precaución y prevención, los eventuales impactos nocivos del material resultante y cuando sea necesario, los valores límite para las sustancias contaminantes (artículo 5.2 de la LRSC).

Como ya ha sido señalado de acuerdo al artículo 6.2 *in fine* de la NDMR, la UE deberá establecer criterios de fin de la condición de residuo al menos para áridos, papel, vidrio, metal, neumáticos y textiles. Pero entretanto, cada

de los tres flujos de residuos, con base en el análisis técnico y científico”. END OF WASTE CRITERIA. Final Report (JRC, European Commission y Institute for Prospective Technological Studies), 2008, disponible en: <http://susproc.jrc.ec.europa.eu/documents/Endofwastecriteriafinal.pdf>

⁸⁷ Supra, SERRANO LOZANO, R., p. 749.

Estado miembro, podrá decidir caso por caso, de acuerdo al procedimiento establecido en el mencionado artículo 6.4 de la NDMR.

En todo caso y tal como indica Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa, esta regulación de fin de la condición de residuo, no obstante, se trata de regulaciones concretas, que han de afectar a pequeñas fracciones de residuos concretos, y con un fin concreto, ya que de otra forma, por esta vía prácticamente todo residuo acabaría siendo materia prima secundaria⁸⁸.

4. STJUE DE 7 DE MARZO DE 2013 (ASUNTO C-358/11)

4.1. Antecedentes

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala Segunda) de 7 de marzo de 2013, *Lapin Ely-keskus*, asunto C-358/11 versa sobre la petición de una decisión prejudicial cuyo objeto es la interpretación de la NDMR y del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (en adelante Reglamento REACH).

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Oficina central de Laponia para actividades económicas, transporte y medio ambiente, sección de transporte e infraestructuras (en adelante *liikenne ja infrastruktuuri – vastuualue*) y la Federación para la protección del medio ambiente en Laponia (en adelante *Lapin luonnonsuojelupiiri*), acerca de la ejecución de obras de reparación en un sendero que comprenden pasarelas cuya base está constituida por antiguos postes de telecomunicaciones de madera tratada con una solución llamada «CCA» (cobre-cromo-arsénico, en lo sucesivo, «solución de CCA»).

La entidad demandada, el *liikenne ja infrastruktuuri – vastuualue* decidió en 2008 llevar a cabo la reparación de un sendero de 35 km., que atraviesa parte de una zona de la Red natura 2000. Las obras iban a consistir en colocar pasarelas de madera para facilitar el paso, fuera de la estación invernal, de los vehículos de tipo “quad” en las zonas húmedas. Esas pasarelas se sustentan

⁸⁸ *Supra*, RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., pp. 46-47. “*hay que decir no obstante que esta regulación de “fin de residuo” se trata de regulaciones muy concretas, de pequeñas fracciones de residuos concretos y con un fin concreto (ej. Papel destinado a papeleras) porque si no todo residuo acabaría siendo fin de residuo y no es así*”.

en estructuras constituidas por antiguos postes de telecomunicaciones, que habían sido tratados con una solución de CCA para su anterior utilización.

Por su parte, la entidad demandante, el Lapin luonnonsuojelupiiri, estimando que esos postes constituían residuos peligrosos, solicitó a la autoridad competente en materia de protección medioambiental, que prohibiera su empleo. Dada la denegación de dicha petición, se interpuso recurso ante el tribunal de lo contencioso-administrativo de Vaasa, que anuló esa decisión denegatoria.

El liikenne ja infrastruktuuri – vastualue recurrió dicha sentencia ante el tribunal supremo de lo contencioso-administrativo.

El tribunal supremo de lo contencioso-administrativo considera que para resolver esta controversia es necesario determinar si esos postes, reutilizados actualmente como madera de soporte, son residuos, en particular residuos peligrosos, o si han perdido esa naturaleza por el hecho de su reutilización, siendo así que el Reglamento REACH autoriza el uso de esas maderas tratadas.

