

# **REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO**

Homenaje a D. José Luis de los Mozos y de los Mozos

Segunda Época. Año XXIV

N.º 53. Julio - Diciembre 2008

**Fundada en 1985 por  
Don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL**

Publicación semestral de la  
Asociación Española de Derecho Agrario  
[www.aedda.es](http://www.aedda.es)

1985, Revista de Derecho Agrario y Alimentario.  
Editada en Madrid.

www.aedda.es  
aedagraria@yahoo.es  
E.T.S Ingenieros Agrónomos  
Departamento de Economía y Ciencias Sociales Agrarias  
Avda. Complutense s/n  
28040 Madrid  
Teléfono: 913365796  
Fax: 913365797

Maquetación: Joaquín Barrero Calatayud

Esta revista no se solidariza con las opiniones de los autores contenidas en los originales publicados.

Suscripción anual:  
España: 50 € (IVA incluido)  
Extranjero: 80 € (IVA incluido)  
I.S.S.N.: 0213-2915  
Depósito legal Z 647-86

## **PRESIDENTE DE HONOR:**

D José Luis de los Mozos y de los Mozos, Catedrático de Derecho Civil.

## **CONSEJO DE REDACCIÓN:**

Presidente:

Don Alberto Ballarín Marcial, *Notario de Madrid.*

Vicepresidente:

D. Juan José Sanz Jarque, *Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid.*

Consejeros:

D. Antonio Agúndez Fernández, *Magistrado del Tribunal Supremo.*

D. Pablo Amat LLombart, *Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Valencia.*

D. Domingo Bello Janeiro, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña. Director de la Escola Galega de Administración Pública.*

D. Carlos Barros Santos, *Profesor de Investigación del CSIC.*

D. José María Caballero Lozano, *Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.*

D.<sup>a</sup> Enedina Calatayud Piñero, *Profesora titular de Economía y Ciencias Sociales Agrarias de la Universidad Politécnica de Madrid.*

D.<sup>a</sup> Ana Carretero García, *Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.*

D. Francisco Cuenca Anaya, *Notario.*

D. Ramón Herrera Campos, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Almería.*

D. Domingo Jiménez Liébana, *Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Jaén.*

D. Marcelino Gavilán Estelat, *Abogado.*

D. Jaime Lamo de Espinosa y Michels de Champourcin, *Catedrático de Comercialización y Divulgación agraria de la Universidad Politécnica de Madrid.*

D.<sup>a</sup> María Desamparados Llombart Bosch, *Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Valencia.*  
D. Jesús López Medel, *Registrador de la Propiedad.*  
D. Agustín Luna Serrano, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona (Pedralbes).*  
D. Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona (Pedralbes).*  
D. Francisco Millán Salas, *Profesor doctor de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.*  
D.<sup>a</sup> Esther Muñiz Espada, *Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.*  
D. Alejandro Nieto García, *Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares.*  
D. Francisco Javier Orduña Moreno, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.*  
D. Ángel Sánchez Hernández, *Profesor titular de E.U. de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja.*  
D. Carlos Vattier Fuenzalida, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.*  
D. Carlos Vázquez Cantero, *Abogado.*  
D. Emilio Vieira Jiménez-Ontiveros, *Abogado.*

#### **Secretario:**

D. José M.<sup>a</sup> de la Cuesta Sáenz.

#### **DIRECTOR:**

D. José María de la Cuesta Sáenz, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.*

#### **DIRECTOR ADJUNTO:**

D. Francisco Millán Salas, *Profesor doctor de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.*

#### **DIRECTOR ADJUNTO PARA ASUNTOS INTERNACIONALES:**

D. Ángel Sánchez Hernández, *Profesor titular de E.U. de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja.*

## **ÍNDICE**

### **EDITORIAL . . . . . 7**

### **ESTUDIOS**

DESARROLLO DEL DERECHO AGRARIO DEL SIGLO XXI EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE ESPAÑA Y VALORACIÓN DE LAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y DE POLÍTICA LEGISLATIVA. Pablo Amat Llombart . . . . . 9

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE MULTIFUNCIONALIDAD AGRARIA. Ana Carretero García . . . . . 37

LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE "BIOSEGURIDAD" EN EL SECTOR GANADERO: INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA. Isabel González Ríos . . . . . 53

LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS CIVILES PARA LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE. Mikel M. Karrera Egialde . . . . . 79

AGUAS PARA CONSUMO. Alessandra Di Lauro . . . . . 111

EL AGUA Y LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS. Leonardo Fabio Pastorino . . . . . 127

EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD AGRARIA EN LAS LEYES LABORALES ESPECIALES. Luisa Vicedo Cañada y Joaquín Vidal Vidal. . . . . 147

### **REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA . . . . . 171**

### **REVISTA DE REVISTAS . . . . . 177**

### **BIBLIOGRAFÍA.**

"El desarrollo sostenible en el ámbito rural" de Carlos Vattier Fuenzalida y Raquel de Román Pérez. Recensión por Teresa Asunción Jiménez París . . . . . 179

## NOTICIAS

XII CONGRESO ESPAÑOL Y II INTERNACIONAL  
DE DERECHO AGRARIO. . . . . 183

LOS NOTARIOS AGRARISTAS . . . . . 185

## EDITORIAL

La actividad agraria no cesa. Ahora, del 19 al 21, tenemos la reunión de Logroño, Congreso Internacional de Derecho agrario, en la que habrá jugosas ponencias y, por supuesto, la excelente hospitalidad que nos brinda nuestro amigo y colega Ángel Sánchez, al que debemos homenajear debidamente porque las presentes Jornadas hacen el número 20 y creo que este número es paradigmático.

El día 21 de octubre se celebrará en Sevilla el homenaje a Ramón Tamames por parte de ASAJA Sevilla que tiene su propia lista de agraristas eminentes. La verdad es que el homenajeado se lo merece porque es el mayor defensor de la agricultura entre todos los economistas españoles y, además, lleva muchos años en este empeño. Desde aquí una felicitación muy cordial. En noviembre es posible que tengamos una magna reunión en Lisboa, organizada por el Observatorio Nacional de Derecho Agrario, léase Esther Muñiz Espada que ha de montar esa reunión fuera de España como montó la de Milán. En diciembre, finalmente nos aparece el Congreso que, en homenaje a su padre, organiza Pablo Amat, con toda justicia pues aquel fue un ilustre civilista y agrarista que realizó una labor espléndida, sólo cortada por la terrible enfermedad que hace poco tiempo acabó con su vida (d.e.p.). Como lo estamos viendo

el otoño es el tiempo de la cosecha también para los agraristas, que celebramos en esa estación una serie de manifestaciones muy notable.

Por lo demás, vale la pena llamar la atención del agrarismo español sobre el admirable libro que Alberto Germanò ha sacado de la imprenta de Giuffé con 1024 páginas como siempre de enorme interés que se deriva de su mismo título "Studio per un progetto di Codice Agricolo". Sin tiempo para leerlo, siquiera fuera en una parte sustancial, nos limitamos a la noticia y a decir que nos parece una obra importante e imponente, necesaria a partir de ahora para el estudio del presente y del futuro de nuestra asignatura. Nuestra más cordial enhorabuena al gran agrarista italiano.

Hay otra noticia interesante; el notable Catedrático de Derecho Administrativo y Letrado (excedente) de las Cortes Antonio Jiménez Blanco se ha hecho cargo de la Cátedra de la Escuela Superior de Ingenieros Agrónomos de Madrid. Por fin un publicista se viene al agrarismo y no parece que sea hombre que vaya a pasar inadvertido o poco conocido en su labor. El ha publicado bastante y todo bueno en su anterior periplo de Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén, como para poder esperar de su nueva orientación profesional una obra importante. Que reciba también nuestra enhorabuena.

## ESTUDIOS

### DESARROLLO DEL DERECHO AGRARIO DEL SIGLO XXI EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE ESPAÑA Y VALORACIÓN DE LAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y DE POLÍTICA LEGISLATIVA

PABLO AMAT LLOMBART

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Valencia

**RESUMEN:** El Derecho internacional y la legislación comunitaria han influido de forma esencial en la conformación del reciente Derecho agrario de los países europeos. La jurisprudencia comunitaria y española facilitan la comprensión, interpretación y aplicación de la legislación especial agraria, en la resolución de conflictos particulares. El Derecho agrario español de la primera década del siglo XXI ha experimentado un desarrollo relevante en muy diferentes ámbitos de actuación y de influencia. La actividad agraria sometida a esta nueva legislación se ve afectada profundamente en sus bases jurídicas y económicas. Se aprecia una consolidación de tendencias de política legislativa ya existentes así como el surgimiento de nuevas tendencias emergentes para solucionar nuevos problemas.

**ABSTRACT:** International law and European legislation influenced deeply in recent agricultural law of European countries. Communitarian and Spanish jurisprudence facilitate the comprehension, interpretation and implementation of agricultural legislation, by solving conflicts between private parties. On the first decade of XXI Century, Spanish agricultural law was widely developed in several fields. The new legislation affected deeply juridical and economical basis of agricultural activity. The consolidation of existing legislative policy trends is observed. New legislative policy trends are raising to solve new problems.

**SUMARIO:** I. Valoración del papel global desempeñado por la legislación internacional y la jurisprudencia comunitaria en el desarrollo del derecho agrario del siglo XXI. II. Valoración de la influencia general del legislador español en el desarrollo del derecho agrario. Relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. III. Principales desarrollos normativos

del derecho agrario español en los últimos años. 1. En el marco del derecho de la economía agraria y de las estructuras agrarias. 2. En el marco del derecho agrario medioambiental. 3. Derecho agrario alimentario: seguridad y calidad alimentaria. 4. Derecho de la ordenación del suelo rural y del territorio rural. 5. Derecho fiscal agrario. 6. Derecho de asociaciones agrarias. 7. Otras áreas del derecho agrario. IV. Disposiciones normativas nacionales de mayor relevancia práctica. 1. En relación con las ayudas agrícolas. 2. En relación con el desarrollo rural. 3. En relación con las explotaciones agrarias. 4. En relación con la tecnología aplicada a la agricultura. 5. En relación con el sector de la viña y el vino. V. Disposiciones normativas especialmente exitosas o desafortunadas. VI. Apreciación de nuevas o ya existentes tendencias de política legislativa a partir de la reciente evolución del derecho agrario. 1. Tendencias existentes. 2. Nuevas tendencias. 3. Valoración final conclusiva.

## **I. VALORACIÓN DEL PAPEL GLOBAL DESEMPEÑADO POR LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO AGRARIO DEL SIGLO XXI.**

La legislación internacional de los últimos 15 años ha impulsado importantes cambios y reformas en el Derecho agrario comunitario y español<sup>1</sup>. De hecho, han sido modificados o arrinconados algunos de los principios generales que conformaban la Política Agrícola Común (PAC) tradicional, como por ejemplo el proteccionismo de la producción agraria europea y de los precios agrícolas.

A la vez, asistimos a la consolidación con gran fuerza de nuevos principios de actuación que afectan al desarrollo y configuración de toda la legislación agraria especial. Destaca el principio que apuesta por la protección del medio ambiente, de la naturaleza, del paisaje y de tutela de los recursos naturales. Este principio se ha introducido, directa o indirectamente, en todas las normas modernas que conforman el Derecho agrario (por ejemplo, a través de la condicionalidad). Se ha ido reafirmando un nuevo pilar de la PAC, el dedicado al «desarrollo rural». Su creciente importancia deriva de las últimas rondas negociadoras en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), así como de las concesiones y com-

<sup>1</sup> Baste recordar la relevancia de los acuerdos comerciales adoptados en el seno del GATT, sobre todo los que afectaron al mercado de productos agrícolas a partir de Marrakech 1994, ahora sustituidos por nuevas reglas de juego internacionales en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Y también en el marco de la protección global del medio ambiente, la entrada en vigor del Protocolo de Kioto y la preocupación por el cambio climático, han provocado la adopción de nuevas estrategias ambientales que inciden de manera sustancial en el desarrollo de la actividad agraria (por ejemplo, los incentivos a sistemas de producción ecológicos y respetuosos con el medio ambiente, la instauración de la condicionalidad de las ayudas agrícolas, la reducción de gases de efecto invernadero, el aprovechamiento de la biomasa y de los cultivos energéticos para obtener energías limpias y renovables, la responsabilidad ambiental de los agentes económicos, etc.).

promisos asumidos por la Unión Europea en el sector de los productos agrarios (sobre todo en el llamado Acuerdo Agrícola, Anexo al Acuerdo de Marrakech). En particular, se potencian las medidas y ayudas financieras que no provoquen distorsiones en el comercio internacional y en la formación de los precios agrícolas, así como todas aquellas que no incentiven la productividad agrícola en determinados sectores excedentarios. La influencia de estos acuerdos internacionales se ha hecho notar hondamente en las últimas reformas de la PAC que afectan al apoyo financiero a la agricultura europea, tanto la verificada el año 2003 como en la «revisión médica» de 2009. El nuevo sistema de ayudas directas y el régimen de pago único a las explotaciones agrarias (instaurado por el Reglamento 1782/2003, de 29 de septiembre, hoy sustituido por el Reglamento 73/2009, de 19 de enero), descansa cada vez con mayor fuerza en principios como el desacoplamiento o la disociación de las ayudas (no vinculadas a parámetros de cantidad de producción obtenida) o la modulación (reducción progresiva de las ayudas directas para financiar programas de desarrollo rural con los importes obtenidos).

Respecto al papel global desempeñado por la jurisprudencia comunitaria en el desarrollo del Derecho agrario, nos centraremos principalmente en valorar la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

El TJCE constituye la institución jurisdiccional comunitaria por excelencia. Su principal tarea consiste en controlar la legalidad de los actos comunitarios y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario. A través de su jurisprudencia, el TJCE ha establecido la obligación de las Administraciones y órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el Derecho comunitario dentro de su esfera competencial, y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho comunitario). A tal fin se aplica el principio de primacía, en cuya virtud cualquier disposición del Derecho nacional contraria al Derecho comunitario, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria, no tendrá eficacia. El TJCE también ha reconocido el principio de responsabilidad de los Estados miembros en caso de incumplimiento del Derecho comunitario. Este principio refuerza la protección de los derechos de los particulares previstos en las normas que aprueba la Unión Europea. También contribuye a que los Estados miembros ejecuten o traspongan la normativa europea con mayor diligencia. Las infracciones que los Estados pudieran cometer en ese sentido, pueden generar obligaciones de indemnización económica y sanciones.

La jurisprudencia del TJCE influye de forma esencial en la conformación e interpretación del Derecho agrario y constituye una fuente relevante del Derecho agrario comunitario. El TJCE ha tenido ocasión de concretar el alcance y significado de los principios generales del Derecho comunitario en relación con la materia agraria. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, destaca el asunto *Heemskerk y Schaap* (Sentencia de 25 de noviembre de 2008, C-455/06), sobre el deber de las autoridades nacionales de res-

petar los principios generales del Derecho comunitario. El caso concreto afecta a las restituciones a la exportación y a la protección de bovinos durante su transporte. Este caso permitió al TJCE pronunciarse sobre la norma nacional de la *reformatio in peius*. El TJCE declaró que el Derecho comunitario no obliga al juez nacional a aplicar de oficio una disposición de Derecho comunitario cuando tal aplicación le lleve a dejar sin aplicación el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, consagrado por el Derecho nacional pertinente. Tal obligación vulneraría los principios de respeto del derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, que subyacen a la citada prohibición.

En el ámbito de la libre circulación de mercancías, el TJCE ha sentado jurisprudencia sobre la compatibilidad entre la normativa comunitaria y las disposiciones nacionales que fijan medidas equivalentes a restricciones cuantitativas. Desde la sentencia *Cassis de Dijon*, dictada en 1979, los comerciantes de un Estado pueden importar libremente cualquier producto procedente de otro Estado de la Comunidad. Sólo se requiere que el producto haya sido legalmente fabricado y comercializado en dicho Estado y que no existan motivos imperativos que se opongan a su importación al Estado de consumo (por ejemplo, relativos a la protección de la salud y del medio ambiente).

Respecto a la acción de responsabilidad extracontractual, destaca la Sentencia de 9 de septiembre de 2008 (*FIAMM y FIAMM Technologies/Consejo y Comisión*; C-120/06 y C-121/06), sobre el problema de la responsabilidad comunitaria por un acto normativo. El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC declaró que el régimen comunitario de importación de plátanos era incompatible con los acuerdos de la OMC. Este Órgano autorizó a los Estados Unidos de América a aplicar un recargo aduanero sobre determinadas importaciones comunitarias. A partir de aquí, seis sociedades establecidas en la Unión Europea solicitaron que la Comisión y el Consejo fueran condenados a reparar el perjuicio sufrido por la aplicación de las medidas de represalia americanas a sus exportaciones a los Estados Unidos. Sin embargo, el TJCE recordó que la Comunidad sólo incurre en responsabilidad por un acto normativo que suponga una elección de política económica, si se ha producido una violación suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares y les confiera derechos.

En el campo de la protección de la propiedad intelectual de denominaciones de origen de productos agrícolas y alimenticios, destaca la Sentencia de 26 de febrero de 2008 (*Comisión/Alemania*; C-132/05). El TJCE tuvo que determinar si un Estado miembro incumple sus obligaciones al negarse a perseguir en su territorio el uso de la denominación «parmesano» para el etiquetado de productos que no se ajustan al pliego de condiciones de la denominación de origen protegida (DOP) «Parmigiano Reggiano», favoreciendo de este modo la explotación de la reputación del producto verdadero protegido a escala comunitaria. Concluye que un Estado miembro no está obligado a adoptar de oficio las medidas necesarias para perseguir en su territorio los perjuicios a las DOP procedentes de otro Estado

miembro. Las estructuras de control para garantizar el cumplimiento de las DOP son las del Estado miembro del que procede la DOP.

Por lo que respecta a la PAC, cabe mencionar la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 (España/Consejo C-310/04). España interpuso un recurso de anulación contra el nuevo régimen de ayuda comunitaria al algodón establecido mediante el Reglamento 864/2004, e introducido en el Reglamento 1782/2003. El TJCE admitió el fundamento relativo a la vulneración del principio de proporcionalidad. Declaró que el Consejo, autor del Reglamento 864/2004, no demostró que el nuevo régimen de ayudas al algodón hubiera sido adoptado mediante un ejercicio efectivo de su facultad de apreciación. Ello obligaba a considerar todos los datos y circunstancias pertinentes del caso concreto, así como a valorar si la ayuda permitía la rentabilidad y la continuación del cultivo de este producto. Finalmente, el TJCE anuló el artículo 1, punto 20, del Reglamento 864/2004.

## II. VALORACIÓN DE LA INFLUENCIA GENERAL DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN EL DESARROLLO DEL DERECHO AGRARIO. RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Durante la primera década del siglo XXI (2000-2009), el legislador español se ha caracterizado por una notable actividad en el ámbito de la regulación de la agricultura y del medio rural. De hecho, se han aprobado más de una docena de Leyes a nivel estatal, que directa o indirectamente, afectan al desarrollo del sector agrario y del medio rural. La legislación aprobada ha sido básicamente de naturaleza civil y administrativa. El marco permanente de referencia del legislador español es la PAC y el Derecho comunitario de aplicación directa o de transposición obligatoria. Se ha tratado de imprimir un impulso al desarrollo económico del medio rural, donde la agricultura desempeña una función esencial. Se ha procurado dictar normas para la modernización y viabilidad económica de las explotaciones agrarias españolas, tratando de favorecer el rejuvenecimiento de los profesionales de la agricultura, así como la permanencia y estabilidad de los titulares de explotaciones agrarias y demás pobladores del medio rural, con especial énfasis en la función de la mujer-agricultora. Finalmente, se han incorporado diversos parámetros ambientales que afectan a la actividad agraria, con la pretensión de sensibilizar al agricultor acerca de la necesidad de proteger el paisaje, los recursos naturales y el medio ambiente en general.

Desde una perspectiva institucional, se debe tener en cuenta la distribución territorial del poder legislativo en España y su influencia en el desarrollo del Derecho agrario. Sabido es que España se organiza políticamente en Comunidades Autónomas (CCAA), las cuales ostentan poder legislativo dentro de su territorio. Entre las competencias asumidas por las CCAA se encuentra la agricultura,

la ganadería y el medio ambiente, amén de otras que indirectamente afectan al sector agrario (cooperativas, regadíos...). Las CCAA llevan varias décadas aprobando su propia normativa en dichos sectores (en lógica coordinación con la legislación europea y estatal), pero ajustada a sus especiales necesidades y peculiaridades. La legislación autonómica ha impulsado al Derecho agrario español de manera importante. No olvidemos, además, que las CCAA son de manera principal las encargadas de ejecutar y de llevar a la práctica la normativa comunitaria y estatal en su ámbito regional. En definitiva, el ejercicio por las CCAA de sus competencias legislativas y ejecutivas, se traduce en una mayor cercanía a los problemas de las empresas agrarias y de los agricultores, y puede generar soluciones jurídicas más ajustadas a las necesidades concretas del sector agrario y rural de cada región en particular.

Por otra parte, la progresiva asunción de competencias y poderes normativos de las CCAA en el sector agrario, ha provocado a su vez una cierta reducción y limitación de las posibilidades de actuación del Estado central. Por eso el Estado, cuando regula sobre materias agrarias, a menudo tiende a utilizar competencias de naturaleza más general, como la competencia exclusiva del artículo 149.1.13ª de la Constitución: "Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica".

Respecto a la influencia general de la jurisprudencia española en el desarrollo del Derecho agrario, ante todo hay que recordar que en España la jurisprudencia no constituye una fuente de creación autónoma del Derecho. Su función típica es la de interpretar y aplicar la ley, la costumbre o los principios generales del Derecho, únicas fuentes reconocidas de creación de normas jurídicas. En suma, utilizando el lenguaje del propio Código civil, la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico agrario especial al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho.

La jurisprudencia recogida en diversas Sentencias del Tribunal Supremo español, afecta a diversos ámbitos del Derecho agrario. Esta jurisprudencia establece criterios interpretativos del Código civil o de la legislación especial agraria, al resolver conflictos entre sujetos particulares. Pero además, ayuda a conocer el alcance concreto de las normas y facilita la comprensión de ciertos conceptos legales e instituciones referidos a la agricultura y a la explotación de la tierra. En general, ha colaborado en la comprensión y aplicación de las normas agrarias del Código civil y de la legislación agraria especial *extra Codice*. En ocasiones ha proporcionado al legislador criterios técnicos y soluciones prácticas de gran utilidad para ser aplicados en la nueva legislación que se aprobaba o en la reforma de leyes existentes.

A modo de ejemplo, podemos aludir a las cuestiones que con mayor frecuencia ha abordado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años.

Así, por un lado, en el campo de las obligaciones y contratos agrarios, ha resuelto con frecuencia problemas relativos al contrato de arrendamiento rústico. Por ejemplo, ofreciendo luz acerca de la distinción entre el arrendamiento rústico y

otros contratos afines (aparcería, arrendamiento parcelario), aclarando el controvertido derecho de acceso a la propiedad a través de distintas vías (sucesión, retracto), y sobre todo en sede de arrendamientos rústicos históricos de la Ley 1/1992, y en fin, resolviendo dudas sobre ciertos aspectos concretos de su régimen jurídico (subrogación, valoración de la finca, gastos, reparaciones necesarias, gastos de conservación, mejoras útiles, prórrogas, subarriendo, extinción, resolución del contrato, etc.). Otro de los ámbitos donde ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo afecta a la distinción entre el concepto de agricultor profesional y de cultivador directo, en tanto condición para ser arrendatario rústico.

Por otra parte, en el campo de los derechos reales, ha resuelto conflictos relativos a servidumbres de paso a favor de fincas rústicas enclavadas entre otras fincas y sin acceso a la vía pública, o respecto a comunidades de bienes (por ejemplo, los montes vecinales en mano común). También ha abordado la temática del derecho de retracto entre colindantes de fincas rústicas. En alguna ocasión ha tratado de los derechos de plantación de viñedos y su transmisión jurídica, así como de los conflictos planteados por las denominaciones de origen u otras indicaciones geográficas protegidas de productos agroalimentarios (vino, cava, turrón...).

En materia de asociacionismo agrario, hallamos alguna referencia a las Sociedades Agrarias de Transformación, sobre todo en materia de inscripción de sus acuerdos sociales.

Finalmente, respecto a la aplicación en España de normativa agraria comunitaria (procedente de la PAC), es frecuente la jurisprudencia que aborda los problemas derivados del control de las ayudas provenientes de los fondos agrícolas comunitarios, de los organismos pagadores de estas ayudas en España, y en concreto, de la asignación de la cuota láctea.

### III. PRINCIPALES DESARROLLOS NORMATIVOS DEL DERECHO AGRARIO ESPAÑOL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.

#### 1. En el marco del Derecho de la economía agraria y de las estructuras agrarias.

En el ámbito jurídico de las estructuras agrarias, destaca la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, la cual muy pronto fue modificada por la Ley 26/2005, de 30 noviembre. Los "arrendamientos rústicos" son contratos destinados a ceder temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta. También regula esta Ley los "arrendamientos de explotación": en estos contratos se cede el conjunto de elementos que integran la explotación agraria, considerada como una unidad orgánica.

Dentro del Derecho de la economía agraria, podemos destacar las siguientes normas:

Real Decreto 1547/2004, de 25 junio, sobre normas de ordenación de las explotaciones cunícolas. Establece la regulación básica para aplicar medidas de ordenación zootécnica y sanitaria en las explotaciones cunícolas. Se regulan las condiciones mínimas de ubicación, de infraestructura zootécnica, sanitaria y de equipamientos, así como los requisitos del registro de explotaciones. El objetivo de la disposición es permitir un eficaz y correcto desarrollo de la actividad ganadera en el sector cunícola dentro del territorio nacional. Se cumple así con la normativa sobre higiene, sanidad animal, identificación y registro, bienestar de los animales y medio ambiente, en consonancia con lo dispuesto a nivel comunitario.

Real Decreto 1549/2004, de 25 junio, sobre acceso de la flota española a los caladeros de terceros países al amparo de los acuerdos con la Unión Europea. Regula la actividad de la flota española que opera en las aguas de terceros países al amparo de los diferentes acuerdos pesqueros firmados entre la Unión Europea y dichos países. Para llevar a cabo dicha actividad pesquera, se necesita obtener la licencia de pesca en esos terceros países. Dicho documento, expedido por las autoridades del tercer país, habilita al buque para ejercer la actividad pesquera en su zona de pesca.

Real Decreto 2064/2004, de 15 de octubre, que regula la primera venta de los productos pesqueros tras su desembarco o descargar en territorio español, incluidas las importaciones. Se aplica a los productos de la pesca vivos, frescos, refrigerados, congelados y ultracongelados, sin transformar o transformados a bordo, ya estén envasados o no.

Real Decreto 1084/2005, de 16 septiembre, de ordenación de la avicultura de carne. Establece normas de ordenación de las explotaciones avícolas para producción de carne. Se encarga de regular las condiciones mínimas de ubicación, infraestructura zootécnica e higiénico-sanitaria, de manejo y de registro de estas explotaciones.

Un campo de actuación muy relevante del moderno Derecho agrario español, es el que atiende a la aplicación y desarrollo normativo de las ayudas agrícolas comunitarias, sobre todo a partir de las últimas reformas derivadas de la Política Agrícola Común.

Por orden cronológico, destacamos en primer lugar el Real Decreto 2128/2004, de 29 octubre, que regula el sistema de información geográfica de parcelas agrícolas (SIGPAC). Establece las normas de aplicación en España del SIGPAC y regula la utilización del SIGPAC como instrumento de gestión en el marco del sistema integrado de gestión y control y del resto de regímenes de ayuda relacionados con la superficie de la PAC.

Otra de las novedades que trae consigo la nueva PAC, es la que aparece en el Real Decreto 520/2006, de 28 abril. Se encarga de fijar el estatuto jurídico de las entidades dedicadas a prestar servicios de asesoramiento a las explotaciones

agrarias. También prevé la concesión de ayudas para su creación, adaptación y utilización. En particular, establece las condiciones que han de cumplir los servicios de asesoramiento a las explotaciones agrarias, regula el reconocimiento de las entidades privadas que presten estos servicios de asesoramiento, y establece un régimen de ayudas para la creación o adecuación de las entidades privadas reconocidas que presten servicios de asesoramiento, así como ayudas para los agricultores que utilicen tales servicios.

A continuación, el Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, por el que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores que reciban pagos directos en el marco de la política agrícola común, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo rural, y los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima por arranque del viñedo (sustituye al Real Decreto 2352/2004, de 23 diciembre, sobre aplicabilidad de la condicionalidad en relación con las ayudas directas en el marco de la PAC). Establece las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deberá cumplir el agricultor con arreglo a la condicionalidad de las ayudas directas de la PAC, de acuerdo con el Reglamento 73/2009, de 19 de enero. También establece un sistema de control de la aplicación de la condicionalidad, así como un mecanismo para aplicar las reducciones o exclusión de los pagos, de conformidad con el Reglamento 796/2004.

Finalmente, desde el inicio de la aplicación en España del nuevo régimen de ayudas agrarias y del régimen de pago único por explotación (1 de enero de 2006), originariamente establecido por el Reglamento 1782/2003, se ha aprobado anualmente un Real Decreto para aplicar y facilitar el acceso a tales ayudas por parte de los agricultores y ganaderos implicados. El actualmente vigente es el Real Decreto 1612/2008, de 3 octubre, de aplicación de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería. Tiene por objeto establecer la normativa básica aplicable a ciertos regímenes de ayuda establecidos en el Reglamento 1782/2003 (hoy, insisto, sustituido por el Reglamento 73/2009):

- a) Pago único.
- b) Pagos acoplados a los productores de cultivos herbáceos, y a los de vacuno, ovino y caprino.
- c) Pagos específicos a los productores de: trigo duro, proteaginosas, arroz, frutos de cáscara, cultivos energéticos, patatas para fécula, semillas, algodón, olivar, tabaco, cítricos y tomates para transformación y remolacha azucarera.
- d) Pagos adicionales a los productores por aplicación del artículo 69 del Reglamento 1782/2003 en los sectores del algodón, tabaco, remolacha y caña de azúcar, y ganado vacuno de carne y de leche.

También se regula la utilización de las tierras retiradas de la producción cuya superficie justifica derechos de retirada, para cultivar materias primas para la obtención de productos con destino no alimentario.

## 2. En el marco del Derecho agrario medioambiental.

En los últimos años han sido aprobadas diversas regulaciones que comprometen directa o indirectamente a la actividad agraria con la protección del medio ambiente y de los recursos naturales.

Entre dicha normativa, merece ser destacada aquella que regula los sistemas de producción agrícola respetuosos y compatibles con el medio ambiente. Aparte de la agricultura ecológica, cuyo régimen general comunitario descansa en el Reglamento 2092/1991 y en España se rige por el Real Decreto 1852/1993, más recientemente es el Real Decreto 1201/2002, de 20 noviembre, sobre producción integrada de productos agrícolas. La “producción integrada” incluye los sistemas agrícolas de obtención de vegetales que utilizan al máximo los recursos y mecanismos de producción naturales y aseguran a largo plazo una agricultura sostenible. Estos sistemas agrícolas introducen métodos biológicos y químicos de control, y otras técnicas que compatibilizan las exigencias de la sociedad, la protección del medio ambiente, la productividad agrícola, así como las operaciones de manipulación, envasado, transformación y etiquetado de productos vegetales. El Real Decreto 1201/2002 regula dos aspectos fundamentales:

a) Las normas de producción y los requisitos generales que deben cumplir los agricultores que apliquen sistemas de producción integrada.

b) El uso de las identificaciones de garantía que diferencien estos productos ante el consumidor.

Por otra parte, los avances tecnológicos aplicados a la agricultura han puesto en guardia al legislador ante la protección de intereses colectivos como el medio ambiente o la salud. En esa línea, la Ley 9/2003, de 25 abril, establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente o de productos que los contengan. Tiene por objetivo evitar los eventuales riesgos para la salud humana o el medio ambiente, y reducir los posibles daños que puedan derivarse de dichas actividades. La Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, que contiene el reglamento general para su aplicación y ejecución. No podemos dejar de mencionar la creciente relevancia económica y social de la producción de cultivos y alimentos transgénicos por todo el mundo, y sobre todo su espectacular desarrollo en países de economías en crecimiento, así como las cautelas que genera su cultivo a campo abierto, y los conflictos que puede generar esta nueva agricultura biotecnológica con los objetivos ambientales o de seguridad alimentaria.

Asimismo, cabe citar el Real Decreto 824/2005, de 8 julio, sobre productos fertilizantes, cuyos principales fines son:

a) Regular los aspectos del Reglamento 2003/2003, de 13 de octubre, relativo a los abonos, cuya concreción y desarrollo han sido encomendados a los Estados miembros.

b) Definir y tipificar los productos fertilizantes, distintos de los «abonos CE», que puedan utilizarse en agricultura y jardinería.

c) Garantizar que las riquezas nutritivas y otras características de los productos fertilizantes se ajustan a las exigencias del Real Decreto.

d) Prevenir los riesgos para la salud y el medio ambiente por el uso de determinados productos.

Otro de los campos donde resulta ampliamente perceptible la directa implicación de la actividad agraria en la tutela del medio ambiente, la lucha contra la contaminación y en la apuesta por el ahorro de energía, es en el ámbito de la agricultura energéticos. De hecho, en los últimos tiempos se han desarrollado enormemente los llamados «cultivos energéticos», favorecidos por ayudas específicas y por el auge del sector de energías renovables.

En esa línea de actuaciones, en agosto de 2005, el Gobierno aprobó el Plan de Energías Renovables en España (2005-2010), que constituye una revisión del originario Plan de Fomento de Energías Renovables en España (2000-2010). Las razones que justifican el nuevo Plan son el aumento del consumo de energía, la elevada dependencia energética exterior de España (80 %) y los objetivos medioambientales asumidos a nivel mundial y europeo. En materia de biocarburantes, por ejemplo, el nuevo Plan incorpora el objetivo general de la Directiva 2003/30, de 8 de mayo, sobre fomento del uso de biocarburantes, previsto para el 31 de diciembre de 2010: alcanzar la comercialización de al menos el 5.75 % de biocarburantes para transporte respecto del total de gasolinas y gasóleos comercializados. El objetivo particular de España es alcanzar el 5.83 % en dicha fecha límite, y un 7 % a finales de 2011. Al respecto, la Orden de 9 de octubre de 2008 (desarrollada por la Circular de 26 de febrero de 2009), trata de fomentar el uso de biocarburantes para el transporte. Se fija una obligación mínima de comercialización que los operadores de productos petrolíferos deberán cumplir y acreditar mediante cierto número de certificados de biocarburantes. Los operadores que superen los mínimos de ventas de biocarburantes, recibirán de la Administración una compensación económica por el número de certificados que excedan del mínimo obligatorio. Los operadores que no alcancen el mínimo, realizarán pagos compensatorios a la Comisión Nacional de Energía, que se distribuirán entre los operadores «excedentarios», arriba citados.

El desarrollo de biocarburantes en España (1999-2004) ha sido significativo pero insuficiente para alcanzar los objetivos del 2010. Se apuesta por mantener el principal incentivo a la producción, consistente en una exención fiscal total del impuesto sobre hidrocarburos. Además, el Plan apuesta por aprovechar todas las posibilidades que ofrece la PAC, en especial las ayudas para la producción de cultivos energéticos. Al respecto, el Real Decreto 1612/2008 (art. 38) prevé una ayuda por superficie de cultivos energéticos de 45 euros por hectárea y año. Sin embargo, hay que tener presente que esta ayuda específica está en vías de extinción. El Reglamento 73/2009, de 19 de enero, afirma que ya no existen razones

suficientes para conceder la ayuda específica a los cultivos energéticos. El último año para la concesión de esta ayuda es el 2009. Por otra parte, en el campo de las mejoras tecnológicas, se procurará seleccionar las variedades y especies vegetales más óptimas para la producción, y las que mejor se adapten a las características agronómicas de España.

Desde el punto de vista institucional, conviene destacar el Real Decreto 1130/2008, de 4 julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del nuevo Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. En su artículo 9 se establecen las funciones que corresponden a la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural. Entre ellas figura el “desarrollo de las competencias relacionadas con el Plan de fomento de energías renovables para el impulso en el sector agrario de la biomasa y los biocarburantes...”. Este Ministerio ha homologado ciertos contratos-tipo de productos agrarios derivados de cultivos energéticos. Por ejemplo, la Orden de 27 de mayo de 2008 homologa el contrato de compraventa de colza destinada a la obtención de biocarburantes (biodiesel).

Y en cuanto al debate suscitado a propósito de la producción de biocarburantes *versus* la producción de alimentos suficientes, en España no encontramos disposiciones legales específicas a nivel estatal dirigidas a controlar o garantizar una producción mínima o suficiente de alimentos, aunque sí las hay que fomentan la producción de cultivos energéticos. No obstante, existen normas que apoyan la producción de alimentos de calidad, de origen vegetal y animal (por ejemplo, el Real Decreto 1615/2007, de 7 de diciembre) y normas que contienen subvenciones a la industria alimentaria.

Finalmente, en el campo de la responsabilidad medioambiental, hay que mencionar la Ley 26/2007, de 23 octubre, la cual, si bien de carácter omnicompreensivo de toda actividad susceptible de generar daños ambientales, es aplicable también a la actividad agraria y agroindustrial. Regula la obligación de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de acuerdo con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de «prevención» y de «quien contamina paga». Se aplica a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional (incluidos los agricultores), que controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. También regula las garantías financieras que deberán asumir los operadores para cubrir sus eventuales responsabilidades medioambientales. La Ley ha sido parcialmente desarrollada por el Real Decreto 2090/2008, de 22 diciembre.

### 3. Derecho agrario alimentario: seguridad y calidad alimentaria.

En primer lugar, destacamos la Ley 2/2000, de 7 enero, de contratos-tipo de productos agroalimentarios. Esta modalidad de contrato puede ser utilizado voluntariamente en las operaciones de tráfico comercial de productos dentro del

sistema agroalimentario. Entendemos por «sistema agroalimentario» el conjunto de los sectores productivos agrario y pesquero, así como los de transformación y comercialización de sus productos. Así pues, cualquier producto agroalimentario podrá ser objeto de este contrato, pero por regla general sólo podrá homologarse un contrato-tipo por producto. De hecho, el prestigio y cierto carácter de «oficialidad» del contrato-tipo, deriva de la necesaria homologación que debe obtener por parte del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (hoy sustituido por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino). El contrato homologado tendrá la consideración de modelo, al cual podrán ajustar sus contratos (sometidos al derecho privado) los operadores del sistema agroalimentario. Ofrece una serie de ventajas de sencillez y claridad en las cláusulas aplicables, así como la presencia de Comisiones de Seguimiento que velarán por el correcto cumplimiento de estos contratos.

Como es bien sabido, en la última década el sector de la seguridad de los productos se ha visto sacudido por diversas crisis (entre ellas, las crisis alimentarias las de mayor gravedad e impacto social). Ello ha provocado la reacción a nivel europeo y, por ende, español en la estricta regulación de la seguridad de los alimentos. A nivel general, el Real Decreto 1801/2003, de 26 diciembre, sobre seguridad general de los productos, tiene por objetivo principal garantizar que los productos que se pongan en el mercado sean seguros. Un «producto seguro» es cualquier producto que no presenta riesgo alguno para el consumidor o únicamente presenta riesgos mínimos admisibles y compatibles con el uso del producto. El producto debe ser utilizado en condiciones normales o razonablemente previsibles, respetando un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas. Esta regulación se aplica a todo producto destinado al consumidor.

Además, resulta también de general aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. En ella se incluye la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos.

Otro de los campos de referencia del moderno Derecho agrario es el que aboga por la promoción y defensa de la calidad de los productos agroalimentarios. Así, en el ámbito de la normativa de calidad certificada de productos agrarios y alimentarios, destacamos:

El Real Decreto 998/2002, de 27 septiembre, que establece normas internas de aplicación de los Reglamentos comunitarios sobre certificación de las características específicas de los productos agrícolas y alimenticios. En especial, regula el procedimiento interno de solicitud del registro de un producto con características específicas. Establece las condiciones mínimas que deben cumplir los organismos privados de control para obtener la correspondiente autorización administrativa. Regula la obligación relativa al etiquetado del producto, en el cual deberá figurar el nombre del correspondiente organismo independiente de control. Asimismo, prevé

la constitución de un registro informativo de los organismos independientes de control y de los productores que utilicen un nombre registrado, para su consulta por las administraciones, operadores y organismos.

Y el Real Decreto 1069/2007, de 27 julio. Regula el procedimiento para tramitar solicitudes de inscripción en el Registro comunitario de denominaciones de origen y de indicaciones geográficas de productos agrícolas y alimenticios. También las solicitudes de modificación del pliego de condiciones de las denominaciones ya inscritas en dicho Registro. Finalmente, regula el procedimiento nacional de oposición a dichas solicitudes, con carácter previo a la remisión de las mismas a la Comisión Europea.

Desde una perspectiva sectorial, la Ley 24/2003, de 10 julio, contiene el estatuto jurídico básico del cultivo de la viña y de la producción del vino, así como la designación, presentación, promoción y publicidad de los vinos. Merecen una especial consideración los preceptos dedicados a regular los niveles diferenciados del origen y la calidad de los vinos. Finalmente, con el fin de proteger a productores y consumidores, no menos relevante es el sistema de protección de las denominaciones y menciones legalmente reservados frente a su uso indebido.

#### 4. Derecho de la ordenación del suelo rural y del territorio rural.

La actividad agraria tiene su sustento físico en el campo, en el medio rural, espacio donde se desarrolla este sector económico. Es por ello que toda regulación que afecta a la ordenación territorial de la base física en que se asienta la agricultura (fincas rústicas, suelo rural, medio rural...) debe ser muy tenida en cuenta. En particular, merecen recabar nuestra atención las siguientes disposiciones jurídicas.

En primer lugar, la Ley 43/2003, de 21 noviembre, de montes, que tiene por objeto garantizar la conservación y protección de los montes españoles, promoviendo su restauración, mejora, sostenibilidad y aprovechamiento racional. Su vinculación con el sector agrario se suscita a partir del ejercicio de la actividad silvícola o forestal, uno de los trípodes que conforman «lo agrario», junto con la agricultura y la ganadería.

Entre los principios que inspiran la Ley 43/2003, cabe destacar los siguientes:

- a) La gestión sostenible de los montes.
- b) El cumplimiento equilibrado de la multifuncionalidad de los montes en sus valores ambientales, económicos y sociales.
- c) La planificación forestal en el marco de la ordenación del territorio.
- d) El fomento de las producciones forestales y sus sectores económicos asociados.
- e) La creación de empleo y el desarrollo del medio rural.
- f) La conservación y restauración de la biodiversidad de los ecosistemas forestales.

g) La integración en la política forestal española de los objetivos de la acción internacional sobre protección del medio ambiente, especialmente en materia de desertificación, cambio climático y biodiversidad.

En segundo término, la Ley 45/2007, de 13 diciembre, de desarrollo sostenible del medio rural, con la que se inaugura en España una política rural propia, ausente desde hace décadas, debido a un seguidismo a ultranza de la normativa comunitaria.

Destacamos los siguientes objetivos generales de la Ley:

- a) Fomentar una actividad económica continuada y diversificada en el medio rural, manteniendo el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero.
- b) Lograr un alto nivel de calidad ambiental en el medio rural. Para ello se atiende a la prevención del deterioro del patrimonio natural, del paisaje y de la biodiversidad. También se facilita la recuperación de tales espacios y elementos, mediante la ordenación integrada del uso del territorio para diferentes actividades, la mejora de la planificación y de la gestión de los recursos naturales y la reducción de la contaminación en las zonas rurales.

El «Programa de Desarrollo Rural Sostenible» se configura como el instrumento principal para la planificación de la acción de la Administración General del Estado en relación con el medio rural.

En cuanto al sector agrario, el artículo 16 de la Ley proclama la defensa y el apoyo de una «agricultura territorial». En concreto, se promoverá el mantenimiento y la mejora de una actividad agrícola, ganadera y forestal suficiente y compatible con un desarrollo sostenible del medio rural, en particular en las zonas rurales prioritarias o calificadas como de agricultura de montaña. Se prestará una atención preferente a los profesionales de la agricultura, sobre todo a los que sean titulares de una explotación territorial y sean mujeres o jóvenes.

En último lugar, traemos a colación el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de suelo. En este texto legal se define y se regula la denominada «situación de suelo rural», abandonando la tradicional técnica de la calificación del suelo dentro de estrictas tipologías. Así pues, se encuentra en «situación de suelo rural», el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización. Como mínimo, este suelo deberá incluir los terrenos excluidos de la transformación urbanística por la legislación de protección del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural. Incluye también los terrenos protegidos por la normativa de ordenación territorial y urbanística, debido a la existencia de determinados valores (ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, etc.). Los terrenos situados en suelo rural se utilizarán según su naturaleza. Deben dedicarse al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Deben cumplir los límites impuestos por las leyes y la ordenación territorial y urbanística. Finalmente, la Ley también regula los criterios de valoración económica del suelo rural. En particular, los terrenos,

edificaciones, construcciones, instalaciones, plantaciones y sembrados preexistentes, y las indemnizaciones por razón de arrendamientos rústicos u otros derechos, serán incluidos en la correspondiente tasación.

### 5. Derecho fiscal agrario.

Encontramos diversas normas relativas al sector agrario en la regulación fiscal y presupuestaria de ámbito general.

Por ejemplo, la Orden de 26 de noviembre de 2008, al desarrollar para el año 2009 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), en su Disposición Adicional Cuarta establece ciertas medidas excepcionales para paliar el efecto producido por el precio de los insumos de explotación en las actividades agrícolas y ganaderas en el año 2009. Así pues, las actividades agrícolas y ganaderas podrán aplicar las siguientes medidas excepcionales:

- a) El rendimiento neto previo del IRPF podrá reducirse:
  - En el 35 % del precio de adquisición del gasóleo agrícola.
  - En el 15 % del precio de adquisición de los fertilizantes o alternativamente de los plásticos utilizados.

- b) El rendimiento neto de módulos del IRPF podrá reducirse en un 2 %.

Y también en la propia Ley 2/2008, de 23 diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2009, prevé una devolución extraordinaria del Impuesto sobre hidrocarburos para agricultores y ganaderos (Disposición Adicional nº. 57). Deben cumplirse dos requisitos:

- a) Adquisiciones de gasóleo entre el 1 de octubre de 2007 y 31 de diciembre de 2008.

- b) Que en el período comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2005, el precio medio del gasóleo no superara el precio medio alcanzado por dicho gasóleo durante el período comprendido entre el 1 de octubre de 2007 y el 31 de diciembre de 2008. En los precios a considerar no se computarán las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido incorporadas a los mismos.

### 6. Derecho de asociaciones agrarias.

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, regula dos modalidades contractuales que dan lugar a explotaciones agrarias de componente asociativa. Por un lado, el «contrato de aparcería». El titular de una finca o explotación agraria (cedente) entrega al aparcerero (cesionario) el uso y disfrute de: a) la finca o explotación íntegra; b) alguno de los aprovechamientos de la finca; c) elementos de la explotación (ganado, maquinaria o capital circulante). La cesión es temporal, libremente pactada. Las partes acuerdan repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones. Por

otro lado, encontramos la «aparcería asociativa». Dos o más personas aportan o ponen en común el uso y disfrute de fincas, capital, trabajo y otros elementos de producción. La finalidad del contrato es constituir o ampliar una explotación agrícola, ganadera o forestal. Las partes acuerdan repartirse el beneficio obtenido en proporción a las aportaciones efectuadas por cada una.

Asimismo, el Real Decreto 1972/2008, de 28 noviembre, establece la normativa básica aplicable al reconocimiento de organizaciones de productores (OP) de frutas y hortalizas y de asociaciones de organizaciones de productores. Desarrolla y aplica los Reglamentos comunitarios 1182/2007 y 1580/2007. Regula, entre otros aspectos, los requisitos para el reconocimiento de OP, el número mínimo de miembros integrantes, el valor de la producción comercializable, las estructuras y actividades de las OP, el período mínimo de adhesión a una OP y el Registro nacional de organizaciones y agrupaciones de productores de frutas y hortalizas y de asociaciones de organizaciones de productores.

### 7. Otras áreas del Derecho agrario.

Por un lado, han sido dictadas varias normas recientes sobre producción y comercialización de obtenciones vegetales:

El Real Decreto 289/2003, de 7 marzo, regula la producción y comercialización de materiales forestales de reproducción de especies forestales y de sus híbridos artificiales. No se aplicará a materiales forestales de reproducción en forma de plantas o partes de plantas destinados a fines distintos de la silvicultura.

El Real Decreto 1261/2005, de 21 octubre, que desarrolla la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales. Para el reconocimiento y protección del derecho de obtentor de una nueva variedad vegetal, se concederá un título de obtención vegetal como derecho de propiedad de naturaleza especial.

La Ley 30/2006, de 26 julio, de semillas y plantas de vivero y de recursos fitogenéticos, establece el régimen jurídico de la producción y comercialización de semillas y plantas de vivero. Regula las condiciones de conservación y utilización de los recursos fitogenéticos. Finalmente, determina el procedimiento de inscripción de las variedades comerciales en el correspondiente registro.

Y por otro lado, en el sector de la sanidad vegetal, destacamos las siguientes normas:

La Ley 43/2002, de 20 noviembre, de sanidad vegetal. Constituyen sus principales fines:

- a) Proteger los vegetales y los productos vegetales de los daños ocasionados por las plagas.

- b) Proteger el territorio nacional y el de la Unión Europea de la introducción de plagas de cuarentena para los vegetales y los productos vegetales u otros objetos, y evitar la propagación de las ya existentes.

c) Proteger los animales, vegetales y microorganismos que anulen o limiten la actividad de los organismos nocivos para los vegetales y productos vegetales.

d) Prevenir los riesgos derivados del uso de productos fitosanitarios para la salud de las personas, animales y medio ambiente.

e) Garantizar las condiciones de utilidad, eficacia y seguridad de los medios de defensa fitosanitaria.

El Real Decreto 58/2005, de 21 enero, que establece las medidas de protección contra la introducción en el territorio nacional de organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales, procedentes de otros Estados miembros o de terceros países.

#### IV. DISPOSICIONES NORMATIVAS NACIONALES DE MAYOR RELEVANCIA PRÁCTICA.

##### 1. En relación con las ayudas agrícolas.

Ante todo conviene destacar la normativa que aplica y desarrolla en España el nuevo régimen de ayudas directas de la PAC, establecido en el Reglamento 1782/2003, disposición que ha sido sustituida por el Reglamento 73/2009.

Desde el comienzo de la aplicación en España del nuevo sistema de ayudas directas y de pago único, todos los años se aprueba un Real Decreto que contiene la normativa básica en este ámbito. Actualmente, el Real Decreto 1612/2008 es el último que se ha aprobado en esa línea. Su principal relevancia práctica consiste en facilitar a los agricultores el conocimiento del procedimiento administrativo a seguir para percibir las ayudas directas y el pago único. En especial, permite aplicar los requisitos del régimen de pago único, la asignación y utilización de derechos de ayuda, así como las condiciones para la cesión de derechos. También describe detalladamente otros regímenes de ayudas acopladas a la producción y otros sistemas de ayuda específicos. Además, establece los requisitos a cumplir por las solicitudes de ayudas (contenido, lugar y plazo de presentación). Incluye disposiciones sobre el control y el pago de las ayudas. Al respecto, destaca la participación y colaboración de organismos tanto de ámbito estatal (como el Fondo Español de Garantía Agraria) como de ámbito autonómico (órganos pagadores de las Comunidades Autónomas, etc.). El Real Decreto 1612/2008 distribuye las funciones de control entre las diversas Administraciones públicas. Contiene al final 21 Anexos de contenido técnico y administrativo, en los cuales se detallan exhaustivamente algunos de los requisitos exigidos por la normativa para el cobro de las ayudas directas. En definitiva, constituye una «guía básica oficial» de los requisitos y condiciones que deben reunir, cumplir y acreditar los agricultores y ganaderos para acceder a los regímenes de ayudas directas de la PAC.

Como normas complementarias, destaca la importancia práctica del Real Decreto 486/2009, que establece los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales (condicionalidad), y el Real Decreto 520/2006 relativo al servicio de asesoramiento a las explotaciones agrarias.

En cuanto a la condicionalidad de las ayudas, el Real Decreto 486/2009 cumple con el mandato previsto en los artículos 4.2 y 6 del Reglamento 73/2009: la autoridad competente proporcionará a los agricultores la lista de los requisitos legales de gestión y de las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deberán cumplir. Y en particular, cada Estado miembro deberá definir a nivel nacional o regional los requisitos mínimos de las buenas condiciones agrarias y medioambientales. Esta reglamentación desempeña una doble finalidad práctica. Una, concretar detalladamente las condiciones mínimas (agronómicas y ambientales) que debe respetar el productor en su explotación agraria para cobrar las ayudas. Esto permite al agricultor planificar adecuadamente su sistema de producción y de gestión de las tierras, para adecuarlo a los requisitos legales. Y dos, incluir una «advertencia legal», que pretende lograr el máximo cumplimiento de tales condiciones: todo agricultor que incumpla las condiciones será penalizado con la reducción e incluso con la anulación de los pagos a que tenga derecho.

Respecto al servicio de asesoramiento de explotaciones agrarias, el Real Decreto 520/2006 cumplió el mandato del artículo 13 del Reglamento 1782/2003: establecer este servicio antes del 1 de enero de 2007. El principal efecto práctico consiste en facilitar apoyo técnico a los agricultores que deben aplicar nuevas formas y técnicas de trabajo, derivadas de las nuevas exigencias de la PAC. El objetivo último es lograr una actividad agraria respetuosa con el medio ambiente, la salud pública, la sanidad animal y vegetal y el bienestar de los animales. Concretamente, la actividad de asesoramiento abarca desde el diagnóstico de la situación, a la propuesta y ejecución de las mejoras necesarias. Los campos fundamentales donde será prestado el asesoramiento son tres: a) Requisitos legales de gestión; b) Buenas condiciones agrarias y medioambientales; c) Inicio de la actividad de agricultores jóvenes. Sin embargo, el servicio podrá alcanzar otras materias con objeto de ofrecer un asesoramiento integral (evaluar el rendimiento y viabilidad de las explotaciones, etc.). Otro de los efectos prácticos de esta norma posee un carácter «institucional». Se trata de los requisitos que deberán reunir las entidades que deseen prestar el servicio de asesoramiento a las explotaciones agrarias (naturaleza privada, personalidad jurídica, obligaciones, reconocimiento por la autoridad pública, etc.). Finalmente, destaca la importancia práctica de las ayudas a la creación de estas entidades de asesoramiento y de las ayudas a los demandantes del asesoramiento. La existencia de cierta financiación pública (subvenciones) tanto para la creación de entidades de asesoramiento como para los propios titulares de explotaciones agrarias que soliciten ese servicio, supone un incentivo a la extensión y utilización de este asesoramiento especializado.