En esas circunstancias el tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia europeo las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Puede deducirse directamente del hecho de haber clasificado determinados residuos como residuos peligrosos que el uso de la sustancia o del artículo generará impactos adversos globales para el medio ambiente o la salud en el sentido del artículo 6.1.d) de la NDMR? ¿Puede un residuo peligroso dejar de ser residuo, si se cumplen las condiciones del artículo 6.1 de la NDMR?
- 2) Al interpretar el concepto de residuo, en particular al apreciar la obligación de desprenderse de la sustancia o artículo, ¿ha de tenerse en cuenta el hecho de que la reutilización del artículo objeto de apreciación está permitida en determinadas circunstancias con arreglo al anexo XVII, citado en el artículo 67 del Reglamento REACH? En caso de respuesta afirmativa, ¿qué importancia ha de atribuirse a este hecho?
- 3) ¿Se han armonizado mediante el artículo 67 del Reglamento REACH las exigencias para la fabricación, la comercialización o el uso en el sentido del artículo 128.2 del Reglamento REACH, de modo que el uso de los compuestos y artículos enunciados en el anexo XVII no

puede impedirse sobre la base de disposiciones nacionales en materia de medio ambiente, si dichas restricciones no han sido publicadas en la lista elaborada por la Comisión en virtud del artículo 67, apartado 3, del Reglamento REACH?

- 4) ¿Debe interpretarse la lista de los fines para los que puede usarse madera tratada con una solución de CCA contenida en el anexo XVII, punto 19, apartado 4, letra b), del Reglamento REACH en el sentido de que contiene una enumeración exhaustiva de todos los fines para los que puede usarse dicha madera?
- 5) ¿Puede equipararse, en el caso de autos, el uso controvertido de la madera como soporte para un sendero a los fines enunciados en la citada lista, de modo que dicho uso pueda permitirse sobre la base de la anexa XVII, punto 19, apartado 4, letra b), del Reglamento REACH, siempre que se cumplan las demás condiciones necesarias?
- 6) ¿Qué circunstancias deben tenerse en cuenta al apreciar si existe riesgo de repetido contacto con la piel en el sentido del anexo XVII, punto 19, apartado 4, letra b), del Reglamento REACH?
- 7) ¿Ha de entenderse por el término “riesgo”, contenido en la disposición enunciada en la sexta cuestión, que el repetido contacto con la piel ha de ser teóricamente posible o procede entender que tiene que ser probable al menos en cierta medida?

4. 2. Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la tercera cuestión

El tribunal remitente pregunta si los artículos 67 y 128 del Reglamento REACH deben interpretarse en el sentido de que este armoniza las exigencias relativas a la fabricación, la comercialización o el uso de una sustancia, que por otro lado es objeto de una restricción en virtud del anexo XVII de ese Reglamento.

El TJUE indica que el artículo 1.1 del Reglamento REACH pretende garantizar un alto nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente, incluido el fomento de métodos alternativos para evaluar los peligros que planean las sustancias, así como la libre circulación de las sustancias en el mercado interior, al tiempo que se potencia la competitividad y la innovación.

Por tanto, el legislador de la Unión se propuso armonizar esas exigencias, en algunos supuestos, entre los que está el previsto en el artículo 67. Por consiguiente si un Estado miembro se propone someter a nuevas condiciones la fabricación, la comercialización o el uso de una sustancia que es objeto de restricciones en virtud del anexo XVII del Reglamento REACH, sólo puede hacerlo conforme a lo establecido en el artículo 129.1 de ese Reglamento, para hacer frente a una situación de urgencia con objeto de proteger la salud humana o el medio ambiente, o bien conforme al artículo 114.5 TFUE, basándose en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente (párrafo 37).

Sobre las cuestiones cuarta y quinta

Se plantea si las aplicaciones para las que se puede utilizar una determinada sustancia conforme al anexo XVII, han de entenderse como que tienen un carácter exhaustivo y por tanto, no pueden extenderse a aplicaciones diferentes de las allí enumeradas.

Sobre esta cuestión el TJUE concluye que la lista de las aplicaciones para las que se pueden usar determinadas sustancias previstas en el anexo XVII tiene un carácter exhaustivo (párrafo 43).