## 2. En relación con el desarrollo rural.

Pasando al ámbito del segundo pilar de la PAC, el desarrollo rural, destaca en la reciente legislación española la Ley 45/2007 de desarrollo sostenible del medio rural.

Históricamente, España no ha contado con una política rural propia y específica, ya que se aplicaban de forma directa y automática los Reglamentos de la UE. La aprobación de la Ley 45/2007 era necesaria para establecer una política rural propia, plenamente adaptada a las condiciones económicas, sociales y medioambientales particulares de España. A la vez, se incorporan criterios de sostenibilidad medioambiental y de planificación territorial. No obstante, ello no puede en modo alguno significar una desviación de los parámetros generales establecidos por la Unión Europea en esta sede, y aprobados por el Reglamento 1698/2005, de ayudas al desarrollo rural.

La principal eficacia práctica de la Ley 45/2007 reside en la programación y planificación del desarrollo rural sostenible a nivel del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esta planificación incluye diversas medidas y acciones concretas a aplicar en determinadas zonas rurales, sobre todo en zonas rurales calificadas como «prioritarias» (necesitadas de revitalización, integradas en la Red Natura 2000, municipios rurales de pequeño tamaño y escasa población, etc.).

En lo que afecta directamente al sector agrario, la Ley apoya una «agricultura territorial». La principal consecuencia de este «nuevo modelo de agricultura» afecta a la asignación prioritaria y preferente de las medidas y ayudas de la PAC (ayudas directas y de desarrollo rural). A la hora de asignar dichas ayudas, la Ley 45/2007 favorece a un determinado tipo de agricultor, que sea titular de un determinado tipo de explotación agraria. Me refiero al «agricultor profesional» y a la «explotación territorial». Al «agricultor profesional» se le exige cierto volumen anual de dedicación laboral en la explotación (una Unidad de Trabajo Anual) y cierto volumen de renta obtenido de actividades agrarias (el 25% de su renta total). Para calificar una explotación agraria como «explotación territorial», es necesario que esté ubicada en una zona rural prioritaria o de agricultura de montaña y que no alcance las 40 Unidades de Dimensión Económica europea. Además, los agricultores interesados y las Administraciones Públicas suscribirán el llamado «contrato territorial de zona rural». En este contrato figurará el compromiso de los titulares de las explotaciones agrarias implicados en orientar e incentivar su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural, así como las ayudas específicas y beneficios a recibir a cambio.

## 3. En relación con las explotaciones agrarias.

Dentro del ámbito de la mejora de las estructuras y las explotaciones agrarias, conviene destacar la Ley 49/2003 de arrendamientos rústicos.

La principal consecuencia práctica de esta nueva legislación arrendaticia estriba en facilitar la movilidad y dinamización del mercado de la tierra. Al facilitar el acceso al arrendamiento de tierras y de explotaciones agrarias, se avanza en el objetivo de conseguir explotaciones de dimensión suficiente, económicamente viables y rentables. El plazo mínimo obligatorio de duración del contrato (cinco años), con la posibilidad para el propietario de recuperar la posesión de las fincas a su finalización, puede incentivar la constitución de arrendamientos rústicos. Se trata de un plazo susceptible de verse ampliado, de mediar el consentimiento de ambas partes. A nuestro juicio, resulta un plazo lo suficientemente largo como para permitir una cierta estabilidad del agricultor en la tierra, y para traer consigo inversiones y mejoras que el arrendatario introduzca en la explotación. Además, desde el punto de vista de la inversión económica que necesita el agricultor para su primera instalación o para aumentar el tamaño de su actual explotación agraria, el coste del arrendamiento resulta muy inferior al que supondría el coste de adquisición de la propiedad de las fincas rústicas.

## 4. En relación con la tecnología aplicada a la agricultura.

En el área de la tecnología aplicada a la obtención de nuevas variedades agronómicas para el campo, destaca la Ley 9/2003 relativa a los organismos modificados genéticamente (transgénicos). Se trata de una Ley de tipo horizontal, aplicable a cualquier organismo o producto cuyo material genético ha sido modificado de una manera no natural. Pero tiene una importante aplicación práctica en el sector agrario y alimentario, donde las variedades vegetales transgénicas llevan ya varios años siendo cultivadas y comercializadas en España, principal productor de la Unión Europea, según datos del Servicio Internacional para la Adquisición de Aplicaciones Agro-biotecnológicas (siglas en inglés ISAAA; <http://www.isaaa.org>).

La relevancia práctica de la Ley 9/2003 es doble. Por un lado, contempla una finalidad proteccionista de la salud humana y del medio ambiente, frente a los posibles riesgos o eventuales daños que puedan generar las actividades llevadas a cabo con organismos modificados genéticamente. Por otro lado, permite a los productores conocer los sistemas de autorización, las autoridades competentes y los procedimientos administrativos a seguir, tanto para el cultivo a campo abierto de variedades transgénicas, como para la comercialización de la cosecha o del producto resultante.

## 5. En relación con el sector de la viña y el vino.

Finalmente haremos referencia a una Ley sectorial, la Ley 24/2003 de la viña y el vino. Como es bien conocido, España constituye el tercer productor de vino del mundo y posee la mayor extensión de viñedos del planeta. Existen en los últimos

años excedentes en la producción vinícola, pese al importante volumen anual de exportaciones. Por tanto, uno de los efectos prácticos que se propone la ley, es el control del potencial productivo del viñedo español, en el marco de la regulación europea, conformada por la nueva Organización Común del Mercado vitivinícola, aprobada por el Reglamento 479/2008, de 29 de abril. Se pondrá una especial atención al control y autorización de nuevas plantaciones y replantaciones de viñedo, y a tal fin deberá acordarse entre el Estado y las Comunidades Autónomas la distribución de las superficies de plantación admisibles. También se regulan los supuestos de arranque de viñas. Por otro lado, habida cuenta de que un tercio de la producción vitivinícola española está destinada a vinos de calidad certificada, la Ley contiene un sistema de protección del origen y la calidad de los vinos, así como de sus indicaciones y referencias de calidad. La protección se concede ante todo en favor de los productores de vinos de calidad certificados, pero a su vez en beneficio de los consumidores de tales vinos y de las garantías por ellos exigidas.

## V. DISPOSICIONES NORMATIVAS ESPECIALMENTE EXITOSAS O DESAFORTUNADAS.

Comenzando por la Ley de arrendamientos rústicos de 2003 —sobre todo en su versión original antes de la reforma de 2005—, podía considerarse positiva su aprobación, ya que sus postulados liberales y de flexibilidad facilitaban la formación de empresas agrarias a un menor coste de instalación, y favorecían la ampliación de la base territorial de aquellas. La Ley profundizaba en el régimen jurídico liberalizador del contrato, iniciado con las reformas de 1995 introducidas por la Ley 19/1995, de modernización de explotaciones agrarias, que tan buenos resultados depararon en cifras de volumen de contratos de arrendamiento suscritos y del número de hectáreas arrendadas.

Sin embargo, como sabemos la LAR de 2003 fue reformada en noviembre de 2005. Algunas críticas negativas pueden formularse contra esta reforma. Ante todo, resulta criticable la excesiva premura en modificar una nueva Ley que apenas había tenido tiempo para desplegar sus efectos prácticos. Además, algunas medidas de la reforma de 2005 introducen límites a la libre configuración del arrendamiento rústico, lo que no beneficia al impulso de este contrato. Tales límites deben ser respetados imperativamente por las partes, bajo pena de nulidad del contrato. La Ley reformada es más intervencionista e inflexible. Ello se aprecia en el régimen de la capacidad para contratar, en las limitaciones a la extensión máxima de superficie a arrendar, en el tiempo mínimo legal de duración del arrendamiento o en los derechos de adquisición preferente. Es previsible que estas modificaciones (realmente aspectos «recuperados» de la Ley de arrendamientos rústicos de 1980) no ayuden a impulsar la contratación de tierras en régimen de arrendamiento.

Por ejemplo, la recuperación de los límites superficiales a la extensión del arrendamiento constituye una incongruencia con los objetivos del redimensionamiento, modernización y viabilidad de la explotaciones agrarias españolas. Realmente lo que hace falta son empresas y explotaciones lo más amplias posibles, capaces de afrontar la creciente competitividad de los mercados globalizados, en un marco de progresiva desaparición del proteccionismo al agricultor comunitario. Y en cuanto al restablecimiento de los derechos de tanteo y retracto a favor de algunos arrendatarios rústicos es criticable, hay que dejar bien sentado que el pretendido derecho de acceso a la propiedad del arrendatario no resulta consustancial al arrendamiento rústico, de naturaleza esencialmente posesoria y temporal. Además, puede desincentivar y desmovilizar el mercado de tierras en arrendamiento, ante las reservar que manifiesten los propietarios frente a estos derechos del cultivador que limitan las facultades dispositivas de aquellos.

Cambiando de ámbito normativo, se puede considerar exitosa la implantación en España de las disposiciones que aplican desde el 1 de enero de 2006 las nuevas ayudas directas de la PAC y el régimen de pago único. Desde la perspectiva de la técnica jurídica y desde el punto de vista de la organización institucional, el régimen de ayudas directas funciona razonablemente. Se han aprobado normas que aplican las bases esenciales del sistema: condicionalidad, asesoramiento, organismos pagadores y controladores (Fondo Español de Garantía Agraria, a nivel nacional, y órganos de las Comunidades Autónomas), procedimiento de fijación y pago de los derechos de ayuda, etc.

Finalmente, respecto a la regulación de los productos de la biotecnología, hay que decir que la legislación especial tiene arraigo en España desde hace más de 15 años. Hoy en día, en particular, la Ley de 2003 de organismos modificados genéticamente ha continuado regulando todas las fases productivas, con especial atención a la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, así como a los procedimientos de autorización del cultivo y la comercialización de organismos modificados genéticamente. España es actualmente el país de la UE con mayor cantidad de superficie de cultivos modificados genéticamente (más de 70.000 hectáreas de maíz), y en los últimos años viene incrementándose la superficie cultivada. Sin embargo, como aspecto negativo, hay que destacar la falta de regulación específica de la «coexistencia» entre cultivos modificados genéticamente y otros cultivos convencionales o ecológicos. Sería necesario establecer reglas consensuadas relativas al sistema de cultivo, a las precauciones para evitar la contaminación de otras plantaciones así como a los casos y efectos de la responsabilidad civil por daños y perjuicios. En esta sede hubo algunos proyectos de regulación que no llegaron a ver la luz.

## VI. APRECIACIÓN DE NUEVAS O YA EXISTENTES TENDENCIAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA A PARTIR DE LA RECIENTE EVOLUCIÓN DEL DERECHO AGRARIO.

### 1. Tendencias existentes.

Respecto a las tendencias de política legislativa ya existentes, cabe destacar:

#### A) Apoyo a una agricultura profesionalizada y al agricultor profesional.

El requisito del “agricultor profesional” o del “profesional de la agricultura” es tradicional y constante en la legislación española, como se puede apreciar en la Ley de arrendamientos rústicos de 1980. Después fue desarrollado en la Ley de modernización de explotaciones agrarias de 1995, y su definición actual figura en la Ley de desarrollo sostenible del medio rural de 2007. El concepto está vinculado a cierto volumen de trabajo dedicado a la explotación agraria (una unidad de trabajo anual) y a un volumen de su renta (25 %) procedente de actividades agrarias. La cualidad de agricultor profesional actualmente es exigida para acceder de forma prioritaria o preferente a las ayudas de desarrollo rural, de modernización de explotaciones, a los derechos de producción o derivados de una reserva nacional, etc., y con ciertas dudas doctrinales, parece exigirse tal condición para ser arrendatario rústico.

#### B) Rejuvenecimiento del sector agrario: instalación de nuevos y jóvenes agricultores.

España sufre en las últimas décadas un proceso de envejecimiento de la población rural y agraria. A finales de 2005, sólo el 6 % de los titulares de explotaciones agrarias tenían menos de 35 años, mientras cerca del 60 % tenían 55 o más años (Fuente: Eurostat). El apoyo a la primera instalación de jóvenes agricultores es constante en el Derecho agrario español, y se mantiene en las últimas regulaciones (art. 16 de la Ley 45/2007).

#### C) Promoción y reconocimiento de las entidades asociativas agrarias.

El Derecho agrario español tradicionalmente ha tratado de impulsar el desarrollo de la actividad agraria basada en la titularidad asociativa de las explotaciones (personas jurídicas), junto a la titularidad individual (personas físicas). Esta tendencia permanece hoy en día. De ahí la existencia de normas especiales que regulan el régimen jurídico aplicable a entidades asociativas dedicadas a la agricultura. Por ejemplo, las Sociedades Agrarias de Transformación (SAT) (Real Decreto 1776/1981) o las Cooperativas agrarias y las Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (Ley 27/1999 de cooperativas). La normativa especial incentiva su constitución mediante beneficios fiscales (Ley 20/1990, de régimen fiscal de cooperativas y SAT), ayudas a la financiación de los seguros agrarios

(Resolución de 15 de diciembre de 2008), subvenciones (Orden de 22 de enero de 2008, de concesión de subvenciones destinadas al fomento de la integración cooperativa de ámbito estatal), ayudas para el funcionamiento de las organizaciones de productores, etc. Se busca fomentar el asociacionismo agrario, creando estructuras empresariales de mayor dimensión que faciliten la cooperación interterritorial y la economía en red para mejorar la dimensión empresarial, la eficiencia y la rentabilidad de las mismas. Finalmente, tanto en la Ley de arrendamientos rústicos de 2003 como en la Ley de desarrollo sostenible del medio rural de 2007, se reconoce la función de las personas jurídicas o entidades asociativas agrarias en el ejercicio de actividades agrarias y de desarrollo rural. A ellas se les reconoce su condición y profesionalidad agraria.

#### D) Protección del medio ambiente y de los recursos naturales a través de la actividad agraria.

Se trata de una tendencia que se consolida fuertemente en los últimos tiempos por medio de la introducción en el sector agrario de parámetros y requisitos de sostenibilidad medioambiental. De hecho, se promueve una nueva «agricultura territorial», donde los agricultores reciben ayudas por orientar e incentivar su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural, en especial en zonas de montaña (art. 16, Ley 45/2007). Por otra parte, se incentiva una «agricultura ecológica» así como la utilización de sistemas productivos compatibles con la tutela del medio ambiente (agricultura integrada, reducción de plaguicidas y fitosanitarios químicos, reducción del consumo de agua para riego, buenas prácticas agrarias, etc.). Se fomenta la eficiencia, el ahorro y el buen uso de los recursos hídricos en el medio rural (art. 25, Ley 45/2007). Entre las medidas previstas, destaca: el uso eficaz y eficiente del agua para regadíos; prioridad a las actuaciones de modernización para el ahorro de agua; aprovechamiento para riego de aguas regeneradas (reutilización, depuración); utilización de aguas procedentes de la desalinización de aguas salobres y marinas; ayudas económicas para la retirada de tierras de regadío; reducción de la dotación de riego en zonas con escasez de agua y con valores ambientales asociados a los cultivos de secano, etc. Y finalmente, la introducción de la condicionalidad obligatoria para el cobro de ayudas directas, ha influido en este ámbito de forma determinante: en particular, el cumplimiento de las buenas condiciones agrarias y medioambientales de las tierras (Real Decreto 486/2009).

#### E) Fomento del empleo de técnicas de administración contractual.

Se trata de una tendencia consolidada en los últimos años, consistente en organizar la distribución de ayudas públicas o de beneficios concretos por medio de contratos suscritos entre la Administración pública y los titulares de explotaciones agrarias, potenciales beneficiarios de las ayudas. Encontramos ejemplos en el sector de las ayudas agroambientales (Real Decreto 4/2001; Real De-

creto 708/2002), donde se regula el llamado «compromiso agroambiental» que contraen los titulares de explotaciones agrarias que se obliguen, por un período mínimo de cinco años, a cumplir determinadas medidas agroambientales en su explotación. Por otra parte, en la Ley 45/2007 (art. 16) se regula el «contrato territorial de zona rural». El contrato territorial es el instrumento que establece el conjunto de compromisos a suscribir entre las Administraciones Públicas y los titulares de las explotaciones agrarias que orienten e incentiven su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural. La suscripción de estos contratos será requisito necesario para beneficiarse de las prioridades y la atención preferente que prevé la Ley.

## 2. Nuevas tendencias.

Respecto a las nuevas tendencias emergentes, destacamos las siguientes:

### A) Diversificación de la economía del medio rural y de la actividad agraria.

A partir de la Ley 45/2007, se apuesta por una política general de fomento de la diversificación económica en el medio rural, mediante nuevas actividades de alto valor añadido. Se trata de fomentar la consolidación del sector agroalimentario, silvícola y el derivado de la caza y la pesca en las zonas rurales. Se pretende asimismo potenciar la seguridad alimentaria. También se apoyará la actividad económica vinculada a la industria, al comercio, al turismo y otros servicios. En fin, se considera necesario generar nuevos tipos de actividades locales. En particular, las acciones relacionadas directa o indirectamente con la agricultura consisten en: apoyar procesos de integración vertical en la cadena alimentaria; aplicar medidas de identificación de los productos agroalimentarios con las diversas zonas rurales; reforzamiento de los sistemas de control y seguimiento de las producciones en los diversos sectores del sistema agroindustrial; mejorar los instrumentos privados de trazabilidad de los alimentos mediante la introducción de referencias territoriales de procedencia; fomentar el turismo rural a través de una adecuada ordenación de la oferta y la mejora de la demanda turística, con atención preferente al turismo sostenible y al agroturismo o turismo ligado a la actividad agraria.

### B) Fomento del modelo de la explotación agraria «territorial».

El apoyo a las explotaciones agrarias territoriales se encuadra dentro del marco general de la política de desarrollo sostenible del medio rural (Ley 45/2007). La nueva política promueve el mantenimiento y la mejora de una actividad agrícola, ganadera y forestal suficiente y compatible con un desarrollo sostenible del medio rural. La explotación agraria territorial recibirá el apoyo público de forma preferente por su ubicación en zonas rurales prioritarias (escasa población, aislamiento geográfico, alto nivel de actividad agraria,

bajo nivel de renta) o zonas de agricultura de montaña (cotas superiores a los mil metros, pendiente media superior al 20 %, vocación predominantemente agraria, circunstancias excepcionales limitativas de las producciones agrarias).

### C) Apoyo a la mujer del medio rural y reconocimiento de su trabajo en la actividad agraria.

El punto de partida de esta nueva tendencia es el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Dicho artículo regula la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario y el medio rural. A partir de aquí, el artículo 8 de la Ley 45/2007 establece el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el medio rural. Según la Ley 45/2007, podrán contemplarse medidas de acción positiva en favor de las mujeres en el medio rural, encaminadas a superar y evitar situaciones de discriminación de hecho por razón de sexo. Las mujeres recibirán una atención prioritaria en los programas de desarrollo rural sostenible. En el marco del fomento de la agricultura territorial, si la beneficiaria es una mujer, recibirá el máximo nivel de apoyo posible. La mujer, principalmente en el ámbito de la explotación familiar, comparte con el hombre las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, esta labor carece de suficiente reconocimiento jurídico, valor económico y reflejo social, por cuanto no trasciende del ámbito familiar. En este ámbito, una de las primeras medidas normativas que han sido adoptadas, aparece con el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo. La norma promueve la titularidad compartida de las explotaciones agrarias prioritarias (definidas en la Ley 19/1995) entre los cónyuges o personas ligadas con una relación de análoga afectividad inscritas en algún registro público. El objetivo de la disposición es extender los beneficios de la cotización a la Seguridad Social a las mujeres que ostenten dicha cotitularidad. La medida no afectará, en principio, a la titularidad civil de la propiedad de las explotaciones.

### D) Creación de servicios de asesoramiento para agricultores y explotaciones agrarias.

El Real Decreto 520/2006 regula las entidades que presten servicio de asesoramiento a las explotaciones agrarias. Su novedad procede de la reforma de la PAC de 2003 y de la puesta en marcha del RPU el 1 de enero de 2006 en España, y ha sido mantenida tras la revisión de la PAC de 2009. La nueva obligación de cumplir con los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales (condicionalidad) para recibir ayudas directas, obligó a los Estados a constituir y fomentar un sistema de servicios de asesoramiento. En España, la casi totalidad de las Comunidades Autónomas han aprobado normas de desarrollo a nivel regional de su sistema de entidades

de asesoramiento, registro y las ayudas para su constitución (entre los años 2006 a 2008).

E) Fomento de cultivos agrícolas energéticos. Promoción de energías renovables.

La UE ha adoptado nuevas prioridades en el marco de las Directrices estratégicas comunitarias para el desarrollo rural, aprobadas mediante Decisión 2006/144/CE (período de programación 2007-2013). Entre las nuevas prioridades se encuentran el cambio climático y las energías renovables. En consecuencia, la Ley 45/2007 (art. 24) promueve actuaciones para adaptar las actividades y usos del medio rural a los efectos del cambio climático. También fomenta la implantación y el desarrollo de las energías renovables.

Con la finalidad de producción de energía (biomasa, biocombustibles), se incentivan las actividades siguientes: los cultivos agrícolas energéticos que cumplan con criterios de sostenibilidad; el aprovechamiento energético de los residuos agrícolas, ganaderos y forestales en el medio rural; la biomasa procedente de operaciones de prevención de incendios y de planes de gestión forestal sostenible; cultivos agrícolas energéticos adaptados a las circunstancias locales y compatibles con la conservación de la biodiversidad.

Por otra parte, se fomentará el mantenimiento y el aumento de las prestaciones de la cubierta vegetal como sumidero de CO<sub>2</sub>.

Además, en España la producción y comercialización de energía solar en el medio rural, utilizando tierras agrícolas para la instalación de parques solares de energía fotovoltaica ("huertos solares"), aparece como un sector en auge.

### 3. Valoración final conclusiva.

Pasemos a efectuar una evaluación final y de futuro de las tendencias normativas expuestas. Respecto a las tendencias existentes, considero que continuarán en vigor y se consolidarán a medio plazo, puesto que los problemas que tratan de resolver tienen plena vigencia en nuestros días. Cuestiones como la profesionalización de la agricultura, el envejecimiento del sector, el fomento del asociacionismo agrario o la tutela del medio ambiente, precisan todavía del apoyo e impulso legislativo y financiero de la Administración y del legislador. En cuanto a las nuevas tendencias, sobre todo las que impulsa la Ley 45/2007 de desarrollo sostenible del medio rural y que afectan a la agricultura, directa o indirectamente, estimo que van a experimentar en los próximos años un desarrollo considerable, tanto a nivel nacional como a nivel regional o autonómico. Una de las razones es la previsible entrada de mayor financiación de la UE en apoyo del desarrollo rural, para el sostenimiento de los sectores de población más desfavorecidos (mujer rural, jóvenes) y para la promoción de medidas medioambientales.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE MULTIFUNCIONALIDAD AGRARIA

ANA CARRETERO GARCÍA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

**RESUMEN:** El objetivo del presente trabajo es ofrecer un análisis del concepto de multifuncionalidad desde un punto de vista jurídico, económico, político y social, partiendo de la premisa de que algunas de las funciones de la agricultura (externalidades positivas) no son remuneradas por el mercado.

Además, es necesario distinguir este concepto de otros tales como el de pluriactividad y el de diversificación, así como profundizar en la distinta utilización que del término se hace a nivel internacional (EEUU, Grupo Cairns, Países en Vías de Desarrollo) y por parte de la Unión Europea.

Por otro lado, también se analiza la potencialidad del concepto para justificar instrumentos de apoyo al sector (incluso dentro del proceso de liberalización del comercio de productos agroalimentarios) y, por supuesto, las posibles vías a través de las que éste podría modificar tanto la regulación multilateral vigente, como las políticas agrarias internas (aspecto este último en el que se hacen algunas consideraciones críticas respecto a los dos pilares de la PAC actual).

**ABSTRACT:** The objective of the present work is to offer an analysis of the multifunctionality concept from legal, economic, political and social point of view, starting off the premise that some of the functions of agriculture (positive externalities) are not remunerated by the market.

In addition, it is necessary to differentiate this concept from others like the one of pluriactivity and the one of diversification, as well as to deepen in the different use that we do of the term at international level (U.S.A., Cairns Group, Developing Countries) and at the European Union.

On the other hand, also analyzes the potentiality of the concept to justify instruments of support to the sector (even within the process of liberalization of the agro-alimentary product commerce) and, by all means, the possible routes through which this one could modify the effective multilateral regulation and the internal agrarian policies (aspect this last one in which some critics considerations are made both with respect to pillars of the present CAP).

**SUMARIO:** I. Aproximación al concepto. II. La utilización del término a nivel internacional. III. La utilización del término por la Unión Europea.

## I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.

En primer lugar, la aproximación al concepto de multifuncionalidad puede hacerse desde dos enfoques distintos en función de la respuesta que demos a la pregunta de si ésta es una característica propia de la agricultura (enfoque positivo) o más bien un objetivo a perseguir por las políticas agrarias (enfoque normativo)<sup>1</sup>.

En el enfoque positivo la multifuncionalidad se considera una característica intrínseca de la agricultura. Mientras que el enfoque normativo se centra en una concepción global, en el conjunto de contribuciones que la agricultura puede aportar al desarrollo económico y social.

El primero parte de la idea de la existencia de diferentes bienes (comerciales y no comerciales) que se producen conjuntamente en el desarrollo de la actividad agraria, así como de la idea de que algunos de esos bienes no comerciales constituyen externalidades positivas o bienes públicos que disminuirían o desaparecerían si la intervención de los poderes públicos no intentara corregir los fallos de mercado.

El segundo de que el objetivo es conseguir que la agricultura desempeñe otras funciones importantes para la sociedad además de la productiva. El enfoque normativo de la multifuncionalidad de la agricultura ha sido acogido por países como Suiza (cuya Constitución de 1999 recoge en su art.104 la necesidad de asegurar que el sector agrario cumpla sus tareas multifuncionales) o Francia (que con su Loi d'Orientation Agricole de 1999 apostó por reconocer las distintas funciones que desempeña la agricultura a través de políticas públicas de carácter contractual).

En cualquier caso, y como ya sabemos, durante años el objetivo principal de las políticas agrarias europeas se ha centrado en mejorar los rendimientos tanto en términos de producción como en términos de renta.

Pero, como señalan GÓMEZ LIMÓN y BARREIRO HURÉ, los cambios recientes en el sector han venido a centrar el debate social y político en el hecho de que la actividad agraria, además de alimentos y materias primas, produce simultáneamente diferentes tipos de bienes y servicios. El término más comúnmente

<sup>1</sup> Como se preguntaba Olivier CUISSARD en el Congreso organizado por la Société française d'économie rurale (SFER) sobre "La multifonctionnalité de l'activité agricole et sa reconnaissance par les politiques publiques", celebrado en París los días 21 y 22 de marzo de 2002, "Peut-on considérer que ce sont les institutions qui incident les agriculteurs à devenir multifonctionnels ou au contraire, c'est le caractère multifonctionnel de l'agriculture qui conduit les institutions à s'adapter? Le problème qui est soulevé pose le dilemme suivant: la multifonctionnalité est-elle une caractéristique ou un objectif pour l'agriculture?".

utilizado para referirse a esa situación es el de "multifuncionalidad agraria". Este término ofrece una visión más amplia de la actividad agraria, recogiendo junto a la tradicional función de producción de alimentos y materias primas, todas aquellas funciones realizadas por la agricultura que van más allá de ésta: la función ambiental (soporte de hábitats, mantenimiento de paisajes, etc.) y la función social (contribución a la viabilidad de áreas rurales y la protección del patrimonio cultural)<sup>2</sup>.

Sin embargo, esas otras funciones no son remuneradas por el mercado. Hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista económico, la agricultura produce tanto bienes intercambiables por renta en los mercados (bienes privados o "commodities"), como bienes no intercambiables por renta en los mercados (bienes de carácter público o "non-commodities").

De acuerdo con REIG MARTÍNEZ, el enfoque positivo arranca de la consideración de la multifuncionalidad como una característica propia de los procesos de producción en agricultura. Se centra en la descripción y análisis de la producción conjunta por parte del sector agrario de bienes privados, o comerciales, tales como alimentos, fibras vegetales y de origen animal, etc., y de bienes públicos, denominados frecuentemente en este contexto bienes no comerciales, como el paisaje la biodiversidad, la prevención de riesgos naturales, y otros, para a partir de ahí intentar captar la posible existencia de fallos de mercado. Estos fallos de mercado tendrían que ver con la insuficiente, o excesiva, provisión de determinadas externalidades o bienes públicos, y podrían servir de justificación para diversas formas de intervención de los Gobiernos tendentes a asegurar una adecuada asignación de recursos, en consonancia con las preferencias sociales<sup>3</sup>.

Si no es posible remunerar al agricultor a través de mecanismos como el etiquetado ecológico, las denominaciones de origen, etc., mecanismos a través de los que el consumidor sí está dispuesto a pagar por los atributos de interés público de un bien privado, entonces quizás sea necesaria una intervención pública, que permita al agricultor la internalización de los beneficios y/o costes externos de su actividad a través de la imposición de tasas, la concesión de ayudas o la regulación medioambiental.

Además, desde el punto de vista político, la multifuncionalidad se ha convertido en un argumento para justificar el mantenimiento de instrumentos de apoyo a la agricultura dentro del proceso de liberalización del comercio de productos agrarios. El enfoque multifuncional justificaría la intervención pública a través

<sup>2</sup> GÓMEZ-LIMÓN, J.A. y BARREIRO HURLÉ, J., *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumedia y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, pág.9.

<sup>3</sup> REIG MARTÍNEZ, E., "Fundamentos económicos de la multifuncionalidad", en *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumedia y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, págs.20 y 26.

de las políticas agrarias, diseñando incentivos dirigidos a generar externalidades positivas<sup>4</sup> y a corregir las negativas<sup>5</sup>.

Por otro lado, desde el punto de vista social, también hay que plantearse si existe y cuál es la demanda de este tipo de bienes públicos por parte de los ciudadanos. En principio parece que el consumidor, o por lo menos una parte de los consumidores, valora cada vez más aspectos relacionados con la seguridad y calidad alimentaria, el respeto al medio ambiente y la preservación de los recursos naturales.

Pero lo cierto es que la demanda de bienes públicos es muy heterogénea. Depende de nuestro nivel de información, de nuestras preocupaciones y de la importancia que como sociedad les otorguemos porque partimos de la base de que los costes de producción no pueden medirse sólo en términos económicos, sino también en términos ecológicos y sociales. En este sentido, probablemente el apoyo público a la agricultura esté más justificado cuanto mayores externalidades positivas genere en beneficio de la sociedad en su conjunto.

En realidad, y como señala ATANCE MUÑIZ, el término multifuncionalidad no es sino una palabra nueva para un concepto antiguo. En él se recoge la incorporación a la función *tradicional* de producción de materias primas y alimentos la consideración de todas aquellas funciones realizadas por la agricultura que van más allá de ésta y por las cuales el agricultor no obtiene un bien intercambiable en los mercados (*funciones no comerciales*). De esta manera, podemos establecer tres funciones principales para la agricultura: *función productiva* (producción de materias primas y alimentos, y sus consecuencias sobre la seguridad alimentaria), *función ambiental* (contribución a la conservación del medio ambiente y del paisaje rural) y *función social*. Dentro de esta última es posible distinguir entre la contribución a la viabilidad de las áreas rurales mediante la generación y mantenimiento de empleo agrario, y una *función cultural*, de contribución a la pervivencia de costumbres y tradiciones, alimentos típicos, construcciones locales, etc. que constituyen en su conjunto características diferenciadoras de cada territorio<sup>6</sup>.

En el ejercicio de estas funciones destacan dos hechos que constituyen conceptos económicos básicos. El primero de ellos es que una parte de los bienes o servicios generados en cada dimensión (productiva, ambiental, social) tienen el carácter de bienes públicos. El segundo es que las funciones se ejercen simultánea-

<sup>4</sup> Como, por ejemplo, la fijación de la población en el territorio (que además contribuye a mantener los servicios básicos en el medio rural), la conservación del medio ambiente y la biodiversidad, la ordenación del territorio o la seguridad alimentaria.

<sup>5</sup> Como, por ejemplo, la contaminación de suelos y agua o el impacto que sobre la biodiversidad generan la agricultura y la ganadería intensivas.

<sup>6</sup> ATANCE MUÑIZ, I., "Política agraria para una agricultura multifuncional", *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumedia y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, págs.91 y 93.

mente, y por tanto, esos bienes y servicios son generados a través de un proceso de producción conjunta. Si ordenamos la relación existente entre estos conceptos, podemos afirmar que la multifuncionalidad supone un nuevo paradigma para la intervención pública, basado en la necesidad de vincular la intervención pública a la corrección de fallos de mercado en la provisión de bienes públicos generados por la agricultura mediante procesos de producción conjunta.

Por otro lado, el proceso de liberalización hace que las posibilidades de que los agricultores puedan vivir exclusivamente de la producción agraria se reduzcan. Así que muchas veces se habla también de favorecer la multifuncionalidad del mundo rural.

Pero una cosa es la multifuncionalidad del medio rural, o la multisectorialidad, o la pluriactividad que sería deseable para el desarrollo del medio rural y otra la multifuncionalidad de la agricultura. Del mismo modo que una cosa es la diversificación de actividades en el medio rural y otra la diversificación de actividades en la explotación agraria.

Lógicamente, la idea de diversificar las actividades en el medio rural y que en él actúen distintos sectores económicos (y no sólo el agrario) es aprovechar todos los recursos endógenos que existen en el mismo: agricultura, industria, servicios, naturaleza, paisaje, patrimonio histórico, cultura, gastronomía, actividades de ocio, etc. En este caso las medidas de incentivo no estarían orientadas a un sector concreto, sino al territorio, y no estarían dirigidas sólo a los agricultores, sino al conjunto de la población rural.

Sin embargo, el objetivo de la multifuncionalidad agraria sería, al menos en teoría, retribuir las distintas funciones (no sólo la de producción de alimentos) que los agricultores prestan a la sociedad con el fin de legitimar un nuevo tipo de intervención pública en la agricultura ligada a aspectos sociales, territoriales y medioambientales que mida su eficacia no sólo en términos económicos, sino también en términos de utilidad global.

Mientras que con la diversificación de la explotación lo que se pretende es fomentar la obtención de rentas complementarias a través de la puesta en marcha de ocupaciones alternativas dentro de la explotación.

De acuerdo con COUTURIER, la diversificación puede definirse como el conjunto de "prácticas de explotación que tienen por fin, bien ampliar la gama de productos obtenidos en la finca, bien variar las técnicas de producción, por ejemplo adoptando procedimientos más económicos, practicando la extensificación e incluso la agricultura ecológica, bien, por último, emprendiendo nuevas actividades sobre la finca, para recuperar la mayor plusvalía posible, desarrollando todas las posibilidades de la propia finca"<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> COUTURIER, I., "El arrendamiento rústico y la diversificación de la agricultura", *Revista de Derecho Agrario y Agroalimentario*, n°30, 1997, pág.80. Y más extensamente su obra *La diversification en agriculture*, L'Harmattan, París, 1994.

En este caso hay que señalar que la ampliación de productos, las técnicas de producción o la introducción de nuevas actividades se desarrollan siempre en el seno de la propia explotación agraria.

Pero, volviendo de nuevo a la multifuncionalidad agraria, hay que plantearse la potencialidad del concepto para justificar instrumentos de apoyo al sector, incluso dentro del proceso de liberalización del comercio de productos agrarios que se inició con la VIII Ronda Uruguay del GATT, a pesar de que los modelos productivos son diferentes tanto a nivel internacional como dentro de la propia Unión Europea.

## II. LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO A NIVEL INTERNACIONAL.

Aunque ya hubo algún precedente en la utilización del término (Agenda 21 en 1990, Cumbre de Río en 1992 y Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial en 1996<sup>8</sup>), éste cobra especial relevancia a nivel internacional en la negociación de la denominada Ronda del Milenio de la OMC (1999).

La UE y otros países miembros pretendían incluir la multifuncionalidad en el marco de la negociación bajo el paraguas de los "non trade concerns" o aspectos no comerciales a que se refiere el art.20 del Acuerdo Agrícola de Marrakech<sup>9</sup>.

En principio cuenta con el respaldo de un grupo de países heterogéneo que también apoya el concepto de multifuncionalidad (aunque por intereses diversos<sup>10</sup>). Prueba de ello son las dos Conferencias Internacionales sobre "las consideraciones no comerciales" que tuvieron lugar en Ullensvang (Noruega) en julio de 2000 y

<sup>8</sup> Por ejemplo, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo de 1990 hace alusión a que en el examen, planificación y programación integrada de las políticas agrícolas hay que tener en cuenta el carácter multifuncional de la agricultura y, en particular, su importancia para la seguridad alimentaria y un desarrollo sostenible". Mientras que la Cumbre Mundial de la Alimentación de 1996 puso de relieve la necesidad de fomentar "políticas y métodos participativos y sostenibles de desarrollo alimentario, agrícola, pesquero, forestal y rural...considerando el carácter multifuncional de la agricultura".

<sup>9</sup> A través del art.20 los Miembros acuerdan que las negociaciones para continuar con el proceso de reforma tengan en cuenta: a) la experiencia adquirida en la aplicación de los compromisos de reducción; b) los efectos de los compromisos de reducción en el comercio mundial en el sector de la agricultura; y c) las preocupaciones no comerciales y el objetivo de establecer un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado.

<sup>10</sup> Por ejemplo, para Japón y Corea el apoyo a la multifuncionalidad tiene mucho que ver con la defensa de un cierto grado de autosuficiencia alimentaria. No hay que olvidar que estos países son importadores netos de alimentos sin apenas capacidad productiva, con una numerosa población que alimentar y para los que la seguridad alimentaria constituye una cuestión estratégica.

en Mauricio en mayo de 2001 y el encuentro celebrado en Doha en noviembre de 2001 aprovechando la Conferencia Ministerial<sup>11</sup>.

La Unión Europea pretende que se incorporen al Acuerdo sobre Agricultura nuevas disposiciones respecto a los créditos a la exportación, la ayuda alimentaria, la protección de las indicaciones geográficas y las preocupaciones no comerciales. Así como que se introduzcan modificaciones en las disposiciones existentes (por ejemplo inclusión también de las ayudas al bienestar animal dentro de la Caja Verde) o que el mantenimiento de la diversidad biológica constituya en todo momento un elemento central de las negociaciones de acuerdo con el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad.

Para la UE, dentro del apartado "preocupaciones no comerciales" a que se refiere el art.20 del Acuerdo sobre Agricultura no sólo puede incluirse la defensa del papel multifuncional de la agricultura, sino también otros aspectos relacionados con la preservación de la vida y de la salud humana, la protección de la fauna y flora, la relación entre comercio y medio ambiente, el bienestar de los animales, la seguridad alimentaria y la calidad de los alimentos ante la preocupación creciente de los consumidores por los cada vez más frecuentes escándalos alimentarios, la protección de los ecosistemas, paisajes, medio ambiente y zonas rurales, la lucha contra la desertificación, etc.

Y, por supuesto, considera necesario compatibilizar políticas rurales y ambientales con el sector agrario a través del reconocimiento del papel multifuncional de la agricultura. Desde la perspectiva multifuncional, el agricultor no se considera sólo un productor de alimentos (función que se corresponde con la lógica sectorial de la política agraria), sino que su papel también pasa por conservar el medio ambiente y proteger el territorio buscando el desarrollo económico y social del medio rural (función que se corresponde con la lógica territorial de la política agraria).

El apoyo público no se justificaría entonces en función de necesidades productivas, sino en función del conjunto de bienes y servicios que el agricultor aporta a la sociedad en su conjunto (mantenimiento de espacios, cuidado de suelos, lucha contra la erosión, defensa del patrimonio cultural y medioambiental, utilización de métodos de producción tradicionales, vertebración del espacio, etc.).

Sin embargo, también existen fuertes reticencias por parte de algunos países en vías de desarrollo (PVD) y, fundamentalmente, por parte de las potencias

<sup>11</sup> A partir de estas reuniones, puede decirse que son partidarios de la multifuncionalidad junto con la Unión Europea: Barbados, Burundi, China, Chipre, Corea, Eslovenia, Estonia, Fidji, Islandia, Israel, Japón, Letonia, Liechtenstein, Malta, Mauricio, Mongolia, Noruega, Polonia, República Eslovaca, República Checa, Rumania, Santa Lucía, Suiza y Trinidad-Tobago. Sobre la estrategia comunitaria respecto a la multifuncionalidad ver MASSOT MARTI, A., "La PAC, entre la Agenda 2000 y la Ronda del Milenio: A la búsqueda de una política en defensa de la multifuncionalidad agraria?", en *Revista de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, N° 188, 2000, págs.9 a 65.

exportadoras más importantes del Grupo Cairns<sup>12</sup>, que consideran que la multifuncionalidad es la nueva excusa de algunos países para continuar protegiendo sus sectores agrarios.

Por otro lado, dentro de los países desarrollados, países como Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda consideran que la existencia de la Caja Verde ya es suficiente para garantizar las preocupaciones no comerciales. Por el contrario, para el G-10 la multifuncionalidad es una prioridad (países como Corea, Japón, Noruega y Suiza son importadores netos de alimentos y quieren garantizar su seguridad alimentaria).

Concretar, por tanto, el enfoque y el contenido de la multifuncionalidad (si se decide adoptar el concepto) no será tarea fácil, sobre todo si tenemos en cuenta las importantes divergencias que existen entre los miembros de la OMC respecto a cuáles deben ser los objetivos de las políticas agrarias y cuáles deber ser los niveles de protección.

La multifuncionalidad agraria ha sido utilizada por diferentes países miembros de la OMC para justificar su posición negociadora, sin embargo, las propuestas de la UE respecto a los nuevos temas ligados al comercio (medio ambiente, derechos laborales, salud pública, multifuncionalidad agraria, etc.) que está interesada en incluir dentro de las consideraciones no comerciales no han tenido éxito y, por el momento, no han sido incluidos en la agenda negociadora.

Es más, a nivel internacional ni la OMC ni la FAO utilizan oficialmente el término multifuncionalidad. La OMC utiliza el término "consideraciones no comerciales" y cuando la FAO se refiere a los objetivos no comerciales de la agricultura y las políticas agrarias utiliza el término "roles de la agricultura"<sup>13</sup>.

Pero, como señalan ANTÓN, COMPÉS y GARCÍA ÁLVAREZ-COQUE, lo que está en discusión no son precisamente las funciones no comerciales de la agricultura, sino la noción de flexibilidad en la utilización de instrumentos de política comercial. Se trata de una flexibilidad que no sólo reclaman los países desarrollados "amigos de la multifuncionalidad", sino también la mayoría de los países en vías de desarrollo. Lo que ocurre es que estos últimos no suelen reclamar "flexibilidad" sobre la base de la multifuncionalidad de la agricultura, sino como parte de un Trato Especial y Diferenciado (TED) que reconozca la

<sup>12</sup> Grupo de países exportadores netos de productos agrarios y fuertes competidores en los mercados internacionales entre los que se encuentran Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Islas Fidji, Guatemala, Indonesia, Malasia, Nueva Zelanda, Paraguay, Filipinas, Sudáfrica, Tailandia y Uruguay.

<sup>13</sup> Sin embargo, sí aparece como tal en el comunicado final de la reunión de la Comisión de Ministros de Agricultura de la OCDE en marzo de 1998, que además distingue entre la concepción positiva (enfoque más económico) y la concepción normativa (enfoque más político).

asimetría en la aplicación de instrumentos de política agraria a favor de los países en vías de desarrollo<sup>14</sup>.

En definitiva, el objetivo de mantener vivo el medio rural es un objetivo válido tanto para los países desarrollados como para los PVD. Sólo que unos han apostado por la vía de las preocupaciones no comerciales y otros por la del trato especial y diferenciado.

Habrà que determinar entonces cuáles son las consideraciones no comerciales para los países desarrollados y cuáles para los PVD, ya que lógicamente cada país pretenderá orientar los posibles instrumentos susceptibles de negociación hacia el objetivo no comercial concreto que más le interese.

Por otro lado, también hay que ver si se mantendrá la actual definición de Caja Verde, ya que otro de los objetivos de la UE en la negociación internacional es conseguir que las ayudas diseñadas por su última reforma de la PAC de 2003 puedan incluirse dentro de ésta como medidas no distorsionadoras del comercio ni con efectos sobre la producción.

Como ya sabemos, el objetivo del Acuerdo sobre la Agricultura de la Ronda Uruguay del GATT (firmado en 1994) es la liberalización del comercio de productos agrarios a través del compromiso de reducción progresiva y sustancial de la ayuda y la protección a la agricultura. Este acuerdo pone fin a la excepción agraria en el marco de la negociación multilateral y disciplina las posibles intervenciones públicas en lo que a producción y comercio agrarios se refieren en tres ámbitos principales: acceso a los mercados, ayuda interna y competencia en las exportaciones, exigiendo la arancelización de todas las barreras a las importaciones, la eliminación de las subvenciones a la exportación y la desaparición del nivel de ayudas conectadas a la producción.

El Acuerdo sobre la Agricultura constituye, por tanto, el primer paso en la liberalización progresiva de los mercados agrarios. Sin embargo, tras la VIII Ronda Uruguay del GATT, parte de la ayuda comunitaria a la agricultura quedó incluida dentro de la denominada Caja Azul<sup>15</sup>. Este tipo de ayudas constituyen una excepción negociada entre EEUU y la UE en el preacuerdo de "Blair House"

<sup>14</sup> ANTÓN, J., COMPÉS, R. y GARCÍA ÁLVAREZ-COQUE, J.M., "La multifuncionalidad agraria en el marco del comercio internacional", *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumed y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, pág.83.

<sup>15</sup> A través de la Caja Azul, los pagos directos efectuados en el marco de programas de limitación de la producción están eximidos de los compromisos de reducción de la ayuda interna si:  
-se basan en superficies y rendimientos fijos; o  
-se realizan con respecto al 85% o menos del nivel de base de la producción; o  
-los pagos relativos al ganado se realizan sobre un número fijo de cabezas.

(firmado en 1992) con el fin de excluir sus respectivos pagos compensatorios de los compromisos de reducción (aunque habrá que ver hasta dónde consigue mantenerse en futuras negociaciones).

Sin embargo, no es la Caja Azul la única de las categorías de ayuda interna exentas de los compromisos de reducción. La denominada Caja Verde recoge una serie de medidas consideradas no distorsionadoras del comercio tales como retirada de tierras, ayuda alimentaria, programas agrarios de carácter medioambiental, etc.

El requisito fundamental para que este tipo de ayudas queden excluidas de los compromisos de reducción es que no tengan efectos de distorsión en el comercio ni efectos sobre la producción, de modo que, por el momento, la lista de la Caja Verde incluye las siguientes medidas:

- servicios de apoyo, tales como investigación, lucha contra plagas y enfermedades, formación, divulgación, inspección, servicios de comercialización y promoción y servicios de infraestructura;
- constitución de existencias públicas con fines de seguridad alimentaria;
- ayuda alimentaria interna;
- pagos directos a los productores tales como la ayuda a los ingresos desconectada, programas de seguro de los ingresos y de red de seguridad de los ingresos, socorro en casos de desastres naturales, programas de retiro de productores y de detracción de tierras y otros recursos, ayudas a la inversión, programas ambientales y programas de asistencia regional.

Por tanto, incluso aunque desaparezca la Caja Azul, parece que la agricultura puede seguir contando todavía con una regulación que escape en alguna medida a las reglas generales de la OMC, puesto que la propia existencia de la Caja Verde implica el reconocimiento de la legitimidad de cierto apoyo público a la agricultura<sup>16</sup>. Lo que significa que uno de los principales ejes de la negociación se centrará entonces en determinar qué tipo de medidas de las adoptadas por las distintas políticas agrarias pueden ser incluidas o no dentro de la Caja Verde.

Por el momento, en el Informe del Presidente del Comité de Agricultura de 7 de diciembre de 2005 (Conferencia Ministerial de Hong-Kong) simplemente se toma nota de la necesidad de reforzar las disposiciones relativas al trato especial y diferenciado; se toma nota sobre el establecimiento de un sistema multilateral de notificación y registro de las indicaciones geográficas de vinos y bebidas espirituosas; y se pone de manifiesto que existen divergencias sobre qué productos

<sup>16</sup> Sobre este punto ver más ampliamente MASSOT MARTÍ, A., “La multifuncionalidad agraria, un nuevo paradigma para la reforma de la PAC y de la Organización Mundial del Comercio”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 11, 2002, pág. 62.

deben considerarse productos especiales para los países menos avanzados<sup>17</sup> y productos sensibles para los países desarrollados<sup>18</sup>.

Habrà que ver, por tanto, cuál es el margen de maniobra con el que se cuenta en el escenario internacional en función del nivel de exigencias de los restantes miembros de la OMC y de las concesiones que haya que realizar cuando finalmente se cierra la ronda de negociación.

### III. LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO POR LA UNIÓN EUROPEA.

A nivel europeo, la utilización del concepto cobra especial relevancia con la reforma de la PAC derivada de la Agenda 2000 (Consejo Europeo de Luxemburgo de 1997 y Consejo Europeo de Berlín de 1999)<sup>19</sup>.

Teóricamente, uno de los objetivos que se perseguían con la reforma de la PAC derivada de la Agenda 2000 era dar un contenido concreto a lo que debería ser en el futuro un modelo agrario europeo basado en la multifuncionalidad de la agricultura. Pero, en realidad, la multifuncionalidad no era un concepto que en principio pretendiera orientar la reforma, sino que nacía más bien como argumento de legitimación de la agricultura europea y estrategia negociadora en el seno de la OMC.

<sup>17</sup> Los países en vías de desarrollo pretenden que ciertos productos agrarios claves en sus economías nacionales y de los que dependen muchos pequeños agricultores sean designados como “productos especiales” y exonerados de contingentes y aranceles (cuestión sobre la que todavía es necesario discutir para determinar con qué criterios se definirían esos productos y qué tratamiento especial recibirían). El Acuerdo Marco de julio de 2004, adoptado en Ginebra como un intento de desbloquear las negociaciones, reconoce que “los países en desarrollo Miembros dispondrán de la flexibilidad necesaria para designar un número apropiado de productos como productos especiales, basándose en criterios relativos a las necesidades de seguridad alimentaria, seguridad de los medios de subsistencia y desarrollo rural. Estos productos podrán ser objeto de un trato más flexible. Los criterios y el trato de dichos productos se especificarán más detalladamente durante la fase de negociación y reconocerán la importancia fundamental de los productos especiales para los países en desarrollo”.

<sup>18</sup> Por su parte, los países desarrollados están intentando condicionar los avances en la negociación agraria a que los países en vías de desarrollo ofrezcan mayores contrapartidas de apertura a sus productos industriales y servicios. Además, los países desarrollados consiguieron incluir en la negociación (Conferencia Ministerial de Cancún de 2003) la posibilidad de que determinados productos agrarios se incluyan en la categoría de “productos sensibles”, es decir, no sujetos a la fórmula estándar de reducción de aranceles. En este sentido, y aunque también será necesario discutir tanto la designación y el trato de los productos especiales, como los elementos del mecanismo de salvaguardia especial, parece que los países desarrollados podrán designar un número determinado de líneas arancelarias consideradas sensibles a partir de los compromisos existentes respecto a esos productos.

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el Consejo Europeo de Luxemburgo se afirma que, “en su calidad de sector económico, la agricultura europea debe ser multifuncional, sostenible, competitiva y estar repartida por todo el territorio europeo, incluidas las regiones afectadas de problemas específicos”.

De modo que, a pesar de la utilización del concepto, el resultado final de la Agenda 2000 no va tan lejos. En su lugar, lo que se propone es que el desarrollo rural pase a convertirse en el segundo pilar de la PAC con el objetivo, al menos teórico, de garantizar el futuro de las zonas rurales frente al proceso de liberalización de los mercados agrarios.

Sin embargo, una de las críticas más importantes que pesan sobre la Agenda 2000 es que, a pesar de las declaraciones de intenciones que contienen los documentos comunitarios y de la importancia que en teoría se asigna al objetivo del desarrollo rural, lo cierto es que tanto el tipo de medidas como los recursos presupuestarios destinados a ese fin son claramente insuficientes<sup>20</sup>.

Como señala MASSOT MARTÍ, la Agenda 2000 aprobada finalmente no llegó a concretar un nuevo modelo de apoyo en favor de las funciones no productivas de la actividad agraria. Además, este autor califica a la multifuncionalidad como nuevo (e indeterminado) paradigma político-agrario, en cuyo marco debería mantenerse cierta protección (selectiva) en frontera, así como el apoyo público, pero justificándolos menos por la necesidades productivas *strictu sensu* y más por el conjunto de bienes y servicios de interés público que la actividad agraria suministra e, indirectamente, por la obligación de preservar las rentas de los pequeños agricultores como ocupantes del espacio rural y garantes últimos del ejercicio de estas funciones no productivas. La multifuncionalidad agraria se confirmaría así como *doble pivote* de cambio: del Ordenamiento multilateral vigente y de las políticas internas. En sentido contrario, el paradigma multifuncional *deja de serlo* si se traduce en: a) una simple modalidad de desconexión del apoyo agrario, sin más, para convertirlo en *Caja Verde*; o, alternativamente, b) en un canto a la *soberanía alimentaria* de los Estados, de espaldas a la evolución de los mercados internacionales<sup>21</sup>.

Tras las últimas reformas de la PAC, marcadas por los problemas financieros internos y la negociación pendiente en el seno de la OMC, el presupuesto comunitario sigue estando destinado fundamentalmente a la política de ayudas y mercados (primer pilar), lo que significa que, con las restricciones presupuestarias fijadas por la UE, la política de desarrollo rural continúa en un lejano segundo plano. En este sentido hay que señalar que, del total del 42,9 por 100 de media para el periodo 2007-2013 asignado a la partida "Conservación y gestión de los recursos naturales", un 33,9 por 100 de media corresponde a la política de mercados y pagos directos financiada por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía

<sup>20</sup> Sobre este punto ver más ampliamente CARRETERO GARCÍA, A., "El marco multilateral de negociación y la nueva reforma de la PAC", en *Revista española de Derecho europeo*, N°10, 2004, págs.227 a 264.

<sup>21</sup> MASSOT MARTÍ, A., "La multifuncionalidad agraria, un nuevo paradigma para la reforma de la PAC y de la Organización Mundial del Comercio", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N°11, 2002, págs.56 a 67.

(FEAGA) y sólo un 8 por 100 de media corresponde a la política de desarrollo rural (segundo pilar de la PAC) financiado por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER).

Como antes apuntábamos, el término aparece sobre todo en los documentos relativos a la reforma derivada de la Agenda 2000, pero prácticamente desaparece en el proceso de reforma de 2003.

Aún así, debemos preguntarnos si existen algunos rastros de multifuncionalidad en la PAC actual. Como todos sabemos, desde 1992 las ayudas directas tienen como función compensar en todo o en parte la caída de ingresos provocada por la reducción de precios garantizados. Así que con el régimen de pago único las ayudas no se vinculan ni a las externalidades positivas generadas ni al coste de generarlas, sino que su cuantía depende de las ayudas percibidas por cada productor en el pasado a través del periodo de referencia.

Como apuntan ANTÓN, COMPÉS y GARCÍA ÁLVAREZ-COQUE, el pago único no guarda ninguna relación con la subvención necesaria para incentivar la provisión eficiente de los bienes generados por la agricultura. No creemos por tanto que este nuevo y trascendental giro haga de la PAC una política multifuncional ni en la visión francesa ni en la anglosajona<sup>22</sup>. De modo que en la UE el discurso político no coincide con la práctica política<sup>23</sup>.

Además, los pagos desacoplados tendrán un impacto más negativo sobre la función territorial de la actividad agraria en las zonas menos productivas (mayor índice de abandono).

De acuerdo con MASSOT MARTÍ, cabe cuestionar la legitimidad del apoyo disociado, en la medida que no hace sino consolidar su actual desigual distribución a favor de las explotaciones más grandes y potentes, por lo general, además, ubicadas en las regiones más ricas. Una de las preguntas que se plantean es si los Estados estarán dispuestos a que sus paquetes nacionales se reasignen en el futuro a nivel comunitario o a nivel nacional sobre las bases de nuevos criterios (territorio, empleo, nuevas demandas sociales). En su opinión, el territorio aparece como un *referente instrumental alternativo* a una disociación hoy basada en *simples referencias históricas*. Sería un modelo de apoyo más coherente, legítimo y equitativo. Al mismo tiempo se *valorizarían los bienes y servicios*,

<sup>22</sup> Hay que tener en cuenta que dentro de la UE también existen diferentes posiciones. Para Francia es necesario el apoyo a la producción interna porque las ayudas y subvenciones están dirigidas a compensar a los agricultores por las funciones no productivas que desempeñan. Mientras que Gran Bretaña (y algunos países del norte de Europa) vinculan la multifuncionalidad al medio ambiente (de modo que sólo estarían justificadas aquellas ayudas dirigidas a mantener una agricultura respetuosa con el medio ambiente).

<sup>23</sup> ANTÓN, COMPÉS y GARCÍA ÁLVAREZ-COQUE, *op.cit.*, págs.86 y 87.

productivos y no productivos, que suministran las explotaciones a la sociedad y muy especialmente al territorio adyacente<sup>24</sup>.

En igual sentido, para ATANCE MUÑIZ las ayudas que conforman el primer pilar de la PAC tras la reforma de 2003 siguen sin intervenir directamente sobre los bienes públicos generados, por lo que tienden a no ser el instrumento óptimo desde el punto de vista de la multifuncionalidad agraria. No obstante, en su opinión se introduce un importante elemento coherente con el paradigma de la multifuncionalidad como es la condicionalidad de las ayudas<sup>25</sup>.

Sin embargo, también es dudosa la capacidad de la condicionalidad para favorecer una agricultura multifuncional que suministre bienes y servicios públicos al conjunto de la sociedad. Como señalan algunos autores, es una medida que se limita a penalizar la generación de externalidades negativas, pero sin fomentar realmente la generación de externalidades positivas. Asimismo, puede criticarse que la condicionalidad, tal y como está actualmente regulada, se centra en aspectos estrictamente ambientales, obviando en buena medida las externalidades de carácter social igualmente generadas por la actividad agraria. Bajo esta perspectiva cabría cuestionar la capacidad de determinadas disposiciones para mantener de manera efectiva la actividad productiva, y con ello el suministro de bienes públicos asociados a la fijación de población y el mantenimiento del patrimonio cultural<sup>26</sup>.

Respecto al segundo pilar, es cierto que algunas de las medidas previstas pueden repercutir sobre la multifuncionalidad de manera indirecta. Pero, en realidad, no se trata de medidas que remuneren directamente la producción de externalidades, aunque en algunos casos puedan mejorar la contribución que el agricultor realiza al conjunto de funciones comerciales y no comerciales.

<sup>24</sup> MASSOT MARTÍ, A., "La reforma de la Política Agrícola Común de junio de 2003. Resultado y retos par el futuro", en Boletín Económico de ICE, N° 2817, 2004, págs.35 a 55. Además, en la medida que el apoyo se zonifique se posibilita una política contractual, así como una gestión descentralizada (más coherente con la estructura política de los Estados complejos). Por otro lado, un apoyo con un enfoque territorial no se opone a las exigencias de disociación de la OMC, sino que más bien las subsume en tanto que el Anexo 2 del AA ya menciona dentro de la Caja Verde, en su calidad de externalidades positivas, la función medioambiental de la agricultura (punto 12) y la función de la ordenación y de ocupación del espacio mediante ayudas regionales a zonas desfavorecidas (punto 13). Sin olvidar que el Punto 6.a del Anexo 2 dispone la posibilidad de utilizar otros criterios de disociación como por ejemplo la renta. Sobre la importancia del territorio ver también BODIGUEL, L., "Le territoire, vecteur de la reconnaissance juridique de l'agriculture multifonctionnelle", *Economie Rurale*, N° 273-274, 2003, págs.61-75.

<sup>25</sup> ATANCEMUÑIZ, I., "Política agraria para una agricultura multifuncional", en *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumedia y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, pág.98.

<sup>26</sup> Ver en este sentido GÓMEZ-LIMÓN, J.A., KALLAS, Z., y ARRIAZA, M., "Demanda social de bienes y servicios no comerciales procedentes de sistemas agrarios marginales", en *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumedia y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, pág.204.

Quizás el ejemplo más claro de multifuncionalidad sería el de las ayudas agroambientales, ya que ahí sí se remunera al agricultor por los bienes públicos generados. Como apuntan BARREIRO y ESPINOSA, dado que la mayoría de las funciones ambientales generadas por la agricultura carecen de mercados para su intercambio y/o presentan características de bienes públicos, su provisión por parte de la agricultura no es óptima; produciéndose un exceso de generación de efectos negativos (p.ej. contaminación difusa por exceso de uso de nitratos) o en su defecto de efectos positivos (p.ej. provisión de hábitats de interés para la conservación). De modo que para solucionar estos desequilibrios en la provisión de funciones ambientales por parte de la actividad agraria surge la política agroambiental<sup>27</sup>.

Pero lo cierto es que la mayoría de las líneas de apoyo al sector agrario no están diseñadas inicialmente pensando en la multifuncionalidad, sino que están orientadas hacia objetivos de protección de rentas ligados, en general, a los aprovechamientos más productivos e intensivos en detrimento de otras necesidades (sin olvidar además que muchas medidas no se dirigen al sector agrario en particular, sino al medio rural en general).

De acuerdo con ATANCE MUÑIZ, los elementos de priorización, ante una situación de recursos presupuestarios limitados, se convierten en un elemento esencial para asegurar la consecución de los objetivos que en cada territorio o sistema agrario se planteen en el ámbito conjunto de las diferentes funciones ejercidas por la agricultura<sup>28</sup>.

En nuestra opinión, las ayudas deberían estar conectadas a quienes realmente ejercen la actividad agraria y al mismo tiempo generan externalidades positivas con el fin de garantizar a través de la ayuda pública unos ingresos adecuados y estables sobre todo a los pequeños y medianos productores.

<sup>27</sup> BARREIRO HURLÉ, J. y ESPINOSA GODED, M., "La política agroambiental como herramienta para la multifuncionalidad", en *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumedia y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, pág.107.

<sup>28</sup> ATANCEMUÑIZ, I., "Política agraria para una agricultura multifuncional", en *La multifuncionalidad de la agricultura en España*, Gómez-Limón y Barreiro Hurlé (Coord.), Eumedia y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2007, págs.98 y 100.

## **LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE “BIOSEGURIDAD” EN EL SECTOR GANADERO: INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA**

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS  
Profesora. Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Málaga

**RESUMEN:** Este estudio analiza la más reciente política de la Unión Europea sobre “bioseguridad” y bienestar animal, es decir, las medidas que se proponen para prevenir y luchar contra las enfermedades animales, y su incidencia en la seguridad alimentaria de los consumidores de productos de origen animal. La seguridad en el consumo de dichos productos se trata de garantizar aplicando el llamado “paquete higiene”, que contiene las normas que permiten controlar los productos alimenticios en todas las etapas de la cadena alimentaria.

La necesidad de proteger la salud humana y animal, de garantizar un mercado interior competitivo en el sector ganadero y de sus productos y de favorecer el desarrollo rural, fundamentan la intervención comunitaria en dichas materias.

**ABSTRACT:** This study analyzes the most recent politics of the European Union on “bioseguridad” and animal well-being, that is to say, the measures that they propose to anticipate and to fight against the animals diseases, and his incident in the food safety of the consumers of products of animal origin. The safety in the consumption of the above mentioned products tries to be guaranteed applying so called “package hygiene”, that contains the procedure that allow to control the nourishing products in all the stages of the food chain.

The need to protect the human and animal health, to guarantee a competitive home market in the cattle sector and of his products and to favor the rural development, they base the community intervention on the above mentioned matters.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La habilitación competencial de la Unión Europea en materia de “bioseguridad” en el sector ganadero y de la seguridad alimentaria. III. La política comunitaria sobre “bioseguridad” en el sector ganadero. 1. La Sanidad Animal. La Estrategia de Salud Animal para la Unión Europea (2007-20013): “más vale prevenir que curar”. 2. El bienestar animal: Plan de Acción para el bienestar de los animales 2006-

2010. IV. La política comunitaria sobre seguridad alimentaria en el consumo de productos ganaderos. 1. Los principios, requisitos y procedimientos de la normativa de seguridad alimentaria. A) Principios generales de la normativa alimentaria. B) Requisitos y procedimientos de la normativa sobre seguridad alimentaria europea. 2. "El paquete de Higiene Alimentaria". A) Higiene alimentaria. B) Higiene en los alimentos de origen animal. C) Controles oficiales de los productos de origen animal. 3.-El control de la alimentación animal. A) Las normas comunitarias de higiene, control y comercialización de los piensos. B) Normas sobre materias primas, aditivos y productos indeseables o prohibidos en la alimentación animal. C) Desperdicios animales V. La incidencia en España de la política comunitaria de "bioseguridad" y seguridad alimentaria. VI. Reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN.

La Unión Europea (UE) viene apostando por el fomento de las medidas de "bioseguridad" en el sector ganadero. Por "bioseguridad" se entiende las medidas adoptadas para luchar contra enfermedades animales y evitar su propagación<sup>1</sup>.

La necesidad de adoptar este tipo de medidas se ha hecho patente con la intensificación del tráfico internacional y comunitario de animales de producción que ha aumentado en los últimos años el riesgo de propagación de las enfermedades animales, epizootias y zoonosis. Ello viene ocasionando importantes pérdidas económicas y de competitividad para el sector ganadero y, de forma indirecta, un considerable riesgo para la salud de las personas.

Para atajar esta situación la Unión Europea, en el marco de la Política Agrícola Común, viene realizando una importante labor de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de sanidad animal, bienestar animal y seguridad alimentaria.

La intervención comunitaria en dichas materias se presenta como una garantía para el consumidor comunitario de productos de origen animal. Pero no sólo el consumidor se verá beneficiado con dicha intervención, sino que la competitividad y mantenimiento del sector ganadero depende también de una adecuada y coordinada política comunitaria y nacional.

No obstante, en la política comunitaria más reciente se percibe la necesidad de dotar a la UE de un marco normativo común en la materia, en el que se priorice la intervención comunitaria.

<sup>1</sup> Definición contenida en la Estrategia de Sanidad Animal para la Unión Europea (2007-2013): "más vale prevenir que curar", recogida en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico de las Regiones, de 19 de septiembre de 2007.

## II. LA HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE "BIOSEGURIDAD" EN EL SECTOR GANADERO Y DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA.

La "bioseguridad", o medidas de prevención y control de las enfermedades animales, se encuadra en la materia de sanidad y bienestar animal, y se constituye en una garantía para la seguridad alimentaria en el consumo de los productos procedentes del sector ganadero. Ambos aspectos están siendo objeto de una prolija regulación por parte de la Unión Europea<sup>2</sup>.

Dicha regulación tiene su fundamento, por una parte, en las políticas comunitarias de "libre circulación de mercancías", "la política agraria común" y la "política comercial común", y por otra, en la acción comunitaria dirigida a la protección de la salud pública, de los consumidores y del medio ambiente cuando ejerce dichas políticas<sup>3</sup>.

La libre circulación de mercancías y la política agraria común<sup>4</sup> pretenden crear un mercado interior de productos comunitarios sin fronteras aduaneras y el establecimiento de un arancel aduanero común, como se desprende de los arts: 23 a 32 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE), con las modificaciones introducidas por el Tratado de la Unión Europea y por el Tratado de Amsterdam<sup>5</sup>. El comercio de animales y de sus productos se ve afectado por dichas políticas.

Al servicio de la política sobre libre circulación de mercancías se prohíben las restricciones cuantitativas a la importación y exportación entre Estados miembros. No obstante, se permiten las *prohibiciones o restricciones* a la importación, exportación o tránsito justificadas, en lo que ahora nos interesa, en la protección de la salud y vida de las personas y animales<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Sobre la posición de la Comunidad Europea en materia de sanidad animal, vid, T. QUINTANA LÓPEZ (1993): *Derecho Veterinario: Epizootias y sanidad animal*. Ed. Marcial Pons. Madrid (pags. 75 y ss).

<sup>3</sup> E. ARGULLOL MURGADAS: "Competencias de la Comunidad Europea y de las Comunidades Autónomas en materia de política agraria", en *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985.

<sup>4</sup> Al respecto de la definición e instrumentos de la Política Agrícola Común, entre otros: J. M<sup>o</sup>. DE LA CUESTA SANZ: "La reforma de la PAC y el pago único en su aplicación a España", en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, n<sup>o</sup>.48 (2006, pags.29 y ss). E. LÓPEZ BARRERO: "Una visión desde España de la PAC y las normas agrícolas de la OMC", en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* n<sup>o</sup>51 (2007, pags. 15 y ss). E. VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS: "El derecho a pago único", en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* n<sup>o</sup>. 45 (2005, pags.90-91).

<sup>5</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957; Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 y Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.

<sup>6</sup> Art: 30 del TCCE, en su versión actualizada tras su última reforma por el Tratado de Amsterdam.

Estas prohibiciones o restricciones se han interpretado de forma restrictiva en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>7</sup>.

La política comercial común, regulada en los arts: 131 a 134 del TCCE, implica la desaparición de las fronteras interiores y el reforzamiento de las exteriores. Con esta política los Estados miembros se proponen contribuir al desarrollo armonioso del comercio mundial y a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias (art: 131 del TCCE).

La realización de estas tres políticas comunitarias favorece la propagación de enfermedades animales y de posibles crisis alimentarias asociadas a las mismas, dificultando a su vez su control y erradicación.

Por otro lado, la protección de la salud pública<sup>8</sup>, de los consumidores<sup>9</sup> y del medio ambiente<sup>10</sup> habilita a la Comunidad Europea regular la seguridad alimentaria respecto de productos procedentes de los animales.

La acción de la Comunidad en materia de salud pública<sup>11</sup> se encaminará a la mejora de la misma, a prevenir las enfermedades humanas y a evitar las fuentes de peligro para la salud humana, y será *complementaria* de las políticas nacionales (art: 152.1 del TCCE). Concretamente, el Consejo contribuirá a los objetivos marcados por el Tratado en materia de salud pública, adoptando, entre otras

<sup>7</sup> Así, en la Sentencia de 13 de julio de 1994, Comisión v. República Federal de Alemania, sobre la prohibición alemana de importación de cangrejos de río, el Tribunal de Justicia vino a declarar la incompatibilidad con el principio de libre comercio de una norma alemana que prohibía las importaciones de cangrejos de río vivos de las especies europeas procedentes de los Estados miembros o de países terceros, por considerar que estas medidas, aunque se dirigían a prevenir el riesgo de propagación de la peste de estos cangrejos y proteger las especies autóctonas contra alteraciones de la fauna, *no podían justificar de conformidad con el art: 30 del TCCE la restricción impuesta a las obligaciones de libre comercio, por la finalidad de protección de la vida de los animales en cuanto no resultaban proporcionadas para conseguir tal objetivo, dado que dicho objetivo podía alcanzarse con medidas menos restrictivas de los intercambios comerciales intracomunitarios, como el sometimiento a controles sanitarios de las partidas de cangrejos procedentes de otros Estados miembros.*

<sup>8</sup> Art: 152 del TCCE, en su versión actualizada tras la reforma efectuada por el Tratado de Amsterdam.

<sup>9</sup> Art: 153 del TCCE, en su versión actualizada tras la reforma efectuada por el Tratado de Amsterdam.

<sup>10</sup> Arts: 174-176 del TCCE, en su versión actualizada tras la reforma efectuada por el Tratado de Amsterdam.

La protección de la salud pública y del Medio Ambiente se revelan como objetivos a conseguir mediante políticas que tienden a la elevación y mejora de las condiciones de vida según la llamada "Agenda 2000".

<sup>11</sup> Sobre la protección de la salud pública a través del control de los alimentos, vid, F. VALENZUELA GARCIA: "Intervención administrativa en materia de alimentos", en D.A. nº:194 (1982, pags: 167 y sgts).

medidas, las relativas al ámbito veterinario y fitosanitario que tengan por objeto directo la protección de la salud pública (art: 152.4.b) del TCCE)<sup>12</sup>

A su vez, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores<sup>13</sup>. Esta protección a los consumidores debe tenerse en cuenta al definir y ejecutar otras políticas y acciones comunitarias (art: 153.1.2 del TCCE) Para ello se adoptarán medidas que "apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros"(art: 153.3.b) del TCCE.

La protección del medio ambiente<sup>14</sup> también se vincula a la sanidad animal y a la protección de la salud pública; pensemos en la necesidad de realizar sacrificios masivos de animales afectados por epizootias, en el hecho de mantener en condiciones de salubridad e higiene las explotaciones ganaderas o los alimentos para animales<sup>15</sup>.

Pero como la efectiva realización de una política de protección del medio ambiente no permite la adopción de medidas aisladas, el Tratado de la Unión Europea prevé la cooperación de la Comunidad y los Estados miembros con terceros países y Organizaciones Internacionales.

En definitiva, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea permite a las instituciones comunitarias intervenir en aspectos veterinarios y de bienestar

<sup>12</sup> Con este apoyo normativo se aprueba el Reglamento nº 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas Encefalopatías Espongiformes Transmisibles (DOL 147 de 31 de mayo de 2001).

<sup>13</sup> Sobre la protección de los consumidores en el Derecho Comunitario, vid: J. BERMEJO VERA: "La potestad del consumidor en la Comunidad Europea" en el libro Homenaje al profesor Lacruz Berdejo.V:II. Ed: Cometa. Zaragoza.1993; y Derecho Administrativo. Parte Especial. 3ª ed.Ed: Cívitas,SA. 1998, pags: 259 y sgts.

<sup>14</sup> Sobre la competencia comunitaria en materia de protección ambiental, vid, BLANCA LOZANO CUTANDA: Derecho Ambiental Administrativo. Dykinson. 2000, pags:130 y sgts; y en relación a su concepto D. VERA JURADO: La disciplina ambiental de las actividades industriales.Ed: Tecnos, SA.1994, pags:34-41. Sobre la política comunitaria en materia medioambiental puede, también, consultarse: J. BERMEJO VERA: Derecho Administrativo..., op, cit, pags: 717-719; LUIS POMED SANCHEZ: "La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea: entrecruzamientos competencias" REDA Nº:98 (1998, pags: 167 y sgts); F. LÓPEZ RAMÓN: Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental. RAP nº:142 (1997, pags: 54 y sgts); H. SOMSEN: "Derecho Comunitario del medio ambiente. Tratado, Instituciones, procedimiento de decisión e instrumento jurídico", en el libro Derecho medioambiental de la Unión Europea, de L. PAREJO ALFONSO, L.KRAMER y OTROS. Madrid, pags: 27 y sgts.

<sup>15</sup> Esta vinculación entre la necesidad de un medio ambiente adecuado y el saneamiento de animales transmisores de enfermedad y el control higiénico de los alimentos se pone de manifiesto por J. F. YUSTE GRIJALVA: Salud pública y desarrollo. D.A nº: 114 (1967, pag:28).

animal, así como, proteger la salud pública frente a posibles contagios o transmisiones de enfermedades animales. Y ello, sin perder de vista la necesidad de armonización de las distintas normativas internas<sup>16</sup>, así como, la imprescindible cooperación y coordinación entre la Comunidad y los Estados miembros para conseguir optimizar los resultados en esta materia.

### III. LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE “BIOSEGURIDAD” EN EL SECTOR GANADERO.

En este apartado nos referimos a la política que la UE viene desarrollando para fomentar las medidas de “bioseguridad” en sanidad y bienestar animal.

La incidencia que las enfermedades animales y las condiciones en que estos desarrollan su vida puede tener sobre la salud humana a través del contacto directo o del consumo de sus productos, y la necesidad de garantizar el mercado interior en el sector ganadero, ha llevado a la Unión Europea a intervenir en la materia.

La Unión Europea cuenta con una importante producción normativa sobre sanidad animal<sup>17</sup> que tiende a la prevención y, en su caso, erradicación de epizootias y zoonosis, a la protección de la salud humana frente a dichas enfermedades, a la protección del medio ambiente frente a los ataques al mismo que pudieran derivarse de unas malas prácticas en el sector, así como, al control de la alimentación animal y de los medicamentos de uso veterinario.

Paralelamente a esta regulación sobre sanidad pecuaria la U.E ha regulado un aspecto íntimamente relacionado con aquella como es el bienestar animal, que incide en el adecuado estado sanitario de los animales.

Junto a esa regulación nos encontramos con diversos documentos que plasman la más reciente política comunitaria en la materia.

<sup>16</sup> Así, el art. 94 del TCCE prevé que el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del Mercado Común.

Por su parte, la Comisión en las propuestas que hace al Consejo relativas a la aproximación de legislaciones en materia de salud, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, “se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento y el Consejo procurarán, también, alcanzar ese objetivo” (art. 95.3 TCCE).

<sup>17</sup> <http://europa.eu/scadplus/leg.es> (Contiene la legislación comunitaria sobre sanidad y bienestar animal y seguridad alimentaria)

### 1. La Sanidad Animal. La Estrategia de Salud Animal para la Unión Europea (2007-20013): “más vale prevenir que curar”.

En la década de los 80 la Comunidad Europea se dota de una normativa para instaurar un sistema de notificación a la Comisión de la aparición y erradicación de Epizootias a nivel comunitario<sup>18</sup>, que permitiera evitar la propagación de las mismas. Así, los focos de enfermedades contagiosas debían notificarse por los Estados miembros en plazos muy breves.

Con posterioridad se adoptan medidas de intervención en cuanto a la vigilancia de determinadas zoonosis<sup>19</sup>; de lucha contra ciertas enfermedades animales con el objeto de prevenir su propagación y preservar la rentabilidad de las explotaciones ganaderas<sup>20</sup>; de erradicación y lucha de epizootias como la Encefalopatía Espongiforme Bovina, la fiebre aftosa, la lengua azul, la peste porcina clásica y africana, la influenza aviar, la peste equina, etc.

Recientemente la Unión Europea ha adoptado la *Estrategia de Salud Animal para la Unión Europea (2007-20013)*: “más vale prevenir que curar”<sup>21</sup>. Entre sus objetivos destacan: la protección de la salud pública y la seguridad alimentaria, la promoción de la ganadería y de la economía rural, el garantizar los movimientos de los animales y contribuir al desarrollo sostenible de la Unión Europea.

Para conseguir estos objetivos se parte de cuatro pilares fundamentales:

—La priorización de la intervención de la Unión Europea en la evaluación de los riesgos existentes para la salud animal tratando de reducir los mismos hasta un “nivel aceptable”<sup>22</sup>. Esta evaluación e intervención sobre los riesgos existentes se realizará aplicando el principio de cautela, según el cual se podrán adoptar medidas provisionales cuando exista una potencial amenaza grave para la salud aunque se carezca de certidumbre científica.

<sup>18</sup> Directiva 82/894/CE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1982, relativa a la notificación de las enfermedades de los animales en la Comunidad.

<sup>19</sup> Directiva 2003/99/CE del Parlamento y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos.

<sup>20</sup> Directiva 92/119/CE del Consejo, de 17 de diciembre de 1992; Propuesta de Decisión del Consejo de 20 de julio de 2006, por la que se establecen los criterios zoonosarios aplicables a las medidas de erradicación y vigilancia de determinadas enfermedades de los animales.

<sup>21</sup> Esta Estrategia se recoge en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de septiembre de 2007. Puede consultarse en la página web: <http://europa.eu/scadplus/leg/es>

<sup>22</sup> La Unión Europea parte de aceptar que el “riesgo cero” no existe, por eso complementa este riesgo con la posible adopción de medidas cautelares.

La Comunidad Europea pretende intervenir minimizando al máximo los riesgos de aparición y propagación de epizootias.

—El establecimiento de un marco normativo regulador de la salud animal moderno, que principalmente pretende que sea más claro y que respete las directrices marcadas por la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y por el Codex Alimentarius.

—El tercer pilar en el que se apoya la Estrategia hace referencia a las medidas de prevención contra enfermedades animales. Se alude a la necesidad de adoptar medidas de "bioseguridad"<sup>23</sup>, o sea, medidas para luchar contra aquellas enfermedades o evitar su propagación. Las mismas van referidas al tratamiento de animales nuevos introducidos en la explotación y de los animales enfermos, al transporte de las personas, de los animales y del material, a la alimentación de los animales y a la limpieza de las instalaciones.

La Unión Europea pretende mejorar dicha bioseguridad en las fronteras mediante la mejora de la legislación actual y el envío de asistencia técnica a los países en desarrollo para que puedan cumplir las normas comunitarias.

Para la consecución de esa bioseguridad se requiere prestar especial atención a la vigilancia y control veterinario y a la formación en el sector relacionado con los animales.

—El último eslabón de esta Estrategia, y no por ello menos importante, lo constituye el fomento por la Unión Europea del desarrollo científico y tecnológico en el ámbito de la salud pública y de la sanidad animal. Ahí van a jugar un papel destacado los laboratorios nacionales y comunitarios de referencia y las agencias europeas, principalmente, la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y la Agencia Europea de Medicamentos.

En definitiva, la *Estrategia de Salud Animal para la Unión Europea* viene a plasmar la necesidad de un marco regulador único para proteger la salud animal, en el cual se priorice la intervención de la UE reduciendo a un nivel aceptable los riesgos o amenazas para la salud animal, aplicando el principio de cautela. Las medidas de bioseguridad y la investigación científica y técnica serán elementos esenciales en la prevención de epizootias.

## 2. El bienestar animal: Plan de Acción para el bienestar de los animales 2006-2010.

Íntimamente relacionada con la política comunitaria sobre sanidad animal se encuentran las acciones de la Unión Europea relativas al bienestar de los

<sup>23</sup> Al respecto de las medidas de bioseguridad para prevenir la gripe aviar, vid: C. RODRÍGUEZ MEDINA y B. GONZÁLEZ ACEBES: "Medidas legales adoptadas por la Unión Europea en la lucha contra la gripe aviar", en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, n° 49 (2006, págs. 113 y ss).

animales<sup>24</sup>. No cabe duda que el bienestar animal va a redundar en una mejora de la sanidad pecuaria y por derivación, cuando nos referimos a animales de producción, en una garantía de seguridad alimentaria<sup>25</sup>.

La normativa europea sobre protección y bienestar animal es muy variada. En el seno del Consejo de Europa se han aprobado diversos Convenios sobre bienestar animal<sup>26</sup> que están sirviendo de base a las instituciones de la Unión Europea para elaborar la normativa en esta materia.

El Tratado de la Unión Europea, en la reforma llevada a cabo por el *Tratado de Ámsterdam*, vino a consagrar la necesidad de tener en cuenta el bienestar animal en todas las políticas comunitarias que puedan tener relación con la materia.

Así, el citado Tratado introduce como Anexo el *Protocolo sobre la protección y el bienestar de los animales*, en el que se reconoce la necesidad de proteger a los animales como seres sensibles, conviniendo las partes contratantes que "al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura, transporte, mercado interior e investigación, la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional"<sup>27</sup>.

Junto al Derecho Originario nos encontramos numerosos Reglamentos, Directivas y Decisiones que se centran en la protección animal en el momento de la producción o cría, del transporte y del sacrificio<sup>28</sup>. Podemos decir que el

<sup>24</sup> Sobre bienestar animal, entre otros, G. DOMÉNECH PASCUAL: *Bienestar animal contra derechos fundamentales*. Ed. Atelier. 2004. LÓPEZ RAMÓN, F.: *La protección de la fauna en el Derecho Español*. Sevilla. 1980.

<sup>25</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO: *Los animales y el Derecho*. Ed. Cívitas. Madrid. 1999. J. M<sup>a</sup>. PÉREZ MONGUIÓ: *Animales de compañía*. Ed. Bosch (2005, págs. 11 y ss). E. CARPENTER.: *Animals and ethics*. London, Watkinns, 1980. APARICIO, M. A; VARGAS, JUAN DE DIOS Y PRIETO, L.: "Consideraciones sobre el Bienestar Animal", artículo electrónico que puede consultarse en [www.sian.info.ve/porcinos/publicaciones/encuentros/viii\\_encuentro/memorias](http://www.sian.info.ve/porcinos/publicaciones/encuentros/viii_encuentro/memorias).

<sup>26</sup> Convenio para la Protección de los animales en el Transporte Internacional (París 13 de diciembre de 1968); Convenio para la Protección de los animales en Explotaciones Ganaderas (Estrasburgo 10 de marzo de 1976); Convenio para la Protección de los Animales al Sacrificio (Estrasburgo 10 de mayo de 1979); Convenio para la Protección de los Animales de Compañía (Estrasburgo, octubre de 1987); Convenio para la Protección de los Animales de Experimentación (Estrasburgo, 18 de marzo de 1986). Todos estos Convenios y demás normativa sobre bienestar animal puede consultarse en la pag. Web: [https://www.mapa.es/es/ganaderia/pags/bienestar/pr\\_granja.htm](https://www.mapa.es/es/ganaderia/pags/bienestar/pr_granja.htm).

<sup>27</sup> Al respecto, GASPAR: *Zur Stellung des Tieres im Gemeinschaftsrecht*, Nomos, Baden-Badem, 2001. G. DOMÉNECH PASCUAL: *Bienestar animal contra derechos fundamentales*. Ed. Atelier (2004).

<sup>28</sup> L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER: "Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa". RAP, n° 161 (2003).

bienestar animal debe producirse durante toda la vida del animal y en su sacrificio. A ello hemos de unir específicas normas para la protección de determinadas especies animales ( los pollos destinados a la producción de carne, las gallinas ponedoras, los terneros, los cerdos o los animales salvajes que viven en un entorno zoológico)<sup>29</sup>.

Recientemente la Unión Europea ha aprobado el *Plan de Acción para el bienestar de los animales 2006-2010*<sup>30</sup>, que recoge medidas destinadas a asegurar la protección y el bienestar de los animales en la UE y a nivel internacional.

Entre sus objetivos destaca la clarificación de la normativa comunitaria en la materia y la realización de propuestas en los aspectos en los que presente carencias. Para ello se propone promover proyectos de investigación que doten de una base científica sólida para la futura política comunitaria en la materia, así como, la creación de un Laboratorio Europeo con funciones de coordinación, de recogida e intercambio de datos sobre las investigaciones y actividades realizadas.

Dentro de las líneas de acción marcadas por el citado Plan se encuentra la introducción de indicadores normalizados de bienestar animal, que permitan determinar si se cumplen las normas mínimas de protección en la materia, o bien, normas más estrictas. En este último caso se propone la creación de una etiqueta comunitaria para promover los productos obtenidos con respeto a esas normas más rigurosas sobre bienestar de los animales.

Para conseguir logros en esta política comunitaria, esas medidas recogidas en el Plan de Acción deben ir acompañadas de una campaña de formación de los profesionales del sector, con el objeto de difundir buenas prácticas sobre protección animal, de la debida información a los consumidores que oriente mejor el consumo y, de un refuerzo de las normas sobre bienestar animal en foros internacionales<sup>31</sup>, favoreciendo la cooperación con países que cuentan con una importante experiencia en la materia como con países donde la protección animal puede resultarles más ajena.

<sup>29</sup> Entre la normativa de Derecho Derivado podemos citar: Reglamento (CE) nº 1/2005, del Consejo de 22 de diciembre de 2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas; Directiva 98/58/CE de 20 de julio de 1998, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas; Directiva 93/119/CE del Consejo, de 23 de diciembre de 1993, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza; Directiva 2007/43/CE, del Consejo, por la que se establecen las disposiciones mínimas para la protección de pollos destinados a la producción de carne, etc.

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 23 de enero de 2006 relativa a un Plan de Acción Comunitario sobre Protección y Bienestar de los Animales 2006-2010( DOC 49 de 28 de febrero de 2006).

<sup>31</sup> Organización Mundial de Sanidad Animal, Consejo de Europa u Organización Mundial del Comercio.

#### IV. LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE SEGURIDAD ALIMENTARIA EN EL CONSUMO DE PRODUCTOS GANADEROS.

La Unión Europea se ha marcado como objetivos a conseguir con su política sobre seguridad alimentaria el proteger la salud humana y los intereses de los consumidores<sup>32</sup>. Para ello viene aprobando una serie de normas que inciden en el control de la higiene de los alimentos desde el momento de su producción hasta su puesta en manos del consumidor, o sea, durante toda la etapa de producción y distribución<sup>33</sup>.

Por lo que respecta a los productos ganaderos, aquel control se inicia con la adopción de medidas que tiendan a prevenir, controlar y luchar contra las epizootias y zoonosis, y a garantizar el bienestar animal. Las medidas al respecto de la sanidad y el bienestar animal resultan un complemento indispensable en la política alimentaria comunitaria.

Así, a nivel comunitario se viene desarrollando una importante intervención administrativa que tiende a garantizar la seguridad alimentaria de los consumidores de productos procedentes de los animales de producción<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Al respecto de la política comunitaria sobre seguridad alimentaria, entre otros: A. J. ADRIÁN ARNAIZ: "Globalización y seguridad alimentaria en la Unión Europea". *Revista de Estudios Europeos*, nº. 25 (2000). P. AMAT LLOMBART: "La dimensión jurídico legal del gobierno de la biotecnología agroalimentaria por el derecho: participación del Derecho Agrario", en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº.49 ( 2006, pags.11 y ss). H. C. BANDO CASADO: "La protección jurídica de la salud alimentaria". *Estudios sobre Consumo* nº.20 (1991). A. BALLARÍN MARCIAL: "La seguridad alimentaria en España", en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*", nº. 41 (2003, pags.3 y ss). I. GONZÁLEZ RÍOS.: *Sanidad animal y seguridad alimentaria en los productos de origen animal*. Ed. Comares. 2005. I. LOSADA MANOSALVAS: *La gestión de la seguridad alimentaria*. Ed. Ariel. Barcelona. 2001. L. MELLADO RUÍZ: *Bioseguridad y derecho. La Administración ante los riesgos de la tecnología de la vida*. Ed. Comares, 2004; *Derecho de la biotecnología vegetal. La regulación de las plantas transgénicas*. MAPA e INAP. Madrid, 2002; "Desarrollo y ejecución de las competencias sobre seguridad alimentaria por la Comunidad Autónoma de Andalucía". RAAP nº extraordinario 2/2003. MIR PUIGPELAT: *Transgénicos y derecho. La nueva regulación de los organismos modificados genéticamente*. Ed. Cívitas.2004. M. REBOLLO PUIG: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. MAP. Madrid.1989. M. A. RECUERDA: *Seguridad Alimentaria y nuevos alimentos: régimen jurídico administrativo*. Ed. Aranzadi. 2006. M. RODRÍGUEZ FONT: *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*. Ed. Marcial Pons.2007. F. VALENZUELA GARCÍA: "Intervención administrativa en materia de alimentos", en D.A nº194 (1982).

<sup>33</sup> Al respecto de la extensa regulación en materia de alimentos, entre otros, PAUL WOLF: "El derecho alimentario español en su contexto filosófico y cultural". En *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº.48 ( 2006,pag.96).

<sup>34</sup> Sobre el papel de los consumidores ante la política comercial y de abastecimiento, entre otros, A. SÁNCHEZ BLANCO: "El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial". *RAP* nº. 85 ( 1978).

Las líneas de acción en esta materia se centran, sin perjuicio de la intervención sobre sanidad y bienestar animal que hemos analizado, en la aprobación de normas de control e higiene alimentaria. Estas últimas pretenden garantizar la seguridad de los alimentos “de la granja a la mesa”, o sea, sirven para controlar los productos alimenticios procedentes de animales de abasto durante toda la cadena de producción, comprobando que se respetan las debidas normas de higiene<sup>35</sup>.

A dichas normas de control e higiene alimentaria se suma la acción de la Unión Europea en materia de alimentación animal. La calidad de la alimentación animal es esencial, ya que influye en la salud de los animales y, por tanto, en la seguridad alimentaria.

La actual política comunitaria sobre seguridad alimentaria se basa en los principios de transparencia, prevención de riesgos, protección de los intereses de los consumidores y en la circulación de productos seguros y de calidad.

Veamos, pues, dichos principios y los aspectos más destacados de la regulación normativa sobre higiene alimentaria y alimentación animal.

## 1. Los principios, requisitos y procedimientos de la normativa de seguridad alimentaria

### A) Principios generales de la normativa alimentaria.

*El Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria*<sup>36</sup> recoge la necesidad de contar con una legislación actualizada en la materia con el objeto de restablecer la confianza de los consumidores afectada por crisis alimentarias como la Encefalopatía Espongiforme Bovina.

Para atender a dicha exigencia se aprueba el *Reglamento(CE) 178/02, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan los procedimientos relativos a la seguridad alimentaria*<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> El concepto de seguridad alimentaria es tratado, entre otros: A. BALLARÍN MARCIAL: “La seguridad alimentaria en España”, en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 41( 2003, pags.3 y ss).

<sup>36</sup> Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria de 12 de enero de 2000 de la Comisión de la Comunidad Europea.

<sup>37</sup> Reglamento (CE) nº. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria ( DOCE L31 de 1 de febrero de 2002) Este Reglamento ha sido modificado por el Reglamento (CE) nº 1642/2003, de 28 de septiembre y por el Reglamento (CE) 575/2006, de 7 de abril.

En dicho Reglamento se recogen los principios aplicables a la seguridad alimentaria:

#### a ) *El principio de precaución.*

Este principio permite a las autoridades competentes intervenir de forma urgente cuando exista un peligro para la salud humana o animal o para el medio ambiente<sup>38</sup>.

El Tratado de la Unión Europea recoge dicho principio refiriéndolo exclusivamente a la protección del medio ambiente. Sin embargo, la Unión Europea lo utiliza también en la protección de la salud humana y animal y de los consumidores.

Con el objeto de clarificar el alcance y aplicación de este principio se ha aprobado la *Comunicación de la Comisión, de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso al principio de precaución*, según la cual sólo es admisible utilizar el mismo cuando un producto, fenómeno o procedimiento presente un efecto potencialmente peligroso según una evaluación científica y objetiva que, sin embargo, no puede determinar el riesgo con certeza suficiente. En consecuencia se exige la evaluación científica, la determinación del riesgo y de las consecuencias potenciales de la no actuación y la participación de todos los sectores afectados en el estudio de las medidas que se vayan a adoptar.

Por supuesto deben tenerse en cuenta todos los principios generales aplicables a la gestión de riesgos: proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el riesgo que se trata de evitar, no discriminación en la aplicación de las medidas, etc.

Dándose estas condiciones el uso del citado principio permite adoptar la decisión de actuar o de no actuar, en función del grado de aceptabilidad del riesgo por parte de quienes deben soportarlo. Cuando se decida actuar se puede hacer mediante la adopción de actos jurídicos recurribles, tales como la retirada o prohibición de distribución de productos, o bien, mediante otro tipo de medidas como la información al público, la financiación de programas de investigación, etc.

El principio de precaución ha sido expresamente recogido en el *Reglamento Comunitario 178/02, que establece los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria*. El art. 7 del dicho Reglamento establece que cuando exista la posibilidad de que un alimento produzca efectos nocivos para la salud, podrá invocarse aquel principio con el fin de actuar rápidamente y

<sup>38</sup> Sobre el principio de precaución en relación a las carnes de vacas alimentadas con hormonas puede verse, entre otros: LEONARDO FABIO PASTORINO: “La agricultura en el ámbito internacional. Aspectos jurídicos sobresalientes de los acuerdos de la OMC y sus proyecciones concretas en la actividad agraria y los mercados agropecuarios”, en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* nº.51 (2007, pags.44-45).

de adoptar las medidas pertinentes. Las medidas deben ser proporcionadas al riesgo y se revisarán en un plazo razonable.

b) *El principio de libre circulación de alimentos sanos y seguros en el mercado interior.* Para garantizar el mismo la normativa debe tener en cuenta todos los aspectos de la cadena alimentaria —producción, transformación, transporte, distribución y suministro— de los alimentos. Además, los alimentos importados deben respetar los requisitos exigibles por la normativa alimentaria europea.

c) *El principio de transparencia* que se plasma, por un lado, en la necesidad de que los ciudadanos sean consultados durante todo el proceso de elaboración y revisión de la normativa alimentaria, ya sea directamente o a través de organizaciones representativas; y por otro lado, en la obligación que tienen las Administraciones públicas de informar a la población sobre los posibles riesgos que para la salud humana puede presentar un determinado alimento.

B) Requisitos y procedimientos de la normativa sobre seguridad alimentaria europea.

Para garantizar la seguridad alimentaria, el Reglamento comunitario que comentamos exige de una implicación de los operadores del sector y de la intervención de los poderes públicos.

Así, como requisitos generales de seguridad alimentaria se establecen tres obligaciones esenciales que debe cumplir el “explotador de la empresa alimentaria”:

- La seguridad: no comercializar ningún alimento que sea peligroso para la salud. Para determinar si un alimento es peligroso el explotador de la empresa debe tener en cuenta las condiciones de utilización normales, la información facilitada al consumidor, el probable efecto inmediato o retardado sobre su salud, los efectos tóxicos acumulativos, la sensibilidad que determinados grupos de consumidores pueden presentar con respecto a un alimento.

La normativa comunitaria introduce criterios de alta sensibilidad para la protección de los consumidores como el hecho del “efecto retardado sobre su salud”, los “efectos tóxicos acumulativos” o “la sensibilidad al producto de determinados grupos de consumidores”.

Dejar en manos de las propias empresas la responsabilidad sobre la seguridad de los productos que comercializan resulta necesario para implicar al empresario en todo el proceso de seguridad alimentaria, pero debe ir acompañado del oportuno control por parte de los poderes públicos, si no queremos encontrarnos con faltas a aquella diligencia y, con un riesgo o daño efectivo a la salud humana. El sistema de controles oficiales que deben arbitrar los Estados miembros resulta complemento indispensable de aquellas obligaciones impuestas a los operadores del sector alimentario si queremos garantizar la seguridad alimentaria.

- La trazabilidad<sup>39</sup>: garantizar la trazabilidad de alimentos y de los animales destinados a la producción de alimentos. Para ello deben establecer los sistemas y procedimientos adecuados que permitan a las empresas alimentarias identificar a cualquier persona que les haya suministrado un alimento, pienso, animal destinado a la producción de alimentos o cualquier sustancia con probabilidad de ser incorporada a un alimento o un pienso (trazabilidad hacia atrás)<sup>40</sup>, así como, a aquellas a las que hayan suministrado sus productos (trazabilidad hacia delante)<sup>41</sup>.

- La cooperación con las autoridades: informar a las autoridades competentes y retirar del mercado aquellos productos que puedan ser nocivos para la salud humana o animal.

Junto a citadas obligaciones se establecen tres procedimientos que permiten una gestión rápida por parte de las autoridades competentes de una posible crisis alimentaria a nivel europeo: un sistema de alerta rápida, un sistema de actuación en caso de situaciones de emergencias y la elaboración de un Plan general de gestión de crisis.

- El Sistema de Alerta Rápida ante una crisis alimentaria debe contar con la participación de la Comisión Europea, de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y de todos los Estados miembros. Los Estados miembros deben comunicar a la Comisión las medidas sobre restricción de comercialización de alimentos o su retirada del mercado, las acciones dirigidas a impedir o regular el uso de un alimento y los rechazos de lotes de alimentos en un puesto fronterizo de la Unión Europea<sup>42</sup>.

Hecha la comunicación, la Comisión transmite de inmediato la información a través de la red de alerta rápida. Cuando la información divulgada a través de la red se refiera a un riesgo alimentario, la población debe tener acceso a ella.

<sup>39</sup> El art. 18 del Reglamento comunitario 178/2002, define la trazabilidad como “la posibilidad de encontrar y seguir el rastro a través de todas las etapas de producción, transformación y distribución de un alimento, un pienso, un animal destinado a la producción de alimentos o una sustancia destinada a ser incorporada en alimentos o piensos o con probabilidad de serlo”.

<sup>40</sup> Para los ganaderos la identificación de los proveedores sólo rige para los de animales y de piensos.

<sup>41</sup> Una identificación de sus clientes. En el comercio al por menor no deberá identificarse al cliente final, es decir, al consumidor.

<sup>42</sup> Sobre el papel de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, entre otros: G. DE CASTRO VÍTORES: “La responsabilidad del productor agrario, en relación con los principios e instrumentos previstos en la próxima legislación alimentaria europea”, en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº.39 (2001, págs.12 y ss).

• En el supuesto de situaciones de emergencia, o sea, cuando un alimento de origen comunitario o importado pueda constituir un riesgo grave para la salud de las personas, de los animales o del medio ambiente, y el riesgo no pueda controlarse con las medidas adoptadas por los Estados miembros afectados, se adoptarán medidas de precaución (suspensión de la comercialización o de la utilización respecto de productos de origen comunitario; suspensión de las importaciones de un tercer país o cualquier medida precautoria adecuada, cuando se trate de productos importados)<sup>43</sup>.

Las medidas se adoptarán por el Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal, salvo en casos de emergencia, en los que la Comisión puede adoptar medidas provisionales que deberán ser confirmadas, derogadas o prorrogadas por el citado Comité en el plazo máximo de diez días hábiles.

• Para coadyuvar a las posibles situaciones de crisis alimentarias, la Comisión en cooperación con la Autoridad y los Estados miembros, redactará un Plan General de Gestión de Crisis en el que se especificarán las situaciones que entrañen riesgos para la salud humana y los procedimientos para gestionar la correspondiente crisis<sup>44</sup>.

## 2. "El paquete de Higiene Alimentaria".

La Unión Europea ha establecido lo que se conoce como el "*paquete de higiene alimentaria*" compuesto por un conjunto de normas que tratan de garantizar la seguridad de los alimentos<sup>45</sup>. Ello se trata de conseguir mediante un control de los productos alimenticios en todas las etapas de la cadena alimentaria, para garantizar que se respetan unas normas de higiene estrictas.

El citado "paquete de higiene alimentaria" incide en la higiene de los productos alimenticios en general y en la higiene y controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano.

<sup>43</sup> C. CIERCO SEIRA: "Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres", en *RAP* nº175 (2008, pags. 55 y ss).

<sup>44</sup> Dicho Plan se ha aprobado en virtud de la Decisión 2004/478/CE, de la Comisión, de 29 de abril de 2004, relativa a la adopción de un plan general de gestión de crisis en el ámbito de los alimentos y de los piensos (DO L.160, de 30 de abril de 2004). Se adopta un plan general de gestión de crisis aplicable cuando se de una situación de crisis grave o que implique un riesgo potencialmente grave. En tales situaciones se crea una célula de crisis compuesta por los coordinadores de crisis de los países afectados, la Comisión y la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria. Esta célula una vez analizados todos los datos debe actuar con rapidez, debiendo informar al público de los riesgos y medidas adoptadas.

<sup>45</sup> Sobre el control e higiene alimentaria, entre otros, I. J. LARRAÑAGA COLL (1998): *Control e higiene de los alimentos*. Mcgrw. Hill. Madrid.

### A) Higiene alimentaria.

El Reglamento (CE) 852/2004, sobre *Higiene de los Productos Alimenticios*<sup>46</sup> tiene por objeto garantizar la higiene de los productos alimenticios en todas las etapas de su producción, desde la producción primaria<sup>47</sup> hasta el consumidor final.

Las empresas del sector alimentario son las destinatarias de las normas sobre higiene alimentaria, entendiéndose por tal las medidas y condiciones a adoptar para garantizar que un producto es apto para el consumo.

Se prevén normas generales de higiene para los agentes económicos del sector alimentario que desempeñen su actividad en la producción primaria o actividades conexas (el transporte, manipulación y depósito de productos primarios, el transporte de animales vivos o productos de caza o pesca)<sup>48</sup> y para los que desarrollen su actividad en actividades distintas de la producción primaria. Para estos últimos las condiciones de higiene van referidas a los locales, las condiciones de transporte, los desperdicios de productos alimenticios, el suministro de agua, la higiene personal de las personas en contacto con los productos alimenticios, el envasado y etiquetado, etc.

Además de esas normas generales de higiene previstas en el citado Reglamento comunitario, el mismo establece diversas técnicas que contribuyen a la seguridad alimentaria:

– El Sistema de análisis de peligros de puntos de control crítico (APPCC) que deben aplicar los agentes económicos del sector alimentario no dedicados a la producción primaria. Dicho sistema consiste en aplicar una serie de principios establecidos en el Codex Alimentarius<sup>49</sup> con el fin de detectar en qué punto de la cadena alimentaria se produce un peligro para la inocuidad del alimento.

– La elaboración por los Estados miembros de Guías de prácticas correctas por parte de los agentes del sector alimentario. También la Comisión Europea podrá elaborar dichas Guías.

– La obligación de registro ante la autoridad competente de todos los establecimientos de los agentes económicos del sector alimentario y, en su caso, cuando la normativa nacional o comunitaria lo exija deberán contar con oportuna autorización para ejercer la actividad.

<sup>46</sup> Reglamento (CE) nº852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios.

<sup>47</sup> La producción primaria abarca todas las etapas de la producción animal anteriores al sacrificio (producción, cría, caza, pesca, ordeño).

<sup>48</sup> En la producción primaria se exige el cumplimiento de la normativa, la limpieza y desinfección de instalaciones, maquinaria y utensilios, limpieza de animales, agua, formación del personal, medidas contra las plagas e insectos, medidas para evitar la difusión de enfermedades al hombre y a los animales, análisis y toma de muestras, empleo correcto de los medicamentos fitosanitarios, etc.

<sup>49</sup> Recopilación de normas alimentarias internacionales elaboradas por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.

–La obligación de controlar la trazabilidad de los productos y de proceder a retirarlo del mercado e informar de ello a la autoridad competente y a los usuarios cuando el producto presente un riesgo grave para la salud.

–La aplicación de controles oficiales por la autoridad competente, respecto de los cuales deben colaborar las empresas implicadas.

#### B) Higiene en los alimentos de origen animal.

Los productos alimenticios de origen animal han sido objeto de una regulación específica de higiene con el objeto de garantizar un elevado nivel de protección de la salud pública y favorecer el mercado interior.

Dicha regulación se contiene en el *Reglamento (CE) 853/2004*<sup>50</sup> que no resulta aplicable a la venta al por menor ni a la producción primaria para consumo privado.

Una de las principales técnicas de intervención de los poderes públicos para garantizar la higiene de los alimentos de origen animal es la exigencia de *autorización* de la autoridad competente de su Estado miembro respecto de los establecimientos que manipulen dichos productos. Los Estados miembros deben llevar una lista actualizada de todos los establecimientos autorizados.

Además, en los casos en que así lo dispone el Reglamento, el producto debe llevar una *marca sanitaria* o, en su defecto, una *marca de identificación*.

A ello se unen las listas que la Comisión Europea elabora con los terceros países o partes de los mismos con los que se autoriza la importación de productos de origen animal.

El Reglamento que comentamos contiene un Anexo II con disposiciones específicas de higiene para determinados productos de origen animal (vg carne de ungulados domésticos —bovinos, ovinos, caprinos, porcino—, carne de aves de corral, carne de caza de cría, productos de la pesca, etc)

#### C) Controles oficiales de los productos de origen animal.

La Unión Europea ha previsto la realización de controles oficiales a los establecimientos comunitarios y a las importaciones de productos de origen animal destinados al consumo humano.

El *Reglamento (CE) n°854/2004* establece normas específicas para la organización de dichos controles oficiales<sup>51</sup>, que incluyen auditorías de buenas prácticas de higiene y los principios APPCC (análisis de peligros y puntos de control crítico), así como controles específicos cuyos requisitos se definen en función del

<sup>50</sup> Reglamento(CE) n° 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2000, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal.

<sup>51</sup> Reglamento (CE) n° 854/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano.

tipo de producto ( carne fresca, moluscos bivalvos, productos de la pesca, leche y productos lácteos).

Destaca por el detalle de la regulación los controles a que se debe someter la carne fresca. Al respecto se incide en la cualificación profesional con que debe contar el veterinario oficial, al que competen funciones de auditoría y de inspección.

Si a raíz de los controles se detectan deficiencias o incumplimientos se tomarán las oportunas decisiones que pueden ir referidas a los animales vivos ( declarar que no son aptos para el consumo por no estar identificados), al bienestar animal o a la carne ( vg la declaración de no ser apta para el consumo)

#### 3) El control de la alimentación animal.

La utilización de técnicas alimenticias para el ganado no tradicionales, la utilización de productos para acelerar el engorde, el uso de proteínas animales en los piensos, el empleo de piensos medicamentosos y medicamentos veterinarios son algunos de los factores que generan un importante riesgo para la salud animal, e indirectamente, para la salud humana a través de consumo de productos de origen animal.

El riesgo que una inadecuada alimentación animal puede tener para la sanidad pecuaria y la salud pública ha llevado a la Unión Europea a realizar una importante labor normativa en la materia.

Esta regulación normativa podríamos sintetizarla en varios bloques, el primero, referido a las normas de higiene, control y comercialización aplicables a los piensos, el segundo, contiene las normas sobre materias primas, aditivos y productos indeseables o prohibidos en la alimentación animal, el tercero, destino de desperdicios animales.

A) Las normas comunitarias de higiene, control y comercialización de los piensos.

Con el objeto de que los alimentos para animales sean seguros y de calidad y proteger así la salud animal y humana, la Unión Europea ha aprobado el *Reglamento (CE) 183/2005*, por el que se fijan requisitos en materia de higiene de los piensos<sup>52</sup>.