Sobre las cuestiones sexta y séptima

El Tribunal remitente pregunta, cuál es el alcance de las disposiciones del anexo XVII, punto 19, apartado 4, letra d) del Reglamento REACH, según las cuales la madera tratada con una solución de CCA no debe utilizarse en ninguna aplicación que suponga un riesgo de contacto repetido con la piel.

Al respecto el Tribunal de Justicia europeo concluye que debe interpretarse en el sentido de que la prohibición referida debe aplicarse en cualquier situación que muy probablemente implique un contacto repetido de la piel con la madera tratada, *“probabilidad que ha de deducirse de las condiciones concretas de utilización normal de la aplicación para la que se ha empleado esa madera, lo que corresponde apreciar al tribunal remitente”*.

Sobre la primera cuestión

En referencia a si de la exigencia contenida en el artículo 6.1.d) de la DMR, según la cual, para que un residuo deje de serlo, mediante una operación de valorización o de reciclado, su uso no debe generar impactos adversos globales para el medio ambiente o la salud humana, se deduce que un

residuo comprendido en la categoría de residuos peligrosos nunca puede dejar de ser un residuo.

El Tribunal concluye que el Derecho de la Unión no excluye por principio que un residuo considerado como peligroso puede dejar de ser residuo, si una operación de valorización permite hacerlo utilizable sin poner en peligro la salud humana y sin dañar el medio ambiente, y si además no consta que el poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse de él, en el sentido del artículo 3.1 de la NDMR (párrafo 60).

Sobre la segunda cuestión

Se plantea si el Reglamento REACH, en particular en su anexo XVII, toda vez que autoriza la utilización con sujeción a ciertas condiciones, de la madera tratada con soluciones de CCA, es relevante para determinar si dicha madera deja de ser residuo, ya que si se cumplieran esas condiciones, su poseedor no estaría obligado a desprenderse de él, en el sentido del artículo 3.1, de la NDMR.

Esta cuestión reviste la mayor importancia en el asunto que nos atañe, en tanto relaciona la normativa sectorial de residuos con la de sustancias peligrosas.

Primero y ante todo hay que señalar que el artículo 2.2 del Reglamento REACH regula la relación de éste con la legislación sobre residuos, al disponer que *“los residuos, tal y como se definen en la NDMR, no constituyen una sustancia, preparado o artículo en el sentido del artículo 3 del presente Reglamento”*⁸⁹.

Con arreglo al artículo 67.1 del Reglamento REACH la fabricación, comercialización y uso de determinadas sustancias se somete a restricciones especiales: *“Una sustancia, como tal o en forma de preparado o contenida en artículo, respecto de la cual haya una restricción en el anexo XVII, no se fabricará, comercializará ni se usará a menos que cumpla las condiciones de dicha restricción [...]”*⁹⁰.

En dicho anexo XVII se establecen las restricciones que existen hasta este momento en relación con la fabricación, comercialización y uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos. Estas restricciones deberán respetarse, aunque no serán de aplicación, cuando se trate de investigación y desarrollo orientados a productos y procesos. Se exceptúa la aplicación de

⁸⁹ Supra, Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de diciembre de 2012 (Asunto C-358/11), aptdo. 9.

⁹⁰ Supra, Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de diciembre de 2012 (Asunto C-358/11), aptdo. 10.

las restricciones cuando se trate de productos cosméticos tal y como se definen en la Directiva 76/768/CEE.

En materia de restricciones se admiten restricciones más estrictas que las vigentes hasta el 1 de junio de 2013, aunque para que los Estados puedan establecerlas, éstas deberán haber sido notificadas y aprobadas por la Comisión de conformidad con lo dispuesto en el Tratado⁹¹.

La Sentencia indica que el objeto del Reglamento REACH es garantizar un alto nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente. El legislador europeo al autorizar con ciertas condiciones el uso de determinadas sustancias o preparados (anexo XVII), entre estos, la madera tratada con soluciones de CCA, ha considerado que esta *“peligrosidad no puede afectar a ese alto nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente cuando el uso este limitado a aplicaciones específicas”* (párrafo 62).