El Reglamento es aplicable a los agentes económicos del sector de la alimentación animal, desde la producción primaria hasta su comercialización y a las importaciones de terceros países de productos destinados a la alimentación animal.

<sup>52</sup> Reglamento (CE) n°183/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de enero de 2005, por el que se fijan requisitos en materia de higiene de los piensos.

A dichos agentes económicos se les imponen una serie de obligaciones relacionadas con la alimentación animal, tales como: la prevención y reducción de riesgos para la seguridad de los piensos, el registro de los establecimientos que realicen actividades relacionadas con piensos y, en su caso, la necesidad de autorización para ejercer la actividad o restricciones a la importación de productos procedentes de terceros países para destinarlos a la alimentación animal.

Además se les hace responsables de toda infracción de la legislación aplicable en materia de seguridad de los piensos.

También en materia de piensos los Estados miembros fomentarán la elaboración de Guías de buenas prácticas, sin perjuicio de que la Comisión pueda elaborar Guías comunitarias uniformes.

Las medidas de higiene en la producción y comercialización de los piensos se complementan con los controles oficiales que deben realizar las autoridades comunitarias y nacionales. Esta materia se encuentra regulada en el *Reglamento (CE) 882/2004, sobre controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales*<sup>53</sup>.

Los controles oficiales efectuados por los Estados miembros deben verificar y garantizar el cumplimiento de la normativa nacional y comunitaria sobre piensos y alimentos. Para ello, los controles oficiales deben llevarse a cabo con regularidad, sin previo aviso y en cualquier fase de la producción, transformación y distribución de los piensos y alimentos. Dichos controles se organizarán en función de los riesgos identificados, de la experiencia obtenida con anteriores controles, de las sospechas de posibles incumplimientos, etc.

Las autoridades competentes para efectuar los controles las designan los Estados miembros, debiendo garantizarse la cualificación y la imparcialidad.

Se debe contar con planes de emergencia para cuando se detecte que un pienso o alimento presenta un riesgo grave para las personas o los animales.

Para garantizar el correcto funcionamiento de los controles oficiales, el Reglamento (CE) 882/2004 prevé una serie de medidas administrativas que tienden a garantizar la cooperación entre los Estados miembros, así como, el control por parte de la Comisión de las actuaciones llevadas a cabo en la materia por dichos Estados. Así, se recoge la obligación de prestarse asistencia y cooperación mutua cuando los controles oficiales requieran la intervención de varios Estados. Para ello los Estados miembros deben designar un organismo de enlace que facilite y coordine la comunicación, la transmisión y la recepción de las peticiones de asistencia.

<sup>53</sup> Reglamento (CE) 882/2004, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales. Este Reglamento ha sido modificado por el Reglamento (CE) n° 776/2006, por el Reglamento (CE) n° 1791/2006 y por el Reglamento (CE) n° 180/2008.

A esta medida se une la obligación que tienen los Estados miembros de elaborar un Plan Nacional de Control Plurianual que debe empezar a aplicarse a partir del 1 de enero de 2007, debiendo presentar un informe anual del mismo a la Comisión Europea.

Pero, sin duda, la fiscalización por parte de la Unión Europea en materia de control de piensos y alimentos más intensa se realiza mediante la posibilidad de realizar una auditoría general de los sistemas de control aplicados por el Estados miembros. Estas inspecciones y auditorías nacionales las realiza la Oficina Alimentaria y Veterinaria de la Comisión, y pueden acompañarse de auditorías más específicas para determinados sectores o problemas. Tras cada control la Comisión elaborará un informe con las conclusiones y recomendaciones a las que los Estados miembros deben dar el adecuado seguimiento.

Cuando los controles comunitarios demuestren que un Estado incumple el Derecho Comunitario porque su sistema de control presenta defectos graves y no se ha puesto remedio a los mismos a instancia de la Comisión Europea, esta puede suspender la comercialización de determinados productos o el establecimiento de condiciones especiales para su distribución.

La normativa comunitaria sobre higiene y control de los piensos como garantía de seguridad alimentaria se completa con la regulación del etiquetado de los piensos compuestos, para garantizar la información a los usuarios de este tipo de productos y eliminar obstáculos a su comercialización.

La *Directiva 79/379/CE relativa a la comercialización de los piensos compuestos*<sup>54</sup> regula la materia, estableciendo los datos que obligatoriamente deben incluirse en el etiquetado de dichos piensos para poder comercializarse ( denominación del pienso, especie animal a la que va destinado, fecha de durabilidad, ingredientes, identidad del responsable del etiquetado, etc) Facultativamente pueden añadirse otras indicaciones como la marca de identificación, identidad del fabricante y fecha de fabricación.

B) Normas sobre materias primas, aditivos y productos indeseables o prohibidos en la alimentación animal.

El correcto etiquetado de las materias primas y aditivos utilizados en la alimentación animal y la determinación de las sustancias indeseables o prohibidas en la misma han sido objeto de regulación por la Unión Europea para conseguir un alto nivel de protección de la seguridad de la alimentación animal y humana.

La *Directiva 96/25/CE*<sup>55</sup> regula la circulación y utilización de materias primas en la alimentación animal, con el objeto de que no presenten ningún peligro

<sup>54</sup> Directiva 79/373/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la comercialización de los piensos compuestos, modificada en sucesivas ocasiones.

<sup>55</sup> Directiva 96/25/CE del Consejo, de 29 de abril de 1996, sobre la circulación de materias primas para la alimentación animal.

para la salud animal o humana y de que su puesta en circulación no induzca a error a los usuarios. Para su puesta en circulación las materias primas deben contener una serie de indicaciones en un documento de acompañamiento, envase o etiqueta. Dichas indicaciones tienen por objeto la denominación y la descripción de la materia prima, el nombre y la dirección del productor y del responsable de las indicaciones, el número de autorización y cualquier dato que garantice la trazabilidad de la materia prima.

Por lo que respecta a los aditivos de la alimentación animal<sup>56</sup>, para poder ser comercializados y utilizados los mismos deberán estar autorizados por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, debiendo presentarse la solicitud de autorización ante la Comisión Europea. Para que el aditivo sea autorizado el solicitante debe probar que influye favorablemente en la calidad de los alimentos o en la producción, que no es perjudicial para la salud humana o animal y que la incorporación del aditivo no infunde a error al consumidor.

La Unión Europea ha determinado, por otro lado, las sustancias indeseables en la alimentación animal, o sea, aquellas sustancias o productos presentes en la alimentación animal que constituyen un riesgo para la salud humana o animal o que pueden ser perjudiciales para la producción ganadera (vg el arsénico, el plomo, el mercurio, la dioxina, etc) Con el objeto de reducir al máximo dichas sustancias se aprueba la *Directiva 2002/32/CE*<sup>57</sup>, en la que se establece un listado de sustancias indeseables y se fijan los valores límite de presencia de estas sustancias en la alimentación animal.

Los Estados miembros deben realizar investigaciones dirigidas a determinar la presencia de este tipo de sustancias en los alimentos para animales, debiendo comunicar a la Comisión el resultado de tales investigaciones y de las medidas adoptadas para reducir o eliminar su presencia.

Junto a las sustancias indeseables se encuentran las sustancias o productos prohibidos que se han utilizado para estimular el crecimiento de los animales de producción o la productividad. Para evitar su utilización se aprobó la *Directiva 96/22/CE*<sup>58</sup>, por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias beta-agonistas en la cría del ganado. No obstante, se admite la utilización de medicamentos elaborados a bases de dichas sustancias con fines terapéuticos o zootécnicos, previa autorización.

<sup>56</sup> Reglamento (CE) 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre los aditivos en la alimentación animal.

<sup>57</sup> Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de mayo de 2002, sobre sustancias indeseables en la alimentación animal.

<sup>58</sup> Directiva 96/22/Ce, del Consejo, de 29 de abril, por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias beta-agonistas en la cría del ganado, modificada por la Directiva 2003/74/CE, del Parlamento y del Consejo de 22 de septiembre de 2003.

### C) Desperdicios animales.

La aparición de Encefalopatías Espongiformes Transmisibles en seres humanos (enfermedad de Creutzfeldt-Jakob) y en animales (Encefalopatía Espongiforme Bovina) provocó una importante crisis de seguridad alimentaria, que llevó a la Unión Europea a adoptar medidas específicas para la prevención y erradicación de esta epizootia.

Entre dichas medidas se encuentra la prohibición de utilizar proteínas animales o piensos que las contengan en la alimentación animal, recogida en el *Reglamento (CE) n° 999/2001*, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles<sup>59</sup>.

Para hacer efectiva dicha prohibición la U.E ha regulado en dicho Reglamento la eliminación de MER (materiales especificados de riesgo) en relación a la EET, a la vez que ha aprobado las normas sanitarias aplicables a los Subproductos Animales no Destinados al Consumo Humano (SANDACH)<sup>60</sup>, entendiéndose por tales los cuerpos enteros o partes de los mismos que no se destinan a dicho consumo, incluidos óvulos, embriones y esperma. Estos desechos deben dejarse fuera de la cadena alimentaria y su régimen de transformación y reutilización (en la industria cosmética o farmacéutica) se encuentra completamente detallado.

## V. LA INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE "BIOSEGURIDAD" Y SEGURIDAD ALIMENTARIA.

La abundante normativa comunitaria sobre sanidad y bienestar animal y seguridad alimentaria se debe completar con la normativa nacional en la materia. Esta normativa es dictada tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus respectivas competencias en materias como la ganadería, la sanidad, la ordenación general de la actividad económica, el comercio o la protección del medio ambiente<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Reglamento (CE) n° 999/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles.

<sup>60</sup> Reglamento (CE) n° 1774/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2002 por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano.

<sup>61</sup> Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de sanidad animal: I. GONZÁLEZ RÍOS: Sanidad Animal y Seguridad Alimentaria en los productos de origen animal. Ed. Comares. Granada, (2004, pags. 32 y ss). M. RODRÍGUEZ FONT: Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona (2007).

A nivel nacional, en materia de sanidad pecuaria nos encontramos con la *Ley de Sanidad Animal de 2003*<sup>62</sup> y varias leyes autonómicas en la materia, que realizan una regulación centrada en la protección de sanidad animal, de la salud pública y del medio ambiente.

A esta regulación se ha unido recientemente la *Ley para el Cuidado de los Animales, en su Explotación, Transporte, Experimentación y Sacrificio*<sup>63</sup>, con la que se establecen normas de bienestar animal durante todo el ciclo vital del animal y en el momento del sacrificio.

Tanto la Ley de Sanidad Animal como la Ley para el Cuidado de animales son dictadas por el Estado y tienen naturaleza de normativa básica y, por tanto, de obligado cumplimiento para las CCAA.

La regulación contenida en estas Leyes se complementa con un gran número de reglamentos básicos dictados por el Estado para la trasposición de Directivas comunitarias que tratan aspectos generales sobre sanidad o bienestar animal, o aspectos específicos relativos a determinadas especies animales.

Llama la atención que a diferencia de lo que ocurre con la sanidad y el bienestar animal, no contemos con una legislación básica del Estado que regule la seguridad alimentaria respecto de productos de origen animal de forma uniforme, que se refiera a las condiciones de higiene en la producción y en la comercialización.

La Ley de Sanidad Animal se refiere de forma dispersa a dicha seguridad alimentaria, por ejemplo, cuando recoge entre sus fines "la prevención de riesgos para la salud humana derivados del consumo de productos alimenticios de origen animal" o a "la protección de la salud humana mediante la prevención de enfermedades animales transmisibles al hombre o que impliquen riesgos sanitarios transmisibles a los consumidores".

Sería conveniente que o bien la LSA se reformase para incluir un Título relativo a la seguridad alimentaria en el consumo de productos procedentes de los animales, o bien, se aprobase una legislación básica en la materia donde se recojan los principales principios y normas aplicables en materia de higiene de estos productos.

Y ello porque la actual normativa sobre seguridad alimentaria se encuentra recogida en normativa comunitaria y en una pluralidad de reglamentos estatales básicos de trasposición de aquella normativa al derecho interno.

Al respecto de estos reglamentos estatales básicos, si bien el Tribunal Supremo<sup>64</sup>, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, ha admitido la

<sup>62</sup> Ley 8/03, de 24 de abril, de Sanidad Animal.

<sup>63</sup> Ley 32/07, de 7 de noviembre, para el Cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

<sup>64</sup> STS de 14 de febrero de 2006 (Pte. Mariano Baena del Alcázar), relativa a la normativa interna sobre la trazabilidad de la leche.

constitucionalidad de que la normativa básica se recoja en una norma con rango reglamentario, resulta claro que la sistematización en una ley de esa normativa básica, principalmente cuando la misma se establece en un gran número de reglamentos, serviría para clarificar la correspondiente regulación normativa.

## VI. REFLEXIÓN FINAL.

La política comunitaria sobre protección de la sanidad y del bienestar animal y su incidencia en la seguridad alimentaria se encuentra con importantes problemas para su efectiva aplicación.

En primer lugar, existe una excesiva, pormenorizada y técnica regulación de dicha materia, que se complica por la procedencia comunitaria, nacional y autonómica de la misma.

Nos encontramos con normas procedentes de tres centros de poder y sumamente minuciosas, lo que dificulta su aplicación. En la mayoría de las ocasiones bastaría con refundir la normativa y aplicar unos principios comunes que se reiteran en todas las normas comunitarias y nacionales, sin perjuicio de regular lo que sea específico de cada especie animal, tipo de carne o producto alimenticio. Incluso sería una buena idea la elaboración de un Código sobre Sanidad y Bienestar Animal y Seguridad Alimentaria en los productos de origen animal.

Ahora bien, ¿a quién compete dicha labor?. La más reciente política comunitaria en la materia muestra la necesidad de aprobar un marco normativo regulador común para todos los Estados miembros, lo que exige de un cierto desapoderamiento de competencias internas a favor de la aplicación de unas reglas o principios comunes, que redunden en una mejora de la sanidad y el bienestar animal y, por derivación, en una garantía para el consumidor de productos ganaderos.

Otro problema importante es la dificultad de una actuación rápida ante una crisis alimentaria o crisis veterinaria por el número de autoridades con responsabilidad en la materia. Aunque la Unión Europea, a través de la Comisión, está realizando una importante labor para la cooperación y colaboración entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias estableciendo sistemas de alerta rápida informatizados, lo cierto es que se perciben ciertos problemas.

Por un lado, a nivel nacional las competencias sobre sanidad animal y seguridad alimentaria recaen en dos Ministerios distintos, el Ministerio de Medio Ambiente y del Medio Rural y Marino y el de Sanidad y Consumo, respectivamente; igual ocurre a nivel de CCAA. Ello obviamente va a ralentizar y dificultar la detección de problemas sanitarios y la adopción de las correspondientes medidas.

Por otro lado, en la aplicación efectiva de dicha normativa juega un papel esencial la formación del personal encargado de su aplicación y de las inspecciones y controles que se realicen in situ por el personal nacional y comunitario con competencias en la materia. Y es fruto de estas inspecciones y controles de

donde puede deducirse hasta qué punto todas las determinaciones normativas pueden cumplirse por todo tipo de agente económico implicado en la cadena de producción, comercialización y distribución de animales o sus productos (grandes, medianas y pequeñas empresas) Y ello, porque las exigencias al sector vienen siendo tan minuciosas que la aplicación efectiva de la normativa podría, en aras de la protección de la salud animal y humana, provocar el cierre de un gran número de empresas. Se hace, pues, necesario detectar el grado de cumplimiento de la normativa y analizar las posibles causas del incumplimiento para adoptar las oportunas medidas.

La solución a los problemas expuestos podría venir, como hemos comentado, por la clarificación, refundición, sistematización y deducción de unos principios básicos de actuación en materia de sanidad y bienestar animal y de seguridad alimentaria en los productos de origen animal.

## LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS CIVILES PARA LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE<sup>1</sup>

MIKEL M. KARRERA EGIALDE  
Profesor Titular de Derecho Civil de la UPV/EHU

**RESUMEN:** Materialmente, los ámbitos del Derecho agroalimentario y del Derecho ambiental abarcan espacios comunes relativos a los recursos naturales y su explotación económica cuyo tratamiento jurídico presenta intersecciones complejas de defensa de intereses sociales generales y de intereses personales particulares. Este trabajo pretende esbozar los instrumentos particulares que cualquier persona, en defensa de sus propios intereses, puede utilizar para la prevención y reparación de los daños de carácter ambiental que pueda sufrir en su persona o en su patrimonio. En esta labor, se presentan los principales recursos jurídicos de carácter civil que tradicionalmente han encauzado la respuesta jurídica a tales embates y que actualmente mantienen pleno vigor a pesar de la dinámica y severa penetración de los mecanismos de defensa ambiental desde el vasto campo de la intervención pública.

**ABSTRACT:** Physically, the areas of food law and environmental law include common spaces relating to natural resources and their exploitation economic whose legal treatment presents complex intersections of defence of social interests and personal interests. This work is intended to outline specific instruments that any person in their own interests, you can use to prevent and repair the damage of environmental nature that may be in his person or in their heritage. This work presents the main resources legal civilian objects that have traditionally channelled response legal to such shocks and currently maintain full force despite the Dynamics and severe environmental defense mechanisms penetration from the Vasto intervention field public.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El ejercicio y protección del derecho subjetivo. 1. La buena fe y el abuso de derecho. A) La buena fe. B) El abuso de derecho. 2. Las relaciones de vecindad: inmisiones. III. La responsabilidad civil. 1. La

<sup>1</sup> Este trabajo se inscribe en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado GIC 07/62-IT-359-07 (Gobierno Vasco) y del Proyecto DER 2008-01965/JURI, del Ministerio de ciencia e Innovación, dirigidos por el Catedrático de Derecho Civil Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez.

responsabilidad civil extracontractual. A) Normativa. B) Peculiaridades. C) Presupuestos de hecho. D) Efecto jurídico: la reparación del daño. 2. El aseguramiento de la responsabilidad civil. A) El contrato de seguro de responsabilidad civil. B) El seguro obligatorio. C) El Fondo de Compensación de Daños Medioambientales. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN.

El orden social, económico y jurídico vigente se halla construido sobre dos pilares básicos: el derecho a la propiedad privada y el derecho a la libertad de empresa o actividad económica. En muchas ocasiones, tales derechos se arropan bajo la pretensión de su supuesto carácter superior y de defensa de intereses generales que justifique un ejercicio amplio y atentatorio contra bienes que para el ser humano constituyen el soporte de sus derechos más básicos (respirar aire limpio, descansar sin perturbaciones, disfrutar del entorno, etcétera). Ciertamente, la producción en masa y las modernas técnicas y tecnologías de difícil control, que incluso en muchas veces sustituyen las acciones humanas, tienen como resultado la explotación desmesurada de los recursos naturales y la generación de contaminación. Aun sin desdeñar la actividad doméstica, la explotación económica se constituye, fundamentalmente, en el agente principal que genera contaminación mediante desechos o emanaciones, y de afección biológica mediante el uso de pesticidas y la manipulación biotecnológica de animales y plantas.

Después de muchas actuaciones abusivas y con la finalidad de preservar el ecosistema frente a su deterioro por la incidencia humana desmedida, la toma de conciencia ecológica de la sociedad ha articulado una respuesta jurídica: los elementos integrantes de la persona y del medio ambiente pasan a ser objeto de tutela jurídica. Para materializar este amparo, se recurre fundamentalmente al mecanismo jurídico del límite de las facultades de uso y aprovechamiento, de modo que se establecen medidas de garantía para el uso sostenible de los recursos naturales y se disponen medidas de control sobre las sustancias contaminantes y residuos.

Sin embargo, frente al ideal del conservacionismo y sostenibilidad ambiental, se siguen produciendo agresiones ecológicas que, además, en muchas ocasiones trascienden de los meros daños al entorno general e inciden concretamente sobre la propia persona o su patrimonio. En esos supuestos, el Derecho viene ofreciendo tradicionalmente mecanismos de defensa fundamentados en otro de los pilares más elementales y esenciales de todo ordenamiento jurídico: el principio *alterum non laedere*. Conforme a dicho principio de no lesividad, dañar a otro es un acto ilícito, en este caso basado, no en el derecho subjetivo al medio ambiente, sino en derechos personalísimos vinculados a la salud y patrimoniales derivados principalmente del derecho de propiedad. En definitiva, el particular puede ver lesionados sus intereses propios y debe poder ejercitar los derechos que protegen esos intereses.

Por tanto, determinados excesos, en forma de agresiones al medio ambiente, pueden llegar a atentar directamente contra derechos subjetivos de las personas particulares que protegen su indemnidad personal e integridad patrimonial. La defensa de tales derechos se articula mediante mecanismos tradicionales erigidos tras una larga experiencia de aplicación: los límites impuestos a los derechos subjetivos, básicamente la interdicción del abuso de derecho y el régimen de las relaciones de vecindad; y la responsabilidad civil derivada de los daños generados (*vid.* STS 19/07/2006: RJA 4731).

En cualquier caso, la utilización de *otras técnicas civiles* constituye una constante en la dinámica de las relaciones sociales y civiles que también tiene presencia en los medios de defensa del medio ambiente, especialmente (a) el principio de autonomía privada (*cfr.* la Ley 1/2005 por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, las medidas de carácter convencional en la política agraria, los convenios particulares de preservación del medio rural y de los bosques, los límites establecidos en el marco del régimen de la propiedad horizontal y en sede de arrendamientos urbanos, etcétera), y (b) el contrato de transacción para solucionar los conflictos generados (*cfr.* arts. 1809 ss. CC). Una incidencia más remota, pero relacionada con el medio ambiente, pueden tener también el régimen real del derecho de propiedad, especialmente de las fincas rústicas (unidades mínimas de cultivo, retractos) y de las edificaciones (aislamiento frente a inmisiones); el régimen contractual de los arrendamientos rústicos (acceso a la propiedad, mejoras); o el régimen de sucesiones *mortis causa* (conservación de explotaciones agrarias).

Desde la perspectiva de la defensa medioambiental, las técnicas jurídico-privadas presentan carácter complementario porque requiere la actuación de algún particular que vea lesionada su salud o su propiedad. En opinión de MARTÍN MATEO (1991: 161) constituyen un "remedio relativo sólo adecuado para combatir los daños ambientales en un número restringido de casos" porque, ciertamente, los conflictos y daños ambientales son esencialmente colectivos en la mayoría de los supuestos. De cualquier modo, no puede desdeñarse la importancia de la tutela de los intereses particulares en la lucha contra las inmisiones contaminantes porque no se trata de una cuestión tanto cuantitativa como cualitativa que se traducirá inmediatamente en beneficio directo del entorno natural (*vid.* STS 2/02/2001: RJA 1003).

Lógicamente, las vías civiles responden a la tutela de intereses particulares, es decir, su objetivo directo no es propiamente la tutela medioambiental. Sin embargo, la adopción de medidas para la defensa de aquellos intereses acarrea, necesariamente, la neutralización de actividades contaminantes que redundan de modo reflejo y automático en la mejora de la calidad medioambiental. De este modo, los mecanismos civiles para obtener la tutela de los Tribunales en la defensa de los derechos e intereses de la persona relacionados con el medio ambiente son

compatibles y complementarios del resto de normativas y medidas administrativas y penales de defensa del medio ambiente (*vid.* STS 3/12 1987: RJA 9176).

## II. EL EJERCICIO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO.

### 1. La buena fe y el abuso de derecho.

Todo derecho es limitado en sí, es decir, se configura con límites intrínsecos marcados por su propia tipificación legal o negocial que determina el ámbito de poder que permite el derecho en cuestión, tanto en su *contenido* como en su *ejercicio*. En principio, el ejercicio de un derecho es un acto legítimo y justo, de modo que quien actúe *en el ejercicio legítimo de un derecho* está exento de responsabilidad criminal (art. 20.7 CP). Sin embargo, entre las tareas jurídicas primordiales se encuentra el análisis de la naturaleza y función propia de cada derecho para determinar ciertas *limitaciones* en consideración a los demás. En este sentido, el Código Civil en su artículo 7, conforme a la redacción de la Ley 3/1973 y Decreto 1836/1974, dispone lo siguiente:

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Conforme a esta disposición, se establecen límites intrínsecos al derecho subjetivo derivados, por un lado, de la buena fe y, por otro, de la propia naturaleza del derecho ejercitado (los límites normales que si son traspasados manifiestamente dan lugar al abuso de derecho).

Paralelamente, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

Los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal.

En el ámbito procesal también se recalcan los mismos principios en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.
2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

De este modo, se positiviza y adquiere carácter legal un principio general del Derecho que establece, junto a la razonabilidad en el uso de los bienes exigido

constitucionalmente, un criterio de vocación y solidaridad social en el ejercicio de los derechos que tiene especial repercusión sobre los recursos naturales y su utilización. Por su carácter de norma general, se trata de un recurso jurídico secundario respecto de otros remedios jurídicos expresamente previstos por el ordenamiento a los que el interesado debe recurrir en primera instancia y, por tanto, subsidiario aplicable a falta de otro precepto legal. Sin embargo, precisamente por su carácter, se perfila como el instrumento adecuado para la protección de intereses relevantes pero de perfil difuso, cual sucede con el interés legítimo de las personas a una digna calidad de vida que, a su vez, abarca el disfrute de un medio ambiente adecuado.

#### A) La buena fe.

Tradicionalmente se ha concebido que el derecho subjetivo debe ejercitarse con prudencia y ponderación, especialmente en las situaciones en que confluyen distintos intereses particulares. Por ello, el legislador ha positivizado el principio del ejercicio de cualquier derecho conforme a las exigencias de la buena fe como mandato normativo expreso, de modo que se integra en el contenido del derecho mismo. Puede calificarse como cláusula de cierre del sistema que opera cuando preceptos determinados no otorguen a la buena fe otro efecto específico.

En el ordenamiento jurídico, la buena fe se recoge en diferentes disposiciones respecto de diversas situaciones y, en consecuencia, con distintas acepciones (*cfr.* arts. 433, 1107, 1258 o 1950 CC). Específicamente, el concepto de buena fe referido en el artículo 7.1 CC se estructura a partir de las siguientes premisas:

(1) La buena fe se diseña desde una perspectiva objetiva y ética configurada como modelo de conducta social, es decir, “una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

(2) La buena fe se refiere a una relación de actitud entre distintos sujetos, es decir, se trata de apreciar lo que habitualmente se puede esperar de una determinada conducta de alguien y sus consecuencias. El comportamiento de buena fe permite estimar la actuación en buena conciencia y no temer consecuencias distintas y perjudiciales. Consiste en la conducta de alguien respecto de otro —con el que se halla en relación— acomodada a los valores lógicos derivados de la ética, justicia, lealtad y honradez que imperan en las relaciones de convivencia social. Dicho comportamiento se vincula a la responsabilidad sobre las consecuencias que todo acto humano consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza humana.

(3) La buena fe en el ejercicio del derecho es una medida para que ese derecho sea tutelado por el ordenamiento jurídico. Obviamente, el ejercicio debe ser realizado en un ambiente de plena y absoluta libertad de actuación. De ello se derivan las siguientes consecuencias:

(a) La conducta contraria a la buena fe no se protege, tiene carácter ilícito y, en caso de generar daño, obliga a indemnizarlo.

(b) La conducta derivada de un título jurídico generan relaciones en las que es exigible su adecuación a los parámetros de la buena fe.

(c) La conducta realizada se constituye en precedente que vincula al ejerciente para posteriores ejercicios, de modo que se puede valorar el ejercicio posterior conforme a las perspectivas generadas por los ejercicios antecedentes. Para el titular dichas conductas son *actos propios* contra los cuales no puede ir válidamente en razón de la coherencia que exige la conducta de buena fe por la confianza que objetivamente ha suscitado en otras personas (*vid.* STS 25/07/2000: RJA 6196).

Para apreciar la ausencia de la buena fe en el ejercicio del derecho, hay que analizar hechos y conductas probadas, y compararlas con las formas y manifestaciones sociales de convivencia. Se trata, por tanto, de una cuestión de hecho que debe ser valorada por los tribunales de instancia.

Este deber de buena fe genera una consecuencia lógica que engloba en su formulación: la prohibición del abuso de derecho. Por su parte, el Derecho navarro sólo se refiere a la buena fe y se prescinde de la referencia al abuso de derecho por quedar englobado en aquélla: *los derechos pueden ejercitarse libremente, sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, la buena fe, las rectas costumbres y el uso inocuo de otras personas; y las impuestas por prohibición expresa de la Ley* (Ley 17 Fuero Nuevo).

#### B) El abuso de derecho.

La propia naturaleza del derecho ejercitado trae consigo la interdicción del abuso de derecho porque el ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad o función económica-social para la cual ha sido concedida o atribuida al titular por la norma legal que lo tipifica y regula. El precedente de la prohibición del abuso de derecho es la doctrina del acto de emulación, es decir, aquel ejercicio de un derecho de aprovechamiento que resulte molesto y realizado precisamente con la intención de molestar. En principio, no existe preferencia jurídica entre dos derechos de disfrute y es lícito que el ejercicio de uno de ellos pueda imposibilitar o limitar el ejercicio de otro derecho; sólo es ilícito ejercitar un derecho con la finalidad de dañar a otro. Los derechos tienen por objetivo servir a las necesidades humanas y no es admisible abusar del propio derecho con el fin de perjudicar a otro. En este caso, la actividad del titular del derecho presenta carácter antisocial, es decir, contrario a la utilidad que justifica reconocer derechos de uso de recursos a los miembros integrantes de la sociedad. Este principio se elabora respecto del ejercicio del derecho de propiedad en las relaciones de vecindad y, de considerarse mera limitación de tal derecho, pasa a serlo del ejercicio de todo derecho cuando la actividad del titular tenga por finalidad dañar a otro (*vid.* STS de 3/12/1987: RJA 9176).

La configuración del abuso de derecho responde, por tanto, a su consideración de institución de teoría general del Derecho regulada en el mencionado artículo 7.2 CC, fundamentada en la equidad y la conducta ética en el ejercicio de los derechos, y con especial trascendencia en la salvaguardia de los intereses que todavía no han alcanzado protección jurídica garantizada por otros preceptos legales. Conforme a la misma, los actos que se realizan al amparo de una legalidad externa, pero sobrepasando los límites normales de ejercicio de derechos subjetivos y amenazando lesionar o lesionando intereses legítimos de otras personas no amparados por una específica prerrogativa jurídica, se consideran ilícitos y se sancionan con la nulidad. Como se ha señalado anteriormente, esta norma actúa como principio general informador del ejercicio del derecho y, en consecuencia, es aplicable en los casos en los que no exista ninguna norma específica que regule el supuesto de hecho enjuiciado.

El abuso del derecho es un límite intrínseco del derecho subjetivo que tuvo referencias legales aisladas (Ley de Usura de 1908, Reglamento Hipotecario de 1915 y Leyes arrendaticias: *vid.* art. 9 LAU-1964), fue desarrollado por la doctrina (CALVO SOTELLO: 1917) y recogido por la jurisprudencia a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 (ponente CASTÁN), en el que se enjuició un caso de evidente interés ecológico: la actividad de una entidad con concesión exclusiva para extraer arenas de la playa ocasiona tal disminución de la superficie de la playa y desaparición de las defensas naturales contra las avenidas de ríos y la acción de las mareas que unos temporales causaron importantes daños en una central eléctrica colindante.

“Incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)”.

Conforme dispone el Código civil y reitera la jurisprudencia, la esencia del concepto es halla en sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, que es lo mismo que extralimitación. En tales casos el ejercicio adquiere carácter antisocial por infringir la función que todo derecho desempeña, es decir, cuando el poder en que el derecho subjetivo consiste se utiliza con una finalidad económico-social distinta de aquélla para la cual ha sido atribuida a su titular por el ordenamiento jurídico.

Tal como requiere la jurisprudencia, la conducta abusiva está determinada por circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio del derecho) y subjetivas (voluntad de perjudicar y ausencia de interés legítimo) (*vid.* SSTs 14/05/2002 —RJA 4441— y 20/06/2008 —RJA 4263—). Para determinar el abuso del derecho hay que atender a los siguientes presupuestos:

(1) Ejercicio de un derecho externamente legal: en origen existe un acto formalmente lícito en cuanto consiste en ejercitar, por acción u omisión, facultades otorgadas por un derecho subjetivo.

(2) Dicho acto aparece cualificado por las circunstancias de:

(a) Sobrepasar los límites normales o razonables del ejercicio del derecho en que se fundamenta. No se trata de apreciar la legalidad, sino de valorar lo que socialmente se entiende como ejercicio corriente de ese derecho.

(b) Sobrepasarlo de modo manifiesto: no basta superar el límite de lo normal, sino notoriamente con claridad y entidad, esto es, con evidencia cualitativa e importancia cuantitativa.

(3) El carácter antisocial del ejercicio del derecho se verifica:

(a) Por la intención de su autor: positivamente intención de dañar o negativamente intención de ejercitar el derecho con ausencia de un fin serio y legítimo. La Exposición de Motivos del citado Decreto 1836/1974 dice que la intención “no ha de consistir, sin embargo, en un comportamiento doloso y culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil”.

(b) Por su objeto: referido a la finalidad particular que persigue el titular en el ejercicio de su derecho, y a la finalidad económico-social actual del reconocimiento jurídico de ese derecho.

(c) Por las circunstancias en que se ejercita, tanto de carácter subjetivo referidas al titular y a los afectados, como objetivo relativas al espacio, tiempo y modo del ejercicio.

No se exige que tales requisitos deban presentarse acumulativamente, sino que pueden concurrir alternativamente.

(4) El daño no es un elemento constitutivo del abuso del derecho y, por lo tanto, su calificación es independiente de la circunstancia de que se causen o no daños a otros. La existencia de un daño actual o potencial es un supuesto específico del abuso del derecho. Por tanto, al no requerirse como presupuesto la existencia de un daño, el abuso del derecho refuerza su función preventiva respecto de otras figuras jurídicas, principalmente de la responsabilidad civil que tradicionalmente ha requerido un daño actual que sea resarcido, aunque actualmente se tiende a aceptar también la alta probabilidad de su producción.

En materia de prueba, hay que partir de la presunción de ejercicio normal lícito. El abuso del derecho es una situación de índole excepcional que requiere prueba por parte de quien la alega; y de alcance singularmente restrictivo de modo que su interpretación y apreciación, que corresponde a los tribunales de instancia, presentan carácter restringido.

Una vez determinado el abuso del derecho, adquiere carácter de acto ilícito sancionado por el ordenamiento jurídico, y se equipara al ejercicio antisocial del mismo porque la persona es un ser social por naturaleza que debe atender al valor de la solidaridad con el resto de miembros de la sociedad. Por su parte, las consecuencias del abuso de derecho son de dos tipos:

(1) En los casos en que exista daño, sea material o moral, se aplicarán las normas relativas del Derecho de daños para determinar la correspondiente indemnización.

(2) En cualquier caso, se adoptarán las medidas judiciales o administrativas pertinentes que impidan la persistencia en el abuso. La exposición de motivos del Decreto de 1974 manifestaba que “de esta forma se obtienen las ventajas de la ejecución en forma específica y puede quedar efectivamente restablecida la normalidad”. Las medidas judiciales se referirán a la instauración del statu quo ante y a la adopción de las prevenciones cautelares que sean pertinentes. Por su parte, las administrativas son todas las que puede adoptar la Administración en el terreno de la actuación ordenadora de las actividades privadas.

Ciertamente, hay que tener presente que esta figura tiene, por su propio carácter, una importante rémora en la escasa claridad de su contorno y el extenso campo de su aplicación a todos los derechos y no sólo al ejercicio de facultades mediante actividades que inciden en derechos de otras personas y en el medio ambiente. Pero en definitiva, las personas tienen un interés legítimo en disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su personalidad que es susceptible de defensa, incluso preventivamente, frente a quienes crean un peligro razonable que atenta contra dicho interés mediante el ejercicio abusivo de su derecho subjetivo. En todo caso, aunque en principio el abuso de derecho no es el fundamento jurídico adecuado para defenderse ante las inmisiones ilícitas, sí debe alegarse en los supuestos en que aquéllas sean causadas deliberadamente, es decir, con ánimo de causar daño porque en ese caso se trata de un acto claramente abusivo que el precepto prohíbe y sanciona.

## 2. Las relaciones de vecindad: inmisiones.

La actividad administrativa se preocupa de regular y controlar la vertiente activa o fuente generadora de las emisiones; por su parte, la vertiente pasiva o sufridora de las inmisiones tiene la defensa de los mecanismos civiles que protegen su derecho particular en el disfrute de sus bienes. Es decir, mientras el Derecho administrativo se preocupa principalmente de las *emisiones*, el Derecho privado atiende esencialmente a las *inmisiones*. De este modo, el objeto de atención y sus principios reguladores son distintos en el Derecho público y en el Derecho privado. Sin embargo, a pesar de que la finalidad de la disciplina sobre inmisiones no es la protección del medio ambiente, existe un terreno común cubierto por muchos fenómenos de inmisiones que provocan grandes afecciones y alteraciones

de carácter ambiental (contaminación por líquidos, gases, humos, ruidos, radiaciones, etcétera).

Dentro del vasto ámbito del Derecho vecinal, un núcleo fundamental de las relaciones de vecindad se constituye en torno al conjunto de límites impuestos al derecho de propiedad en razón de la situación de colindancia o proximidad entre las fincas. En este último ámbito, por su parte, las relaciones de vecindad de carácter industrial y tecnológico generan un complejo campo de vínculos que requiere aquilatar y equilibrar básicamente intereses de dos esferas: por un lado, las necesidades vinculadas al desarrollo económico derivadas de la producción, la inversión, la industrialización, el empleo, etcétera; y, por otro, las supeditadas a la calidad de vida relacionadas con la salud, la intimidad personal y familiar, la tranquilidad, el medio ambiente, etcétera. En esa compleja red de vínculos, el fenómeno de las inmisiones industriales en sentido amplio se constituye en cuestión principal por las características cuantitativas y cualitativas que exterioriza.

A pesar de no aparecer en el Código Civil, el uso del término *inmisión* es el que se ha generalizado en la doctrina y en la jurisprudencia. La *inmisión* se define como la *injerencia* o *intromisión* en la esfera interna de la propiedad ajena consistente en la propagación por medios naturales de sustancias, materias, elementos o fuerzas incorpóreas o de escasa corporalidad de carácter molesto o nocivo al fundo vecino, provocada por la actividad basada en el ejercicio normal o anormal de un derecho de uso y disfrute, con cierta reiteración, excediendo el nivel de normal tolerancia delimitado en caso a las circunstancias de tiempo y lugar, y lesionando derechos patrimoniales o personales (intimidad, salud) relacionados con el goce del fundo vecino. A su vez, se delimita por su carácter material, es decir, apreciable físicamente y registrable científicamente (sustancias, humos, ruidos, ondas, trepidaciones), sin confundirlo con la corporeidad pero excluyendo las injerencias ideales (morales, estéticas); positivo, es decir, con la existencia de penetración en el ámbito espacial ajeno, lo que excluye las ventajas e injerencias negativas (recepción de señales, luces, vistas); e indirecto, es decir, la actividad debe propagarse por medios naturales a fundo ajeno, excluyendo la propagación artificial directa en finca ajena (prohibida por lesionar el derecho de propiedad). En suma, los requisitos exigidos para apreciar la existencia o no de la *inmisión* son: primero, que la *inmisión* sea *consecuencia* del uso del titular de un derecho de disfrute; segundo, que la *producción o eventualidad* de daños patrimoniales o personales; tercero, que exista *continuidad* temporal, periodicidad o reiteración de la injerencia; y, cuarto, que haya *relación* de vecindad espacial que posibilite la intrusión.

Ante tal supuesto de hecho, se han propuesto y articulado distintas respuestas basadas en criterios muy variados:

(1) Con base en el *hecho* de la *inmisión* (actividad del inmitente):

(a) *Acto de emulación*: ejercicio lícito del derecho, pero sin utilidad propia y con el fin de dañar a otro.

(b) *Normalidad de uso*: ilicitud del uso extraordinario respecto al destino normal o natural del derecho que excede la esfera de las necesidades ordinarias o normales de la vida.

(c) *Necesidad social*: el límite entre derechos se marca por la necesidad social general y absoluta, es decir, aquella contra la que no se puede actuar sin negar la coexistencia social.

(d) *Razonabilidad de uso*: el uso razonable del derecho marca el límite de los riesgos e incomodidades lícitas causadas al vecino.

(2) Con base en el *efecto* de la *inmisión* (molestia o perjuicio):

(a) *Obligaciones ordinarias de vecindad*: el uso del derecho que excede de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad constituye una falta que otorga al perjudicado una acción de responsabilidad civil objetiva.

(b) *Normal tolerabilidad*: el uso del derecho tiene como límite las incomodidades y molestias que debe tolerar y soportar el vecino conforme a la normalmente consentido por la conciencia social.

El Código Civil español no disciplina sistemáticamente las relaciones vecinales, ni contiene ninguna norma general reguladora del criterio que regule dichas relaciones. Al contrario que en Navarra con regulación *genérica* en la Ley 367 de su Fuero Nuevo; y Cataluña con regulación *específica* mediante Ley 13/1990, de 9 de julio, de acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (vigente hasta el 1 de julio de 2006) que ha sido recogida en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales (Capítulo VI: relaciones de vecindad).

La solución puede deducirse directamente de la doctrina del abuso del derecho anteriormente expuesto. En este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN sostienen que “a falta de un criterio específico la cuestión (la materia particular de las relaciones de vecindad) debe resolverse ante todo con la aplicación de la doctrina del abuso del derecho” en tanto categoría más amplia que engloba todo ejercicio extralimitado o antisocial de un derecho subjetivo, porque “un uso anormal o excesivo del derecho de propiedad no tiene que ser soportado y el límite lo mismo podrá venir dado por la norma jurídica o por las costumbres o por el criterio de la tolerancia normal, es decir, por lo que normalmente es consentido por la conciencia social, o, en fin, por la forma en que debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes”.

Sin embargo, indirectamente se ha inducido de dos disposiciones casuísticas del Código Civil que, por analogía generalizadora, marcan la opción de la doctrina jurisprudencial y científica favorable a la normal tolerabilidad, considerando ilícita cualquier *inmisión* que sea superior a lo tolerable y generadora de la correspondiente responsabilidad civil. Ambos constituyen los fundamentos jurídicos consolidados para la tutela preventiva frente a *inmisiones* de carácter medioambiental generadas en el ámbito de las relaciones de vecindad:

(1) En sede de servidumbres y límites al derecho de propiedad, el artículo 590 CC acoge la vertiente preventiva o protectora:

*Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.*

*A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos.*

Como es patente, no se trata de una norma general sobre inmisiones, sino que atiende a unos supuestos específicos dentro de tal ámbito. La casuística que presenta parece anacrónica respecto a los focos de peligrosidad potencial propios de la época actual; sin embargo, con independencia de los casos que relata, ofrece una gran potencialidad para su adaptación a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada conforme al artículo 3 CC, y virtualidad para la tutela civil preventiva de inmisiones ambientales mediante su aplicación analógica. En ese sentido, además, la interpretación jurisprudencial considera que la proximidad a pared ajena o medianera que refiere el artículo no implica una relación de contigüidad física o inmediata colindancia, sino que se refiere al ámbito o zona de influencia de los efectos de la actividad que se desarrolla.

El principio material especificado en este artículo ha conformado uno de los ámbitos más importantes del Derecho Administrativo porque pretende tomar precauciones ante actividades que potencialmente son fuente de emanaciones e inmisiones en fincas vecinas. Pero no por ello el ámbito civil ha perdido su sustantividad en tanto la observancia de las medidas previstas administrativamente no convierte la inmisión en lícita, ni la inobservancia de aquéllas acarrea su ilicitud civil. El precepto establece, siguiendo a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1973: 32) “un marco sustantivo, el de la integridad patrimonial, y un marco adjetivo o instrumental, de carácter técnico, cuya precisión asigna a los Reglamentos administrativos, a los que se remite. En su simplicidad esta distinción es de capital importancia, ya que la proliferación de las reglamentaciones administrativas ha hecho perder de vista el marco sustantivo en el que deben integrarse, el marco del que traen causa y que, por lo demás, sirve de cobertura”.

La limitación legal establece dos parámetros a respetar: una distancia de seguridad que afecta a la determinación del emplazamiento, y unas medidas de resguardo que conciernen al modo de ejecución de la obra. La concreción tanto de las distancias como de las medidas se determina, por su índole técnica, por remisión a los reglamentos y usos del lugar que se materializan mediante disposiciones administrativas relativas a las actividades (principalmente el RAMINP) y al empla-

zamiento (por remisión del artículo 4 RAMINP, las ordenanzas municipales, los planes de urbanización o la Comisión Provincial de Servicios Técnicos).

Las limitaciones del precepto se distinguen en función del interés que protegen. Las debidas a interés privado (pozos, cloacas y acueductos) son de carácter dispositivo o renunciabiles, de modo que, al respecto, los particulares pueden establecer los pactos que estimen convenientes. Sin embargo, el resto de limitaciones son debidas a interés o utilidad pública y presentan carácter imperativo, motivo por el cual de nada sirven las renunciaciones y pactos particulares contra ellas.

(2) En sede de responsabilidad civil, el artículo 1908 CC atiende la perspectiva reparadora o indemnizatoria:

*Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:*

*2º) Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.*

*4º) Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.*

Esta norma tiene una correlación complementaria con el mencionado artículo 590 CC, en cuanto este último establece el marco ordenador de las relaciones de vecindad y el artículo 1908 CC la respuesta represiva frente a la infracción de aquel marco; en cualquier caso ambos preceptos disponen regímenes independientes.

A pesar del carácter enumerativo del artículo 1908 CC, los tribunales reconocen, mediante interpretación extensiva, el derecho a la prevención y reparación de los daños causados por cualquier actividad contaminante por asimilación a los humos nocivos a las personas o a las propiedades, como son los vertidos a cauces, los ruidos, las emisiones de polvo o las ondas electromagnéticas dañinas. En todo caso, conviene subrayar que la acción de cesación no presupone la existencia de un daño, sino que se trata de dos acciones civiles autónomas que defienden el contenido de un derecho privado y actúan con independencia del acto administrativo de cobertura de la actividad mediante la concesión de autorizaciones o licencias porque, según jurisprudencia consolidada, el ámbito civil se restringe a apreciar la actuación de la persona que incumple los deberes de las relaciones de vecindad o genera daños a particulares.

Conviene subrayar que el artículo 1908 CC no es una norma sobre relaciones de vecindad, sino sobre responsabilidad extracontractual. Sucede que en ocasiones las inmisiones derivadas de las relaciones de vecindad pueden generar daños que, de manera autónoma, activan la acción de responsabilidad civil. Pero esta última puede ejercitarse también cuando el daño se derive de una inmisión inusual dañina, es decir, cuando existiendo una actividad inminente lícita, la inmisión puntualmente o accidentalmente genera un daño que debe indemnizar el responsable.

Ha sido habitual en la jurisprudencia trasladar el problema de las inmisiones (de carácter real) al régimen de la responsabilidad civil (de carácter obligacional). Es decir, ante los conflictos generados por inmisiones se ha recurrido a la técnica

de la responsabilidad civil sin atender al mecanismo propio de las relaciones de vecindad (*vid.* STS 12/12/1980: RJA 4747).

En cualquier caso, ambos preceptos ofrecen el criterio básico de enjuiciamiento: la normal tolerabilidad. Muchos de los casos enjuiciados presentan una marcada vertiente ambiental y del análisis de los criterios jurisprudenciales utilizados respecto del ordenamiento jurídico español revela dos puntos esenciales de referencia:

(1) *El uso normal: perspectiva activa (ejercicio del derecho)*. Para valorar la normalidad del uso caben dos posibilidades: (a) Valoración absoluta: atender únicamente al uso de la finca conforme a su destino. Tratándose de una explotación económica, valorar lo que es normal y tolerable en el ejercicio de esa explotación. (b) Valoración relativa: atender, además de lo anterior, al uso considerado normal en el entorno, es decir, teniendo en cuenta no sólo el destino de la finca activa, sino también las circunstancias de las fincas pasivas de las fincas de la zona. Responde más acertadamente a la realidad fáctica en cuanto las actividades no pueden aislarse de la contigüidad natural de las cosas y su inserción en un contexto material o geográfico más amplio, de modo que la solución al problema debe atender también a las condiciones del lugar para adecuar la actividad al uso local.

(2) *La normal tolerancia: perspectiva pasiva (recepción de la inmisión)*. Se sitúa en la óptica propia de la inmisión misma y del sujeto que la padece y valorar el grado de receptividad y sensibilidad hacia la perturbación con dos posibles medidas de tolerancia: (a) la tolerancia particular del concreto sujeto perturbado; (b) la tolerancia general o estándar de una persona media normal. En cuestión de inmisión, resulta difícil realizar una formulación general y abstracta al modo en que se determina la diligencia de un buen padre de familia (arts. 270, 497, 1889 o 1903 CC). Dada la particularidad de cada caso de inmisión, es necesario atender a las circunstancias en las que cada sujeto despliega sus condiciones y opciones de vida, y factores ambientales de las condiciones del lugar y entorno de cada persona.

Ambas perspectivas deben concurrir en la determinación de la tolerancia integrándose como criterios complementarios en razón de su carácter relativo de atender solamente una parte de la realidad fáctica. Por sí solo ninguno de los dos criterios se manifiesta suficiente para aquilatar la relación de los intereses implicados que se enfrentan. Evidentemente, la valoración de las condiciones de la zona viene facilitada al juzgador civil por la planificación urbanística que establece calificaciones y usos en las distintas áreas, pero no llega a ser determinante porque, con independencia de posibles errores de cálculo en la planificación, el desarrollo fáctico de actividades y usos puede desbordar las previsiones realizadas. De este modo se determinará cuando un conflicto de intereses es jurídicamente relevante y necesitado de solución, y cuando existe deber de tolerar inmisiones en razón de la general convivencia vecinal.

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

#### 1. La responsabilidad civil extracontractual.

Toda catástrofe ecológica pone de manifiesto inmediatamente la cuestión y el debate referente a la autoría de la misma y la responsabilidad civil subsiguiente por los daños generados tanto al medio ambiente en general, como al patrimonio de personas particulares que han visto afectados sus bienes o su propia persona. En este caso, después de analizar los instrumentos de protección del derecho subjetivo en sí, se trata de examinar la respuesta jurídica ante los daños ya causados.

Partiendo del principio latino *alterum non laedere* o *neminem laedere*, no es lícito dañar a terceros o a bienes de terceros, por lo que, consecuentemente, quien produce daño debe reparar o compensar el daño generado. La contaminación, por su propio carácter, es un elemento dañoso que, en consecuencia, origina el deber de reparar o compensar el daño ocasionado. Desde un análisis teórico, este tipo de daño puede ser:

(1) Daño ecológico o ambiental: el provocado al medio ambiente o al ecosistema en su complejidad, es decir, el daño producido a la flora, fauna, recursos hídricos, aire, paisaje, etcétera.

(2) Daño por contaminación o particular (daño tradicional): el generado a los intereses particulares por la contaminación que sufren las personas y sus patrimonios, es decir, el daño sufrido por enfermedades, contaminación del suelo, pérdida de cosechas, etcétera.

Las regulaciones jurídicas que pretenden abordar la cuestión de la responsabilidad ambiental atienden precisamente a esa distinción:

(1) La Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (*DOUE* L 143, de 30 de abril de 2004), modificada a su vez por la Directiva 2006/21/CE, de 15 de marzo de 2006 (*DOUE* L 102, de 11 de abril de 2006)

*La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños* (Considerando 14).

(2) Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (*BOE* de 24 de octubre), que incorpora al ordenamiento español la citada Directiva e instrumenta el sistema de responsabilidad que prevenga eficazmente los daños medioambientales (función preventiva) y, para los casos en los que estos lleguen a producirse, asegure una rápida y adecuada reparación (función reparadora):

*Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o*

*cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación* (art. 5.1).

En este momento se trata, sin embargo, de analizar el ámbito de responsabilidad civil sometido al régimen tradicional codificado.

#### A) Normativa.

Puede afirmarse que en la época de elaboración del Código Civil no existen inquietudes por la cuestión medioambiental. Entre las preocupaciones principales se encuentra la cuestión de la protección de la propiedad que contribuye a acoger algunas reglas particulares sobre responsabilidad civil que, en el marco de las relaciones de vecindad, disponen criterios que favorecen indirectamente la tutela del medio ambiente.

Las normas del Código Civil sobre responsabilidad civil que inciden en materia de inmisiones son la norma general del artículo 1902 CC y el ya mencionado 1908 CC que regula supuestos de responsabilidad por razón de dominio:

Artículo 1902: *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

Artículo 1908: *Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 2º) Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 4º) Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.*

Por un lado, frente a la responsabilidad subjetiva o por culpa que como norma general dispone el artículo 1902 CC, el artículo 1908 CC relega la idea de culpa y se fundamenta en el riesgo creado por las actividades que causan daño, es decir, establece una responsabilidad de carácter objetivo o por riesgo. En cualquier caso, debe recordarse que la responsabilidad objetiva o sin culpa no se caracteriza por que la responsabilidad se atribuya por mera causalidad, ni por que se prescinda totalmente de toda medida de la diligencia debida. Para determinar las personas responsables, aun en los sistemas objetivos, siempre debe realizarse algún tipo de apreciación sobre los deberes de diligencia o cuidado.

Por otro, es posible su aplicación generalizada a otro tipo de inmisiones similares (caso paradigmático de la contaminación atmosférica) mediante la interpretación del precepto conforme a la *realidad social del tiempo* (art. 3.1 CC).

#### B) Peculiaridades.

El daño ambiental es un hecho que presenta peculiaridades propias y, en consecuencia, condiciona el régimen de responsabilidad civil en su vertiente de defensa de los intereses privados. Obviamente, la obligación de indemnizar el daño, sea del tipo que sea, exige la concurrencia de antijuridicidad o ilicitud, relación de causalidad, verificación del daño y su imputación en base a la intencionalidad

del autor o el mero acaecimiento del daño en razón del riesgo específico del que proviene.

(1) El Derecho civil se preocupa de articular la protección integral de la persona en su vertiente personal y patrimonial. En el ámbito del Derecho privado, la responsabilidad civil es un mecanismo dirigido a la protección de la persona y sus bienes frente a un daño no obligado a soportar y generado por un hecho no delictual. Es decir, la protección inmediata de la responsabilidad civil se dirige a la defensa de la persona y sus bienes, y sólo de modo reflejo o indirecto se protegerán los elementos que integran el medio ambiente. En suma, la responsabilidad civil, como medida jurídico-privada, protege a unas personas frente a otras.

(2) El régimen de la responsabilidad civil opera ante el daño o menoscabo ya se ha producido. Una abundante casuística muestra que las agresiones al medio ambiente generan daños a las personas o a las cosas que se someten al régimen de la responsabilidad civil.

#### C) Presupuestos de hecho.

Los presupuestos que, según la jurisprudencia y la doctrina, han de concurrir para el nacimiento de la obligación de reparar el daño causado son los siguientes:

a) La acción u omisión antijurídica: el ilícito ambiental.

El acto o conducta —actividad u omisión— humana causante de un daño debe presentar, como característica previa, carácter antijurídico, es decir, contrario a Derecho. Esta contravención del Derecho significa violación de normas legales, reglas consuetudinarias o principios generales del Derecho; normalmente, el ilícito consistirá en la violación del principio *alterum non laedere*, aunque la actividad desarrollada y originaria del daño sea lícita (*vid.* STS 18/05/1984: RJA 2420).

Con ello se persigue la protección de intereses dañados en cuanto consecuencia de una incidencia que las víctimas no tengan la obligación de tolerarla. De este modo se pueden determinar los casos en que queda excluido el carácter antijurídico de la conducta dañosa. Por un lado, si el agente que causa un daño está ejerciendo un derecho propio, en ese caso, sus actos no pueden recibir el reproche del ordenamiento jurídico, ni tampoco si el afectado consiente la producción del daño siempre que el bien jurídico dañado sea susceptible de disposición. Por otro, son aplicables las causas tradicionales de exclusión derivadas de la legítima defensa y del estado de necesidad (*vid.* STS 24/01/1995 -Sala Penal-: RJA 141).

Obviamente, la conducta debe imputarse a una persona causante y, por tanto, se excluyen los casos en los que no intervenga la voluntad de una persona (caso fortuito y fuerza mayor), y los supuestos en que la intervención culposa o negligente sea exclusivamente del perjudicado.

b) El daño.

La existencia del daño es presupuesto esencial para el nacimiento de la obligación de repararlo. Por ello, se requieren dos elementos necesarios:

(a) por un lado, la certeza del daño: sólo cabe demandar los daños —perjuicios o menoscabos— ciertos, reales y efectivos, y que, por tanto, la víctima pueda acreditar y probar; y, (b) por otro, el carácter particular y personal del daño: debe afectar a los derechos, intereses jurídicamente protegidos o atributos de una persona. Por lo demás, el ordenamiento jurídico español opta por el sistema de cláusula general y no establece ninguna enumeración específica de intereses protegidos.

No existen en el ordenamiento jurídico español principios generales rectores sobre la indemnización de daños y perjuicios y este vacío autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma. La referencia positiva para su determinación se halla en sede de responsabilidad contractual:

Artículo 1106 CC: *La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.*

Se refiere exclusivamente al daño patrimonial, es decir, el que lesiona algún derecho de naturaleza patrimonial, sea de carácter personal o real, y que comprende:

(a) El daño emergente (*damnum emergens*): la disminución de valor o pérdida efectivamente sufrida. Ordinariamente se refiere a los gastos que la víctima ha tenido que realizar como consecuencia del comportamiento del responsable y justificados por un nexo causal lógico con dicha conducta.

(b) El lucro cesante (*lucrum cessans*): las ganancias o incremento patrimonial neto dejado de obtener como consecuencia del evento dañoso. En la práctica es difícil en muchas ocasiones diferenciarlo del daño emergente, pero por norma general carece de importancia tal diferenciación en cuanto lo relevante es la determinación del daño efectivo (*vid.* STS 12/11/2003: RJA 8300).

En cualquier caso, el daño pueden ser además de carácter: (a) corporal: el que afecta al cuerpo o a la integridad física o psíquica de la persona; o (b) moral: el que perturba elementos muy particulares de la persona de difícil apreciación relacionados con sensaciones y sentimientos de intranquilidad, temor, miedo, molestia, pesar, irritación, angustia, sufrimiento, dolor o semejantes.

c) El criterio de imputación

Conforme al régimen del artículo 1902 CC, el daño es atribuible al agente productor y, por tanto, es responsable, si su conducta merece calificarse como *culpable o negligente* (*vid.* STS 10/05/2006: RJA 3967).

De este modo, el artículo 1902 CC establece una responsabilidad general de tipo subjetivo basado en la culpa del responsable: culpable es tanto quien actúa de forma negligente, como quien lo hace dolosamente. La negligencia se determina en base a la previsibilidad o evitabilidad, de modo que el nivel de exigencia

de lo previsible o evitable es fundamental para determinar la negligencia e imputar la responsabilidad del daño.

La evolución jurisprudencial respecto de la acreditación de la culpa lleva a tomar en consideración dos aspectos importantes que se aceptan sin contradicción: por un lado, la inversión o atenuación de la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos; y, por otro, la elevación del nivel de diligencia exigible conforme a la prudencia que las circunstancias del caso exigen y la obligación de asegurarse de su alcance y consecuencias para evitar perjuicio a tercero (*vid.* STS 22/02/2007: RJA 1520).

En cualquier caso, para los casos de actividades dañosas para el medio ambiente se prevé habitualmente la *imputación objetiva* tanto con carácter general en el artículo 1908 CC, como con carácter específico en la legislación sectorial (caso paradigmático de la ley reguladora de la energía nuclear). La jurisprudencia consolidada actualmente establece que la responsabilidad establecida en el artículo 1908.2 CC es de claro matiz objetivo frente al tercero perjudicado por razón del riesgo creado, y en tanto la medidas de seguridad y garantías observadas se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos. De hecho, dentro del Código Civil se considera ejemplo de responsabilidad objetiva que no excluye demostrando la actuación diligente, sino que su exclusión exige demostrar que se trata de un supuesto de fuerza mayor.

d) La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño

Desde la perspectiva conceptual es evidente que debe acreditarse una relación entre el daño producido y la acción u omisión imputada al responsable. Sin embargo, el problema surge en la práctica y aportación de las pruebas que pateticen dicha relación de causalidad. Es por ello que las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales tienden a facilitar las exigencias de la prueba admitiendo tanto la prueba indiciaria, como la simple probabilidad o verosimilitud del nexo causal.

La línea jurisprudencial en el Derecho español estima, con criterio pragmático, que las diversas teorías elaboradas por la doctrina (causa adecuada, causa eficiente equivalencia de las condiciones, etcétera) son meramente orientativas y que debe atenderse al caso concreto planteado y sus circunstancias específicas, especialmente en materia ambiental por la complejidad que presentan los problemas ecológicos (*vid.* STS 22/02/2007: RJA 1520).

Normalmente la fijación de la relación de causalidad exige informes y juicios periciales que determinen la etiología o motivo de los daños. Pero ello no puede significar de ninguna manera arrinconar el margen de discrecionalidad que, en todo caso, corresponde completar al juez. Es decir, los Tribunales de instancia, en uso de sus facultades propias no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio, de modo que el resultado de la prueba pericial ha de ser apreciado por el Juzgador

según las reglas de la sana crítica que como módulo valorativo establece el art. 632 LEC, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial.

#### D) Efecto jurídico: la reparación del daño.

La función de la responsabilidad civil es solamente resarcitoria o compensatoria. Por ello, el objeto de la prestación de la obligación que nace de la responsabilidad civil extracontractual tiene por contenido reparar el daño causado. De modo correlativo, la víctima tiene derecho a una restitución plena del daño (*restitutio in integrum*). De este modo, la indemnización debida por el responsable a la víctima es el sustituto jurídico y económico del daño causado que restaura el *statu quo* anterior entre los dos partes.

En el cumplimiento de la obligación, básicamente hay que atender a dos aspectos:

(a) El titular del derecho de crédito, además de los deberes generales de cualquier acreedor en la obligación, tiene un deber específico: atenuar o mitigar el daño, y contribuir en lo posible y razonable a que éste se reduzca al mínimo posible.

(b) El artículo 1902 CC establece la prioridad de la reparación *in natura* (vuelta a la situación anterior mediante reposición o restitución), de modo que sólo en los casos en que no sea posible tal reparación se recurra a la equivalencia (pago de dinero). Obviamente, la reparación de los daños morales sólo puede materializarse mediante esta segunda forma.

## 2. El aseguramiento de la responsabilidad civil.

En el negocio de los seguros, el ámbito de la responsabilidad civil es actualmente uno de los más complejos en cuanto a contenido, aplicación y desarrollo. En cualquier caso, tal vez sea el ramo más activo y dinámico en cuanto a contratación y uno de los principales en demanda e incremento de primas.

Específicamente, los daños ambientales presentan dos circunstancias que han condicionado el marco de su aseguramiento. Por un lado, cuando los daños ambientales pueden ser cualitativa y cuantitativamente considerables, la reparación del daño puede quedar fuera de la capacidad económica y posibilidades técnicas del causante; los casos más significativos que han calado en la conciencia social han sido los daños provocados por accidentes de buques petroleros. Por otra parte, la responsabilidad exigible es de carácter objetivo, las industrias recurren, de manera generalizada, a concertar un seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, las compañías de seguros tradicionalmente se han mostrado recelosas al dar cobertura a los riesgos de daños ambientales porque, en muchas ocasiones, los daños causados pueden rebasar las estimaciones de las aseguradoras.

El aseguramiento de los riesgos medioambientales encierra un indudable interés público basado en dos motivos principales: (a) la necesidad individual

e interés particular de las empresas que desarrollan actividades potencialmente contaminantes, en cuanto la sensibilización social respecto al medio ambiente consolida e incrementa el riesgo de soportar una reclamación en caso de generar una contaminación inesperada; (b) el interés de los poderes públicos, en cuanto el seguro constituye un mecanismo que dota a la regulación de las responsabilidades por daños medioambientales seguridad financiera y, a la vez, sirve de eficaz incentivo a la prevención.

Esta conveniencia y necesidad de garantizar la cobertura de los daños medioambientales ha calado en el orden jurídico. Concretamente, la Directiva 2004/35/CE en su Considerando 27, dispone que:

Los Estados miembros deben tomar medidas para animar a los operadores a utilizar seguros apropiados u otras formas de garantía financiera y para fomentar el desarrollo de instrumentos y mercados de garantía financiera, a fin de proteger de forma eficaz las obligaciones financieras que establece la presente Directiva.

#### A) El contrato de seguro de responsabilidad civil.

El responsable del daño puede prevenir las consecuencias económicas negativas o merma patrimonial que supone la obligación de indemnizar mediante la suscripción de un contrato de responsabilidad civil. Como es sabido, la responsabilidad civil puede tener su origen en muy diversas fuentes y el contrato de seguro sirve para que las personas desempeñen sus actividades sin el temor constante de provocar daños que pongan su patrimonio en serio peligro. De este modo, el conflicto se traslada del ámbito extracontractual al ámbito contractual mediante la contratación de seguros de responsabilidad civil que cubre al asegurado el peligro de detrimento importante de su patrimonio, conforme a la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro (LCS):

*Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho (art. 73 LCS).*

Además, asegura a la víctima del daño una mayor tutela para la reparación de los perjuicios sufridos, reforzada por la facultad de entablar acción directa contra el asegurador:

*El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero*

*perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido* (art. 76 LCS).

La propia naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil determina que no es posible fijar a priori ni el carácter del bien dañado (patrimonial, físico, moral), ni el alcance del daño a causar, de modo que la determinación del capital asegurado debe responder a multitud de circunstancias difíciles de prever y concretar. Técnicamente se configura un contrato de seguro con el añadido de una peculiaridad: la especial naturaleza del riesgo asegurado. Esta configuración plantea las siguientes respecto del daño medioambiental:

(1) *Cuestiones de hecho*: los problemas se derivarán en la determinación de este especial objeto del contrato:

(a) Calcular la tasa de siniestralidad basada en la probabilidad de resultados dañosos y su cuantificación financiera. Esta tasa es referencia imprescindible para calcular la prima aplicable al asegurado y determinar el previsible beneficio del negocio de la actividad aseguradora.

(b) El carácter de la contaminación: la contaminación accidental no plantea problemas, pero sí las contaminaciones graduales e históricas resultado de la emisión difusa o repetida de sustancias cuya acumulación adquiere carácter sustancial con el tiempo, al igual que su manifestación y verificación.

(c) La magnitud de las eventuales catástrofes que en ocasiones no es asumible por muchas aseguradoras.

(2) *Cuestiones jurídicas*:

(a) La delimitación geográfica: necesidad de recurrir a los mecanismos del Derecho internacional para solventar los problemas jurisdiccionales en los procesos de exigencia de la responsabilidad.

(b) La delimitación temporal: la póliza abarca los daños causados por actividades desarrolladas durante su vigencia. La cuestión es determinar si debe cubrir los daños generados por actividades desarrolladas antes de la vigencia del seguro pero manifestados durante su vigencia, y los daños generados por actividades desarrolladas durante la vigencia del seguro, pero manifestados con posterioridad a la pérdida de vigencia del seguro. Además, se plantea la cuestión de aceptar la interposición de una reclamación sólo durante el tiempo de vigencia del seguro, o con posterioridad.

Todas estas circunstancias justifican el recurso a dos técnicas extendidas en el sector asegurador: por un lado, los límites de la cobertura, es decir, ante la dificultad de calcular de antemano el eventual costo de la reparación de un daño medioambiental se limita la cobertura del riesgo; y por otro, el aseguramiento obligatorio.

Para hacer frente a tantas incertidumbres, en la práctica internacional se crean *pools* de aseguradoras, es decir, entidades aseguradoras y reaseguradoras que se asocian para comprometerse a la cobertura de riesgos de contaminación y ofertar una garantía consistente y estable en el tiempo con fundamentos técnicos

sólidos. En España, tras la confluencia de diversos factores oportunos que facilitan su aparición, se constituye el Pool Español de Riesgos Medioambientales ([www.perm.es](http://www.perm.es)) en 1994. Se trata de una Agrupación de Interés Económico con personalidad jurídica propia y carácter mercantil, creado al amparo de la Ley 12/1991, con la finalidad de administrar un Convenio de co-reaseguro para la suscripción conjunta de los riesgos medioambientales. Sus objetivos principales son: (a) elaborar productos para asegurar los riesgos derivados de la contaminación; (b) centralizar la gestión, administración y control de dichos seguros; (c) poner en común capacidades de asunción de riesgos para su utilización conjunta en régimen de co-reaseguro; (d) suscribir las operaciones de seguro de las modalidades creadas por el Pool, conforme a las condiciones técnicas acordadas, reasegurándolas a dicha entidad; y (e) centralizar la información y liderar la innovación sobre coberturas, técnicas de evaluación de riesgos y resolución de siniestros. Según datos informativos actualizados a 2008, se halla conformado por veinte aseguradoras, que tienen la doble condición de aportantes de operaciones y de aceptantes del reaseguro de las mismas, y ocho reaseguradoras que sólo podrán actuar como partícipes del reaseguro.

En España, tradicionalmente, el contrato de seguro de responsabilidad civil por daños medioambientales se configura con el siguiente contenido: (a) las condiciones generales configuran el medio ambiente en sentido amplio, incluyendo los daños por contaminación del suelo, agua y atmósfera; (b) las condiciones particulares determinan el resto de daños; (c) la cobertura se extiende a la polución accidental y gradual, si el daño es inesperado; (d) se excluyen la lluvia ácida, y los accidentes dolosos o causados por incumplimiento de la normativa vigente; (e) se inserta la cláusula *claims made* mediante la cual el asegurador subordina la efectividad de la garantía a que la reclamación del asegurado se realice durante la vigencia de la póliza; (f) se extienden los conceptos indemnizables a los perjuicios consecutivos; (g) la cobertura de los costes incluye las medidas de prevención y limpieza; y (h) se establece la limitación de la cuantía de la indemnización.

Actualmente, como se ha señalado con anterioridad, la Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRM) implanta un sistema de responsabilidad civil por contaminación que genera para las empresas nuevas necesidades de cobertura que no encuentran una adecuada respuesta aseguradora en los contratos tradicionales. Para ofrecer una respuesta más acorde a esas necesidades de cobertura, el Pool oferta nuevos seguros mediante los que se abarcan, en diferentes módulos de cobertura, las responsabilidades que se venían asegurando y las que nacen con la LRM.

En una única póliza, el denominado "Seguro de responsabilidad civil y medioambiental por contaminación", promovida por el Pool, integrará ambos aspectos y se estructurará en tres módulos de cobertura:

(1) Módulo A de responsabilidad medioambiental por contaminación, excluidos los gastos de descontaminación del suelo propio. Este módulo es de contratación básica.

(2) Módulo B de descontaminación del propio suelo. Garantiza los gastos de descontaminación del suelo que ocupa la actividad asegurada. Se ha separado esta cobertura en un módulo aparte porque la contratación de la misma requerirá de información complementaria y se aplicarán criterios específicos de evaluación de riesgos. Es un módulo complementario y de contratación voluntaria.

(3) Módulo C de responsabilidad civil por contaminación. Mediante este módulo se aseguran los daños causados a personas, propiedades y perjuicios económicos derivados de la contaminación. Al igual que el anterior, es un módulo complementario y de contratación voluntaria.

La cobertura de los módulos A y B es específica y exclusiva para los daños causados por contaminación. Las prestaciones ofertadas se ajustan al contenido mínimo exigido en el Capítulo IV de la LRM, quedando además comprendidas en la cobertura las reparaciones complementaria y compensatoria descritas en su Anexo II. Para su cobertura se requiere un hecho accidental generador del daño, independientemente de que su manifestación haya sido gradual o repentina, según la modalidad de cobertura contratada.

Por su parte, la cobertura del módulo C de responsabilidad civil por contaminación no asegura responsabilidades contempladas en la ley de responsabilidad medioambiental, sino los daños a terceros (personas, propiedades y derechos) causados por contaminación, incluyendo la llamada responsabilidad patronal, es decir, los daños a empleados, a la que son aplicables condiciones especiales.

Respecto de las sumas aseguradas, son independientes para módulos A y C respectivamente, de modo que, en caso de uno o más siniestros, ambas se podrán consumir por separado. Por el contrario, para el módulo B, cuando se contrate, serán garantizadas las prestaciones correspondientes dentro de la suma asegurada para el módulo A). En cualquier caso, en el módulo A se fijan sub-límites para las siguientes prestaciones: (a) gastos por acciones del asegurado para evitar el riesgo inminente de un daño medioambiental; (b) gastos en que se incurra en concepto de reparación complementaria y compensatoria (hasta un 10% de la suma asegurada).

En lo que hace al ámbito temporal, la fecha del siniestro es la del momento del primer descubrimiento de la contaminación. La garantía no es retroactiva de modo que cubre los hechos ocurridos a partir de su entrada en vigor, y se da un periodo de dos años después de cancelada la póliza, para la recepción de las reclamaciones de siniestros comprendidos dentro del periodo de cobertura.

#### B) El seguro obligatorio.

En ocasiones, los poderes públicos intervienen en el proceso de aseguramiento de los daños propulsando su generalización y estableciendo el carácter obligatorio del aseguramiento de determinados riesgos:

*Será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquéllas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración*

*no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente* (art. 75 LCS).

Esta técnica de seguro obligatorio se viene aplicando tradicionalmente, entre otros, en los accidentes de trabajo, circulación de vehículos de motor, transporte de personas o riesgos profesionales (arquitectos, cazadores). Obedece a que, cuando el riesgo de la actividad es constante, su manifestación no puede considerarse ocasional aunque sea esporádico, sino que el riesgo lleva inherente que eventualmente se produzca un daño casual que es económicamente predecible y calculable. La reparación de los daños ocasionados por dichos accidentes previsibles se encauza entonces por la técnica económica del aseguramiento de carácter obligatorio. Su finalidad será repartir el riesgo de los eventuales daños entre quienes lo crean, contribuyendo con las primas pagadas a resarcir los daños generados por el siniestro ocasional y evitando posibles insolvencias del causante que perjudiquen a la víctima.

En el ámbito medioambiental, la primera normativa que regula un seguro obligatorio de responsabilidad civil para actividades con repercusión ambiental es el Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, básica de residuos tóxicos y peligrosos. Este *Seguro de Responsabilidad Civil* se regula en su artículo 6 y su régimen es el siguiente:

*1. La Administración Pública competente para el otorgamiento de la autorización de instalación y funcionamiento de industrias o actividades productoras de residuos tóxicos y peligrosos podrá exigir la constitución de un seguro que cubra las responsabilidades a que pueden dar lugar sus actividades.*

*2. La autorización de gestión de los residuos tóxicos y peligrosos quedará sujeta a la constitución por el solicitante de un seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de indemnización por los posibles daños causados a terceras personas o a sus cosas, derivado del ejercicio de las actividades objeto de la citada autorización administrativa. Asimismo se exigirá la contratación del seguro de responsabilidad civil a aquellos productores que realicen actividades de gestión, para cubrir las responsabilidades que de ellas se deriven.*

*3. Cuando la ampliación o modificación de instalaciones o actividades tanto productoras como gestoras, a juicio de la Administración, impliquen un aumento de la cuantía a asegurar, ésta, asimismo, se fijará en la correspondiente autorización.*

*4. El seguro debe cubrir, en todo caso: a) Las indemnizaciones debidas por muerte, lesiones o enfermedad de las personas. b) Las indemnizaciones debidas por daños en las cosas. c) Los costes de reparación y recuperación del medio ambiente alterado.*

*5. El límite cuantitativo de las responsabilidades a asegurar será fijado por la Administración, al tiempo de concederse la autorización, conforme a lo dispuesto*

en el apartado 2 y deberá actualizarse anualmente en el porcentaje de variación que experimente el índice general de precios oficialmente publicado por el Instituto Nacional de Estadística. El referido porcentaje se aplicará cada año sobre la cifra de capital asegurado del período inmediatamente anterior.

6. Sólo podrá ser extinguido el contrato de seguro a instancia del asegurado en alguno de los casos siguientes: a) Que el contrato sea sustituido por otro de las mismas características y que cubra, como mínimo, los riesgos expresados en el punto 4 del presente artículo. b) Que cese la actividad productora o gestora de residuos tóxicos y peligrosos, previa comunicación a la Administración que la autorizó, y en el caso de Empresas gestoras, una vez autorizado el cese por la Administración, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven del período en que han estado ejerciendo las actividades, de conformidad con lo preceptuado en el Código Civil.

7. El productor o gestor de residuos tóxicos o peligrosos deberá mantener el contrato de seguro apto para la cobertura de los riesgos asegurados. En el supuesto de suspensión de esta cobertura o de extinción del contrato de seguro por cualquier causa, la Compañía aseguradora comunicará Tales hechos a la Administración autorizante quien otorgará un plazo al productor o gestor de los residuos para la rehabilitación de aquella cobertura o para la suscripción de un nuevo seguro. Entretanto quedará suspendida la eficacia de la autorización otorgada, no pudiendo el productor o gestor ejercer las actividades para las que ha sido autorizado.

Recientemente, la LRM de 2007 asimismo dispone una garantía financiera obligatoria. La constitución de una garantía financiera es requisito imprescindible para el ejercicio de las actividades profesionales relacionadas en el Anexo III de la LRM. Por medio de ella se pretende asegurar que el operador dispondrá de recursos económicos suficientes para hacer frente a los costes derivados de la adopción de las medidas de prevención, de evitación y de reparación de los daños medioambientales. Se a la autoridad competente la responsabilidad de establecer la cuantía de la garantía financiera para cada tipo de actividad, en función de la intensidad y extensión del daño que se pueda ocasionar, de acuerdo con los criterios que se fijen reglamentariamente. Para el cálculo de la cuantía de la garantía financiera, que empezará a ser obligatoria a partir del año 2010 siguiendo los trámites previstos en la DF 4ª LRM, es imprescindible profundizar en el análisis de riesgos ambientales sectoriales que disminuyan el coste que podría suponer para el operador analizar los riesgos medioambientales de su actividad sin ningún modelo de referencia. Para ello se han previsto y puesto en marcha los proyectos piloto de análisis de riesgos sectoriales, denominados MIRAT (Modelo de Informe de Riesgos Ambientales Tipo), una metodología pionera que requiere estudios técnicos y pruebas piloto para evaluar los daños potenciales. La determinación de esta cuantía deberá ser realizada conforme a la metodología para la evaluación económica de la reparación de los daños medioambientales, cuya

elaboración prevé igualmente la ley y cuya aprobación compete al Gobierno de la Nación, con el fin de dotarle de un carácter básico que asegure su aplicación uniforme en el conjunto del Estado.

Se establecen hasta tres modalidades de garantías financieras, las cuales podrán constituirse alternativa o complementariamente entre sí. Tales modalidades son las siguientes: (a) la suscripción de una póliza de seguro con una entidad aseguradora autorizada para operar en España. En este caso, corresponderán al Consorcio de Compensación de Seguros las funciones a que se refiere el artículo 33; (b) la obtención de un aval, concedido por alguna entidad financiera autorizada a operar en España; y (c) la constitución de una reserva técnica mediante la dotación de un fondo *ad hoc* para responder de los eventuales daños medioambientales de la actividad con materialización en inversiones financieras respaldadas por el sector público.

Seguidamente se fijan las reglas que deberán regir la constitución y el funcionamiento de tales garantías, entre ellas el aseguramiento: se establecen los riesgos y los costes que quedarán cubiertos por ellas; se determinan las reglas sobre su vigencia y los límites cuantitativos de las garantías; y, finalmente, se identifican los sujetos responsables de constituir las garantías y los operadores que quedan exentos de tal obligación. Tal exención beneficia a aquellos operadores que realicen actividades susceptibles de ocasionar un daño cuya reparación se evalúe por una cantidad inferior a 300.000 € y a aquellos otros en los que la reparación de los daños esté comprendida entre 300.000 y 2, € y acrediten estar adheridos con carácter permanente a un sistema de gestión y auditoría medioambientales. Tal exención también alcanza la utilización con fines agropecuarios y forestales de los productos fitosanitarios y biocidas.

#### C) El Fondo de Compensación de Daños Medioambientales.

Entre los distintos instrumentos jurídico-técnicos de la LRM, el artículo 33 LRM dispone la constitución de un Fondo de Compensación de Daños Medioambientales que será gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros y financiado por los potenciales agentes contaminantes, antes de que se verifiquen los daños, mediante cuotas, cargas o cánones; en suma, quedará integrado con las aportaciones de los operadores que contraten un seguro.

Su finalidad será hacer frente a los daños medioambientales en los supuestos de dificultad de probar la identidad del responsable de la contaminación, o de daños no cubiertos por póliza, o de insolvencia del responsable. Fundamentalmente, estará destinado a prolongar la cobertura del seguro para las responsabilidades aseguradas en la póliza original y para aquellos daños que, habiendo sido causados por las actividades autorizadas durante el período de autorización, se manifiesten o reclamen después del transcurso de los periodos de manifestación o reclamación admitidos en la póliza de seguro y dentro de un número de años, tras finalizar la vigencia de la póliza, igual a aquel en que dicha póliza haya

estado en vigor la citada póliza, con el límite máximo de 30 años. Con cargo al mismo Fondo, además, el Consorcio atenderá las obligaciones que correspondan a aquellos operadores que hayan suscrito una póliza de seguro y cuya entidad aseguradora hubiera sido declarada en concurso o estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio de Compensación de Seguros. Con cargo al mismo Fondo, además, el Consorcio atenderá las obligaciones que, en los términos y con los límites de esta sección, correspondan a aquellos operadores que hayan suscrito una póliza de seguro, y cuya entidad aseguradora hubiera sido declarada en concurso o, habiendo sido disuelta, y encontrándose en situación de insolvencia, estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio de Compensación de Seguros.

Las responsabilidades del Fondo se corresponderán en cada caso con los importes que, según cada tipo de actividad, hayan sido determinadas de conformidad con lo previsto en el artículo 24 y, en el caso de las mencionadas en el primer apartado de este artículo, quedarán limitadas, además, al importe total constituido en el mismo.

## BIBLIOGRAFÍA.

ALGARRA PRATS, Esther (1995): *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, Ed. McGraw-Hill.

ALONSO PÉREZ, Mariano (1984): "Las relaciones de vecindad. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 5 de noviembre de 1979", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIII.

- (1983): "Las relaciones de vecindad", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 357-395.

- (1994): "La protección jurídica frente a las inmisiones molestas y nocivas", *Actualidad Civil*, nº 22, pp. 385-427.

AMAT LLARÍ, María Eulalia (1990): "La regulación de las inmisiones en el Código Civil", *Centenario del Código Civil I* (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL), Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.

ARBUÉS SALAZAR, Juan José (1998): *El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el pool español de riesgos ambientales*, Ed. Dykinson, Madrid.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. (1998): "La responsabilidad civil", *Manual de Derecho Civil II* (PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ), Ed. Marcial Pons, Madrid.

AUGER LIÑAN, Clemente (1988): "Problemática de la responsabilidad civil en materia ambiental", *Poder Judicial*, nº especial IV, Jornadas sobre medio ambiente.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1990): "La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil", *Revista de Derecho Ambiental*, nº 6, pp. 83-104.

- (1992): "La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil", *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Ed. Bosch, Barcelona.

- (1993): "La responsabilidad por inmisiones industriales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1957-1994.

- (1995): "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", en *I Congreso Nacional del Medio Ambiente*, Sevilla.

- (1996): *La reparación de daños al medio ambiente*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

- (1996): "La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 5-74.

CABEZAS ARES, Alfredo M. (2004): *Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la industria*, Ed. Universidad de León.

DÍAZ BRITO, Francisco J. (1999): *El límite de tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, Ed. Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra).

DÍAZ FUENTES, Antonio (2004): *Servidumbres, serventía y relaciones de vecindad*, Ed. Bosch, Barcelona.

DÍAZ ROMERO, María del Rosario (2003): *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones*, Ed. Civitas, Madrid.

(2002): "Ley 367", *Tomo XXXVIII. Vol. 1º. Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Ed. Edersa, Madrid.

EVANGELIO LLORCA, Raquel (2000): "El ámbito de las relaciones de vecindad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 659, pp.1815-1856.

- (2000): "El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas: criterios históricos de fijación", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 855-921.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1973): *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (1994): "Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil común y foral", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994-IX, pp. 115-214.

- (1995): "Las relaciones vecinales en el Derecho civil común y foral", en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 206-276.

- (1998): "La denuncia de obra nueva en el Derecho Civil navarro", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 25, pp. 9-49.

- (2007): "Las servidumbres en Derecho navarro. Servidumbres y limitaciones legales del dominio por razón de vecindad", en *Tratado de Servidumbres* (Director Ángel Luis REBOLLEDO VARELA), 2ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1443-1469.

GARCÍA I VALLÉS, Ricard (1977): "Contaminación y responsabilidad sin culpa", *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2/1977, pp. 467-478.

GARRIDO MELERO, Martín (1992): "Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 611, pp.1551-1618.

GOMÍS CATALÁ, Lucía (1998): *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

JORDANO FRAGA, Jesús (2000): *La reparación de los daños catastróficos*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

- (1990): "La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente", *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 119, pp.79-114.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón (2007): *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ed. Reus, Madrid.

- (2007): "La reparación de los daños ambientales. Especial atención a los daños causados al medio ambiente por los OMG", en *Derecho agrario y alimentario español y de la unión europea* (coord. Pablo AMAT LLOMBART), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

HUALDE MANSO, Teresa (2002): "Ley 367", en *Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (director Enrique RUBIO TORRANO), Ed. Aranzadi, Cizur menor (Navarra), pp. 1162-1168.

- (2004a): *Las inmisiones en el Derecho civil navarro*, Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona.

- (2004b): "La caución por el daño temido de la Ley 351.2 del Fuero Nuevo", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 37, pp. 45-74.

- (2005): "Inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados (comentario a la Sentencia del TSJ de Navarra de 3 de mayo de 2004)", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, pp. 177-192.

LABRADOR BERNARD, J. y J. J. ARBUÉS SALAZAR (2000): "Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente", *Derecho y Medio Ambiente. Revista Jurídica para el Desarrollo Sostenible*, 2000-1, pp. 9-46.

LÓPEZ-CERÓN HOYOS, Cristina (1997): "El seguro de contaminación", *Revista de Derecho Ambiental*, nº 14, pp. 9-40.

LUQUÍN BERGARECHE, Raquel (2005): *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

MACÍAS CASTILLO, A. (1999): "La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio", *Actualidad Civil*, pp. 1227.

MARTÍN MATEO, Ramón (1991): *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, Madrid.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1991): "El ruido en la reciente jurisprudencia", *Revista Administración Pública*, nº 125, pp. 319-342.

MIGUEL PERALES, Carlos de (1995): "Ensayo sobre algunos supuestos especiales de responsabilidad civil por daños al medio ambiente", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 216, pp. 681-722.

- (1997): *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid.

MORENO TRUJILLO, Eulalia (1990): "La protección del medio ambiente en la jurisprudencia civil", *Actualidad Civil*, nº 36.

- (1991): *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Ed. Bosch, Barcelona.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso (1997): *Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil*, Ed. Dykinson, Madrid.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991): "Comentario al artículo 1902 CC", *Comentario del Código Civil II*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia.

PAVELEK ZAMORA, Eduardo (1990): "Seguro y riesgos medioambientales I y II", *Revista Española de Seguros*, nº 63 y 64.

PÉREZ DE GREGORIO CAPELLA, José Joaquín (1993): "La responsabilidad civil por daños del medio ambiente", *La Ley* 1993-4, pp. 1053-1057.

RUDA GONZÁLEZ, Albert (2008): "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 76, pp. 153-197.

SÁNCHEZ-FIERA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> del Carmen (1994): *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Ed. Bosch, Barcelona.

- (1995): "Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 2153-2170.

SANTOS BRIZ, Jaime (2001): *La responsabilidad civil. Temas actuales: culpabilidad, medio ambiente, administraciones públicas*, Ed Montecorvo, Madrid.

VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup> José (2006): "Responsabilidad civil por daño ambiental", *Revista de Derecho Privado*, pp. 35-62.

VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso (1995): "Responsabilidad civil por daños ecológicos", *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*.

VV. AA. (1997): *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Madrid.

ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes (2005): *El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente* (Libro electrónico), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

## AGUAS PARA CONSUMO<sup>1</sup>

ALESSANDRA DI LAURO  
Universidad de Pisa, Italia

**RESUMEN:** El trabajo aborda la normativa comunitaria e italiana para las aguas destinadas al consumo desde la perspectiva de las posibilidades y límites previstos en las normas relativas a la comunicación publicitaria. Desarrolla la información que deben contener las etiquetas según el tipo de agua de que se trate. Comenta ciertas decisiones tomadas por distintos órganos administrativos y judiciales relativos a conflictos suscitados entre empresas comercializadoras vinculados a la propaganda desleal y falta de veracidad en la comunicación. Asimismo, enuncia los últimos datos de la realidad italiana que marcan una tendencia crítica a la excesiva privatización del mercado y a revalorizar los sistemas de suministro tradicionales a cambio de una excesiva tendencia mercantilista a convertir el agua como un bien suntuario.

**ABSTRACT:** This work deals with the EU and Italian regulations for water bound to consumption from the point of view of possibilities and limits established by advertising communication rules. It explains the information that should be shown on labels, according to the different types of water. It also makes comments about some decisions made by different administrative and legal agencies in regards to disputes originated between companies about disloyal advertising and lack of truthfulness in communication. Likewise, it shows the latest data taken from Italian reality, which point out a critical trend towards an excessive market privatization and revaluation of traditional supply systems instead of an excessive commercial tendency to turn water into a luxury good.

**SUMARIO:** I. El agua destinada al consumo. De recurso a símbolo de status. II. La normativa. III. Qué indicar en la etiqueta. IV. Las aguas en la publicidad: 1. El reconocimiento de la comunicación publicitaria; 2. La veracidad de la comunicación publicitaria. V. La vuelta al consumo del agua de la canilla y las “aguas de la salud”.

---

<sup>1</sup> El presente está basado en la clase dictada durante el Tercer Curso del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional que tuvo como título “El Agua” y se llevó a cabo entre los días 24 y 30 de junio de 2008 en la Casa de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. El mismo ha sido publicado en el libro que recoge las actas de dicho curso: Pastorino, Leonardo (Director), *El Agua*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2009.

## I. EL AGUA DESTINADA AL CONSUMO. DE RECURSO A SÍMBOLO DE STATUS.

Querría comenzar este escrito advirtiéndole que el mismo no tiene la pretensión de agotar el tema ni de tratar todos los aspectos que debieran incluirse al considerar los aspectos jurídicos del agua destinada al consumo humano, sino que tomará solo alguno de ellos.

Pero también corresponde que a la advertencia agregue una premisa, que me servirá para anticipar un pequeño cuadro de las líneas a seguir en la narración. Efectivamente, como se hará evidente en el desarrollo de este trabajo el examen de la normativa de las aguas destinadas al consumo humano será abordada desde el particular punto de vista de las posibilidades y límites previstos para la comunicación publicitaria a la que se hace frecuente uso en este sector.

Los motivos de esta elección son múltiples y también fácilmente comprensibles para quien tenga conocimiento de los intereses que giran alrededor del consumo de las aguas.

No obstante que el agua destinada al consumo humano tiene por fin cubrir una necesidad primaria y que los problemas más graves siguen siendo los relativos al uso de este bien o recurso y los vinculados al acceso para tal uso, en el mercado han ido surgiendo aspectos diversos aparentemente lejanos de aquellos relativos a la dificultad de abastecimiento del recurso hídrico y de la demanda de garantías en relación al respeto de los parámetros de seguridad en las aguas destinadas al consumo humano. Subrayo que la distancia de estos temas respecto a la cuestión fundamental es, en cierto sentido, solo aparente. Por otra parte, no puede ser de otra manera respecto a los perfiles diversos que involucran el disfrute, la utilización y la difusión de un recurso. Y, es así que, diciéndolo en términos simplistas y hasta brutales, las elecciones relativas al consumo sobre cómo beber, qué beber, etc., están destinadas a repercutir sobre niveles más generales. En definitiva las modalidades de realización y de gestión de diques y acueductos (formas corrientes en Italia como lugares de toma de agua y distribución) y de los servicios hídricos en general, así como la eficiencia de los controles, los modos para acceder al recurso, etc., son todos aspectos que deben, necesariamente convivir y que involucran relaciones que es necesario investigar.

Lo que sí puede sorprender, mas bien, es que en relación al consumo del agua haya aparecido una industria tan floreciente que ha llegado a diversificar la oferta respecto a un bien primario convirtiéndolo en un complejo de bienes distintos destinados a satisfacer demandas diferentes relativas al gusto, al sabor, a la propiedad para llegar a ubicar al agua y su consumo incluso en los mercados de lujo en los que la tipología del agua consumida llega a ser expresión de un "accesorio de moda", una especie de *símbolo de status*. Dime qué agua bebes y te diré quién eres!

Italia está particularmente sensibilizada con este fenómeno ya que parece tener el primer puesto a nivel mundial en consumo de aguas minerales. Las inversiones

en publicidad son cuantiosas y parece que han logrado un aumento notable del consumo de agua en botella. En este contexto es precisamente el sector de la publicidad y, en particular, el de la publicidad comparativa el que ofrece una visión interesante sobre las diferencias existentes entre los diversos tipos de agua y sobre el desarrollo de distintas formas de posicionamiento en los mercados.

## II. LA NORMATIVA.

En la Unión Europea el cuadro normativo para las aguas destinadas al consumo humano está constituido principalmente por unas directivas que determinan la posibilidad de distinguir entre agua potable, aguas minerales y aguas de manantial.

La directiva CEE de 1998 N° 83, con sus reformas, se refiere a las "aguas destinadas al consumo humano". Esta directiva define el agua destinada al consumo como "a) todas las aguas, ya sea en su estado original, ya sea después de tratamiento, para beber, cocinar, preparar alimentos u otros usos domésticos, sea cual fuere su origen e independientemente de que se suministren a través de una red de distribución, a partir de una cisterna o envasadas en botellas u otros recipientes; b) todas las aguas utilizadas en empresas alimentarias para fines de fabricación, tratamiento, conservación o comercialización de productos o sustancias destinados al consumo humano, a menos que a las autoridades nacionales competentes les conste que la calidad de las aguas no puede afectar a la salubridad del producto alimenticio final" (artículo 2.1). La directiva fija, luego, los *standards* de calidad y los parámetros de referencia químicos y microbiológicos, los indicadores y la frecuencia de los controles.

La directiva CEE de 1980 N° 777 constituye, en cambio, la referencia obligada para la definición de "agua mineral natural". Por ella se entiende un "agua bacteriológicamente pura que tenga su origen en una capa freática o yacimiento subterráneo y que brote de un manantial en uno o varios puntos de alumbramiento naturales o perforados.

El agua mineral natural puede distinguirse claramente del agua potable ordinaria: a) por su naturaleza, caracterizada por su contenido en minerales, oligoelementos y otros componentes, y en ocasiones, por determinados efectos; b) por su pureza original, características éstas que se han mantenido intactas dado el origen subterráneo del agua que la ha protegido de todo riesgo de contaminación. 2. Estas características, que son las que confieren al agua mineral natural sus propiedades salutíferas, deberán haber sido apreciadas: a) desde los puntos de vista: 1) geológico e hidrológico, 2) físico, químico y físico-químico, 3) microbiológico, 4) farmacológico, fisiológico y clínico, en su caso; b) con arreglo a los criterios establecidos en la Parte II; c) con arreglo a métodos científicos reconocidos por las autoridades competentes." (Anexo I).

En la directiva citada se procede, por lo tanto, a distinguir las aguas minerales naturales de las "aguas minerales naturales efervescentes" que son las que "en condiciones normales de presión y temperatura, y tanto en el manantial como una vez embotelladas (...) desprenden anhídrido carbónico de forma espontánea y claramente visible." Estas aguas se dividen en tres categorías, a las que se les da respectivamente las siguientes denominaciones: a) «Agua mineral natural naturalmente gaseosa», para aquella cuyo contenido en anhídrido carbónico natural una vez decantada (en su caso) y embotellada, sea igual al que tuviese al brotar del manantial, incluida la eventual reintegración de una cantidad de gas proveniente de la misma capa freática o del mismo yacimiento equivalente a la liberada en el transcurso de dichas operaciones, a reserva de las tolerancias técnicas habituales; b) «Agua mineral natural reforzada con gas procedente del mismo manantial», para aquella cuyo contenido en anhídrido carbónico proveniente de la misma capa freática o del mismo yacimiento, una vez decantada, en su caso, y embotellada, sea superior al que tuviese al brotar del manantial; c) «Agua mineral natural con gas carbónico añadido», para aquella a la que se haya añadido anhídrido carbónico no proveniente de la capa freática o del yacimiento de donde provenga el agua." (Anexo I.III).

Queda aún otro tipo más que es el agua "de manantial", término también reservado a aguas que garantizan particulares condiciones y que son embotelladas en la misma fuente (artículo 9).

Existen, también, una serie de indicaciones que pueden ser utilizadas en relación a parámetros indicados por la directiva. Se trata de menciones que hacen referencia a la composición del agua como aguas mínimamente mineralizadas; aguas oligominerales (o ligeramente mineralizadas); aguas ricas en sales minerales; bicarbonatada; sulfurosa; clorurada; cálcica; magnésica; fluorada; ferruginosa; acidulada; sódica; indicada para dietas bajas en sodio.

Otras indicaciones relativas a los efectos de las aguas pueden ser autorizadas respetando algunas condiciones. Entre estas: indicada para la alimentación de los recién nacidos; estimula la digestión; puede tener efectos diuréticos; puede tener efecto laxante; puede favorecer las funciones hepato-biliares y similares (artículo 9).

En todo caso, queda prohibido recurrir a indicaciones que atribuyan al agua mineral natural propiedades para la prevención, el tratamiento o la curación de una enfermedad humana; siendo que a las aguas que sirven como medicinales se les aplica la directiva CEE de 1965 N° 65.

En realidad, también en este caso, como en todos aquellos que se refieren a la indicación de particulares propiedades de los alimentos sobre la salud es siempre difícil distinguir los que caen en la prohibición general de hacer referencias a la capacidad curativa (prohibición que, como se sabe, es relativa también a la normativa general para el etiquetado de productos alimentarios -dir. CEE de 2000 N° 13-) y aquellos que caben en el ámbito de la comunicación no prohibida, es decir,

aquellos en los que se hace referencia a efectos "terapéuticos". El cuadro se torna todavía más complicado si se tiene en cuenta que la Corte de Justicia en algunos casos que se le han presentado, relativos a alimentos sobre los que se promocionaban particulares propiedades vinculadas con la salud, ha adoptado una línea divisoria que resulta, bajo mi punto de vista, muy discutible. La Corte ha considerado, en efecto, que las indicaciones relativas a la capacidad de prevenir, tratar o curar una enfermedad están prohibidas mientras que la referencia a la salud, entendida como un estado de bienestar, no es censurable.

A esto se debe agregar que la Comunidad ha adoptado dos reglamentos destinados a incidir profundamente en la disciplina general del etiquetado y de la publicidad de los alimentos, y también, en aquella de las aguas. Me refiero a los reglamentos CE de 2006 N° 1924 y N° 1925 relativos, respectivamente, a las indicaciones nutricionales y de la salud suministradas a través de productos alimentarios, y al agregado de vitaminas y minerales y de algunas otras sustancias a los alimentos. Me doy cuenta que este perfil debería ser mucho más ampliamente profundizado pero en el marco de esta presentación me limitaré sólo a señalar este aspecto problemático que, junto a otros relacionados con la salud en general, a los que me referiré más adelante, no serán más que mencionados.

En lo que se refiere, en cambio, a la normativa de la publicidad, las referencias comunitarias están constituidas por la directiva CE de 2005 N° 29 y por la directiva CE de 2006 N° 114. La primera de ellas ha consagrado disposiciones dirigidas a ser aplicadas ante casos de prácticas comerciales desleales (incluidas las de la publicidad) entre empresas y consumidores. La segunda se refiere a la publicidad engañosa y comparativa pero tiene por fin sólo tutelar a los profesionales de la publicidad engañosa y de sus consecuencias desleales y de dictar las condiciones en las cuáles será admitida la publicidad comparativa.

El hecho de que el legislador comunitario se haya ocupado de separar netamente las reglas que tienen como destinatario de la tutela al consumidor y aquellas que tienen por destinatario al profesional ha generado mucha sorpresa. Por otra parte han tenido gran relevancia las repercusiones que la misma separación genera a nivel nacional, y en particular, en Italia. Tampoco este aspecto podré tratarlo en esta ocasión. Basta referir que entre las prácticas comerciales comprendidas en la directiva CE de 2005 N° 29 se indican acciones, omisiones, conductas o declaraciones, comunicaciones comerciales —comprendiendo la publicidad y el marketing— realizadas por un profesional, directamente relacionadas con la promoción, venta, o suministro de un producto a los consumidores (art. 2). La directiva prohíbe las prácticas comerciales engañosas (la normativa hace una distinción entre acciones engañosas y omisiones engañosas) o agresivas y la individualización de las prácticas desleales se realiza sobre la base de tres parámetros. Existen, en efecto, listas de prácticas comerciales a las que se atribuye una presunción de deslealtad y que deben ser consideradas "siempre desleales"; definiciones más generales relacionadas con las prácticas engañosas por acción u omisión y a las prácticas agresivas

y finalmente, una definición de carácter todavía más general de práctica desleal. Según los primeros autores que se refirieron a esta disciplina este tercer parámetro está destinado a servir en casos residuales, como una especie de cláusula general, de modo que cuando una acción no entre en las otras dos categorías, podrá controlarse si no corresponde considerarla desleal en virtud de dicha cláusula general. En base a lo que dispone tal cláusula la práctica comercial es desleal si “a) es contraria a las normas relativas a la debida diligencia profesional, y b) falsea o puede falsear en una medida relevante el comportamiento económico en relación al producto, del consumidor medio que alcanza o al que está dirigido o del miembro medio de un grupo en el caso en que la práctica comercial esté dirigida a un determinado grupo de consumidores” (artículo 5).

La directiva sobre las prácticas desleales -también se incluye entre éstas la publicidad desleal- no da ninguna definición de publicidad. Para la misma, así como para la definición de publicidad engañosa, se debe recurrir a la directiva CE de 2006 N° 114 (artículos 2 y 3 ) que indica también las condiciones de licitud para la publicidad comparativa (artículo 4).

Al solo fin de hacer más comprensible algunas referencias a las que recurriré inmediatamente, es necesario recordar que en Italia actualmente la normativa general de la publicidad se encuentra, en lo que concierne a la tutela de los consumidores, en el Código del Consumo sancionado por el Decreto Legislativo de 2007 N° 146 y en lo que concierne a la tutela de los profesionales en el Decreto Legislativo de 2007 N° 145. No viene al caso desarrollar las distintas acciones que pueden ser utilizadas por los consumidores y los profesionales. Al solo fin de este desarrollo recuerdo que en Italia junto a las acciones judiciales que es posible incoar en los distintos niveles para reaccionar ante el engaño en el ámbito de la publicidad, también existe desde hace un tiempo un mecanismo para llevar los casos de engaño ante una Autoridad garante de la concurrencia en el mercado. Al mismo tiempo, en el sector de la publicidad funciona desde hace tiempo un Código de autodisciplina publicitaria, que los distintos operadores del sector (agencias, medios de difusión, concesionarios) cedieron en 1966, y que desde ese entonces fue actualizado al punto de llegar a la versión cuarenta y cinco. El respeto al Código de Autodisciplina está bajo la supervisión de un Jurado (órgano destinado a vigilar la aplicación de las reglas y a decidir las controversias que surjan) y se basa en la autonomía privada (el Código solo se aplica a quienes adhieran en nombre personal o a través de asociaciones).

### III. QUÉ INDICAR EN LA ETIQUETA.

No se puede empezar a analizar los distintos aspectos que se fueron desarrollando respecto a la normativa de la publicidad si no es partiendo del tratamiento de las reglas para el etiquetado. Para ello contamos con la directiva CE de 2000 N° 13

que trata de la etiqueta, la presentación y publicidad de los productos alimentarios. También a la etiqueta se dirige la normativa sobre publicidad en cuyo concepto incluye cualquier mensaje que se difunda en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, al fin de promocionar bienes o servicios. La etiqueta y la publicidad presentan distintos puntos de interacción también con la normativa sobre aguas destinadas al consumo humano y, particularmente, con la relativa a las aguas minerales.

Veamos, por lo tanto, qué debe contener la etiqueta.

La etiqueta para las aguas minerales naturales deben contener las siguientes indicaciones:

1. Agua mineral natural;
2. La denominación del agua;
3. La indicación de la composición analítica, con sus componentes característicos y la fecha de los análisis químicos realizados y el nombre del laboratorio que los ha hecho (los resultados de los análisis químicos y fisicoquímicos deben actualizarse cada cinco años);
4. El lugar de la fuente y su nombre;
5. Información acerca de los eventuales tratamientos y la presencia de anhídrido carbónico y, eventualmente, si se trata de aquel presente naturalmente o de aquel agregado durante el proceso de embotellado;
6. La cantidad contenida en el recipiente;
7. La autoridad que ha proveído a autorizar la utilización;
8. La identificación del lote de producción;
9. La fecha de vencimiento.

En cuanto a los tratamientos “...las aguas minerales naturales, tal como broten del manantial, sólo podrán ser sometidas a los tratamientos siguientes: a) la separación de los elementos inestables, como los compuestos de hierro y azufre, por filtración o decantación, precedida en su caso de oxigenación, a condición de que dicho tratamiento no tenga por efecto modificar la composición del agua en lo que respecta a aquellos componentes esenciales que confieren a ésta sus propiedades; b) la separación de los compuestos de hierro, manganeso y azufre, así como del arsénico, en determinadas aguas minerales naturales, por tratamiento con aire enriquecido con ozono, a condición de que dicho tratamiento no altere la composición del agua en lo que respecta a aquellos componentes esenciales que confieren a ésta sus propiedades (...); c) la separación de los componentes no deseados distintos de los enumerados en las letras a) y b), siempre que dicho tratamiento no altere la composición del agua en lo que respecta a los componentes esenciales que confieren a ésta sus propiedades (...); d) la eliminación total o parcial del gas carbónico libre por procedimientos exclusivamente físicos...” (artículo 4).

La directiva CEE de 1980 N° 777 se ocupa explícitamente de los problemas vinculados con la indicación de la localidad o de los lugares indicados en la etiqueta disponiendo que “1. En el texto de la designación comercial podrá entrar el

nombre de una localidad, aldea o lugar siempre y cuando dicho nombre se refiera a un agua mineral natural cuyo manantial sea explotado en el lugar indicado por dicha designación comercial y a condición de que ello no induzca a error sobre el lugar de explotación del manantial. 2. Se prohibirá la comercialización con diversas designaciones comerciales de un agua mineral natural que proceda de un mismo manantial. 3. Cuando las etiquetas o inscripciones fijadas sobre los recipientes en los que se pongan a la venta las aguas minerales naturales incluyan una designación comercial que difiera del nombre del manantial o del lugar de su explotación, la indicación de dicho lugar o el nombre del manantial deberá figurar en caracteres cuya altura y longitud sean al menos iguales a una vez y media las del mayor de los caracteres utilizados para la indicación de dicha designación comercial.” (artículo 8)

A estas indicaciones siguen las prohibiciones contempladas en el artículo 9 de la directiva citada que, entre otras cosas, remarca la prohibición de no recurrir en las etiquetas a menciones, marcas, denominaciones que puedan inducir a error sobre la calidad, sobre el origen, sobre la fecha de autorización y sobre los resultados de los análisis. Como ya ha sido dicho, está prohibido recurrir a indicaciones que atribuyan al agua capacidad de prevenir, tratar o curar una enfermedad.

#### IV. LAS AGUAS EN LA PUBLICIDAD.

Ya descrito el cuadro general que rige la comunicación publicitaria, es tiempo de entrar en aquellos temas que en los últimos años involucraron a la publicidad de las aguas minerales. Para realizar este comentario voy a tomar algunos casos que fueron llevados ante los órganos antes mencionados en el ámbito de mi país, es decir la Autoridad garante de la concurrencia y del mercado y el Jurado para la Autodisciplina publicitaria. Pienso que de este modo será más llevadero advertir algunos reflejos jurídicos de ciertos datos técnicos que, a primera vista, poco podrían decir al intérprete del derecho que debe basarse en conocimientos de otras ciencias.

##### 1. El reconocimiento de la comunicación publicitaria.

El primer grupo de decisiones que voy a considerar se refiere a la transparencia en la publicidad. La publicidad debe ser, en efecto, evidente. Es decir, debe resultar patente el fin promocional contenido en una comunicación comercial, en un mensaje. La transparencia del mensaje publicitario —que debe parecer lo que realmente es, es decir, el resultado de una decisión promocional— tiende a proteger a los destinatarios de la comunicación que de otro modo podría caer en error considerando la comunicación que reciben como consecuencia de una información. Con esto no se quiere decir que la comunicación publicitaria no pueda tener también

un rol informativo. Pero lo que debe quedar claro al destinatario del mensaje es la procedencia de la comunicación y su fin mismo. Es, por lo tanto, una opinión difundida que el destinatario de un mensaje tiende a disminuir su propio juicio crítico en el momento en el cual se da cuenta que está frente a una comunicación de tipo exclusivamente informativo mientras que reacciona más atento o menos desprevenido frente a mensajes publicitarios que se presentan como tales. Para evitar, entonces, que el nivel de atención del destinatario descienda, es necesario que la intención publicitaria no se disimule. En estos casos no se necesita investigar la falsedad o la veracidad de la comunicación —que, si evidentemente existe, va a ser de todos modos tenida en cuenta— sino que, sobre todo, se va a buscar la configuración de un engaño consistente en el hecho de que el mensaje se presente como algo distinto a un acto publicitario. En este contexto caen varias hipótesis como la llamada *publicidad de redacción*, en la que la intención de promoción está incluida en el texto de un artículo periodístico que en apariencia parece comunicar en modo aséptico los resultados de estadísticas, descubrimientos, encuestas, etc. Como también entra la llamada *publicidad no declarada* en la que durante transmisiones televisivas, por ejemplo en programas de entretenimiento, se termina haciendo referencia a un producto o grupo de productos determinados.