Por otra parte, el artículo 13 de la NDMR señala que la gestión de residuos debe realizarse con un objetivo comparable al del Reglamento REACH, es decir, sin poner en peligro ni la salud humana ni el medio ambiente. Pero, *“nada se opone que para apreciar esta exigencia, se tenga en cuenta el hecho de que un residuo peligroso deje de serlo porque su valorización se realiza en forma de una utilización autorizada por el anexo XVII del Reglamento REACH, y por tanto su poseedor ya no está obligado a desprenderse de él, en el sentido del artículo 3, punto 1 de la NDMR”* (párrafo 63).

En consecuencia, y esto nos parece de especial importancia, **el Reglamento REACH, en particular su anexo XVII, es relevante para determinar si un residuo peligroso puede dejar de ser residuo**, porque, si se cumplieran esas condiciones, su poseedor no estaría obligado a desprenderse de él, en el sentido del artículo 3.1 de la NDMR (párrafo 64).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara, particularmente en lo que nos ocupa, lo siguiente:

- 1) El Derecho de la Unión no excluye por principio que un residuo peligroso deje de serlo a efectos de la NDMR, si una operación de valorización permite hacerlo utilizable sin poner en peligro la salud humana y sin dañar el medio ambiente, si además no consta que su poseedor se desprenda de él o tenga la intención o la obligación de desprenderse de él, en el sentido del artículo 3.1 de la NDMR.

⁹¹ LASAGABASTER HERRARTE, I.: «Régimen jurídico de los productos químicos», en I. Lasagabaster Herrarte (director), *Derecho Ambiental, Parte Especial II*, LETE, Bilbao, 2010, p. 86.

- 2) El Reglamento REACH, en especial su anexo XVII toda vez que autoriza la utilización con sujeción a ciertas condiciones de determinadas sustancias, debe interpretarse en el sentido de que es relevante para poder determinar si un residuo puede dejar de serlo, ya que si se cumplieran esas condiciones, su poseedor no estaría obligado a desprenderse de él, en el sentido del artículo 3.1 de la NDMR.

Es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a su propia doctrina sobre el concepto de residuos, no excluye por principio que un determinado residuo considerado como peligrosos pueda dejar de ser residuo a efectos de la NDMR. Pero, lo que en nuestra opinión es singularmente reseñable, es que considera que el régimen de ordenación de sustancias peligrosas del Reglamento REACH es relevante y puede servir de referencia para poder determinar la condición de un determinado material como residuo, o como materia prima secundaria⁹².

CONCLUSIONES

Cabe estimar que el concepto jurídico de residuo y de sus realidades afines: concepto jurídico de subproducto y de mercancía prima secundaria (fin de la condición de residuos), por la propia naturaleza de la materia que tratan, y a pesar de su reciente y a todas luces necesaria plasmación normativa por parte del legislador europeo por medio de la NDMR, su concreción se ha realizado, y probablemente seguirá realizándose, principalmente por medio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En la precisión de estos conceptos no caben definiciones completas, al contrario, se deduce tanto de la jurisprudencia como del articulado de la NDMR que nos encontramos ante conceptos que deben completarse mediante condiciones, de ahí el mandato que disponen los artículos 5 y 6 de la NDMR para establecer diferentes criterios que permitan determinar con mayor claridad cuando una determinadas sustancias u objetos puedan ser considerados como subproductos y no residuos, o bien cuando determinados residuos puedan dejar de serlo.

⁹² PERNAS GARCÍA, J.J., *Jurisprudencia al día. Unión Europea. Residuos peligrosos. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de marzo de 2013, Lapin elinkeino, asunto C-358/11*. Actualidad Jurídica Ambiental, 18 de abril de 2013, disponible en <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?p=9562>

Dado, como en más de una ocasión ha demostrado la jurisprudencia, que no se trata de conceptos pacíficos, en aras a una mayor seguridad jurídica de los operadores y evitar elusiones injustificadas en la aplicación del régimen de los residuos, debería exigirse a los poderes públicos, que cumplan lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la LRSC y se aprueben las correspondientes ordenes ministeriales que permitan evaluar la consideración de determinadas sustancias u objetos como subproductos, o bien fijar los criterios en virtud de los cuales un determinado residuo pueda perder esta condición y acceder a la de fin de residuo.