En estos casos corresponde verificar la naturaleza de la comunicación y probar la intención promocional individualizando un encargo comercial, un acuerdo publicitario, aunque sólo se lo haga sobre la base de indicios.

Que el sector de las aguas minerales sea un sector en fuerte expansión está probado también por la cantidad de medidas que han recaído sobre este aspecto y en las que los órganos de decisión han debido valorar la intención promocional en comunicaciones a través de los periódicos o en programas televisivos de diverso tipo en los que el fin promocional no surgía en modo tan evidente.

A título de ejemplo vamos a ver algunas decisiones de la Autoridad garante de la concurrencia y del mercado.

En el primer caso (A. G. 3 mayo 2000) provv. 8261 (PI 2820) Agua San Pellegrino) la Autoridad tuvo que analizar la naturaleza de un artículo aparecido en un semanario destinado a la mujer (*Amica*). El artículo tenía como título “*Il fresco sapore dell'acqua*” (El fresco sabor del agua) y se dividía en dos partes. Una parte dedicada al consumo del agua en botella y al fenómeno de la combinación del agua con los alimentos; la otra parte dedicada a la pureza y a la composición del agua. En algunos pasajes del texto se hacía mención a varias marcas pero la referencia al agua San Pellegrino era mucho más frecuente. La Autoridad pidió a la empresa San Pellegrino que indique el rol que tuvo en la redacción del artículo y la sociedad negó que hubiese existido un acuerdo de naturaleza publicitaria con la revista. A pesar de la falta de reconocimiento de la existencia de algún tipo de relación entre la empresa comercial y la revista, la autoridad consideró que el artículo constituye un caso de publicidad engañosa porque incluye un caso de *comunicación publicitaria no evidente*. Fue decisivo para esta decisión el hecho de que en el

texto estaban mencionadas muchas marcas pero se recalcan las características del agua San Pellegrino y que las fotografías que acompañaban el artículo tenían como objeto sólo a ésta.

En otro caso (A.G. 7 mayo 1998 provv. 5971 (PI1705) Agua mineral Lete) La Autoridad se tuvo que ocupar de una transmisión televisiva en la que intervenía un cantante napolitano. El cantante era enfocado mientras paseaba por las calles de Nápoles entre las callejuelas de su infancia y se detenía a hablar con una anciana vendedora de aguas minerales. El cantante tomaba un vaso de agua, mientras se enfocaba en primer plano la etiqueta del agua mineral Lete. No obstante que también aquí se negó una relación comercial entre la RAI y la sociedad que podría tener el interés de publicitar la marca, la autoridad consideró que también en este caso se estaba en presencia de una publicidad engañosa en tanto que la misma no era reconocible. Las consideraciones tenidas en cuenta fueron la artificiosidad del diálogo y del contexto y el hecho de que la toma hecha en primer plano del agua parecía interrumpir el parlamento del personaje y no resultaba vinculada o justificada con el contenido del diálogo.

## 2. La veracidad de la comunicación publicitaria.

En la mayor parte de los casos la comunicación publicitaria es juzgada en relación a su correspondencia con la veracidad, pero este control no es sin embargo tan simple como podría parecer. Es evidente que la comunicación publicitaria será engañosa cuando lo narrado no se corresponda con la verdad. Sin embargo, el parámetro de lo verdadero y lo falso es sólo uno de los tantos por los que nos podríamos manejar en este ámbito. Como resulta explícitamente en la normativa relativa a las prácticas desleales, el engaño puede asumir diferentes formas. Basta recordar que el engaño puede estar contenido también en una comunicación verdadera pero que de hecho induce a error, como también puede ser el resultado de una omisión, de una reticencia, de una disimulación, etc.

En este campo son particularmente interesantes las decisiones de los órganos citados y, en particular, las que se refieren a la *publicidad del tipo comparativo* en las cuáles el centro de la publicidad termina por ser la confrontación entre competidores en un mercado determinado. Este tipo de publicidad ha sido admitido también por los países de la comunidad que antes no lo preveían a partir de la directiva CE de 1997 N° 55 (ahora sustituida por la directiva CE de 2006 N° 114) que permitió la publicidad comparativa y estableció bajo qué condiciones puede usarse. Llegar a su aprobación no fue un trámite sencillo. Piénsese que Italia tenía una tradición normativa que veía a la publicidad comparativa como un género de actividad basada en la denigración y en la puesta en práctica de comportamientos de competencia desleal. En general la tendencia era la de no consentir y no justificar la publicidad comparativa salvo los casos en los que podía constituir una especie de reacción o respuesta a un competidor y en poquísimos casos de

confrontación de precios. La directiva CE de 1997 N° 55 cambió esta cara de la publicidad, en tanto que la directiva CE de 2006 N° 114, que es la que ahora está vigente, prevé que, bajo ciertas condiciones que determina, los empresarios pueden recurrir a este tipo de publicidad.

Como decía, en el sector de las aguas minerales hemos asistido a una amplia tipología de casos de publicidad de este tipo que pueden clasificarse como de *publicidad comparativa directa o indirecta*. En el primer caso el competidor es nombrado directamente o a través de sus signos distintivos (paradigmáticas al respecto son las campañas publicitarias en las que se oponen Coca Cola con Pepsi Cola). En el segundo caso la comparación se da con respecto a una categoría de productos. En la mayor parte de los casos la comparación está referida a las características del bien o servicio, se realiza sobre ciertos requisitos, datos o ventajas concretas de un producto. Para algunos, esta sería la única forma de publicidad comparativa permitida en base a la normativa comunitaria.

En otros casos la comparación es a nivel de las sugerencias. Se resaltan elementos no verdaderos o valoraciones del producto voluntariamente exageradas (otra vez más la publicidad de la Coca Cola y de la Pepsi son ejemplificativas). Para algún autor, no habría posibilidad de realizar este tipo de publicidad en el esquema de la normativa comunitaria que prevé que la comparación debe darse confrontando "...una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; e) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; f) que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; g) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos; h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor." (artículo 4 directiva CE de 2006 N° 114).

En definitiva la publicidad comparativa está sometida a las mismas reglas de la publicidad en general y, por ende no debe ser engañosa mientras que sí es necesario que la comparación sea efectuada entre datos homogéneos y significativos.

Sobre esta tipología recuerdo el caso de la publicidad difundida por un Consorcio Intercomunal (se trata del Consorzio Acqua Gas (CONSIAG) de Lastra a Signa). El Consorcio había difundido un mensaje publicitario del siguiente tenor: "Si crees que el agua no es buena te la dieron para tomar". En la parte inferior del afiche que tenía este mensaje estaba impreso el logo del Consorcio con el texto "CONSIAG mineral natural en tu casa". En el curso de la investigación llevada a cabo surgió que el hecho que el Consorcio sea un ente público destinado a realizar

un servicio público no obstaba a que la comunicación fuera considerada como publicitaria ni a que se aplicase la normativa sobre la publicidad. En este punto la Autoridad ha considerado que la comunicación publicitaria del Consorcio en la parte en que hacía referencia a la naturalidad del agua tenía que considerarse engañosa porque -no obstante que sobre la base de la documentación presentada resultaba que el agua suministrada por el Consorcio contenía numerosas características benéficas, si bien relativas, como por ejemplo el tenor en sales minerales y que presentaba, según las plantas, una calidad similar a la de las aguas minerales- la misma no entraba dentro de las aguas a las que la normativa vigente les reserva la denominación de “agua mineral natural” sino la de “agua potable” (A.G. 22 diciembre 1998 provv. 6751 (PI 2190) CONSIAG).

En otro caso la Autoridad examinó una observación realizada por una asociación de expendedores de agua respecto a una comunicación efectuada por el Ente de gestión de los servicios hídricos de Roma que decía: “En Roma el agua de montaña sale de la canilla” seguida de otro texto que decía “directamente de la canilla pura agua de fuente, buenísima para beber”.

Otra vez la Autoridad tuvo que valorar la legitimidad de la observación efectuada por los expendedores de agua mineral bajo el perfil de la eventual competencia entre sectores aparentemente diferentes, es decir los que suministran aguas por el sistema de acueductos y los que la venden en botella. La Autoridad, antes que nada, ha manifestado que el agua mineral puede ser considerada un producto alternativo al agua de canilla y, por lo tanto, que ambos sectores pueden ser considerados competidores. En cuanto al contenido del mensaje surgió que la referencia a la procedencia del agua de montaña debía considerarse engañosa porque la fuente del agua de la red hídrica de Roma se halla a niveles inferiores (400 metros) respecto a los utilizados normalmente para indicar este tipo de procedencia. Pero las otras indicaciones del mensaje no fueron consideradas engañosas ya que el agua de la red hídrica de Roma es realmente de fuente, microbiológicamente pura y presenta óptimas características cualitativas naturales en su origen, las que no necesitan procesos de potabilización (A. G. 25 mayo 2005, provv. 14350 (PI14767) AGEA/ Acqua di montagna).

Mientras que en los casos señalados hasta ahora el efecto engañoso resulta determinado por menciones relacionadas con productos que tienen características diferentes y que, en definitiva, parece girar en torno a la no exactitud de los datos transmitidos y la falta de homogeneidad de los datos que se ponían en contradicción, la decisión siguiente se caracteriza por haber valorado una de las primeras publicidades de aguas minerales que se centraba en una comparación directa y referida a sus competidores. La comunicación realizada por diversos medios incluida Internet y la televisión ponía frente a frente al agua Sant’Anna con otras aguas en base a una tabla respecto a distintos datos. La tabla se acompañaba de la afirmación que concluía que en base a los datos suministrados el agua Sant’Anna resultaba tener “los residuos fijos más bajos”, la “dureza más baja” y surgir de la

“fuente más alta”. Además aparecía indicada para recién nacidos. Las empresas que se presentaron cuestionaban la licitud de la publicidad en base a que, según ellas, ésta se trataba de una oposición entre sectores no homogéneos, es decir no pertenecientes al mismo tipo. Sostenían que se estaba comparando entre aguas dotadas de características diferentes pertenecientes a las categorías de aguas “oligominerales”, “mínimamente mineralizadas”, “ricas en sales minerales” determinando engaño en el consumidor induciéndolo a creer que el agua mineral Santa Ana era mejor a causa de los primeros puestos que promocionaba.

La Autoridad consideró que la comparación caía sobre productos homogéneos entre sí en cuanto, más allá de la diversidad, las características estaban destinadas a satisfacer “la misma necesidad primaria de satisfacer la sed” y caían en la misma categoría de aguas minerales naturales. La Autoridad observó que la comunicación comparativa se llevó a cabo dentro de los límites de licitud consentidos ya que era hecha a través de la comparación de datos que, de los resultados de la investigación, surgían como verdaderos y efectivos; la comparación, al decir de la Autoridad, no puede considerarse denigrante cuando, como en el caso examinado, se basa en una comparación objetiva y puntual de carácter informativo (A. G. 27 julio 2006 provv. 15764 (PI5169) Agua Sant’Anna).

En otro caso, el Jurado se ocupó de una sociedad que promocionaba un producto recurriendo a una publicidad comparativa de sugestión en la que se ensalzaban características de primacía y unicidad. El mensaje publicitario que se consideró engañoso y denigrante decía: “Están seguros de lo que beben? (...) tienen 15 segundos para decirme el nombre de otra agua efervescente natural certificada... No hay otra... Ferrarelle, es la única efervescente natural de calidad garantizada” (Jurado, 27 marzo 2007 n. 43/2007, Società Generale Acque Minerali c/ Ferrarelle).

También la Autoridad Garante examinó una publicidad de evidente carácter comparativo de tipo denigrante. Se trató de un caso de agua Silvana aparecida en un diario G. 8 febrero 2006 provv. n. 15190 (PI 4968) Agua Mineral Silvana). Se comparaban las aguas San Benedetto, Galvanina y Silvana y esta última era señalada como la “más pura embotellada en todo el territorio nacional”. Pero aún más. En el mensaje se hacían referencias concretas sobre la campaña publicitaria del Agua San Benedetto y concluía diciendo que el paisaje presente en esa publicidad no tenía nada de real y que el agua San Benedetto presentaba cerca de 7 mg/litro de nitratos, es decir, diez veces más de los que contenía el Agua Silvana. La comparación terminaba con la siguiente frase: “Continuará siendo un privilegio único de los consumidores de la Emilia Romagna tomar el agua más pura de Italia, las otras regiones tendrán que continuar bebiendo el agua San Benedetto y se podrán consolar viendo la publicidad de las golondrinas y el parque inexistente”. El mensaje seguía afirmando que “los dependientes y colaboradores de la empresa que embotella el agua Silvana tienen la costumbre de tener en el auto algunas botellas de agua Silvana porque si se les presenta la posibilidad de elegir la Galvanina (...) prefieren incluso en los restaurants tomar un agua sin nitratos”. Además en el

mensaje se enfrentaban reproducciones fotográficas de la fuente de agua Silvana y del establecimiento de agua San Benedetto diciendo que éste último está situado cerca de un campo de maíz para el que se usan ciertos anticriptogámicos (de allí la cantidad superior de nitratos).

En relación a las alabanzas relacionadas con la composición del producto, recuerdo el caso del agua mineral Cintoia que, en su etiqueta llevaba la indicación *sodium free*. Demostrado que el agua contenía una cantidad de sodio, como por otra parte surgía de la misma etiqueta, la empresa intentó su defensa diciendo que *sodium free* no tiene que entenderse como “sodio cero” o “libre de sodio” sino como que “contiene una cantidad mínima de sodio irrelevante para cualquiera”. La Autoridad sostuvo que “el reclamo por su formulación literal, dejaba entender, contrariamente a la verdad, que el agua publicitada era libre de sodio (A. G. 13 diciembre 2001, Provv. n. 10237 (PI3458) Agua Mineral Cintoia).

Un caso interesante de ilicitud en la comunicación publicitaria es el que puede identificarse como *engaño de procedimiento*. Otra vez, el producto cuestionado era el Agua Sant’Anna (Jurado 19 diciembre 2006 N° 177/2006). Ahora, se había lanzado una comunicación publicitaria comparativa respecto al Agua Sant’Anna de Vinadio en la que se confrontaban datos relativos a distintas aguas minerales italianas respecto a “residuos fijos”, “sodio” y “altura de la fuente”. Se presenta una tabla y se especifica que los datos son tomados de las mismas etiquetas de las otras aguas o que fueron tomados del Anuario Aguas Minerales y Manantiales italianos. Debajo, sobre la reproducción de la botella, había tres botellitas con la siguiente inscripción: “Sodio 0,0001%” y luego “indicada para dietas pobres en sodio”, la cara de un bebé seguida de las siguientes palabras: “indicada para la alimentación de los recién nacidos y para la preparación de alimentos para ellos”; la inscripción “Residuos fijos mg/l. 39,2” y luego: “mínimamente mineralizada, excepcionalmente pobre en sodio”.

Una comunicación publicitaria de la misma empresa Fonti di Vinadio s.p.a. durante el mismo período publicaba el agua mineral “Sant’Anna fuente Rebruant” utilizando el mismo tipo de comunicación antes comentada con las variantes determinadas por los distintos valores del agua. En particular, en la parte inferior del mensaje aparecía la cara del bebé, pero no la frase “indicada para la alimentación de los recién nacidos y para la preparación de alimentos para ellos”. El Jurado consideró que las comunicaciones cuestionadas se limitaban a comunicar una serie de datos y que el único juicio derivaba implícitamente de la misma tabla por lo que la publicidad se mantenía dentro de los límites permitidos. Sin embargo, el Jurado consideró que la segunda comunicación, por el hecho de su similitud con la primera, era idónea para conducir a error al consumidor transfiriendo las propiedades del primer producto al segundo. Considerando que el segundo producto, es decir, “Sant’Anna fuente Rebruant” no sería apto para la alimentación de recién nacidos, si bien ello surgía de una cuestión técnica relativa a la falta de autorización (que, luego de la decisión, la empresa obtuvo), el Jurado

declaró engañosa la comunicación porque a causa de la similitud de los mensajes podía inducir a retener que ambas aguas tuvieran características idénticas.

## V. LA VUELTA AL CONSUMO DEL AGUA DE LA CANILLA Y LAS “AGUAS DE LA SALUD”.

Para cerrar este examen parcial, pero que espero pueda haber suministrado alguna idea sobre los intereses que giran en torno a la comercialización de las aguas minerales, siento la necesidad de hacer referencia a algunas iniciativas que evidencian la amplitud de estos intereses y de los costados problemáticos que se enfrentan en el sector de las aguas minerales y de las aguas destinadas al consumo humano en general.

Por ejemplo, se debe agregar, a lo ya dicho, que otras categorías de aguas destinadas al consumo han tenido difusión en los últimos años. Me refiero a las llamadas aguas “refinadas” o en bidones que son aguas sometidas a tratamientos tecnológicos (ósmosis, mineralización controlada, microfiltraciones, desinfección, etc.) previas a su embotellamiento. Pueden ser comercializadas en varios recipientes como los típicos bidones de 5 galones. Se trata de aguas puras pero cuya pureza no es originaria, por lo que está prohibido utilizar en su comercialización frases que puedan llevar a confusión con las aguas minerales naturales. En particular está prohibida la frase “agua mineral”.

En Italia, luego de un espíritu de reacción a la presión de las empresas que promueven el consumo de aguas en botella, nacieron algunas iniciativas como la que fue titulada “Metámosla en jarra”. En concreto, se pide al consumidor de volver al agua de canilla y pedir en restaurantes agua en jarra. A través de un logo “Imbroccchiamola” (Metámosla en jarra), se señalan los lugares de gastronomía que adhieren a la campaña y sirven agua en jarra.

Las asociaciones de consumidores aumentan en distintos niveles y con distintas modalidades la atención y vigilancia respecto a este fenómeno. Se insta, por ejemplo, a los consumidores a pensar en los kilómetros de recorrido que hacen las aguas en botella y sus consecuencias para el ambiente en cuanto a consumo de energía, plásticos, etc., como también sobre los tipos de explotaciones del recurso que concitan contraprestaciones en inversiones casi inexistentes.

Son también muchas las preocupaciones ligadas a la salud, sobretudo de parte de quienes subrayan que, hace un tiempo, las aguas minerales estaban destinadas a ser usadas solo durante algunos meses mientras los tratamientos curativos. Las mismas contenían sustancias dañosas como arsénico, sal de magnesio, manganeso, sodio en cantidad elevada, etc., aunque el uso limitado en el tiempo podían más fácilmente propender a considerarlas inocuas. La duda que circula en algunos ámbitos es que, respecto a algunas aguas, los parámetros actualmente en vigor no sean

suficientes para tutelar la salud de los consumidores. Resultaría incluso que, sólo el 75% de las aguas minerales respeta los parámetros, mientras que el 25% estaría fuera de los límites permitidos. (G. Altamore; G. Temporelli). Se asiste a una especie de "ballet" que lleva a considerar los parámetros comunitarios y nacionales demasiado permisivos respecto a los consentidos por el Código Alimentario o los vigentes en el ámbito internacional. Pero también hay voces contrarias. No puedo decir mucho al respecto ya que necesitaría contar con conocimientos técnicos para valorar estas posiciones. Pero dejo indicada la bibliografía consultada para eventuales profundizaciones. Puedo sólo agregar que, precisamente con referencia a los perfiles relativos a la salud, la directiva CEE de 2003 N° 40 ha previsto la necesidad de indicar en la etiqueta la presencia de flúor en el agua cuando sea superior a 1,5 mg/l a través de la siguiente indicación: "contiene más de 1,5 mg/l de flúor: no es bueno el consumo regular por los lactantes y menores de siete años". También se debe indicar si el agua fue sometida a tratamientos con agua enriquecida con ozono. Tal tratamiento, que sólo puede realizarse bajo ciertas condiciones, se debe señalar con la indicación "agua sometida a técnicas de oxidación autorizada, con aire enriquecido con ozono".

#### BIBLIOGRAFÍA.

- A.A. V.V. *Acque minerali. La direttiva 2003/40 e il complesso scenario produttivo e commerciale*, Atti della Giornata di studio promossa dal Gruppo scientifico italiano e ricerche, Milano, 12 febbraio 2004, Milano 2004.  
 G. Altamore, *Qualcuno vuole darcela a bere*, ed. Il nuovo mondo, 2005  
 L. Martinetti, *Piccola guida al consumo critico dell'acqua*, Altra economia, 2007  
 G. Temporelli "L'acqua che beviamo", Muzzio, 2003

## EL AGUA Y LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS<sup>1</sup>

LEONARDO FABIO PASTORINO

Profesor Titular ordinario de Derecho Agrario  
 Universidad Nacional de La Plata, Argentina

**RESUMEN:** El trabajo realiza una visión crítica a las distintas categorías dominiales en las que el derecho encasilló al agua. En base a lo dispuesto al Código Civil argentino presenta la clasificación de las aguas en distintas categorías lo que se considera incorrecto partiendo de la idea que el agua es un recurso único y que el régimen debe contemplar a "el agua" y no a "las aguas". Se repasan las doctrinas que consideraron al agua como de dominio privado o de dominio público y se presentan las críticas a ambas. También se recuerdan las teorías que veían al agua como una *res communes* y se critica el concepto de apropiación del recurso. Finalmente se propone comenzar a discutir un régimen jurídico dominial especial para este recurso particular, que parta de la real naturaleza física del mismo y que contemple el derecho humano a su consumo y que lo considere como recurso finito a administrar en forma participativa y directa como un valor colectivo y bajo criterios de sostenibilidad.

**ABSTRACT:** The work makes a critical point of view of the different categories in which the ownership right pigeonhole water. Based on the argentinian Civil Code, that presents the classification of waters in different categories which is considered wrong on the idea that water is unique, and because of that, it should include "water" as a concept and not "the waters". It develops a review and a critic of doctrines that considered water as private or public domain. It also recalls the theories that saw water as a *res communes* and criticizes the concept of ownership of the resource.

Finally it is proposed to begin to discuss a particular legal ownership right for this particular resource, which part of the real physical nature of it, including the human right of consumption and considering it as a finite resource to manage in a participatory and direct way as a collective value with sustainability criteria.

**SUMARIO:** I. Presentación del tema y del cuestionamiento a la clasificación dominial de las aguas. II. El agua, la clasificación jurídica de las cosas y la posibilidad de su

<sup>1</sup> El presente está basado en la clase dictada durante el Tercer Curso del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional que tuvo como título "El Agua" y se llevó a cabo entre los días 24 y 30 de junio de 2008 en la Casa de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, bajo la dirección del autor.

apropiación. III. ¿Propiedad privada o pública? Problemas que plantean ambas categorías. IV. Inapropiabilidad del agua, otras categorías: *res communes*. V. Hacia un nuevo régimen jurídico del agua basado en su particular y real naturaleza.

## I. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y DEL CUESTIONAMIENTO A LA CLASIFICACIÓN DOMINIAL DE LAS AGUAS.

En un trabajo anterior<sup>2</sup>, al abordar algunos conceptos con los que el derecho internacional ha tratado los recursos naturales y el problema ambiental, he intentado poner en crisis las categorías jurídicas tradicionales, al menos respecto de estos fines. Muchos de los temas ahí planteados se vinculaban al agua: ríos internacionales, ríos compartidos, cuencas hídricas; contaminación del mar; entre otros. También traté de mostrar cómo el concepto de soberanía impide un tratamiento acorde con la naturaleza del recurso y cómo aquellos intentos por superar el mismo, *res communes* o patrimonio mundial encontraban aún ciertos obstáculos para poder ser aceptados como válidos, especialmente conviviendo con la propia soberanía o los regímenes jurídicos tradicionales y de matriz apropiativa sobre las cosas. No querría repetir todo lo allí dicho. En cambio, y en la misma línea, en esta ocasión voy a profundizar la relación del agua con las tradicionales categorías dominiales, especialmente en el derecho interno. Como en aquella oportunidad, anticipo mi hipótesis, y es que el agua es un elemento natural de características tan particulares que no puede ser forzada a entrar en las categorías preexistentes que el derecho "creó", para muchas más cosas, situaciones o elementos diversos.

Según el Código Civil argentino, las aguas se clasifican como:

a) de dominio público del estado (provincial o federal según donde se encuentren):

1. el mar territorial
2. los mares interiores
3. los ríos
4. las aguas que corren por cauces naturales
5. las aguas subterráneas
6. las aguas susceptibles de satisfacer usos de interés general
7. los lagos navegables (art.2340)

<sup>2</sup> PASTORINO, Leonardo, *La comunidad internacional frente a los recursos naturales y el ambiente. Conceptos jurídicos trascendentes: res communes omnium, patrimonio mundial, interés de la humanidad, cuencas hídricas, daños transfronterizos*, en PASTORINO, Leonardo, Director, Principios en materia de ambiente y recursos naturales renovables, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2008, p.31. Tal publicación, recoge las actas del Segundo Curso del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional que llevó el mismo título que el libro.

b) de dominio privado (de los particulares o, incluso, del propio estado):

1. el agua de lluvia que cae en terreno privado (art.2635)
2. las vertientes que nacen o mueren dentro de una misma heredad (art.2350)
3. los lagos no navegables (art.2649)

c) aguas susceptibles de apropiación privada, es decir que, en principio no tendrían dueño (aunque también se discute si por eso integran o no una categoría especial como *res nullius*) pero podrían ser apropiadas por los privados o convertirse en públicas si comienzan a correr por un cauce natural: serían las aguas de lluvia que caen o corren por lugares públicos (art.2636).

Sobre cada una de estas categorías existe un gran número de cuestiones e interpretaciones para cuyo tratamiento ya son clásicos los trabajos de Marienhoff, Spota, Allende, entre otros tratadistas especializados en derecho de aguas, en Derecho Administrativo o en Derecho Civil, lo que ya apunta una primera observación sobre la parcialidad con que el agua es tratada por el derecho a partir de la lógica propia de cada disciplina jurídica. Sin tratar de hacer un catálogo de las cuestiones que se plantean en la doctrina nacional, pongo de ejemplo las ya clásicas discusiones sobre si el régimen dominial del agua que preferentemente las considera públicas, debe estar incluido en el Código Civil; cómo deben gestionarse los recursos compartidos; cómo se reparte la jurisdicción sobre las aguas; cuándo un lago es navegable convirtiéndose en público y quién es el titular de dominio del lago no navegable; si la reforma de la ley 11.711 implicó una expropiación de las aguas subterráneas; si las aguas de fuente se equiparan a las de vertiente; si, como planteara antes, las aguas pluviales son *res nullius* o son públicas pero admitiendo la apropiación para el uso regular que es propio de las cosas públicas; entre tantos otros casos. Como homenaje a los mendocinos presentes, voy a recordar como una excelente síntesis de todas estas problemáticas y las soluciones planteadas por la doctrina, la que realizara el maestro Joaquín López al ingresar como miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba<sup>3</sup>.

Pero además de todos esos puntos grises sobre cada uno de los tipos de agua contemplados en el Código, quedan sin tratar y, no por ello sin discusión, la naturaleza jurídica de ciertos estados del agua o de ciertos momentos de la misma: las nubes, el rocío, el vapor, los glaciares, los esteros, etc.

El problema de la clasificación en distintos regímenes dominiales es común a todos los países pudiéndose reconocer, según Marienhoff, tres sistemas: la opción por considerar las aguas públicas, aquella por considerarlas privadas o una tercera opción mixta entre ambas. Claro que habría que completar el cuadro con las *res nullius* y las *res communes* que tal vez él omitió por tomar como referencia a nuestro Código Civil, ya que luego tratando los temas en particular menciona también a

<sup>3</sup> LÓPEZ, Joaquín, *El derecho de aguas en la legislación federal*.

estas otras categorías. La disección artificial del agua, hecha por el derecho, ha permitido imaginar distintos regímenes jurídicos para cada una de las fases, olvidando la esencia misma del elemento, característica que la mayoría de los autores siguen reiterando desde el derecho romano sin una reflexión sobre la misma. Entre las voces disonantes, repasando los escritos de Marienhoff, me sorprendí al encontrar citada por él, la de un jurista que no conocía: Alejandro von der Heyde Garrigós. Al realizar una crítica al anteproyecto de reforma al Código Civil preparado por Bibiloni, decía que para él no hay “aguas” sino “agua”. Justificando que la idea del escrito no era la de profundizar en sus propias teorías, lamentablemente, no ahondó en la cuestión, aunque se definió porque “el agua” es siempre “pública”.

## II. EL AGUA, LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS COSAS Y LA POSIBILIDAD DE SU APROPIACIÓN.

Procediendo con el rigor propio del jurista, para quien pudiera parecer ir contra los propios intereses de su clase pensar que su sistema pueda subordinarse a elementos o consideraciones externos al mismo, los mejores autores nacionales han procedido a encasillar al agua como cosa y dentro de esta categoría mayor, analizar si sería una cosa mueble o inmueble, terminando por definir si tal cosa podía o no ser objeto de una relación propietaria.

Para así proceder, tomaron la definición dada por el artículo 2311 del Código Civil: “se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor”; que anteriormente hacía referencia a los “objetos corporales”. Es obvio que dada la amplitud del término “objeto” y siendo que el lenguaje común utiliza el término agua fundamentalmente para llamarla así cuando se encuentra en estado líquido (lo que es obvio al repasar los tipos tratados en el Código) no resulta difícil identificar al agua como cosa. Tampoco por su relación con la palabra valor ya que este no necesariamente tiene que ver con un valor patrimonial, sino con cualquier valoración que consienta que la cosa sea objeto de una relación jurídica<sup>4</sup>. Obviamente, definir el agua como cosa va a tener implicancias trascendentes en otros órdenes jurídicos: en derecho penal para que se configure un hurto o robo; en los interdictos y acciones posesorias, etc.

Más difícil resulta aceptar la idea que el agua es un “cuerpo” tal como inicia su descripción Marienhoff. “Aquello que tiene una extensión limitada” dice la Real Academia para hablar de cuerpo, concepto que tiene que ver con

una forma. Claro que si en vez de agua hablamos de sus *continentes*, el río, el lago, el mar, esa forma aparece ante los ojos, pero no hace a la naturaleza del agua como fluido que corre, circula, se mueve a la vez que muta en cuanto a estados. Justamente, creo, esta visión del agua como cosa estática es lo que lleva al mismo autor a decir que no importa al régimen jurídico su cambio de estado. El agua, como sabemos, pasa del vapor al agua y del agua al hielo, constantemente. Sin embargo, para mantener sus dichos, Marienhoff se apoya en Mayer y Fleiner para equiparar al río con un cuerpo inmovilizado, de entre cuyos usos se menciona el de servir para patinar<sup>5</sup>.

Es también esta visión estática y de contenedores la que permite decir que el agua pueda ser un bien inmueble. Inmueble es algo fijo y hoy recibimos cotidianamente noticias de lagos que desaparecen. Son inmuebles las cosas que están por sí mismas inmovilizadas, dice el artículo 2314 del CC, mientras que hace a la esencia del agua fluir de un lugar a otro. Lo inmóvil es su continente. También en la naturaleza muchas cosas tienen la ductilidad de pasar de ser muebles a inmuebles y viceversa, a veces por la acción del hombre, como cuando se extraen ciertos minerales de la tierra, o cuando por su propio ciclo vital, el ganado al perecer puede formar parte del suelo. Pero el agua es extraordinariamente cambiante, yendo y viniendo de esas categorías, sin transformarse, como sí se descompone un animal que no podrá renacer por sí mismo, así como sí resurge el agua luego de la evaporación. A ello se suma la propia naturaleza consumible y su comportamiento cíclico, es decir que, aunque no es del todo así, se puede decir que es la misma agua la que pasa de un estado a otro, de ser inmueble a mueble y de pública a privada, volviendo sobre sus pasos, desapareciendo y resurgiendo en otros lados.

No le es ajeno esto a Marienhoff<sup>6</sup> que logra zanjar esa observación planteando una diferencia ante la pregunta de si el agua puede ser objeto de derecho de propiedad, aclara que no se refiere la pregunta a la condición jurídica de las distintas clases de agua sino a su posibilidad física de serlo, para lo que distingue entre aguas marítimas, aguas estancadas y aguas corrientes, sirviéndose de nuevo un poco del concepto de continente para facilitarse el razonamiento. En ese sentido, se ocupa de desglosar también el análisis diferenciando entre agua corriente propiamente dichas (la cuestión de las aguas estancadas y las marítimas, como aclaré, las resuelve fácilmente porque pueden ser limitadas por sus cauces) de los cursos de agua (*acqua profluens*, para los romanos), ya se trate de un río (*flumina*) o de un arroyo (*rivo*). Con esta disquisición, el curso de agua le resulta fácilmente objeto de propiedad, contra opiniones, que

<sup>4</sup> PASTORINO, Leonardo Fabio, *El Daño al ambiente*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2005. En el punto referido al ambiente como bien-valor colectivo, pág. 51 y ss.

<sup>5</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1939, pág. 51.

<sup>6</sup> Véase MARIENHOFF *Ob. cit.*, pág. 83 y ss.

ya conoce, en contrario, porque se componen de lecho (continente) y el fluido que sería estable en cuanto a "volumen de agua contenido y siempre idéntico". Para dejar más clara su opinión expresamente dice "igualmente estimo que se yerra cuando se sostiene que los cursos de agua no pueden ser objeto de propiedad, porque ésta supone un cuerpo cierto y determinado sobre el cual ejercerse, *mientras que las partículas líquidas no tienen tales caracteres*, puesto que, dada su movilidad, *tan pronto están en una parte como luego se van o desaparecen, para después surgir quién sabe dónde*. Bien se ha dicho que la renovación perpetua del caudal de un curso de agua no es obstáculo para su propiedad <pues todos los seres se renuevan sucesivamente y se transforman durante su vida asimilándose unas sustancias y perdiendo otras, sin que hasta ahora hubiese ocurrido a nadie preguntar si la sustitución de sus partes altera los derechos del propietario>", citando en esta última parte a Colmeiro<sup>7</sup>.

Así comienza a sostener su pensamiento en opiniones que, según mi punto de vista, hoy ya quedan superadas, como aquella de Huber que, "apoyándose en construcciones matemáticas, alega la existencia de un volumen delimitado que en toda época se halla en el curso de agua (recuerdo los problemas con los ciclos de agua en la Pampa Húmeda y sus períodos de sequías e inundaciones y la cantidad de arroyos hoy desaparecidos, también por causas absolutamente antrópicas como la construcción de represas, no por ello inválidas para desacreditar los términos absolutos en que Marienhoff sostiene su teoría) y termina con una improponible comparación entre el agua y la legión "que es siempre la misma, a pesar de la muerte que diezma los soldados, luego sustituidos por otros" o el pueblo "que es hoy lo que era hace cien años, a pesar de que no subsista ningún individuo de épocas anteriores"<sup>8</sup>.

### III. ¿PROPIEDAD PRIVADA O PÚBLICA? PROBLEMAS QUE PLANTEAN AMBAS CATEGORÍAS.

Una vez demostrado para Marienhoff que las aguas pueden ser físicamente objeto de propiedad, la distinción del régimen dominial que le corresponda sería una cuestión de política legislativa, remarcando que no existen, para él, bienes que integren el dominio público por su naturaleza, sino por afectación legal<sup>9</sup>. Entonces podemos pasar a sumar, algunas observaciones sobre las dos categorías dominiales a las que se dividirían, según nuestro autor, las preferencias legislativas de los diversos estados.

<sup>7</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.*, pág. 88.

<sup>8</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.* pág. 89.

<sup>9</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.* pág. 104.

Para plantear el tema de la propiedad privada debo recordar algunas cuestiones esenciales a su concepto y a sus formas. Respecto a las formas, recuerdo al italiano Salvatore Pugliatti que planteó el tema de "la propiedad y las propiedades" para referirse a este tema de los distintos modos de ejercer el derecho de propiedad sobre diversos objetos. Aunque también debo reconocer que el mismo Marienhoff cita algunos predecesores como el español Manuel Colmeiro ("todas las cosas se poseen de distinto modo, cada una según su naturaleza", pudiendo entonces para él hablarse de las aguas corrientes como una propiedad modificada) y el francés M. Championnière (para quien el ejercicio es variable y sigue la naturaleza y utilidad de la cosa)<sup>10</sup>. Sin embargo, en cuanto al concepto, no deja de ser, para los autores citados, ambos cercanos en el tiempo a la sanción del Código francés y, por ende con aquella visión absoluta del derecho de propiedad (que emana también de nuestro texto constitucional de 1853 y de la redacción del Código Civil original y que, sostuvo Marienhoff a lo largo de su producción jurídica que llegó casi a nuestros días), un derecho exclusivo y propio de obtener de una cosa toda la utilidad de que ella es susceptible. Por aquella época todos los autores, incluso el autor del Código Civil argentino, Dalmacio Vélez Sarfield, se basaban en el desarrollo de Proudhon, para quien la propiedad sostenida en la idea de apropiación exclusiva convertía al propietario en el mejor garante de la conservación de la cosa con el fin de transmitirla a sus sucesores. Así los propietarios pasaban a ser la clase privilegiada en relación a los no propietarios, por el fin social que el ejercicio de su señorío tenía en el desarrollo de la comunidad. De ahí también su preferencia a la hora de las decisiones gubernamentales. En la visión crítica de Paolo Grossi, se trataba de una propiedad construida sobre la idea del "tener", de poseer las cosas excluyendo al resto de las personas de cualquier tipo de determinación ya que la propiedad estaba protegida y privilegiada como un derecho natural<sup>11</sup>. Códigos civiles que siguiendo el modelo francés van a estar, como dice Rémoud-Guilloud, "infectados de materialismo"<sup>12</sup>.

Acá querría recordar que en el mismo libro que estoy teniendo de guía, Marienhoff preanuncia la crítica a este sistema de apropiación privada de las aguas cuando plantea que ciertos problemas jurídicos aparecerán, en este país

<sup>10</sup> Citados en pág. 88 y ss. de esa obra.

<sup>11</sup> Ver GROSSI, Paolo, *Un altro modo di possedere*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, pág. 8. Ello no debería sorprender, porque siguiendo el razonamiento del autor, la pérdida al inicio de la edad moderna de toda referencia a la divinidad, hizo del individualismo un nuevo culto que llegó a la exasperación. En la idea proudhoniana, el propietario se diferencia del resto de los mortales y se convierte en modelo para la sociedad. Según Grossi, Proudhon usa un lenguaje fiel a las convicciones de su tiempo: conformado por una parte de confianza en las virtudes taumátúrgicas del verbo "tener" y en el progreso realizado bajo el emblema del individualismo económico con una desconsideración total al problema de la distribución de los bienes, o como se dice ahora, de la riqueza.

<sup>12</sup> RÉMOND-GOUILLOUD, Martine, *Du droit de détruire*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, pág. 15.

despoblado, con el crecimiento de la población, soslayando el tema de la escasez del recurso<sup>13</sup>.

Es cierto que luego surgen las tendencias superadoras de esa propiedad absoluta que podrían regular o limitar el derecho privado, en base a un interés común, aunque no creo que puedan llegar al punto de consumir también el contenido de tal derecho. Y el juego de palabra es a propósito porque siendo el agua una cosa consumible y a la vez esencial a la vida, difícilmente la propiedad privada resistirá los embates de la cada vez mayor demanda. Pensemos en cuestiones prácticas más evidentes ahora que la geología y las ciencias en general nos explican como funciona la naturaleza. ¿Cómo puede hacerse efectivo un derecho de propiedad sobre fuentes surgentes en un fundo pero que se refieren a aguas subterráneas y hasta cuánto se puede limitar esa propiedad en interés común, cuando otros —Estado o particulares— pueden succionar agua de la misma capa freática? ¿Cómo puede reconocerse un derecho de propiedad aunque sea de uso sobre el agua del subsuelo cuando el recurso es cada vez más escaso, la tierra se subdivide más y más, y más sujetos pueden gozar o necesitar la misma agua?

Hasta el mismo Marienhoff reconocía una obligación de derecho natural, un deber humano para el propietario, el de aceptar que todos los que necesiten agua para su existencia la tomen de sus propiedades<sup>14</sup>. Una visión hoy ya fuera de contexto histórico en cuanto a la imagen, aunque no en cuanto a su contenido<sup>15</sup>. Pero Marienhoff negaba que tal derecho pueda alcanzar, como reconoce que lo hacían los diversos ordenamientos, al derecho de abrevar ganado. Éste, como el uso agrícola y tantos otros, hoy posiblemente serían fácilmente garantizables con nuevos derechos humanos, en concreto, el derecho al desarrollo.

La crisis debida a la escasez, aunque me gustaría no olvidar el tema de la calidad y la contaminación que no puede escindirse y puede ser, incluso más grave, ha obligado a hablar de hipótesis de conflicto también entre los Estados. Un libro reciente de Vandana Shiva plantea el problema actual del agua bajo el título de *Las guerras por el agua*. La autora realiza una serie de críticas al modelo apropiativo sobre el recurso. Ello no obstante, me sorprende que crea que eso puede solucionarse con el sistema de aguas públicas, especialmente cuando todas las multinacionales y grandes empresas que, como dice la autora, imponen una lógica de mercado para un bien que no debería ser tratado como una mercancía cualquiera, obtienen el agua a través de concesiones estatales. No es jurídicamente correcto decir, a pesar que sí es la lógica propietaria

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, pág. 105.

<sup>14</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.*, pág. 93 y ss.

<sup>15</sup> ALLENDE, Guillermo, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971. Allende recuerda que el artículo 78 de la Constitución del Chubut, a la época en que escribía, establecía que “el derecho natural de usar el agua para bebida de las personas, necesidades domésticas o abrevaderos, queda sujeto a los reglamentos generales”.

o apropiativa la que está detrás, que “los sostenedores del libre comercio del agua ven al derecho de propiedad privada como única alternativa respecto a la propiedad estatal y al mercado libre como único sustituto de las reglamentaciones burocráticas sobre los recursos hídricos”. No poseen, estas empresas concesionadas, un derecho de propiedad en el sentido de nuestro derecho de dominio. Pero la naturaleza del bien es lo que hace que una vez que se obtiene la concesión del agua extraída de sus fuentes naturales, el agua (bien mueble según las teorías clásicas) y a través del suministro y posterior consumo, termina comportándose como un bien apropiado, gozado y consumido. Por lo que tampoco puede hablarse, como hace la autora citando a William Blackstone, de un derecho de propiedad temporáneo y transitorio de carácter usufructuario ya que para que haya usufructo no puede haber consumo del objeto de tal derecho<sup>16</sup>.

Si hace al dominio público la inalienabilidad, y si la condición de dominio público, así como se obtiene por afectación se pierde por desafectación, que en nuestro sistema es legal, ¿cómo puede justificarse que el agua pueda pasar de manos a privados concesionarios y consumidores?

Es cierto que el origen del dominio público, como sostiene Marienhoff en su libro sobre el tema, es el de extraer los bienes de interés para la comunidad basándose en dos criterios, el de uso común y de vigilancia de la autoridad<sup>17</sup>. ¿Pero puede sinceramente gestionarse con el mismo régimen una plaza o camino que pueden permanecer en el tiempo sin que el uso los agote y el agua que queda desafectada, sin decisión legal, al ser consumida, evaporada, transportada o por quien sabe cuántas otras condiciones de hecho degradada o perdida?

A propósito son interesantes las campañas que comenta Cenicacelaya<sup>18</sup>, llevadas a cabo mayormente por la ciudadanía en distintos países latinoamericanos para la gestión del agua en una lógica no privatizante, como también resulta clarificante *La piccola guida al consumo critico dell'acqua*, llena de ejemplos positivos de gestiones municipales públicas en contraposición a la gestión privada y el desarrollo de publicidad que, lejos de ofrecer información, la distorsionan con una idea consumista favorable a los intereses económicos de las empresas del agua que operan, generalmente, en un mercado fuertemente concentrado.

También Vandana Shiva denuncia los distintos usos, que pueden realizarse tanto bajo la lógica de la propiedad privada como bajo la lógica de las concesiones otorgadas por el Estado, los que están “convirtiendo la abundancia en

<sup>16</sup> SHIVA, Vandana, *Le guerre dell'acqua*, Feltrinelli, Milano, quarta edizione, 2007. pág. 34.

<sup>17</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Tratado del dominio público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 27.

<sup>18</sup> CENICACELAYA, María de las Nieves, *El derecho al agua y los derechos humanos* en PASTORINO, Leonardo (Director), *El Agua*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2009, p.123. El libro recoge las actas del Tercer Curso de nuestro Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional.

escasez". No se trata, dice, de un consumo incrementado por el aumento de la población, sino fundamentalmente por lógicas irracionales impulsadas por modelos de producción concebidos en una lógica capitalista de producir riqueza por la riqueza misma. Desarrollo forestal incentivado, elección de árboles de crecimiento rápido con alto consumo de agua, riego agrícola, uso del agua para la minería exigen más consumo, a la vez que otras actividades van incrementando la degradación del recurso.

Los estados actúan, muchas veces, como cómplices de los negocios privados y víctimas del poder de las multinacionales más que como reguladores de los intereses en juego y custodios de los más débiles.

Pero también debemos sumar otro argumento, al menos en base a nuestro derecho positivo. Un nuevo atentado a la unidad de gestión del recurso que demuestra que ni siquiera contemplar las aguas en su totalidad como públicas les puede uniformar su régimen, está dado por el artículo 2339 del Código Civil que las pone en cabeza de las provincias en las que se encuentran. Es decir que tenemos que considerar el problema de la interjurisdiccionalidad que no parece poder solucionarse ni siquiera con la nueva idea de los presupuestos mínimos de protección ambiental ni la ley dictada, en consecuencia, por el Congreso, Ley N° 25.688. Sin entrar en detalles, recordemos el paradigmático caso del Río Atuel, *leding case* que no logró resolver el problema de la distribución del agua de ese Río y de su cuenca entre las provincias de Mendoza y de La Pampa y que pone permanentemente en crisis el sistema institucional argentino gracias al sólido argumento que la dominialidad —esta vez pública— le da a Mendoza derechos para decidir sobre un recurso escaso, sin considerar las necesidades de desarrollo de La Pampa ni las necesidades de los vecinos de ésta. De nada parece haber servido entonces la incitación de la Corte a lograr un acuerdo interprovincial que, si bien se ha celebrado, por este tiempo La Pampa denuncia su incumplimiento. Incumplimiento que el tiempo opera a favor del consumo mendocino y el incremento de los perjuicios pampeanos lo que ha provocado la presentación de una nueva causa, esta vez orientada a los reclamos de los daños colectivos, ambientales y de la comunidad pampeana empobrecida.

No sé si Vandana Shiva ha caído inconscientemente en la trampa de quienes reducen el planteo de las categorías jurídicas entre dominio privado y dominio público, ya que también ella hace rápidas menciones a las *Institutas* de Justiniano<sup>19</sup> y a la concepción romanista y luego feudal para las que por ley natural

<sup>19</sup> *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aer, aqua profluens, et mare et per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur, dum tamen villis, et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare*, Libro Segundo, Título I, parágrafo I, tomado de Instituciones de Justiniano, Edición bilingüe, con nota previa de Ortolán, Atalaya, Buenos Aires, 1947, p.81.

son comunes a toda la humanidad el aire, el agua dulce, el mar y sus orillas. Como también recuerda que en su país, la India, estos bienes junto al espacio y la energía no pueden ser objeto de derecho de propiedad, o la Sharía, que reconoce un derecho de las personas al agua.

Lo define como bien común y apela a una especie de democracia ambiental para gestionar ese bien común e incluso llega a plantearse un límite a los derechos de los estados, por lo que me parece poder entender que pretende una categoría bastante distinta al clásico dominio público.

Es también cierto que para Marienhoff el dominio público usa el término dominio simplemente para identificar las cosas de utilidad común, como cosas públicas, sin una connotación que lo identifique con el derecho real de dominio privado que existe para las mismas<sup>20</sup>. Pero ello es difícil de conjugar con un sistema, al menos el argentino, donde el Estado gestiona por sí solo estos bienes pudiendo otorgar concesiones y permisos sin ningún control de la comunidad que, en las mismas ideas de Marienhoff debería ser la verdadera titular del bien, aunque recuerda para eso la definición moderna que diera Pardessus quien por primera vez utilizó la locución para indicar la categoría de bienes del Estado no pertenecientes al dominio privado del mismo, y sometida a un régimen especial que las trata como cosas inalienables e imprescriptibles.

Todavía habría que agregar la cuestión del *orden público*. Porque para quienes sostienen la dualidad público-privado, de caber el orden público en materias de agua, sólo esta categoría conceptual llegaría a cubrir las normas que regulan a las aguas públicas, con el cierto detrimento de los derechos al agua para aquellos privados que quedarían a merced del titular del recurso en el caso que este corresponda a un privado ya que las normas privadas podrían considerarse derogables por la voluntad de las partes. Pero en este punto en que estamos criticando al sistema de dominio público y el modo de ejercerlo casi como si fuera una posesión personal de los detentores del poder, más que tratarse de un eufemismo para referir a la titularidad del pueblo y al destino de servir a éste, tenemos ejemplos concretos en que el Estado ha decidido sobre el agua sin considerar el carácter de verdadero bien colectivo que tiene, y hasta ha pactado con otros entes públicos en detrimento del agua, de su calidad y de todos los fines que pueda realizar para la población circundante, abrogándose la disponibilidad, como representante del pueblo, de derechos

<sup>20</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de dominio público*, pág. 30.

que, en una vinculación de esencialidad tienen como verdadero titular a cada miembro de la colectividad<sup>21</sup>.

Llamativamente Marienhoff al decir que puede recaer en esta categoría cualquier bien siempre que pueda tener la aptitud necesaria o que reúna las características para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial, rechazando así observaciones como las que hice arriba basadas en la distinta calidad de las cosas, agrega que “acertadamente se dijo que el dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos sobre los que se ejerce la propiedad privada”<sup>22</sup>, a la que hemos ya dedicado algunas consideraciones para rechazar la posibilidad de alcanzar al agua como objeto de derecho.

Lo más interesante de su tratado, a nuestros fines, es que, rechazando las opiniones de quienes sostienen que los bienes muebles no pueden integrar el dominio público, considera que ello es así sólo tratándose de cosas consumibles o fungibles. Así expresamente dice: pero el régimen especial del dominio público requiere que los bienes o cosas que lo integran físicamente presenten o tengan un “relativo” carácter “permanente” o “irreemplazable”; de no ser así, no se justificaría ese excepcional y severo régimen legal. Por eso las cosas “consumibles” y las “fungibles” no pueden revestir carácter dominial. Las

<sup>21</sup> Así, la Sala III de la Cámara Federal platense en sentencia recaída el 3/10/06 en autos “Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A. s/Ordinario” dijo: “Las afirmaciones de la Corte Suprema son de estricta lógica”. En efecto, el art. 41 de la Constitución Nacional establece que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano...”. De tal manera, los titulares del derecho son una cantidad actualmente indefinida de personas y, por ello, sin bien existen diferentes posibles legitimados para accionar por el derecho en juego, ninguno en particular puede incorporar a su patrimonio, ni al haz de los derechos que les corresponden qua individuo, una potestad evidentemente genérica y difusa, o sea que la legitimación para accionar, en este tipo de situaciones, no se confunde con la titularidad del derecho.

Estas razones valen, *a fortiori*, cuando se trata de las administraciones estatales, en el caso, la municipal. En tal orden de ideas, recordemos que la disposición del art. 841, inc. 1° y 2° C.C. han sido interpretadas diciendo que “Respecto de la prohibición que sienta el art. 841 del Código Civil, con relación a las personas jurídicas de carácter público, se ha subrayado que es menester verificar si actúan en su condición de poder público, o simplemente como personas jurídicas. Cuando la Nación, las provincias y las municipalidades obran en el aludido carácter de poder público, las mismas están inhabilitadas, en principio, para celebrar transacciones, porque por lo mismo que ellas gestionan en esa calidad bienes y asuntos de interés colectivo y que están fuera del comercio, toda transacción es imposible, de acuerdo con la regla general establecida en el artículo 844 del Código citado” (v. Augusto M. Morello, Guadálberto Lucas Sosa y Roberto Berizonce, “op cit., pág 71”). Ver toda la sentencia (publicada en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00015411.Htm>) para entender mejor la renuncia de derechos que se pretendían realizar en ocasión de un acuerdo conciliatorio que la Cámara deniega y que estaba vinculado con la construcción de la planta de tratamiento de residuos cloacales que desaguan en el Río de la Plata y los daños colaterales al ambiente y al Municipio.

<sup>22</sup> MARIENHOFF, *Tratado de dominio público*, pág. 88.

cosas consumibles no ofrecen carácter “permanente”; las cosas fungibles no tienen calidad de “irreemplazables”<sup>23</sup>.

Antes dije que el mismo Marienhoff reconocía algo así como un derecho natural al agua, allí, aunque sea en forma limitada reconoce la posibilidad de hablar de otras categorías: “Championnière estima que es un deber humano, una obligación de derecho natural, dejar que todos los que lo necesiten tomen ese elemento de existencia y de vida que la naturaleza produjo en tan gran abundancia; y que en ese sentido, pero en él solamente, es exacto decir que el agua pertenece a todos, que la naturaleza la ha distribuido a todos y que nadie puede apropiársela exclusivamente. Por eso se dijo (ahora citando a Laurent) que el agua, como elemento, no es susceptible de apropiación”<sup>24</sup>.

Incluso, algunos años después, ya en su *Tratado del dominio público* al hablar del aire, reconoce que ambos recursos serían (aunque para él, solo para “ciertas relaciones”) *res communes omnium*<sup>25</sup>.

#### IV. INAPROPIABILIDAD DEL AGUA, OTRAS CATEGORÍAS: RES COMMUNES.

Entonces creo suficiente lo dicho para desacreditar la idea de que el agua pueda constituir objeto de un derecho de dominio, considerando al agua bien mueble o inmueble, en tanto que para que exista dominio, además de la imprescindible sumisión del bien a la persona del titular, es necesario que quede incluido el *usus* como también el *fructus*<sup>26</sup>. Si bien para mi es suficiente esta caracterización para descartar el agua como objeto del dominio público, respondiendo a quienes entienden que en ese caso el dominio se usa en otro término y lo que en realidad sucede con las aguas públicas es una exclusión del

<sup>23</sup> MARIENHOFF, *Tratado de dominio público*, pág. 95 y ss.