Esta necesaria concreción reside en el hecho de que el concepto jurídico de residuo desde un inicio ha sido controvertido, suscitando conflictos desde la entrada en vigor de la primera Directiva Marco de 1975, que forman parte del debate diario de aquellos que se dedican profesionalmente al sector ambiental relacionado con los residuos, tanto desde un punto de vista legal como empresarial.

Cuestión ésta de gran importancia por las distintas consecuencias que lleva aparejado el hecho de que una determinada sustancia u objeto caiga dentro de la definición del concepto de residuos es su sumisión a un régimen jurídico caracterizado por un elevado grado de intervencionismo con consecuencias medibles en términos económicos.

En la necesaria mejora de estos conceptos jurídicos puede ser de gran importancia las conclusiones de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2013 (Asunto C-358/11), que tiene por objeto la interpretación de la relación entre la NDMR y el Reglamento (CE) nº 1907/2006, de 18 de diciembre de 2006 (en adelante Reglamento REACH), ya que en ésta el TJUE dispone que el Reglamento REACH, toda vez que autoriza la utilización con condiciones de determinadas sustancias, es relevante para determinar si una determinada sustancia puede dejar de ser considerada un residuo.

Esta doctrina indudablemente resulta de gran interés ya que clarifica la relación entre la normativa sectorial de residuos y la de sustancia peligrosas, pudiendo abrir el camino para una determinación más reglada del concepto jurídico de residuo al vincularlo con las exigencias normativas en materia de sustancias peligrosas.

BIBLIOGRAFÍA

- LASAGABASTER HERRARTE, I.: «Régimen jurídico de los productos químicos», en I. Lasagabaster Herrarte (director), *Derecho Ambiental, Parte Especial II*, LETE, Bilbao, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J., *Jurisprudencia al día. Unión Europea. Residuos peligrosos. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de marzo de 2013, Lapin elinkeino, asunto C-358/11*. Actualidad Jurídica Ambiental, 18 de abril de 2013, disponible en <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?p=9562>
- RUIZ DE APOCADA ESPINOSA, A.: «Ámbito de aplicación de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados», en E. Blasco Hedo (coord.), *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados*, CIEMAT, Madrid, 2013, disponible en http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2013/03/2013_CIEDA_Residuos-Sumario-Introduccion.pdf
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J.: «La noción comunitaria de residuos como concepto jurisprudencial», *Actas del V Congreso nacional de Derecho Ambiental*, Monografías de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 5, 2004.
- -- «Residuos», en I. Lasagabaster Herrarte (director), *Derecho Ambiental, Parte Especial II*, LETE, Bilbao, 2010.
- -- «La intervención administrativa en el uso industrial de subproductos y materias primas secundarias», *Revista electrónica de Derecho Ambiental*, núm.22, 2011, disponible en <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., POVEDA GÓMEZ, P.: «Dictamen sobre el régimen jurídico aplicable a la utilización como combustible de determinados productos resultantes del proceso de valorización de residuos», Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 25 de julio de 2007.
- SERRANO LOZANO, R.: *El régimen jurídico de los residuos de envases*, Dykinson, Madrid, 2007.

- -- «La nueva regulación marco de lo residuos », en L. Ortega Álvarez y C. Alonso García (directores) y R. de Vicente Martínez (coord.), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- SERRANO PAREDES, O.: «Una distinción con importantes consecuencias jurídicas: residuo, subproducto y materia prima secundaria », *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 42, 2008.
- -- «La plasmación de criterios jurisprudenciales en la Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre, sobre los residuos», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 16, 2009.
- SORIANO GARCÍA, J.E., BRUFAO CURIEL, P.: *Claves de Derecho Ambiental I*, Iustel, Madrid, 2010.
- VÁZQUEZ GARCÍA, D.: «La introducción del concepto de subproducto como una de las principales novedades de la nueva Ley 22/2011 de residuos» 29 de junio de 2011, disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3141/documento/Daniel Ley Residuos.pdf?id=3266>.