<sup>24</sup> MARIENHOFF, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, pág. 88.

<sup>25</sup> Decía a p.572: “Sería un grave error creer que el aire, para todo tipo de relaciones, constituye una “*res communes omnium*”. Igual error se cometería si se creyera que el “agua” pertenece a todos y que nadie pueda apropiársela en forma exclusiva. Así como el “agua” pertenece a todos los hombres —“*res communis*”— al único y sólo efecto de que apaguen su propia sed, utilizándola como producto natural indispensable y fundamental para la vida, así también el aire pertenece a todos los hombres en calidad de “*res communis*” al solo y único efecto de que éstos lo aspiren y satisfagan una necesidad vital imposterizable. Para todos los demás efectos el aire no constituye una “*res communis*” sino un bien dominical o público, siguiendo así la condición jurídica del *espacio* que lo contiene. Por eso, con exclusión del aire necesario para la vida humana —“*res communes omnium*”—, todo el contenido del espacio aéreo sigue la condición jurídica de éste: dependencia del dominio público, siendo su uso regulable por el Estado tal como acaece con cualquier otro bien perteneciente al dominio público”.

<sup>26</sup> *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, bajo la dirección de ALLAND, Denis y RIALS, Stéphanie. Ver la voz *domaine publique*, pág. 407.

régimen de apropiación privada para conceder universalmente el uso pero no el dominio a los particulares, reitero lo dicho respecto a que el uso en el agua es generalmente consuntivo y agota en sí al bien. Como también tengo que recordar que el uso puede degradar el bien, operándose una confusión entre la clásica división de los usos comunes y especiales que es propia de los bienes públicos, ya que en el caso del agua los usos comunes pueden terminar impidiendo el destino normal de la misma para el uso también común del resto de la colectividad por contaminación. Por todo esto agregó que debo negar, junto a la posibilidad de que el agua sea objeto de dominio, que lo sea de cualquier otro derecho de propiedad, como puede serlo un derecho concesionado de uso -común o especial-, tal como el previsto en carácter de excepción para las aguas subterráneas que, luego de su declaración como públicas, consienten en virtud del nuevo texto del inciso tercero del artículo 2340 del Código Civil, el derecho *regular*<sup>27</sup> del superficiario a extraerlas *en la medida de su interés*, que, por cierto, no ha sido especificado.

Vale la pena recordar que antes de nuestro Código Civil, en nuestro derecho se contemplaban aguas bajo la categoría de *res communes*. Por lo que es bueno buscar entre los antecedentes históricos las características de esta otra categoría no por creer que sea esta la que sí se adapte al régimen del agua, pero como ejercicio de diversificar las posibilidades y no encerrarse una disyuntiva exagerada que gire sobre la opción aguas públicas o aguas privadas.

Entre los antecedentes es interesante notar que, por un lado, en el derecho indiano las cosas comunes provenían de una concepción indígena que tenía sus propias particularidades, pero, por el otro, en el derecho romano existió y hasta puede decirse que no estaba claramente diferenciada de las *res publicae* por lo que no es del todo incorrecto imaginar que cuando algunos autores contemporáneos piensan en el agua como del dominio público, lo hagan entendiendo que éstas lo son por los mismos fundamentos que otros podrían considerarlas *res communes*, algo similar al interés general.

Allende recuerda que Pedro Somellera enseñaba en 1823, en la recientemente fundada Universidad de Buenos Aires que las cosas “unas son comunes, otras públicas, y otra de los particulares. Las primeras son aquellas cuyo uso es común a todos los hombres, y la propiedad de ninguno: tales son el aire, la luz, el agua corriente, el mar y sus riberas. La absoluta necesidad que de estas cosas tiene el

<sup>27</sup> Palabra compleja a fin de entender el sentido de la reforma ya que, para empezar, no es sinónimo, como creen algunos, de racional y respecto a la gestión de los recursos y, para seguir, porque se trata de una palabra de muchos significados dados por la Real Academia dentro de los cuales, si bien existe el que prefiero, “ajustado y conforme a las reglas”, es decir, conforme a derecho, también está “uniforme, sin cambios grandes o bruscos” que, entendiendo la lógica de la reforma, observada como expropiatoria, podría entenderse en el sentido que se mantienen los usos del agua preexistentes en la cantidad, sin cambios bruscos, de cómo se venía consumiendo.

género humano, su extensión, su magnitud e inacababilidad, hacen que sea común su uso, y que no sean de la propiedad de ninguno, o lo que es lo mismo, que sean de la propiedad de todos, sin que pierdan esa calidad”<sup>28</sup>. Valga ésta como una primer demostración de lo que llegaba como tradición a nuestro país apenas independiente y como se enseñaba el régimen dominial antes de la aparición de nuestro Código Civil.

Pero es Alberto Spota quien en su magnífico tratado nos explica con más exactitud los antecedentes de esta categoría. Las cosas serían en el derecho romano comunes por su propia naturaleza y su imposibilidad material de ser apropiadas (los astros, la luz solar, el mar, etc.) lo que las constituía en cosas sin valor económico ni jurídico. A esto se acoplaba la idea de extrema abundancia. De acuerdo a su visión, para los romanos estas mismas cosas eran naturalmente inmutables. Así, Spota recoge un párrafo de la *Enciclopedia Giuridica Italiana* en el que se lee “por su esencia, según el orden inmutable de la creación, han sido, son y serán siempre comunes a todos por su intrínseco destino: tales son el aire, la luz, el calor, el mar, el agua corriente considerada en sí misma e independientemente del camino que recorre y del álveo en el cual está comprendida”. Entre las citas que hace, tratando de describir la situación particular por la que los conceptos no son absolutamente terminantes, por lo que no resulta fácil distinguir las cosas comunes de las públicas, dice que las *res communes* serían libres a la comunidad de todos los hombres y apropiables por partes. Entre los citados, se halla Marciano, para quien las cosas eran comunes “por derecho natural”. Las cosas comunes eran conceptualmente distintas a las *res nullius* porque eran por naturaleza inapropiables<sup>29</sup> correspondiendo, a todos, sólo su uso. Cuestión que, aunque obvia, vale la pena remarcar ya que con los avances de la civilización y la tecnología cambió, diría para cada uno de los casos antiguamente contemplados. Como también es cierto que ha cambiado radicalmente la idea de inagotabilidad del agua respecto al avance de los desarrollos económicos y del uso extremadamente irracional que se hace de ella.

Las cosas públicas serían susceptibles de apropiación, pero el Estado las reservaba para su utilidad general. De allí, que las playas pudieran recaer en esta categoría porque eran humanamente poseíbles, así como luego se va a distinguir entre

<sup>28</sup> ALLENDE, Ob. Cit., pág. 128.

<sup>29</sup> En cambio: “Las fieras, las aves, los peces y todos los demás animales que pueblan el mar, el cielo y la tierra, en el instante mismo en que por alguno son aprehendidos, éste les hace suyos por derecho de gentes: porque lo que no es de nadie, la razón natural lo concede al primer ocupante. No importa que las bestias fieras y las aves hayan sido acogidas en terreno propio o ajeno. Aunque si el dueño de un terreno ve a alguno que intenta penetrar en él para cazar o tender sus redes, puede impedirle que entre” (*Instituciones de Justiniano*, Libro Segundo, Título I, párrafo 12, tomado de la Edición bilingüe, con nota previa de Ortolán, publicada por Atalaya, Buenos Aires, 1947, p.84).

mar territorial, donde el Estado puede extender un manto de protección y cuidado y alta mar, cosa común<sup>30</sup>.

Siguiendo a Bonfante, "el concepto fundamental del derecho romano clásico es claro (...) El uso de las aguas públicas para beber o abreviar, para la pesca y para la irrigación debe ser libre a todos y debe ser evitado el *abusus* que es inherente al concepto de la propiedad privada. Inherente al concepto de la propiedad privada lo entendemos no ya en el sentido vulgar y moderno del abuso, que implica algo de excesivo, aun de destructivo y culpable, sino en el sentido del derecho romano, en el cual significa el consumo y el agotamiento de la cosa sólo por un uso doméstico"<sup>31</sup>. Es aquí donde la idea de agua pública se asocia al interés por su conservación en cantidad -no sé si puede decirse lo mismo en relación a la calidad- y donde quienes pretenden reconocer un interés general para satisfacer una necesidad natural identifican el agua con el dominio público.

No es la intención aquí la de agotar todas las vicisitudes por las que han pasado esas categorías jurídicas y los profundos cambios que surgieron luego de la caída del imperio romano respecto al régimen dominial de los mismos bienes a que ellas se referían en aquella época.

Si querría terminar de evocar la obra de Spota, justamente para recordar otra fuente más de la que se nutrió el régimen de las cosas comunes en el derecho indiano. Me refiero al sistema indígena al que hace referencia particularmente considerando el *ayllu* incaico y el *callpulli* azteca. En estos sistemas colectivistas o, como él llama, comunistas de tierras y aguas el Inca, que era el dueño supremo de ellas, las disponía, previo empadronamiento, distribuyendo las aguas bajo un sistema riguroso para que alcanzaren a todos.

Con la conquista, el rey español se consideró heredero de los incas y otros reyes indios y las aguas -junto a los montes y los pastos- pasaron a considerarse bienes realengos. Mandando el monarca español a proseguir con el sistema indígena en el reparto de las aguas. Así, Carlos V dispuso en 1541 que "Nos, hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias, y algunas personas sin título nuestro tienen ocupada muy grande parte de término, y tierras en que no consienten que ninguno ponga corral, ni buhio<sup>32</sup>, ni trayga allí su ganado: Mandamos que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren para que los puedan gozar libremente y hacer junto a cualquier huijo sus cabañas, traer allí los ganados, juntos, o apartados, como quisieren, sin embargo

<sup>30</sup> SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndes, Buenos Aires, 1941, T.I, las págs. 122 y ss. y, en particular, las notas 6, 7 y 8.

<sup>31</sup> SPOTA, Ob. cit. T.I, p. 186.

<sup>32</sup> Entiendo que sería en español antiguo el bohío, "Cabaña de América, hecha de madera y ramas, cañas o pajas y sin más respiradero que la puerta", según el Diccionario de la Real Academia Española.

de cualquier ordenanzas, que si necesario es para en quanto a esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningún valor y efecto"<sup>33</sup>. Pero ya algunos años antes (1526), el mismo monarca, había establecido que "Ordenamos que la misma orden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y se practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer sean regados, y se de a cada uno el agua, que debe tener, sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores a él rieguen las tierras que tuvieron señaladas"<sup>34</sup>.

En el derecho indiano entonces las aguas en su unidad eran consideradas comunes, sean corrientes o no, sean de utilidad para la navegación, como luego muchos van a priorizar, o no. Pero también es cierto que el régimen dominial era el de bien realengo, es decir, de la Corona, y que lo que se está concediendo es el uso de la cosa que ya no es más común en el sentido romanista de inapropiable o de titularidad de todos los hombres.

Sin pretender acá entrar de lleno en la legislación indiana, querría recordar de todos modos, algunos principios que se derivan de la obra de Ambrosio Cerdán y Pontero de 1793, es decir su *Tratado sobre las aguas de los valles de Lima*, que recogía la experiencia del autor como juez de aguas y sus conocimientos sobre la materia y que tuvo una gran trascendencia en su época.

Obviamente, la obra se basa en la concepción jurídica vigente en las colonias por esa época que entendía a las aguas como una regalía de la Corona, la que otorgaba a los súbditos su uso benéfico, equitativamente distribuido en base a una distribución "sabia, justa y prudente", pero me interesa porque parece ser más alejada de los sistemas dominiales y más atenta a la propia naturaleza del bien.

En reconocimiento a su escasez, el principio de proporción, por el cual se distribuían las aguas en manera proporcional a las tierras beneficiables; el principio de alternatividad, que distribuía a partir de turnos, tandas o mitas, entre los distintos valles como entre hacendados, y previendo turnos especiales para las comunidades indígenas y las compañías religiosas; el principio de economía, se refería a juntar todo lo que se pudiera y usarla en modo debido; el principio de fijeza o respeto a las medidas previstas para la distribución, que mandaba instalar medidas fijas en las bocas de entrada a valles y haciendas para que nadie viole la proporción prevista. Tal vez por una relación con la esencialidad para la condición humana, el principio de "no aceptación de personas" que significaba no favorecer a ciertas clases sobre otras (eclesiásticos, laicos, españoles, indios, etc.). También se reconocía un principio de limpieza, especialmente vinculado a mantener los cauces libre de

<sup>33</sup> SPOTA, Ob. Cit., T.I, pág. 274.

<sup>34</sup> SPOTA, Ob. Cit., pág. 280.

obstáculos. Mientras que vinculado al gobierno y a la gestión existían principios de base exclusivamente técnica, como el principio de participación de madre e hija por el que el ducto principal no puede llevar menos agua que el secundario o el respeto a una altura determinada para la toma de aguas de un valle y, finalmente el principio de participación comunitaria que favorecía los acuerdos entre las distintas comunidades como también permitían el acceso de a la autoridad o juez de agua para resolver<sup>35</sup>.

De todos modos, la consideración de la fuente indiana que, si bien parte del concepto romanista de *res communes* va a tomar un giro distinto gracias a la inspiración del rey Carlos V de respetar los criterios de distribución indígenas, es fundamental a la hora de plantearse el tema de las nuevas concepciones que deben primar detrás de las palabras. Por lo que también tiene que ver el aspecto cultural y la relevancia que las personas pueden dar a las cosas.

Shiva dice que por un lado están las culturas que ven el agua como algo sagrado, cuya distribución equitativa representa el deber de preservar la vida y la visión de la economía del mercado que ve en el agua una mercancía más. Otras culturas conciben el agua en un sentido más espiritual y profundamente humano. Aunque en el sistema que nos impera, consumista y cada vez más lejano a esos otros tipos de valores no economicistas, la cultura y la razón pueden contribuir a generar nuevos cambios ya que existen ideas que pueden servir en las mismas bases histórico jurídicas que perdieron algo de significación con el liberalismo exagerado que se expandió luego de la revolución francesa.

Creo que el problema de definir un régimen legal para el agua, como para otros bienes ambientales pasa por entender el objeto del que estamos hablando. No es sólo un problema de su ciclo y del paso de una categoría dominial a otras, también tiene que ver con la finitud y la necesidad de preservar su calidad. Al mismo tiempo que se requiere constante información sobre sus usos y los modos en que éstos pueden afectarla.

Vandana Shiva pone frente a frente el derecho humano a percibir agua limpia o potable y la libertad de contaminar que, al final y aunque no sea en modo expreso, se termina reconociendo a los grandes usuarios del bien. Siempre me impactó el libro, pero quizá más el título con que lo coronó su autora, Martine Rémoud-Gouilloud, *Du droit de détruire*. En el mismo, se cuestiona tanto los sistemas propietarios privados basados en la exclusividad, como su reflejo en los modelos públicos<sup>36</sup>. Con la metáfora "el derecho es una selva de símbolos" la autora se refiere a la confusión entre *res communes* y *res nullius*<sup>37</sup> las que entran en crisis

<sup>35</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero*, Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene", N° 30, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 75 y ss.

<sup>36</sup> RÉMOND-GOUILLOUD, Ob. Cit., pág. 123 y ss.

<sup>37</sup> RÉMOND-GOUILLOUD, Ob. Cit., pág. 107.

cuando se quiebra el mito de la abundancia. El principio contaminador-pagador refleja más que ninguna categoría la idea que el derecho tolera la destrucción de los ecosistemas. En definitiva, parece que las categorías jurídicas creadas por el hombre son instrumentales, hasta ahora, a la concepción del señorío de éste sobre la naturaleza.

## V. HACIA UN NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA BASADO EN SU PARTICULAR Y REAL NATURALEZA.

Sintetizando la caracterización del agua, lo que puede contribuir a fijar los principios básicos para su régimen jurídico, Vandana Shiva dice que el agua:

1. es un don de la naturaleza,
2. es esencial para la vida
3. interconecta la vida,
4. debe ser gratis para el sustento,
5. es limitada y, por ende, agotable,
6. debe ser conservada,
7. es un bien común,
8. nadie tiene derecho a destruirla y
9. no es sustituible.

Creo necesario abrir este debate para abandonar los criterios clásicos, nacidos más desde las clasificaciones en categorías teóricas que en el estudio de la realidad en base científica, y avanzar así en estudiar la posibilidad de que el ordenamiento jurídico reconozca en el agua, como posiblemente en otros bienes de la naturaleza, esa propia condición.

Así se podrá pensar una legislación de los bienes naturales partiendo de la base de un acabado conocimiento científico y técnico de sus leyes y los procesos que los involucran, lo mismo que previendo una gestión superadora de la dicotomía público-privado para concretizar, en sentido contrario, una concepción actual del régimen jurídico de las cosas colectivas que pueda adaptarse a la particularidad de cada una de las cosas de tal naturaleza y a la relación esencial del hombre con ellas. Ello deberá conducir a un régimen de gobierno también nuevo, dinámico, de activa y constante presencia sobre el recurso que gestiona y que, fundamentalmente incluya la participación ciudadana en las decisiones, control y también en la administración misma, bajo un sistema de democracia lo más directa posible. Tal legislación deberá olvidarse del criterio individual y apropiativo para consagrarse a regular meros derechos de uso, distinguiendo entre aquellos directamente vinculados con la vida misma de los otros vinculados al aprovechamiento económico y pautar las preferencias entre ellos, las formas y el *quantum* posibles de los mismos.

## BIBLIOGRAFÍA.

ALLENDE, Guillermo, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971.

CANO, Guillermo

- *Recursos hídricos internacionales de la Argentina*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1979.

- *El derecho de aguas en el anteproyecto de Código Civil*, La Ley, T.7, Secc. Doctrina, p.43.

DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero*, Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene", N° 30, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p.41.

GROSSI, Paolo, *Un altro modo di possedere*, Giuffrè Editore, Milano, 1977.

LÓPEZ, Joaquín, *El derecho de aguas en la legislación federal*, Tomo XXVI de Anales, Córdoba, 1987, p.23.

MARIENHOFF, Miguel.

- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1939.

- *Tratado del dominio público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.

MARTINELLI, Luca, *Piccola guida al consumo critico dell'acqua*, Altreconomia, Milano, 2007.

MATHUS ESCORIGUELA, Miguel (Director), *Derecho y administración de aguas*, Edición propia, Mendoza, 2007.

PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

PASTORINO, Leonardo (Director), *El Agua*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2009.

PIGRETTI, Eduardo, *El Acuífero Guaraní como problema político y social*, en Pastorino, Leonardo (Director), Principios en materia de ambiente y recursos naturales renovables, Universidad Nacional de La Plata y Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2008, p.25.

RÈMOND-GOUILLOUD, Martine, *Du droit de détruire*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989.

SHIVA, Vandana, *Le guerre dell'acqua*, Feltrinelli, Milano, quarta edizione, 2007.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndes, Buenos Aires, 1941.

SZÉKELY, Alberto (Compilador), *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, Tomo V, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

VON DER HEYDE GARRIGÓS, Alejandro, *Breve crítica a las disposiciones sobre aguas en la reforma del Código Civil*, La Ley, T.6, Secc. Doctrina, p.113.

## EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD AGRARIA EN LAS LEYES LABORALES ESPECIALES

LUISA VICEDO CAÑADA

Profesora Asociada. Universidad Politécnica de Valencia

JOAQUÍN VIDAL VIDAL

Abogado. Sección de Derecho Agrario y Aguas

**RESUMEN:** En este trabajo se pretende abordar qué se entiende por actividad agraria desde un punto de vista laboral, es decir, si existe alguna norma laboral que trate o delimite el concepto de tal actividad. Así, se ha optado por estructurar este estudio en cuatro apartados. Un primer punto dedicado a determinar el criterio sobre el que la UE sienta la base de la agricultura. El hecho de que nuestro País se halle formando parte de la Unión Europea supone la aceptación de una Política Agraria Común (PAC), lo que conlleva la prevalencia de todo su sistema normativo sobre el ordenamiento interno. De ahí la relevancia de estudiar tal normativa comunitaria.

Seguidamente nos hemos centrado en analizar el concepto de actividad agraria en las leyes agrarias vigentes en España. El tercer punto de nuestro análisis lo hemos dedicado a estudiar si se ha abordado en la legislación laboral la actividad agraria, y si así ha sido cómo se ha tratado.

En última instancia nos hemos ocupado, a modo de conclusiones de este estudio, de fijar lo que entendemos por actividad agraria a la luz del análisis de la normativa citada.

**ABSTRACT:** This work seeks to address what is meant by agricultural activity labour perspective, i.e. If there is any question or refine the concept of such activity labour standard. It has thus opted to structure this study in four sections. A first point dedicated to determine the criterion on which the EU lays the basis of agriculture. The fact that our country is part of the European Union implies acceptance of a common agricultural policy (Cap), which leads to the prevalence of your entire normative system on domestic. Hence the importance of study such Community legislation. Then we have focused on analysing the concept of agricultural activity in the agricultural laws in Spain. The third point of our analysis we have spent to consider whether agricultural activity has been addressed in labour legislation, and if it has been how has dealt. In last instance we have been, by way of findings of this study, establish what we mean by agricultural activity in the light of the analysis of the aforementioned regulations.

**SUMARIO:** I. El concepto de actividad agraria en las disposiciones de la Unión Europea. 1. La noción de actividad agraria en la UE: el producto agrícola. 2. La evolución de la PAC. II. En las leyes agrarias vigentes en España. III. Los cambios de actividad agraria en las leyes laborales especiales. IV. Contenido actual de la actividad agraria

## I. EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD AGRARIA EN LAS DISPOSICIONES DE LA UNIÓN EUROPEA.

### 1. La noción de actividad agraria en la UE: el producto agrícola.

Tanto el Tratado de Roma como el Tratado de la Unión Europea regulan la PAC sobre una base económica: la de reglamentar la agricultura y el comercio de los productos agrarios de la Comunidad. En consecuencia su preocupación reside en que aquello que se produzca se introduzca en el mercado, por lo que va a pretender regular la agricultura en aras a este fin. Todo ello tiene su razón de ser en los efectos que han propiciado los cambios económicos, la mundialización de los mercados agroalimentarios y la liberalización de los mismos.

Toda la base de la ordenación de la agricultura reside en la noción de producto agrícola<sup>1</sup>. El artículo 32 del Tratado de la Unión Europea entiende como tales los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación relacionados con aquellos.

Por tanto, de este precepto podemos extraer tres conclusiones. Por un lado, considerar como actividad agraria no solamente a la vinculada a la tierra y a la explotación agraria, sino también a la relacionada con la naturaleza y con los seres vivos, incluyendo tanto aquella actividad que se desarrolla en un ambiente natural como la que ejercita el hombre para obtener un producto vegetal o animal. Se trata, pues, de un concepto que se encuentra en armonía con la realidad agraria de hoy en día, y que se corresponde con la producción de seres vivos y que no distingue entre una agricultura con o sin tierra, nuevos sistemas de engorde de ganado, cultivos hidropónicos, etc...

En segundo lugar, cabe decir que incluye como actividad agrícola a la pesca<sup>2</sup>, a la que la legislación nacional española aún no la considera como

<sup>1</sup> A. MASSART y A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "El objeto del Derecho Agrario. Reflexiones actuales sobre su dogmática" Manual de instituciones de Derecho Agro ambiental Eurolatinoamericano, p.122, considera al Derecho Agrario como el derecho de la producción, producción que consiste en seres vivos, animales o vegetales.

<sup>2</sup> Artículo 32 "El mercado común abarca la agricultura y el comercio de los productos agrícolas. Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquellos".

tal. Por tanto, debe quedar equiparada a las otras por disposición de la Unión Europea<sup>3</sup>.

El Profesor SÁNCHEZ HERNÁNDEZ<sup>4</sup> considera que equiparar los productos de la pesca a los agrícolas, pecuarios y forestales, supone igualar cosas que en su esencia son distintas. En consecuencia, *el pescador dedicado a la captura y recolección de organismos acuáticos, peces, crustáceos, moluscos en aguas dulces, naturales o artificialmente estancadas, aguas marinas, marismas o albuferas* lleva a cabo una actividad agraria por equiparación a tenor del mandato impuesto por la normativa comunitaria.

En síntesis, a tenor de la legislación comunitaria el concepto de producto agrario abarca tanto a los productos pesqueros como a aquellos procedentes del agro y transformados. Sin embargo, a efectos de nuestro estudio conviene decir que nos centraremos, principalmente, en las actividades agropecuarias.

En tercer término, se consideran agrarias todas aquellas manipulaciones que resultan necesarias que el productor realice sobre los productos de la tierra, de la ganadería o de la pesca, para su introducción o aceptación en el mercado. Por tanto, se refiere ya no solamente a la obtención del producto vegetal o animal sin transformaciones, sino también a todos aquellos que hayan experimentado alguna transformación.

Al respecto el Profesor VATTIER FUENZALIDA<sup>5</sup> afirma pueden ser *tanto transformados como espontáneos, provenientes de la agricultura, la caza y la pesca, y pueden estar o no destinados a la alimentación humana*.

En todo caso para que no surja ninguna duda en cuanto a lo que debe ser aceptado como producto agrario, en el Anexo I del Tratado de la Unión Europea se contiene una enumeración detallada y cerrada de todos aquellos que así se consideran por parte de la Comunidad Europea. Por lo que en última instancia, tendrán la consideración de productos agrarios todos aquellos que se especifican en el citado Anexo.

<sup>3</sup> Así, es tal y como ocurre en la legislación italiana como dispone el artículo 1º, apartado 1º del DECRETO LEGISLATIVO 18 maggio 2001, n. 228 Orientamento e modernizzazione del settore agricolo (Decreto Legislativo 228 de 18 de mayo de 2001 dedicado a la modernización de la agricultura) establece: "Es empresario agrícola quien ejerce una de las siguientes actividades: cultivo del fundo, silvicultura, cría de animales y actividades conexas. Por cultivo del fundo, silvicultura y cría de animales se entienden las actividades dirigidas al cuidado y desarrollo de un ciclo biológico, o de una fase necesaria del mismo, de carácter vegetal o animal, que utilizan o pueden utilizar el fundo, el bosque o las aguas dulces, marismas o marinas". Se considera expresamente a la pesca como actividad agraria.

<sup>4</sup> A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "Nueva configuración jurídica de la actividad agraria", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XVIII nº40, diciembre 2002, p.14.

<sup>5</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, "Las nuevas actividades agrarias en el desarrollo rural", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XVIII, nº40, diciembre, 2002, p.9.

En conclusión la actividad agraria será aquella que persigue mediante la acción del empresario la obtención de un producto agrario (animal o vegetal) con o sin transformaciones. Por tanto, será agraria toda actividad que pretenda tal fin en consecuencia cobra vital importancia dilucidar qué es y qué no es producto agrario, y para ello nos remitiremos al citado Anexo I.

Dependiendo de esta clasificación cerrada del Tratado Constitutivo sabremos cuando nos hallamos ante una actividad agraria, y cuando nos encontramos ante otro tipo.

El hecho de que la agricultura en la UE esté concebida de distinta forma y tome como base al producto agrícola provoca una serie de dificultades, que como pone de manifiesto la Profesora LLOMBART BOSCH<sup>6</sup>, se traducen en la necesaria adaptación de los ordenamientos nacionales al Comunitario. De ahí, que se hayan llevado a cabo revisiones normativas en países como Francia o Italia, en los que se admiten las tesis biológicas como pilar de la actividad agraria; y por ello se aceptan todas las acciones que el agricultor pueda llevar a cabo con el fin de intervenir en parte o completamente del ciclo productivo; y en consecuencia, la agricultura posee un contenido muy amplio, en el que se incluyen todas las actividades de crianza de animales (ganado) y de acuicultura (peces, ya sean en agua dulce o salada...), así como las dedicadas a cultivar vegetales.

## 2. La evolución de la PAC.

La política agraria común tiene sus orígenes en la Conferencia de Stressa de 1958 con la que se pretende dar respuesta a una realidad económica y social marcada por las penurias económicas causadas por la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia se persigue aumentar la productividad y estimular la oferta con el fin de garantizar el autoabastecimiento alimenticio, así como el incremento de las rentas agrarias. El Catedrático GARCÍA DELGADO y la Profesora GARCÍA GRANDE<sup>7</sup> resumen en tres los objetivos de partida de la PAC: *unidad de mercado, preferencia comunitaria y solidaridad financiera*. Se pretende alcanzar estos objetivos a través de *un establecimiento de precios generosos y sistemas de intervención iguales en todo el territorio comunitario, férrea protección en frontera de la producción interna frente a la competencia exterior e íntegra cobertura financiera por parte del presupuesto común*.

<sup>6</sup> D. LLOMBART BOSCH, "Hacia una concepción unitaria del derecho agrario europeo. Sus nuevas dimensiones" IV Congreso Internacional de Derecho Agrario, La Habana (Cuba), junio 2004, p.9.

<sup>7</sup> J. L. GARCÍA DELGADO y M. J. GARCÍA GRANDE., *Política agraria común: balance y perspectivas*, Colección Estudios Económicos, núm.34, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, Barcelona, 2005, p.10.

La aplicación de estos medios para conseguir los fines detallados llevó a una serie de efectos, de entre los que cabe mencionar los siguientes, a saber: los excedentes generados por los elevados precios; la mayor preocupación por parte de la PAC del sector continental en detrimento del mediterráneo; la explotación agraria a través de modelos intensivos, lo que ha propiciado un enorme daño medioambiental; la aparición de problemas alimentarios y sanitarios como por ejemplo el caso de las vacas locas, etc.

Todo ello llevó a que la PAC no sólo fuera criticada en el entorno comunitario, sino también en el espacio internacional, y tanto por los países en vías de desarrollo como por los más avanzados, lo que conduce a los reiterados intentos de cambio a lo largo de la historia de la PAC. Así, en primer lugar y con el fin de subsanar las deficiencias expuestas surgió la Reforma MacSharry de 1992, (Reglamento CEE 2078/92 de 30 de junio de 1992) que persiguió en palabras del Catedrático GARCÍA DELGADO y de la Profesora GARCÍA GRANDE una "*sustitución gradual de la política de previos y mercados..., por otras parte ayudas directas a las rentas, con subvenciones explícitas y sostenidas por los contribuyentes*".

Esta reforma se mantiene firmemente durante el siguiente período, el de la Agenda 2000, que surge como una revisión a medio plazo de la PAC, y que pretende fijar las directrices del período 2000-2006, cuyos objetivos principales son establecer un marco financiero y unas políticas más eficaces para la UE.

Sin embargo, lo que comenzó como una simple revisión acabó convirtiéndose en la reforma más importante de la PAC, fruto de ella fue el Reglamento CE 1257/99, de 17 de mayo de 1999, el cual disponía entre otros la incorporación a la PAC de elementos de protección ambiental. Estas medidas oscilan entre la imposición de normas mínimas que deben respetar los productores agrarios en materia medioambiental, y aquellas de carácter ecológico tendentes a preservar el paisaje y la calidad ambiental, llegando incluso a ser compensados por las pérdidas que en sus rentas profesionales pudieran ocasionar los beneficios y cuidados dedicados al medio ambiente y a la naturaleza.

En consecuencia, los valores económicos han sido atemperados por objetivos ecológicos. El campo es considerado como un conjunto de bienes, no solamente productor de frutos y primeras materias, sino también como reserva de paisajes, de costumbres rurales, de tradiciones, de población necesaria a su continuidad y conservación.

Las ayudas al desarrollo rural cobran desde este momento, un nuevo rumbo, ya que plantean mejoras, no sólo a ciertas explotaciones agrarias o zonas desfavorecidas, sino dirigidas en general a la mejora de todo el mundo rural. Cambia la dirección economista de ayudar a la agricultura y a ciertos agricultores a tiempo completo (agricultor a título principal). Así, se apuesta por la mejora no solo de la sociedad vinculada con la economía agraria, sino también de los hábitats y espacios rurales, de la vida y la sociedad campesina, del medio ambiente natural.

El segundo cambio reside en que las ayudas no están dirigidas a un tipo determinado de agricultor, sino a las explotaciones, familiares o no, pero que sean viables, o tengan la posibilidad de alcanzar la viabilidad.

La PAC según el Profesor BALLARÍN MARCIAL<sup>8</sup> debía enfrentarse a los nuevos retos constituidos por la globalización y progresiva liberalización de los mercados- derivada fundamentalmente del Acuerdo de Marraquech de abril de 1994-; por la protección del medio ambiente; por lograr una agricultura sostenible que ayude a combatir el hambre y pobreza en el mundo -Conferencia de Río de julio de 1992-, y en último lugar, por la absorción de las nuevas tecnologías.

En consecuencia, la PAC ha optado por la ruptura de la idea de la existencia en la agricultura de dos mundos separados: el de la producción de la materia prima y el de la comercialización y la transformación<sup>9</sup>.

Posteriormente en el año 2003 se ha llevado a cabo una segunda reforma de la PAC a través del Reglamento 1.782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre, que deroga el 1.259/1999, relativo a los regímenes de ayuda a los agricultores y el 1.251/1999 sobre el régimen de apoyo a los productores de determinados cultivos herbáceos. La reforma de la PAC de 2003 introduce un sistema de pago único por explotación en concepto de ingresos (en España se aplicará a partir del 1 de enero de 2006<sup>10</sup>), y disocia las ayudas directas a los productores (separa ayudas y producción).

Todos los agricultores tendrán derecho a los pagos únicos, independientemente de su producción, siempre y cuando dediquen las tierras a actividades agrícolas y las ayudas se diseñan como unos ingresos complementarios a los suyos. Se han excluido ciertos cultivos permanentes como la viña, la producción de frutas y hortalizas y la de las patatas distintas de las utilizadas para la fabricación de fécula. Asimismo, también se han establecido regímenes de subvención especiales para el trigo duro, el arroz, el algodón, el tabaco, etc....

Este sistema de pago se calcula dependiendo de los derechos que los agricultores hayan detentado en el período 2000-2002, y se halla en función de la superficie de la explotación, sin tener en cuenta la producción. Su finalidad es garantizar unos

<sup>8</sup> A. BALLARÍN MARCIAL, "Los criterios o principios generales para asentar el sistema agroalimentario", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XVIII n.º40, diciembre 2002, p.28.

<sup>9</sup> Informe Mensual, julio-agosto 2005, pp.77, España en el período 1994-2003 ha recibido 58.330 millones de euros de la Unión Europea en el marco de la PAC, una cifra equivalente al 1% del PIB total español. Cabe decir que España es el cuarto productor agrario en orden de importancia, por detrás de Francia, Italia y Alemania.

<sup>10</sup> Por lo que durante el período transitorio es preciso determinar los requisitos de necesario cumplimiento ligados a los sistemas vigentes de ayudas directas a los agricultores para la campaña 2005/2006, y en el año 2005 a los ganaderos, de lo que encarga el RD 2353/2004, de 23 de diciembre, sobre determinados regímenes de ayuda comunitarios a la agricultura para la campaña 2005/2006 y a la ganadería para el año 2005.

ingresos más estables para aquellos agricultores que produzcan exclusivamente atendiendo a las alternativas y opciones de mercado.

En contrapartida para acceder a estas ayudas los agricultores están obligados al cumplimiento de unos requisitos; por un lado, a mantener sus tierras en buenas condiciones agrarias y respetar las normas en materia de salud pública, zoonosidad y fitosanidad, medio ambiente y bienestar de los animales (ecocondicionalidad).

Por otro lado, se comprometen a retirar de la producción parte de las tierras de su explotación, las cuales deben mantenerse en buenas condiciones agrarias y medioambientales, y podrán estar sujetas a rotación.

Esta Reforma ha sido completada con otra relativa a los productos mediterráneos (olivar, tabaco y algodón, fundamentalmente), que ha perseguido los mismos principios, pero atendiendo a las especialidades que tales productos presentan, como por ejemplo el carácter permanente del olivar.

## II. EN LAS LEYES AGRARIAS VIGENTES EN ESPAÑA.

En primer lugar, analizaremos la Ley 19/95, de 4 julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias (LMEA) y el Real Decreto 613/2001, de 8 de junio, para la Mejora y Modernización de las Estructuras de Producción de las Explotaciones Agrarias, ambas disposiciones persiguen como objetivos el intentar superar los problemas planteados en la agricultura española en los años 90, así como corregir las deficiencias en las estructuras que siguen supeditando el que las explotaciones agrícolas sean más competitivas.

Vamos a ver, en primera instancia, lo que entiende esta ley por actividad agraria. Así se considera como tal al "*conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales*".

VATTIER FUNZALIDA<sup>11</sup> señala que a tenor del artículo 355-II del Código Civil los productos agrarios poseen la naturaleza jurídica de frutos industriales, ya que se obtienen por el cultivo y el trabajo, los cuales consisten habitualmente en diversas operaciones de índole mecánica y química. De aquí que los productos agrícolas, ganaderos y forestales sean siempre productos transformados, salvo los frutos espontáneos....". Asimismo, la LMEA considera como actividad agraria principal también la venta directa por parte del agricultor de la producción propia sin transformación (por ejemplo las frutas, las hortalizas), siempre que se lleve a cabo dentro de la explotación, en mercados municipales o en lugares donde no sean establecimientos comerciales permanentes. Se trata, pues, de una intervención por parte del productor en la culminación del proceso

<sup>11</sup> C. VATTIER FUNZALIDA, "Las nuevas actividades agrarias en el desarrollo rural", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XVIII, n.º40, diciembre, 2002, p.9.

productivo: la comercialización de las materias primas que produce. Esta venta posee naturaleza civil y no mercantil, según dispone el artículo 326.2º del Código de Comercio<sup>12</sup>.

Cabe matizar que la obtención de estos productos ha de tener la consideración de actividad agraria principal, pero que no representa la única, ya que la actividad agraria también incluye las manipulaciones y transformaciones industriales que sobre los mismos se lleven a cabo, y de las que se ocupan la LMEA en su artículo 2 apartado 5<sup>13</sup> y en el citado Real Decreto (artículo 2.5º) a las que denominan actividades complementarias.

Estas dos disposiciones distinguen tres tipos de actividades complementarias. Un primer grupo en el que se encuentran aquellas que aunque no son netamente agrarias, ya que no se refieren ni a primeras transformaciones ni a manipulaciones de los productos agrarios, se encuentran vinculadas al sector agrario de una manera muy particular, y en ellas se incluyen todas aquellas formas de participación del titular de una explotación agrícola.

El Profesor SÁNCHEZ HERNÁNDEZ<sup>14</sup>, opina que la Ley no realiza una equiparación entre las actividades agrarias y las complementarias, sino simplemente las está diferenciando, y ello porque no todas ellas pueden calificarse de conexas a la principal, por adolecer de punto de conexión con la misma, tal es el caso de la participación y presencia del titular de una explotación agraria en unas elecciones públicas (concejalías en municipios rurales), en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical (sindicatos agrarios), cooperativas agrarias o profesionales. Todas ellas aunque se encuentran vinculadas al sector agrario, no forman parte del desarrollo normal de la propia actividad productiva agraria. Serían, pues, supuestos de actividades complementarias, pero no conexas, ya que no dependen de la explotación agraria propiamente dicha.

Las segundas serán las de transformación de los productos de su explotación, que comprenden cualquier modificación que sobre los mismos se practique, entendiéndose por tales tanto las transformaciones industriales, como las manipulaciones que se tengan que realizar para introducir los productos agrarios en el

<sup>12</sup> F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 18ª Edición, Valencia, 2005, pp.830-832, según disponen los artículos 325 y 326 del Código de Comercio, la compraventa sólo es mercantil si reúne los siguientes requisitos: "1º) Ha de recaer sobre bienes muebles. La venta de bienes inmuebles es civil. 2º) El comprador ha de adquirir la cosa para revenderla en el mismo estado, o transformada, con lucro. 3º) El vendedor no ha de ser agricultor, ganadero o artesano o consumidor..., el vendedor ha de ser empresario mercantil, o persona que ya adquirió la cosa para revenderla con ánimo de lucro..."

<sup>13</sup> Esta regulación es fruto de la modificación introducida por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, cuya Disposición Adicional 32ª.

<sup>14</sup> A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "Nueva configuración...", *op.cit.*, p.15.

mercado, y que constituirán un cauce de revalorización de los mismos. Se trata en ambos casos, pues, puramente de actividades previas a la comercialización, que el agricultor puede realizar en su propia explotación agraria o en su cooperativa, añadiendo al valor de su materia prima, la plusvalía que aportan al producto dichas manipulaciones necesarias.

Sin embargo, cabe resaltar que, a diferencia del Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2000<sup>15</sup>, la citada Ley y el Real Decreto correspondiente no distinguen expresamente entre actividades de manipulación y de transformación, y las consideran a las dos como complementarias de la principal, englobándolas en el mismo grupo bajo la denominación de "*actividades complementarias de transformación de los productos de su explotación*".

TORRES GARCÍA<sup>16</sup> interpreta que a tenor de la LMEA se pueden diferenciar dos tipos de actividades agrarias, las que se identifican con la obtención de productos agrícolas, ganaderos o forestales – que serían las agrarias propiamente dichas –, y las que son complementarias. Esta diferenciación guardaba semejanza con el anterior artículo 2135 del Código Italiano de 1942, derogado por el Decreto Legislativo 228 de 18 de mayo de 2001 dedicado a la modernización de la agricultura. Dicho precepto definía como empresario agrícola al que ejerciera una actividad dirigida al cultivo del fundo, a la silvicultura y a la crianza de animales; y en segundo término, al que ejercitara actividades conexas, entendiendo como tal "*la actividad dirigida a la transformación o venta directa de los productos agrícolas cuando está en los fines del ejercicio normal de la agricultura*".

VATTIER FUENZALIDA<sup>17</sup> señala que actualmente en Italia al igual que en Francia<sup>18</sup> se definen a las "*actividades productivas con arreglo al criterio biológico*

<sup>15</sup> Dictado por don José Rodríguez de la Borbolla Camoyán, en el conflicto derivado del proceso de negociación para la sustitución de la Ordenanza de Trabajo en el Campo (BOE 29 noviembre 2000).

<sup>16</sup> T. F. TORRES GARCÍA, "El arrendatario como profesional de la agricultura", pp.1775 en *VVAA Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, 2000, establece dicha distinción al determinar los requisitos que se han de cumplir para poder ser considerado profesional de la agricultura a tenor de la LMEA 15/1995 de 4 de julio, así teniendo en cuenta el artículo 2.5º, según el cual dicho concepto gira en torno a tres requisitos: que ha de ser titular de una explotación agraria; que la renta ha de obtenerla de actividades agrarias o complementarias; y que el tiempo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su trabajo total.

<sup>17</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, "Las nuevas actividades agrarias en el desarrollo rural", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XVIII, nº40, diciembre, 2002, p.9.

<sup>18</sup> Loi D'Orientation Agricole num 88 de 10 de diciembre de 1998, artículo 2º « *son consideradas agrarias todas las actividades relativas al control y a la explotación de un ciclo biológico de carácter vegetal o animal que constituyen una o varias etapas necesarias para su desarrollo, así como las actividades desarrolladas por un productor agrario cuando constituyan una prolongación del acto de producción o que tiene como soporte su explotación* ».

de la agrariedad". Las actividades agrarias a tenor del nuevo texto italiano<sup>19</sup> serán aquellas que tienen por objeto el "cultivo del fundo, la silvicultura y la cría de animales, y consisten en el cuidado y desarrollo de un ciclo biológico, o de una fase necesaria del mismo, de carácter vegetal o animal, siempre que utilice o pueda utilizar el fundo, el bosque o las aguas dulces, marismas o marinas".

Observamos que a pesar de que el nuevo precepto se aproxima a la teoría agrobiológica de CARROZZA de la "agrarietá", existe una clara divergencia, ya que ésta tesis sostiene que la actividad agraria tiene como objetivo el cultivo o la cría de cualquier ser vivo sin necesitar como sustento el fundo, el bosque, o las aguas dulces, marismas o marinas, cosa que la legislación italiana defiende, y así entiende como actividad agraria aquella que se dirige al cuidado de seres vivos que utilizan el fundo, el bosque, o las aguas dulces, marismas o marinas<sup>20</sup>.

En último lugar, caben citar las actividades relacionadas con la conservación del espacio natural y de protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, actividades agroturísticas que se caracterizan por ser complementarias, pero no conexas, ya que no parten de la manipulación de los productos de la explotación agraria<sup>21</sup>, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.

Dentro de estas, las primeras hacen referencia a la relación entre la explotación agraria y el respeto al medioambiente. Ello es debido a que las personas que desempeñan actividades agrarias, las llevan a cabo en un medio natural, combinando los recursos que la propia naturaleza les brinda con la introducción cada vez en mayor número de productos elaborados por el hombre como sustitutorios de la fertilidad de la propia naturaleza (abonos, herbicidas, fertilizantes, fitosanitarios,...). Estos abusos en la utilización de productos químicos hacen necesaria una toma de conciencia en favor de la no contaminación, y en la búsqueda del equilibrio entre ambos<sup>22</sup>. Por lo que deben ser las propias instituciones jurídicas las que aseguren

<sup>19</sup> Artículo 2135 del Codice civile "Es empresario agrícola quien ejerce una de las siguientes actividades: cultivo del fundo, silvicultura, cría de animales y actividades conexas. Por cultivo del fundo, silvicultura y cría de animales se entienden las actividades dirigidas al cuidado y desarrollo de un ciclo biológico, o de una fase necesaria del mismo, de carácter vegetal o animal, que utilizan o pueden utilizar el fundo, el bosque o las aguas dulces, marismas o marinas".

<sup>20</sup> La profesora D. LLOMBART BOSCH en "Hacia una concepción unitaria del Derecho Agrario Europeo: sus dimensiones" en IV Congreso Internacional de Derecho Agrario, 2004, p.11, pone de manifiesto que el Profesor MASSART critica esta extensión de la empresa agraria, ya que la considera excesiva y fundada en el derecho mercantil.

<sup>21</sup> Y que han sido impulsadas desde la propia Unión Europea para las que en determinados casos se ha previsto que obtengan una serie de ayudas públicas, al respecto Reglamento n° 1257/99, de 17 de mayo de 1999.

<sup>22</sup> A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "Configuración jurídica...", op.cit., p. 283. M.A. ARROYO GÓMEZ, "La problemática del medio ambiente", Documentación administrativa, Escuela Nacional de Administración Pública, n°140, marzo-abril, 1971. J. MARTÍNEZ DE MARIGORTA ANDREU, "El problema del medio ambiente en el marco del Derecho agrario español", Revista de Derecho Agrario y Alimentario, abril-junio, 1987, pp.19 y s.s.

un uso adecuado, no depredador del medio natural, donde se realizan o provocan los procesos biológico/agrarios.

MASSART<sup>23</sup> considera que los agricultores actuales tienen tareas que ayer no tenían; se les considera guardianes de la naturaleza, y aunque se les impulsa a abandonar ciertos cultivos (gel de tierras), deben conservar dichas tierras cuidadas y limpias de rastrojos...

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ afirma que se produce un juego de relaciones en las que se entremezclan el interés público (la protección del medio ambiente) con los intereses particulares (la mejora de la producción agraria), de tal manera que, el Derecho Agrario toma una dimensión ambiental sin traicionar su esencia como derecho de la producción agraria, si bien con respeto a ese medio ambiente.

TORRES GARCÍA advierte que el concepto de actividades complementarias es excesivamente amplio, y entre ellas se observa una naturaleza diversa. Algunas se las califica así en atención a su vinculación al sector agrario, mientras que para otras se ha tenido en cuenta el carácter electivo y público de sus cargos, y un último bloque en las que se engloban desde las destinadas a la protección del espacio natural hasta las turísticas o artesanales (se llaman últimamente "actividades alternativas"), exigiéndose en estos casos que se realicen en la propia explotación. En tales supuestos, TORRES GARCÍA, considera que pueden "ofrecer una cierta dificultad en cuanto a su delimitación", ya que algunas de ellas "se configuran con verdaderas políticas comunitarias"<sup>24</sup>.

Dicha autora concluye diciendo que a la hora de clasificar a las actividades complementarias no se puede hablar de un único criterio definidor para englobarlas, sino que habría que tomar tres. Uno de carácter subjetivo, basándonos en la persona del titular. Otro de tipo objetivo, referido a la transformación de los productos de su explotación. En último lugar, en otros casos se tendrá en cuenta el propio contenido de la actividad (turística, cinegética,...).

En segundo término pasaremos a analizar la actividad agraria en la ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por recaer en este tipo contractual una importancia significativa en el desarrollo de la actividad agraria en tenencia indirecta del fundo.

Mas antes de analizar la ley, debemos señalar algunas características socio-económicas del citado contrato. La agricultura en nuestro país se ha caracterizado por ser típicamente de propietarios, ya que las ¾ partes de las tierras se explotan en régimen de propiedad, mientras que el arrendamiento representa ¼ de la superficie total de las explotaciones. Además, el papel que ha jugado el

<sup>23</sup> A. MASSART, *El objeto...*, op.cit., p.124.

<sup>24</sup> T. F. TORRES GARCÍA, "El arrendatario...", op.cit., p.1783, así a modo de ejemplo enumera una serie de normas comunitarias que de alguna manera se han ocupado de estas materias: Reglamento n° 2328/1991 del Consejo de 15 de julio 1991 relativo a la Mejora Eficacia de las Estructuras Agrarias; el Reglamento CEE n°1760/87 del Consejo de 15 de junio de 1987.

arrendamiento no ha sido siempre el mismo, sino que ha variado dependiendo del momento histórico.

Así, en los censos agrarios observamos que durante las décadas de 1962 a 1989 habían desaparecido alrededor de 600.000 explotaciones agrarias, mientras que en la década de 1989-1999 lo fueron 500.000 explotaciones. Por lo que ante la continuidad de tales perspectivas de disminución de la población activa agraria y el consecuente abandono de la tierra, se ha considerado al arrendamiento como una pieza clave a la hora de facilitar la movilidad de la tierra. Se trata de un instrumento bastante idóneo para que aquellas explotaciones que queden libres puedan ser incorporadas a otras bajo esta fórmula jurídica.

Al mismo tiempo, este contrato es apropiado no solamente para la ampliación de explotaciones ya existentes, sino también para la creación de nuevas empresas agrarias, la eliminación de explotaciones agrarias inviables, y la reestructuración de empresas en marcha. Ello es debido a que el arrendamiento representa para el arrendatario un desembolso mucho menor de capital en la ampliación.

En cuanto a la evolución, en España de este tipo contractual, la década de los años 60 se caracterizó por un considerable crecimiento del mismo. Sin embargo, en los años 70 y especialmente en los 80 se observa una detención o parón en la contratación de tierras arrendadas. Ello es debido, posiblemente, a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980<sup>25</sup>, que instauró una elevada protección del arrendatario, lo que propició un descenso en la oferta de tierras por parte de los propietarios. En contrapartida, la década de los años 90 se ha caracterizado por un fuerte aumento de las tierras arrendadas, concretamente bajo la forma de “arrendamiento puro”, es decir, el que aporta la base física para el ejercicio de una actividad agraria.

Este aumento de los arrendamientos en la década de los años 90 ha sido estudiado por la Profesora LLOMBART BOSCH<sup>26</sup>, quien ha señalado las posibles causas que han propiciado tal expansión. En primer lugar, por las ayudas directas de la PAC establecidas a partir de la reforma de 1992. En segunda instancia, por la entrada en vigor de la LMEA en 1995 quien, entre otras novedades, modificó la duración mínima de estos contratos regulados por la LAR de 1980 que pasó de 21 a 5 años, y que con la LAR de 2.003 se sitúa en 3 años (artículo 12). Sin embargo, en la actual Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos se aumenta la duración mínima a 5 años (artículo 12).

<sup>25</sup> BOE de 30 de enero de 1981.

<sup>26</sup> D. LLOMBART BOSCH, “La modernización de las explotaciones agrarias y los arrendamientos rústicos en general y particular en la Comunidad Autónoma Valenciana” en Jornadas sobre el contrato de arrendamiento rústico y la modernización de las explotaciones agrarias, Lugo, 2005, pp. 10 y s.s.

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos ha llevado a cabo una reforma del régimen jurídico de los arrendamientos rústicos en España con el fin de flexibilizarlo, y ha supuesto una ruptura con la legislación de 1980. Se suprimieron los derechos de preferente adquisición, (tanteo y retracto), la sucesión en el arrendamiento rústico, las limitaciones subjetivas y objetivas de la capacidad contractual para ser arrendatario (la exigencia de que fuera un profesional de la agricultura y el limitar el número de hectáreas a arrendar), la excesiva intervención de la administración, pero sobre todo como ya hemos comentado la reducción de la duración del contrato. Además, a diferencia de la LAR de 1980, en la del 2003 el arrendamiento se regís por los acuerdos y pactos que establecieran las partes, aplicándose, únicamente en defecto de pacto la ley.

En contrapartida, la nueva LAR ha supuesto en algunos aspectos una vuelta a la LAR de 1980, y así se han introducido nuevamente los mecanismos de tanteo y retracto, la limitación de la capacidad contractual subjetiva para ser arrendatario (se exige la profesionalidad agraria de los arrendatarios), el aumento de la duración del contrato (de tres a cinco años), y en último lugar, se han restablecido los límites a la extensión del arrendamiento previstos en la LAR de 1980, con la única modificación del aumento de aquellos en el caso de las cooperativas, como instrumento vital para eludir la concentración de grandes extensiones de arrendamiento en un solo arrendador.

En cuanto al concepto de actividad agraria se refiere, la LAR de 2003 supuso dos novedades considerables, que en la actualidad continúan vigentes. Por un lado, la creación expresa de una nueva fórmula de contratación: la de los “arrendamientos de explotaciones agrarias” diferenciándolos de los arrendamientos de fincas y parcelas (artículo 1), a los que en las leyes anteriores no hacían una mención expresa, aunque se entendían incluidos, por el hecho de considerarse la explotación agraria el objeto del contrato<sup>27</sup>.

Podemos decir que la LAR no considera únicamente como actividad agraria la explotación del fundo propiamente dicho, sino también otra serie de actividades alternativas, tales como las relativas al turismo rural, a la promoción de la cultura propia y la artesanía, la agroindustria, ya sea a través de empresas de transformación y comercialización, o por la propia sociedad, o por otros empresarios de la zona, con el objetivo de situar en las zonas de producción las transformaciones y manipulaciones propias que sufren actualmente todos los productos agrarios antes de ser introducidos en el mercado.

<sup>27</sup> Para dilucidar qué debe entenderse por explotación agraria hemos de remitirnos a la LMEA y al RD 613/2001, quienes consideran como tal “el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica”.

En síntesis, a tenor de esta ley se considera actividad agraria tanto a la principal como a las primeras transformaciones industriales, así como a las manipulaciones que sobre los productos agrarios se practiquen, previas a su entrada en el mercado (envasado, etiquetado, transporte, publicidad,...) y aquellas actividades que aun siendo complementarias no guardan una conexión directa con la explotación del fundo (agroturismo, artesanía,...).

Por tanto, podemos decir que la nueva LAR concibe la actividad agraria de la misma manera que lo hace el Laudo Arbitral, ya que diferencia entre el aprovechamiento agrícola, forestal o ganadero (lo que nosotros hemos considerado como principal), es decir, la explotación del fundo propiamente dicho; y las posibles alteraciones que el agricultor pueda llevar a cabo sobre los productos agrarios en aras de introducirlos en el mercado. Así, no pretende solamente producir la materia prima, sino también añadirle un valor y participar en parte o por completo en el proceso productivo, acercándose más al consumidor final. Lo que propicia la desaparición de los intermediarios, de tal forma que la cadena agroalimentaria sea cada vez más corta.

En cuanto a la relación de la LAR y la LMEA, podemos concluir que entendemos que ambas contemplan la distinción arriba señalada, pero que la LMEA profundizaba más antes de la última reforma de la LAR e incluía también la participación y presencia del titular, como consecuencia de una elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que dichos cargos se encuentren vinculados con el sector agrario. Mientras que la LAR de 2003 tomaba a la actividad agraria desde un punto de vista más económico, calificando como tales todas aquellas tareas que relacionadas con lo agrario revirtieran algún beneficio al productor de las materias primas, es decir, adoptaba únicamente una visión mercantilista del productor, obviando todo lo que no proporcionara tal beneficio. Sin embargo, en la vigente LAR en el artículo 9.3 se introduce expresamente entre las actividades complementarias a la participación y presencia del titular, como consecuencia de una elección pública, en Instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación sindical, cooperativo o profesional, siempre que se hallen vinculados al sector agrario, e incluso amplía su ámbito extendiéndolo incluso a las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente.

Por otro lado, y como segunda novedad de la LAR de 2003, se incorporaron entre los bienes de los que consta una explotación sujeta a arrendamiento, los llamados derechos de producción, tales como cuotas lecheras o azucareras, etc.(artículo 3) salvo que se hubiere pactado lo contrario, que en la actual aún siguen vigentes.

### III. LOS CAMBIOS DE ACTIVIDAD AGRARIA EN LAS LEYES LABORALES ESPECIALES.

Tanto en la Ordenanza Laboral del Trabajo en el Campo de 1969 como en la de 1975, en su artículo 1 referente al ámbito funcional de la agricultura, ampliaban el ámbito de la actividad agraria, y no se restringía ya únicamente al cultivo del suelo, a lo forestal (reproducción y conservación del monte) y a las actividades pecuarias (la cría de ganado con tierra o sin tierra, abejas,...), objetos que a partir de ahora los denominaremos como actividades primarias y principales, sino que además, también, reconocían como actividad agrícola ciertas transformaciones realizadas por los propios agricultores complementando sus labores agrícolas, tales como la elaboración de vino, aceite o queso.

Se exigía en estos casos la concurrencia de dos requisitos: que la elaboración se llevara a cabo con frutos de la cosecha o ganadería propia, y que ésta no supusiera una explotación económica independiente de la producción, sino que, por el contrario, poseyera un carácter accesorio respecto de la actividad principal, que, como hemos visto, es la actividad agraria, forestal o pecuaria<sup>28</sup>.

El Profesor VATTIER FUENZALIDA sintetizó en esta etapa legislativa toda una serie de actividades que han de tener la consideración de agrarias, y que constituyen un encadenamiento de operaciones que arrancan en la obtención del producto y finalizan en el consumo del mismo<sup>29</sup>. Así, diferenció la actividad agraria tanto agrícola, forestal como ganadera de las mixtas y conexas.

Nuevamente se produce una ampliación de la actividad agraria con la derogación de la Ordenanza General de Trabajo en el Campo de 1975, el 31 de diciembre de 1995, fecha a partir de la cual se llevó a cabo un proceso de negociación con el fin de sustituir a la citada Ordenanza. Tal negociación se ha prolongado durante un plazo de cuatro años y ha finalizado sin ningún acuerdo entre las partes negociadoras.

Este hecho ha llevado a las partes a someter el conflicto al Arbitraje Voluntario con el fin de solucionar dicha situación. Así, designado un árbitro competente, éste se dedicó a analizar la cuestión objeto de desacuerdo, y cuando hubo estudiado el problema convocó a las partes para emitir su veredicto al respecto: un laudo arbitral. Se trataba, pues, de una decisión de equidad que pretendía aproximar las posiciones de las partes negociadoras.

<sup>28</sup> D. LLOMBART BOSCH, D., *Temas de Derecho Agrario*, Valencia, 1995, p.262, fija el concepto de actividad agraria desde una idea objetiva, y así distingue por su naturaleza (las explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias) y por su destino (son todos aquellos trabajos que se relacionan con la empresa agraria como complementarios y accesorios tales como los relacionados con el envasado, almacenamiento, transporte, acopio, refrigeración y primeras transformaciones).

<sup>29</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *Conceptos y Tipos de Empresa Agraria en el Derecho Español*, León, 1978, pp. 100 y s.s.

Dicho laudo en su artículo 2 delimita su propio ámbito de aplicación, y el objeto de la empresa agrícola, o lo que es lo mismo el de la actividad agraria. En el Laudo se opta por seguir tomando como modelo a las anteriores Ordenanzas Laborales, entendiendo como objeto esencial de la empresa agraria la actividad agrícola, forestal y pecuaria. Asimismo, tendrán la misma consideración las industrias complementarias de tales actividades. Sin embargo, introduce como novedad la ampliación de la actividad agraria hacia las denominadas actividades de primera transformación. En ambos supuestos se exige el cumplimiento de dos requisitos: que se trate de productos o ganadería propia, y que no constituya una explotación independiente de la producción, sino que posea un carácter complementario a la misma.

Hechas estas connotaciones, de ellas podemos extraer las siguientes conclusiones derivadas de la evolución del ordenamiento laboral específico. En primer lugar, que el sector agrario comprende como actividad principal a) el cultivo de la tierra —quedando excluidas de esta las actividades extractivas: la minería y las canteras—, b) la cría del ganado y c) la silvicultura, así como d) otra serie de tareas con las que se obtienen productos para el consumo humano sin la presencia de la tierra. Sin embargo, esta no constituye su único objetivo, sino que además comprende otras actividades como veremos a continuación.

En segundo lugar, dicho sector amplía su ámbito de actuación, y así también abarca a aquellas actividades complementarias de la principal o de primera transformación que sobre los frutos o ganadería propia se practiquen. Se trata de actuaciones que se encuentran en conexión con la agrícola, que se llevan a cabo por el propio productor agrario o colaboradores sobre sus cosechas o ganadería, y que se hallan formando parte del desarrollo habitual de la actividad agraria<sup>30</sup>. De tal forma que, es tal su dependencia de la actividad agraria principal que ésta prevalece económicamente sobre las demás.

Respecto a estas actividades complementarias, cabe decir que se reconoce en las leyes la posibilidad de que el agricultor realice todas las acciones necesarias a fin de llevar a cabo un ciclo productivo completo, o simplemente parte del proceso productivo, como es el caso del ganadero que sólo engorda a los polluelos que le entrega el industrial una vez hubieren nacido, o del productor de verduras que cultiva los plantones hasta que madure el fruto. Suponen una serie de tareas que completan, ayudan o acompañan a dicha actividad principal, y que hoy en día son absolutamente necesarias. Así, ya no es posible la introducción en el mercado de los citados productos agrícolas o ganaderos sin tales adecuaciones, como son ciertas manipulaciones de selección o conservación, o primeros tratamientos, preparación para la comercialización, el envasado, el etiquetado, etc.

<sup>30</sup> A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "Nueva configuración jurídica de la actividad agraria", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, Año XVIII, n°40, diciembre 2002, p.14.

Al mismo tiempo, se trata de actividades que persiguen romper la cadena de intermediarios entre el productor y el consumidor final, en las que lo relevante ya no es solamente el producir la materia prima sino el venderla, de manera que el agricultor pueda beneficiarse del valor que añade a los productos, del cual se beneficiaban antes los intermediarios. GIUFRIDA<sup>31</sup> consideraba que la comercialización de los productos de la tierra o del ganado representa uno de las fases finales de todo el proceso productivo. Por tanto, debemos afirmar que todas las tareas destinadas para llevar cabo tal fase deben ser consideradas como agrarias.

El Profesor SOLDEVILLA<sup>32</sup> es de la opinión de que la actividad agraria también comprende una serie de fases posteriores al ciclo productivo normal, y que aunque posean carácter accesorio, hoy en día con la nueva orientación de la agricultura y, en general, de todo el sector agrario, son consideradas como principales, y así cita a las Leyes de Cooperativas; creación de Mercados de origen y destino, Mercasas y Mercosas, etc., en las que expresamente se considera que *"lo importante no es producir sino comercializar y transformar los productos agrarios y que la simple producción es fácil y lo difícil para el agricultor empieza en los ciclos posteriores a la materialidad del producto"*.

Consideramos que esta opinión debe entenderse en el sentido de que este tipo de tareas poseen carácter accesorio por tratarse de actividades que dependen de otra principal (agrícola, ganadera o forestal), y que su razón de ser reside en complementar a ésta última. Se habla de dependencia en un doble sentido: económica y de la producción de la materia prima. Y así, cabe decir que en el supuesto de no poseer dicho carácter accesorio no nos encontraríamos ante una actividad propiamente agraria, sino simplemente ante una alimentaria.

Por otro lado, respecto a esa tendencia que SOLDEVILLA, acierta manifestando, hacia la que el sector agrario se dirige, en la que tales actividades pasan a considerarse fundamentales, no se refiere a la pérdida de su complementariedad, sino al peso específico que dichas tareas están adquiriendo en nuestra rama económica por las necesidades que fija el mercado, según las cuales el agricultor no sólo tiene que producir sino además, comercializar sus productos, y cumplir todas las exigencias que para ello le marque la ley de la oferta y la demanda: etiquetado, envasado, transporte, conservación, almacenamiento. Es decir, la aportación al producto de una serie de cualidades que los hacen más aptos para el consumo humano, y que según CALDENTY<sup>33</sup> se refieren a la alteración del producto para adecuarlo a los gustos del mercado, las relativas a la cadena de traspasos hasta llegar al consumidor, y que estén en el momento adecuado a su disposición.

<sup>31</sup> GIUFRIDA, *Imprenditore agricolo*, Enciclopedia del Diritto, Milán, 1970, pp.554 y s.s.

<sup>32</sup> A. SOLDEVILLA, *La empresa...*, op.cit., p.113.

<sup>33</sup> CALDENTY, *Comercialización de productos agrarios*, Madrid, 1972.

En cuanto al otro grupo de actividades consideradas como conexas más allá de las complementarias, siguiendo lo dispuesto en el Laudo arbitral, se hallan las de primera transformación. Éstas se refieren a las dirigidas a obtener productos finales a través de cambios operados sobre los naturales, predominando en la transformación los productos de la propia explotación; es decir, se trata de un proceso que modifica las características del producto sin añadirle otro distinto. Por ejemplo, conversión de la uva en vino, de la leche en la mantequilla, o en el queso.

Se trata, en síntesis, de la evolución de lo agrario hacia lo agro-industrial, y en palabras de SOLDEVILLA<sup>34</sup> *"a la industrialización del campo sin perder su agrariedad"*, así comprende no sólo las actividades típicamente agrarias, sino también aquellas que bien inmediata o mediatamente sean agrarias.

Todo lo expuesto en relación a las actividades complementarias siempre está supeditado a que sean actividades dependientes económicamente de la explotación agrícola y a que se trate de productos o ganadería propios. Así, GERMANÓ<sup>35</sup> considera que si faltara cualquiera de estos requisitos, tales actividades no merecerían el calificativo de agrarias.

Con respecto al primer requisito, el Profesor VATTIER FUENSALIDA afirma que las actividades que podríamos denominar conexas, accesorias o complementarias, *requieren la llamada "doble conexión"* con la principal por tratarse de *actividades industriales y comerciales que se consideran de naturaleza agraria por mantener una relación subjetiva y una relación objetiva con las actividades agrarias de producción*.

En cuanto a la primera; relación subjetiva, porque ha de ser el mismo agricultor el que las realice, ya sea de forma individual o de forma asociativa. En este sentido, se podría matizar que no sería preciso que ejerciera dichas tareas materialmente el propio agricultor, sino también por sus colaboradores, entendiendo como tales aquellos que realizan prestaciones de servicios para éste a través de un contrato de trabajo.

Respecto a la relación objetiva, VATTIER la fundamenta en la dependencia económica, es decir, en el carácter complementario de la misma frente a la actividad principal: la producción de la materia prima.

En cuanto al segundo requisito —productos o ganadería propios—, cabe decir que se refiere a las que se prestan en empresas privadas agrícolas, forestales o pecuarias, unipersonales o familiares, ya que si se realizaran en empresas colectivas con personalidad jurídica propia como una Cooperativa agraria, por ejemplo el criterio de la cosecha o de los productos propios aunque también se exigiría, se haría a otros niveles y con ciertas salvedades. Nos referimos a las

<sup>34</sup> A. SOLDEVILLA, *La empresa...*, op.cit., p.114 y s.s.

<sup>35</sup> A. GERMANÓ, *"L'impresa agrícola"*, *Diritto e giurisprudenza*, p.504 y s.s.

tituladas "operaciones con terceros" que pueden realizar estas empresas agrarias colectivas, con agricultores no socios.

Así, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas en la Sección IV denominada Cooperativas Agrarias en su artículo 93, que se ocupa del objeto y ámbito de las mismas, señala que, las cooperativas agrarias podrán desarrollar operaciones con terceros no socios hasta un límite máximo del 50% del total de las realizadas con los socios para cada tipo de actividad desarrollada por aquélla. Se permite que se compren frutos o productos a terceros, siempre que no se supere el 50% de la producción propia en dicha actividad, sin dejar de ser catalogada su actividad complementaria como de agraria, aunque parte de la producción que manipulen, transformen o comercialicen fuera comprada a terceros no socios.

De tal manera que, si por ejemplo la cooperativa produce 100.000 kg de almendra, podrá adquirir hasta 50.000 kg (artículo 93.4) de agricultores no socios.

Los mismos valores máximos exceptuados los contiene la Ley 8/2001, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana en su artículo 87.3. Sin embargo, además dispone que esto será así, salvo autorización expresa y con los límites y condiciones que fije la Consejería competente en materia de Cooperativas.

#### IV. CONTENIDO ACTUAL DE LA ACTIVIDAD AGRARIA.

Estamos asistiendo a la ampliación del contenido tradicional de la agricultura —unido a la tierra cultivable— hacia una agricultura empresarial en la que prima un carácter netamente mercantilista. Dicha extensión se dirige hacia otras actividades relacionadas con la agrobiología —crianza de animales—, cultivos sin tierra, bajo plástico, invernaderos, transgénicos, etc, y a las denominadas actividades complementarias y de primera transformación de los productos agrarios fruto del trabajo del agricultor<sup>36</sup>.

De tal manera que la actividad agraria ha pasado en el momento actual de referirse únicamente a las producciones vinculadas con el ámbito físico en el que vivían y se desarrollaban: el suelo rústico, la finca y la tierra cultivable o pastable, a una noción más acorde con la realidad de la agricultura actual: la idea biológica de

<sup>36</sup> A. BALLARÍN MARCIAL, "Derecho Agrario, Derecho alimentario, Derecho Agroalimentario", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, I, Julio-Septiembre, 1985, p.7., señala la necesidad de que el Derecho Agrario y el Alimentario sea englobado por un derecho Agroalimentario, ya que "la protección de la salud empieza ya en el área productiva con la prohibición de ciertos plaguicidas, sigue en los procesos de manipulación, conservación, enlatado y transporte..., y llega hasta el final".

producción de seres vivos, enraizada en el medio ambiente en el que se desarrollan y cultivan, al que hay que proteger.

Asimismo, toman impulso los procesos de culminación del producto agrario, es decir, llegar hasta el último eslabón de la cadena alimenticia: su consumo. Este paso hacia delante supone que también comprenda todo un coordinado de actividades económicas de producción, transformación, comercialización, distribución y transporte, manipulación, envasado, etc..., es decir, la llamada "puesta en mercado" de los productos agrarios.

En este sentido, encontramos bastantes pronunciamientos jurisprudenciales que consideran labores agrarias no sólo las que persigan la obtención de los frutos, sino también las tareas ulteriores de almacenamiento, transporte, acondicionamiento, acopio (las llamadas complementarias) y las de primera transformación. Pero, eso sí, siempre y cuando tales actividades no sean ajenas a la obtención de los frutos, es decir, que formen parte del proceso productivo<sup>37</sup>, y sean accesorias a la principal<sup>38</sup>. Tales labores pueden realizarlas individualmente o de forma colectiva, a través de cualquier clase de agrupación, incluidas las Cooperativas Agrarias<sup>39</sup>.

Muchos de esos cambios se deben no solo a la evolución de los mercados, a la globalización de la economía agraria, sino a la influencia de la PAC, que sienta su base, como hemos comentado, por un lado, sobre la noción del producto agrícola, vinculándolo al mercado y a lo biológico, es decir, a la obtención de productos animales o vegetales vinculados de una forma directa o indirecta a un ambiente natural, pero como resultado de la acción humana. En todo caso y como hemos dicho, habrá que recurrir al listado de productos agrarios del Anexo I del Tratado de la UE, para dilucidar cuando un producto es considerado como agrario, o no.

Pero la más sobresaliente orientación de la PAC es esa directa conexión del producto con el mercado. Todas sus disposiciones se basan en su destino: la comercialización de los mismos, de manera que se unen dos mundos hasta entonces algo disgregados: el de la producción de la materia prima y el de su puesta en el mercado. Y así, para alcanzar tal fin, el empresario puede realizar las tareas necesarias (manipulaciones o transformaciones) para la integración del producto en la cadena agroalimentaria. De ahí que se intenten crear y fomentar una serie de instrumentos que ayuden a la conexión de estas dos parcelas hasta hace unos años tan distantes, de entre los que hemos destacado los contratos de integración agro-industrial y la figura de las Organizaciones Interprofesionales.

Dicha evolución había de hacer cambiar las propias tesis que vinculaban el ámbito de la actividad agraria a la tierra -suelo cultivable- hacia perspectivas más

<sup>37</sup> Sentencia del TS de 26 de septiembre de 1997.

<sup>38</sup> Sentencia TSJ Andalucía de 27 de enero de 1997.

<sup>39</sup> Sentencias TS de 4 de julio de 1997, y TS 26 de abril de 1993.

amplias; de ahí el triunfo de agraristas italianos<sup>40</sup>, especialmente a partir de los años setenta, y ello bajo la influencia de la anterior redacción del Código Civil italiano —y de su artículo 2.135—. Nos referimos a la denominada teoría de la "agrarieta" (agrariedad), cuyo máximo exponente fue el Profesor D. ANTONIO CARROZZA de la Universidad de Pisa. Estas nuevas tendencias cada día más extendidas intentan delimitar el concepto de la materia agrícola, basándose más en los procesos biológicos que en la específica naturaleza del medio productivo empleado. Así, este autor y sus defensores (MASSART, y bastantes españoles, AMAT ESCANDELL, LLOMBART BOSCH, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, DE LA CUESTA, VATTIER FUENSALIDA, BALLARÍN MARCIAL, aunque con salvedades) sostienen que la actividad agraria consiste en el desarrollo de un proceso biológico, vegetal o animal, vinculado de una forma directa o indirecta a los recursos naturales con el fin de obtener frutos, vegetales o animales destinados al consumo humano, ya sea bajo el sometimiento previo o no, de una o varias transformaciones.

El Profesor SÁNCHEZ HERNÁNDEZ<sup>41</sup> ha puesto de manifiesto que la posición de esta teoría italiana se fundamenta en que los datos normativos que se encuentran a nuestro alcance son deficientes para reflejar la relevancia jurídica de la agricultura, o simplemente terminan elaborando una visión de la agricultura anclada en el pasado, por lo que recurren para definir a lo agrario a un concepto no jurídico (parajurídico o pre-jurídico), el relativo al ciclo biológico, entendiendo que éste constituye un elemento definitorio de la producción agraria, de tal manera que se pretende englobar no sólo a las producciones vegetales y animales ligadas a la tierra, sino también a las desvinculadas de la misma, cuyo fin último sea el consumo directo de tales productos, o sujeto a una o unas previas alteraciones.

En respuesta a esta concepción italiana de lo agrario, surge una nueva noción del mismo en la que se da un paso más hacia delante y se pretende relacionarlo con lo alimentario, de tal forma que se fundamenta en la concepción de que la actividad agraria acoge la vida de todo el producto desde su producción hasta

<sup>40</sup> A. CARROZZA, *La noción de lo agrario (agrarieta). Fundamento y extensión*, Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario, Salamanca, 1972, pp. 305 y s.s. Carrozza, A., "La naturaleza del Derecho agrario en el marco de una sociedad urbanizada", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1980, tomo LVI, n° 538, pp. 559-608. Cabe decir que esta idea de la agrariedad no fue originaria de Carrozza, éste la impulsó y la tomó de otros profesores italianos como Faenza, Cigarini (que el propio Carrozza cita en *La noción de lo agrario* en la nota 39 de la p. 321). Posteriormente, Andrea Arena "Riflessione sulle attività così dette conesse e sul concetto di imprenditori agricolo", Ponencia en el Congreso sobre Empresa Agraria de Palermo de 1978, RDA, Fascículo 3, pp. 355 y s.s.

<sup>41</sup> A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "Una concepción actual de Derecho Agrario", VVAA, *Derecho Agrario, IV Congreso Nacional*, Madrid, 1995, pp. 400 y s.s. y "El Derecho Agrario en España: perspectiva histórica y prospectiva", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XVI n° 37, julio-diciembre 2000, p. 21.

su consumo<sup>42</sup>. El máximo defensor de estas tesis es el Señor BALLARÍN MARCIAL<sup>43</sup>, para quien *"la protección y el desarrollo de la agricultura exige ocuparse no sólo de la producción sino de la comercialización y transformación de los productos agrarios...Por ello es indispensable la ampliación de la actividad de los agraristas no para disolver el Derecho Agrario, sino para recomponerlo sobre bases mucho más amplias y ambiciosas contemplando las diversas esferas normativas, la primera de las cuales es la de las explotaciones con tierra-estructuras y la segunda es la de las organizaciones de mercado(comercio y transformación de los productos agroalimentarios) profundamente relacionados entre sí..."*<sup>44</sup>. Asimismo, BALLARÍN considera que el futuro de la agricultura se halla en la *"agricultura empresarial, profesionalizada, tecnificada, especializada, informatizada... que produce para el mercado, integrada con las empresas transformadoras y de distribución en el complejo agroalimentario... agricultura internacionalizada a competir con las de todo el mundo, en un mercado que habrá de regularse relativamente, al servicio de la libre competencia, pero también para evitar excesivas fluctuaciones, con subsidios nacionales... y con ayudas especiales reservadas al mundo rural...con creciente atención a la defensa y protección del Medio ambiente y de los Recursos Naturales...todo ello dentro de un orden jurídico internacional agroalimentario"*<sup>45</sup>.

Por tanto, entendemos que en este punto de nuestro trabajo debemos hacer, una doble distinción dentro de las actividades agrarias: la actividad principal basada en las tesis biológicas, y la actividad agroalimentaria. Esta última deberemos distinguirla a su vez de la actividad netamente alimentaria.

La primera constituye la actividad principal y es aquella que tiene por objeto la obtención de la materia prima, con o sin tierra, tal y como hemos visto.

En segundo lugar, se halla la que hemos venido señalando como agraria y que pasamos a denominar "agroalimentaria" por su ampliación hacia lo alimentario,

<sup>42</sup> Esta posición fue criticada por CARROZZA, en "Il programma scientifico del diritto agrario a quindici anni dal duemila" *Rivista di Diritto Agrario*, gennaio-marzo, 1986, p.70, que fue respondido por BALLARÍN MARCIAL, en Métodos y contenidos del Derecho Agrario moderno, reflexiones a propósito de un importante libro", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, julio-septiembre 1986, p.83.

<sup>43</sup> A. BALLARÍN MARCIAL, "Del Diritto Agroalimentario", *Revista di Diritto Agrario*, 1984, n°2, p.204. Y "Derecho Agrario, Derecho alimentario, Derecho Agroalimentario", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* n°1, julio-septiembre 1985, pp.7-13.

<sup>44</sup> A. BALLARÍN MARCIAL, "Métodos y contenidos del Derecho Agrario moderno, reflexiones a propósito de un importante libro", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, julio-septiembre 1986, pp.84-85.

<sup>45</sup> A. BALLARÍN MARCIAL, "Hacia una agricultura española competitiva", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, Año VII, n°18, enero-marzo 1992, p.27.

y comprende tanto las actividades complementarias como las primeras transformaciones. Las primeras suponen una serie de tareas que completan o ayudan y acompañan a dicha actividad principal, y que hoy en día son absolutamente necesarias, y así ya no es posible la introducción en el mercado de los citados productos agrícolas o ganaderos sin tales adecuaciones, como son ciertas manipulaciones, de selección o conservación, o primeros tratamientos, preparación para la comercialización, el envasado, el etiquetado, etc. Se trata de actividades que persiguen romper la cadena de intermediarios entre el productor y el consumidor final.

Las segundas se refieren a las dirigidas a obtener productos finales a través de cambios operados sobre los naturales, predominando en la transformación los productos de la propia explotación. En ambas se requiere la accesoriedad respecto a la actividad principal, y la utilización de cosecha o ganadería propia.

En último término, la propiamente alimentaria que comprende todas aquellas actividades relacionadas con la alimentación que exceden de los criterios expuestos: accesoriedad y ganadería o cosecha propias, y que por lo tanto, no tendrán la consideración de actividad agraria, propiamente dicha.

En conclusión, solamente se configurará como agraria la que se dedique al cuidado y cría de seres vivos animales o vegetales, vinculada o no a la tierra; como agroalimentaria la que se ocupe de todas aquellas actividades, ya sean complementarias, o de primera transformación, que dependan económicamente de la principal, y que utilicen los productos o cosechas obtenidos por la actividad principal, teniendo la consideración de propios; y como alimentaria todas aquellas que no cumplan estas pautas, aunque su finalidad sea obtener productos alimenticios para el consumo humano, que quedarán excluidas del ámbito de las agroalimentarias.

De esta clasificación a nuestro entender derivan importantes consecuencias jurídicas sobre el Derecho Laboral aplicable a unas y a otras, que serán objeto de otro estudio ulteriormente.

**Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, sentencia de 19 de noviembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 37/2008. Ponente. Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Jover Coy (JUR 2009/145396). **Servidumbres de paso.** Acción negatoria. Estimación por falta de prueba de la servidumbre de paso por destino de padre de familia porque no concurría el requisito de la existencia de dos fincas pertenecientes a un mismo propietario.

**Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, sentencia de 21 de noviembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 604/2008. Ponente. Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez (JUR 2009/145073). **Arrendamientos rústicos. Aparcería.** Indemnización por mejoras. Mejora útil realizada en la finca rústica costeada por el actor. Transformación del terreno inculco en cultivable.

**Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, sentencia de 24 de noviembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 247/2008. Ponente. Ilma. Sra. Dª. María del Mar Jimeno Bulnes (AC 2009/456). **Retracto de colidantes.** Improcedencia. Extensión superior a una hectárea de la finca objeto de retracto y de la colidante. Preferencia del derecho del arrendatario demandado.

**Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, sentencia de 3 de diciembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 237/2008. Ponente. Ilmo. Sr. Cayetano Blasco Ramón (JUR 2009/117150). **Servidumbre de paso.** Procedencia. Finca enclavada entre otras sin salida a camino público.

**Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, sentencia de 16 de diciembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 377/2008. Ponente. Ilmo. Sr. D. Iñigo Madariá Azcoitia (JUR 2009/47499). **Arrendamientos rústicos.** Procedencia del retracto. Calificación de la finca como rústica y destino a tal fin. Inexistencia de caducidad. Presencia en la subasta judicial del esposo y el hijo de la actora, titular del derecho de retracto. No supone cumplimiento del requisito de la notificación fehaciente.

**Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, sentencia de 17 de diciembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 472/2008. Ponente. Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña (JUR 2009/101865). **Arrendamiento rústico.** Resolución por falta de pago de la renta. Juicio verbal de desahucio.

**Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, sentencia de 18 de diciembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 104/2007. Ponente. Ilma. Sra. Dª. María del Carmen González Carrasco (JUR 2009/226881). **Servidumbre de paso constituida por el padre de familia** y determinada a través de signo aparente de servidumbre entre futuras parcelas resultantes de ulteriores segregaciones ya existente en el momento de la primera transmisión, pero no resultante del Registro de la Propiedad en relación a ninguna de las transmisiones.

**Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, sentencia de 23 de diciembre de 2008.** Recurso de Apelación núm. 783/2008. Ponente. Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus (AC 2009/208). **Interdicto de recobrar la posesión.** Procedencia. Camino. Uso inmemorial, continuado, ininterrumpido, público y notorio.

## SECCIÓN REVISTA DE REVISTAS. SEGUNDO SEMESTRE 2008

Begoña González Acebes  
Profesora Asociada de Derecho civil  
Universidad de Valladolid

### NOTICIAS DEL SEGURO AGRARIO

2008, N.º 62

**RAMOS, M., BUENO, B.** *“Control de las subvenciones a la suscripción de los seguros agrarios: La Entidad Estatal de Seguros (ENESA) lleva a cabo procedimientos de control para la correcta aplicación de las subvenciones conforme a la orden reguladora de las mismas”, pp. 1-3.*

### NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

2008, N.º 287

**DE GREGORIO MERINO, A.** *“Notas en torno a los Acuerdos internacionales de pesca”, pp. 57-71.*

### PESCA INTERNACIONAL: REVISTA MENSUAL BILINGÜE DEL SECTOR PESQUERO

2008, N.º 91

**GARCÍA, J.** *“Bruselas, más receptiva con sus pescadores”, pp. 6-9.*

2008, N.º 92.

*“Ayudas comunitarias, una dura reestructuración de la flota”, pp. 22-23.*

2008, N.º 95

**GARCÍA, J.** *“La Comisión Europea propone TACs recortados para 2009”, pp. 22-23.*

## REVISTA ESPAÑOLA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES Y PESQUEROS.

2008, N° 219

MESEGUER, J.L. "Principios del nuevo Derecho Internacional de la Pesca Marítima: su influencia en la reforma de la Convención de la Organización de Pesca del Atlántico Noroeste (NAFO)", pp. 13-38.

## REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2008, N° 30

REY ANEIROS, A. «La Unión Europea y el mar: ¿Hacia una política marítima de la Unión Europea?, pp.643-646.

## REVISTA ARANZADI DE DERECHO AMBIENTAL

2008, N° 14

EMBED IRUJO, A. "La política de aguas y su marco jurídico", pp. 13-27.

## VIDA RURAL

2008, N° 280.

LÓPEZ, A. "Más modulación y desacoplamiento de ayudas directas en la PAC renovada", pp. 8-10.

2008, N° 281.

MARTÍNEZ BURGOS, E. "Persiste la incertidumbre ante la aplicación de la OCM del vino en Castilla-La Mancha", pp. 14-17.

GUSTRÁN VILLA, J "Cooperativismo y seguros agrarios, confianza total", pp. 40-42.

## RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO

ENERO-MARZO DE 2008:

ANTONIO JANNARELLI, "Antonio Carrozza e le nove sfide per il diritto agrario: brevi meditazioni dopo i convegni pisan in sua memoria", pp. 3-14.

LUIGI COSTATO, "La lezione di Antonio Carrozza (e qualche possibile fraintendimento)", pp. 15-24.

Abril-mayo de 2008:

MICHAEL CARDWELL, "Regulation of the common agricultural policy in the United Kingdom: Simplicity or complexity?", pp. 163-183.

ALBERTO GERMANO, "Le novità vegetali", pp. 184-235.

## BIBLIOGRAFÍA

VATTIER FUENZALIDA, CARLOS (Director) y DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL (Coordinadora). *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*. Editorial Aranzadi. Primera edición. Cizur Menor (Navarra), 2009.

Esta obra es fruto del trabajo de un colectivo de investigadores de diferentes universidades, (Universidad de Burgos, Universidad de Santiago de Compostela y Universidad de la Rioja) que han formado parte de un Proyecto I + D, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (ref. SEJ 2006-02111/JURI FEDER A), que se desarrolló durante los años 2006 a 2009, relativo al desarrollo sostenible en el ámbito rural. Las aportaciones finales realizadas por los miembros del grupo son objeto de divulgación científica en esta obra, además de haber sido presentadas y discutidas por sus autores en el Coloquio Internacional sobre Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos los días 15 y 16 de diciembre de 2008. A ellas, se suman los estudios expuestos en el mencionado Coloquio por el Profesor Olszak, de la Universidad de la Sorbona de París (París I) y por Hugh Mercer, Barrister de Londres.

El conjunto de estos trabajos analiza de forma crítica las principales fuentes del Derecho comunitario, así como la Ley estatal 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible en el medio rural, y en ocasiones, la normativa autonómica. Se encuentran estructurados en tres grandes bloques. El primero, sobre el desarrollo sostenible, se ocupa además de sus relaciones con el pago único, de la libertad limitada de los Estados miembros para incorporar la normativa comunitaria, de las políticas de igualdad de género, la protección del patrimonio natural y cultural y la agroecología. Los seis capítulos de que consta se diversifican del siguiente modo: "Sistema y problemas del desarrollo rural" (Carlos Vattier Fuenzalida), relativo a los caracteres del desarrollo sostenible, objetivos e instrumentos de aplicación, contratos territoriales de las zonas rurales y diversificación económica y energías renovables. "Desarrollo rural sostenible y pago único" (José María de la Cuesta Sáenz), que trata de la condicionalidad de las ayudas de la PAC, su incumplimiento y las consecuencias de éste. "«Complete freedom» to implement community law?" (Hugh Mercer), referido a las fuentes y límites de dicha libertad. "Políticas de Igualdad en el desarrollo rural" (Isabel Espín Alba), que versa sobre la mujer y el desarrollo rural, analizando la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 45/2007, antes citada. "La protección del patrimonio natural y cultural" (María Teresa Carrancho

Herrero), que presta particular atención a la protección del patrimonio natural y la biodiversidad, a la normativa protectora del patrimonio cultural y a la normativa urbanística. Y, finalmente, “El desarrollo rural en la PAC y la agroecología: una lectura desde la sociología” (Mónica Ibáñez Angulo), que estudia las estrategias de desarrollo rural sustentable y la transición a modelos sustentables.

El segundo bloque diferenciado de capítulos está centrado en la empresa agraria y se refiere al profesional de la agricultura, la empresa familiar, las microempresas, el agroturismo y la tributación. El primer capítulo de este bloque, “El nuevo profesional de la agricultura en la política de desarrollo rural” (José María Caballero Lozano), trata las nuevas características del profesional de la agricultura y los instrumentos de actuación: la explotación territorial y los contratos territoriales de zona rural. A continuación sigue el capítulo “La empresa familiar agraria en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural” (Margarita Isabel Poveda Bernal), que estudia el protocolo familiar y su papel en el proceso sucesorio; el capítulo III “Microempresas en el ámbito agrario: las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en apoyo a la PYME y a la microempresa, en el marco de la última reforma del Derecho de sociedades” (José María García – Moreno Gonzalo), que analiza, entre otros aspectos, la incidencia de la adopción de las nuevas tecnologías de la comunicación en la configuración del Derecho de Sociedades, así como la adaptación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada a las nuevas tecnologías a través de la Sociedad Limitada Nueva Empresa; y finalmente, el capítulo IV, “Agroturismo y Tributación” (José Luis Peña Alonso), que desarrolla el concepto tributario de agroturismo, haciendo un estudio del mismo en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En el tercer bloque de la obra se examinan las denominaciones de origen y de calidad de los productos agroalimentarios tanto en la Unión Europea como en el ordenamiento español, el régimen de los organismos genéticamente modificados y la protección del consumidor ante esta clase de productos. Este bloque se divide en cuatro capítulos. El primero, “La politique communautaire des signes de qualité et d’origine” (Norbert Olszak), sobre la necesidad de valorizar el concepto de terruño, ante los consumidores europeos y en los mercados mundiales; el segundo, “Régimen jurídico de la calidad agroalimentaria en España” (Ángel Sánchez Hernández) que analiza la normativa comunitaria sobre indicaciones de calidad agroalimentaria en la UE, así como la normativa nacional y autonómica; el tercero, “Organismos modificados genéticamente en el marco del desarrollo rural sostenible” (Raquel de Román Pérez), que examina el marco normativo vigente de los organismos modificados genéticamente en el ámbito de la agricultura y el cuarto, “La protección del consumidor de alimentos defectuosos” (Elena Vicente Domingo), que estudia las crisis alimenticias y la normativa sobre productos defectuosos, en concreto, el régimen de los alimentos defectuosos.

Los destinatarios de esta obra son, no sólo quienes trabajan en la agricultura, sino las cooperativas agrarias, los asesores de empresas, los gestores de las ayudas de la PAC, en especial los bancos y cajas de ahorro, etc. Estamos, pues, en presencia de una obra útil para juristas, economistas, sociólogos, funcionarios y demás profesionales relacionados con la agricultura. Del análisis que hemos hecho de su contenido se desprende que la obra aborda problemas de máxima actualidad. Es de destacar la amplitud y variedad de los temas tratados en la misma, constituyendo ésta, sin duda alguna, un referente indispensable para los estudiosos y prácticos de la agricultura.

Teresa Asunción Jiménez París  
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

## NOTICIAS

### Primera Información

### **XII CONGRESO ESPAÑOL Y II INTERNACIONAL DE DERECHO AGRARIO**

**En homenaje al profesor Luis Amat Escandell  
(17 - 18 de diciembre de 2009)  
Universidad Politécnica de Valencia**

### **PROGRAMA CIENTÍFICO**

#### **JUEVES 17 DE DICIEMBRE DE 2009**

9 h. Inscripción, acreditaciones y recogida de documentación

9.15 h. Acto de Inauguración y Homenaje

- Honorable Sra. Consellera de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana D<sup>a</sup>. Maritina Hernández

- Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad Politécnica de Valencia D. Juan Juliá Igual

- Palabras de D. Alberto Ballarín Marcial. Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario

- Homenaje al Profesor Luis Amat Escandell, por el Prof. Dr. Agustín Luna Serrano, Catedrático de Derecho Civil. Universidad Ramón Llull de Barcelona

10.30 h. Primera Ponencia:

“Contratos agrarios”, por el Prof. Dr. Domingo Bello Janeiro, Catedrático de Derecho civil. Universidad de La Coruña.

11.00 h. Segunda Ponencia:

“Derecho, obediencia y desobediencia: los organismos genéticamente modificados”, por el Prof. Dr. Luc Bodiguel, Investigador del Centro Nacional de Investigación Científica y Profesor de la Universidad de Nantes (Francia).

11.30 Pausa

12.00 h. Tercera Ponencia:

“Regulación legal del suelo rural o no urbanizable en la Comunidad Valenciana”, por el Prof. Dr. Fernando Romero Saura, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Valencia.

12.30 h. Cuarta Ponencia:

“Comunidades de regantes”, por el Prof. Dr. José Antonio Cobacho Gómez, Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad de Murcia. Catedrático de Derecho civil.

13.00 h. Debate y presentación de comunicaciones.

17 h. Quinta Ponencia:

“Problemas de la falta de unidad jurídica de la explotación agraria”, por la Prof. Dra. Esther Muñiz Espada, Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valladolid.

17.30 h. Mesa Redonda.

18.30. Debate y presentación de comunicaciones.

### **VIERNES 18 DE DICIEMBRE DE 2009**

9.30 h. Sexta Ponencia:

“Límites del desarrollo sostenible en el ámbito rural”, por el Prof. Dr. Carlos Vattier Fuenzalida, Catedrático de Derecho civil. Universidad de Burgos.

10.00 h. Séptima Ponencia:

“La condicionalidad del pago único por explotación agraria”, por el Prof. Dr. José María de la Cuesta Sáenz, Catedrático de Derecho civil. Universidad de Burgos.

10.30 h. Octava Ponencia:

“El engaño en la publicidad de los alimentos: prácticas desleales y tutela del consumidor”, por la Prof. Dra. Alessandra Di Lauro. Facultad de Agrónomos. Departamento de Derecho privado “Ugo Natoli” —Facultad de Derecho Universidad de Pisa (Italia).

11.00 h. Pausa.

11.30 h. Novena Ponencia:

Por el Prof. Dr. Ramón Herrera Campos, Catedrático de Derecho civil. Universidad de Almería.

12.00 h. Décima Ponencia:

“Líneas generales del anteproyecto de ley de desarrollo rural de la Comunidad Valenciana”, por el Prof. Dr. Francisco Javier Orduña Moreno, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valencia

12.30 h. Undécima Ponencia:

“Aspectos jurídicos de la agricultura de conservación”, por el Prof. Dr. Ángel Sánchez Hernández, Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de La Rioja.

13.00 h. Debate y presentación de comunicaciones.

14 h. Acto de clausura por el Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad Politécnica de Valencia D. Juan Juliá Igual.

## **LOS NOTARIOS AGRARISTAS**

**DIEGO HIDALGO Y DURÁN**

**NOTARIO DE MORALEJA DEL VINO (ZAMORA)**

### **I. INTRODUCCIÓN.**

Diego Hidalgo nace en Los Santos de Maimona (Badajoz) el 13 de febrero de 1886 y muere en Madrid el 31 de enero de 1961. Licenciado en Derecho, en 1911 obtiene por oposición la notaría del pueblo zamorano de Moraleja del Vino. En 1918 se traslada a Madrid, como miembro del Partido Republicano Radical fue elegido diputado a Cortes por la circunscripción de Badajoz en las elecciones de 1931 y 1933.

Ocupó la cartera de ministro de la Guerra entre el 23 de enero y el 16 de noviembre de 1934 en los sucesivos gabinetes que presidieron Alejandro Lerroux y Ricardo Samper. Como titular de dicha cartera fue el encargado de sofocar la insurrección asturiana de octubre de 1934, para lo que contó con su asesor personal, el general Franco. Fue forzado a dimitir por la presión de la CEDA, junto con Ricardo Samper a los que les atribuyeron responsabilidades en los sucesos revolucionarios. Al estallar la Guerra Civil y tras muchas peripecias, consiguió salvar su vida refugiándose en París donde permaneció hasta el final de la guerra, tras la cual volvió a España

Como diputado durante la Segunda República, Diego Hidalgo formó parte de la Comisión parlamentaria para la elaboración de un proyecto de Reforma Agraria. Es autor de varios libros: *Un Notario español en Rusia*, 1929; ¿Por qué fui lanzado del Ministerio de la Guerra?: diez meses de actuación ministerial, 1934; Nueva York: impresiones de un español del siglo XIX que no sabe inglés, 1947.

### **II. LA REFORMA AGRARIA EN LA SEGUNDA REPÚBLICA.**

El Gobierno de la Segunda República se preocupó desde el primer momento de acometer el problema de la Reforma agraria, y nombró una Comisión mixta, integrada por juristas, economistas y agrónomos, con el encargo de redactar un proyecto de bases que echase los jalones de una nueva estructura para regular la posesión y aprovechamiento de la propiedad rústica.

Esta Comisión terminó su cometido el 4 de agosto de 1931, redactando un proyecto que fue entregado al Gobierno. Sin embargo, días después el Gobierno

presentó a las Cortes un proyecto de ley de bases, en el cual aparecían modificadas las que redactó la Comisión.

Una Comisión parlamentaria, en la que estaban representadas todas las minorías de la Cámara, emitió dictamen sobre el proyecto el 6 de octubre de 1931; pero varios miembros de dicha Comisión parlamentaria formularon votos particulares a la totalidad del dictamen y a la mayor parte de sus bases. Días después la Comisión parlamentaria retira el dictamen para modificarlo, y el 26 de noviembre presenta un nuevo dictamen, al parecer definitivo, que será, por fin, presentado para su discusión a las Cortes Constituyentes.

Entre los votos particulares contra la totalidad existe uno formulado por Diego Hidalgo, que por la amplitud de los problemas que abarca y por su orientación y contenido, constituye un verdadero Código agrario, en el que se perfilan y detallan nuevas normas jurídico-técnicas para la transformación de la vida rural española y acredita la gran preparación doctrinal y práctica de Diego Hidalgo.

Antes de entrar en el voto particular de Diego Hidalgo, vamos a analizar el Proyecto de Ley de Bases para la Reforma Agraria.

### III. PROYECTO DE LEY DE BASES PARA LA REFORMA AGRARIA.

El Estado afirma su dominio eminente sobre el suelo de todo el territorio nacional. La propiedad sobre la tierra tiene el carácter de derecho público y debe cumplir una misión social.

El Gobierno de la Segunda República quiere, como hemos dicho antes, acometer la reforma agraria y de ahí que la ley empezara a regir el día de su publicación en la Gaceta de Madrid y que tuviera efectos retroactivos desde el 14 de abril de 1931, fecha de la proclamación de la Segunda República. Los efectos de la retroactividad consistirán en quedar las fincas afectadas por esta ley como si el acto de enajenación o gravamen no se hubiese celebrado. Igualmente la ley se extiende a todo el territorio de la República, pero su aplicación inmediata, en orden a los asentamientos de campesinos, se hará en los términos municipales de Andalucía, Extremadura, Ciudad Real, Toledo, Albacete y Salamanca, y en las tierras de señorío o del Estado, cualquiera que sea la provincia donde radiquen.

La ley tiene por objeto: intensificar la productividad de la tierra; estimular la conversión del terreno de secano en regadío; repoblar y conservar los montes públicos y privados; seleccionar y aumentar la riqueza ganadera; restituir a los Municipios sus bienes comunales; parcelar los latifundios; concentrar la pequeña propiedad para su mejor cultivo y aprovechamiento; entregar parcelas a obreros agrícolas, dotándolos de medios para su cultivo.

La ejecución de la ley queda encomendada al Instituto de Reforma Agraria.

Respecto a los bienes rústicos sujetos a expropiación son los siguientes: los que integraban el patrimonio de la Corona y los de propiedad particular del

último rey; los adjudicados al Estado por razón de débitos; los de las corporaciones, asociaciones, fundaciones y establecimientos públicos que los exploten por medio de arrendamiento, aparcería o en otra forma distinta a la explotación directa; los pertenecientes a los sucesores de las familias nobles despojadas del señorío de jurisdiccional por ley de 1811 y que hayan llegado por título no onerosos a sus actuales dueños; las fincas que deba presumirse racionalmente que fueron compradas con fines de especulación; las fincas que pertenezcan a un solo propietario o a dos o más parientes en la línea recta o hermanos, en lo que esta propiedad rebasa la quinta parte de extensión del término municipal respectivo.

El Instituto de Reforma Agraria hará un inventario de los bienes expropiados. La tasación de los mismos se hará con arreglo a las normas contenidas en la ley.

Una vez tasada la finca expropiable, el propietario queda obligado a transmitirla en pleno dominio y bajo censo reservativo, al Instituto Agrario. El canon o pensión que deba percibir el censalista consistirá en el 4% del valor tasado, y se hará efectivo en metálico, por años vencidos, en el Ayuntamiento del pueblo a que pertenezca la finca de que se trate o su mayor extensión de ella.

Las aplicaciones de los bienes inmuebles expropiados son las siguientes: creación de grandes fincas de tipo industrial, explotadas directamente por el Estado; concesión temporal de grandes fincas a empresas, compañías explotadoras y asociaciones de obreros del campo; formación de lotes de tierra destinadas por el Estado a la repoblación forestal; parcelación y distribución entre campesinos pobres de fincas susceptibles de cultivo anual; creación de nuevos núcleos urbanos en terrenos fértiles alejados de las poblaciones, mediante distribución de parcelas sujetas al régimen de bienes familiares entre trabajadores campesinos necesitados; parcelación y distribución de terrenos de regadío entre trabajadores manuales expertos en estos cultivos; creación del hogar campesino con huerto de 50 áreas, para los obreros agrícolas pobres que carezcan de casa-habitación.

En cuanto a los censos de obreros agrícolas, se llevará a cabo en todos los municipios de la nación, y en cada censo se asentarán exclusivamente aquellos obreros que de una manera real y efectiva vengán dedicando constantemente toda su actividad al cultivo de la tierra y no satisfagan al Tesoro por cuota de contribución rústica más de cien pesetas anuales. En la elección de beneficiario, se tendrán en cuenta las circunstancias de índole moral y la especialidad del trabajo de cada interesado, serán preferidos: 1º los que no posean tierras ni en propiedad ni en arrendamiento; 2º los que paguen menos de 50 pesetas de cuota del Tesoro por contribución territorial; 3º los que paguen por el mismo concepto menos de cien pesetas y más de cincuenta. Dentro de cada uno de estos grupos, se establecerá la siguiente prelación: a) los padres, por orden del número de hijos; b) los viudos con hijos, por orden del número de éstos; c) los solteros huérfanos de padre, que sustenten a su madre o a hermanos; d) los solteros que tengan a su cargo padres

sexagenarios o inútiles para el trabajo; e) los casados sin hijos; f) los viudos y solteros sin descendencia.

El beneficiario no podrá traspasar, ceder, gravar ni enajenar por ningún concepto los derechos sobre la finca que cultive ni sobre los ganados, aperos y útiles de labranza, semillas o abonos que le conceda el Instituto. El abandono de la explotación será considerado como renuncia absoluta a sus derechos.

En caso de muerte del beneficiario, la explotación agrícola con todas sus pertenencias y accesorios continuará funcionando en su integridad en la persona de su viuda. Lo mismo ocurrirá en caso de muerte de la viuda. A la muerte de ambos cónyuges se procederá a la división y adjudicación de la herencia con arreglo a las leyes civiles.

En relación a la concentración de la pequeña propiedad, el Instituto fijará dentro de cada comarca el área mínima que debe tener una finca, según la clase de cultivo, la costumbre del lugar y todas las circunstancias conducentes a determinarlo, con objeto de obviar los peligros y quebrantos económicos que lleva consigo el minifundio.

Respecto a los contratos de arrendamientos de bienes rústicos, tendrán carácter de excepción y sólo serán permitidos cuando el propietario o propietarios de los bienes de que se trate sean menores, incapacitados, personas sujetas a interdicción, viudas, solteras o divorciadas, casadas respecto a la dote, propietarios mayores de setenta años sin hijos varones mayores de edad, militares, funcionarios públicos, obreros y empleados particulares que presten sus servicios o su trabajo habitual y permanente fuera del termino municipal donde los bienes radiquen. La aparcería se equiparará para estos efectos al arrendamiento cuando el dueño sólo aporte a ella la finca. Los subarriendos de fincas rústicas quedan terminantemente prohibidos.

#### IV. VOTO PARTICULAR DE DIEGO HIDALGO.

El diputado que subscribe, vocal de la Comisión dictaminadora del proyecto de ley de Bases para la reforma agraria, estima que el proyecto no tiene aquel sentido económico, social y técnico necesario para que la reforma sea viable y rinda su máxima eficacia. Se pretende en él dar soluciones únicas a problemas múltiples; parte de la base de la extensión superficial de las fincas y no de su situación y su valor para poner un tope arbitrario al gran cultivo cerealista y a la explotación ganadera; crea una serie de organismos de difícil constitución y desenvolvimiento, con evidente peligro de aumentar la plaga de la burocracia; prescinde de factores precisos para proyectar y proyecta con precisión imposible de obtener desconociendo aquéllos; desatiende todo cuanto pueda contribuir a acrecentar la riqueza agrícola casi circunscribiéndose a "asentar" un número de familias campesinas, como si ésta fuera la única receta con que curar una enfermedad que presenta caracteres tan diferentes en las distintas regiones y municipios; olvida la necesidad

de calcular los gastos y de lograr las disponibilidades para atenderlos; prescinde de estimular la transformación de los cultivos, de la enseñanza agrícola, de higiene rural, de la racionalización del trabajo, de la necesidad de restituir a los municipios los bienes comunales, de la concentración de la pequeña propiedad para acabar con el minifundio, de establecer bases esenciales para regular el arrendamiento y la aparcería, de evitar la usura que hace víctimas a los modestos y aun medianos cultivadores de la tierra, de la creación y desenvolvimiento del crédito agrícola, de la desecación de terrenos pantanosos, que solo producen enfermedades que empobrecen nuestra raza, y, por último, impone a los poseedores de tierra un impuesto de tal naturaleza que, en vez de gravar el mero instrumento tierra, grava al capital y al trabajo empleados sobre la misma, como si ya con los impuestos indirectos, ruinosos e injustos, no estuviera el hombre, especialmente el hombre que trabaja, arruinado y, por lo tanto, sometido.

Ante tales consideraciones, que no han pasado desapercibidas para todos los que han estudiado a fondo el proyecto, cualquiera que sea el efecto espectacular que cause a los que de la simple lectura salen alucinados por una colocación más teórica que real de hombres con tierra, que a la larga haría retroceder a la agricultura a los tiempos de Virgilio, aboliendo la posibilidad de empleo de la gran maquinaria que disminuye el coste de producción y hace posible la rapidez y perfeccionamiento de todas las operaciones del cultivo; el que suscribe, quizá olvidando su obligada modestia, amparado en los consejos técnicos, en la experiencia de los agricultores y en la fuerza poderosa de la opinión pública que, convencida de la necesidad y urgencia de la reforma, ha rechazado por utópica y falta de sana orientación la proyectada, se atreve a formular, contra la totalidad del proyecto, su voto particular, en el que están recogidas todas aquellas normas primarias que han de servir para echar los jalones a la gran reforma. Y ante la imposibilidad de coordinar el tiempo obligado para implantar nuevas normas de aprovechamiento técnico y consideración jurídica de la propiedad territorial agraria, que supone la transformación completa de la vida de un Estado, con la urgencia que exige el momento político en que vivimos y la situación social del país, ha recogido unas disposiciones transitorias, preceptos de aplicación inmediata, que hagan posible un rápido comienzo de la reforma y den satisfacción al legítimo anhelo del pueblo, que desea cuanto antes tierra y medios para cultivarla.

No pretende que de sus manos haya salido una obra perfecta, por mucha que haya sido la voluntad puesta en el empeño y lo valioso de sus asesoramientos.

Aspira sólo a que se preste atención a las normas que propone y a que, en libre controversia, sean éstas mejoradas y perfeccionadas por la inteligencia, celo y preparación de los diputados de las Cortes Constituyentes.

Y sólo pide a éstas y al Gobierno que, al discutirse este voto, no tengan en cuenta para nada la modesta personalidad del que suscribir, ya que la inmensa mayoría de las ideas en él contenidas han sido recogidas de la enseñanza de los hombres de doctrina y del consejo de los hombres de experiencia.

Por las razones expuestas, el diputado que suscribe, disintiendo del dictamen de la Comisión, tiene el honor de formular el voto particular contenido en el adjunto proyecto de ley.

**ALBERTO BALLARÍN MARCIAL**  
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO AGRARIO

**FRANCISCO MILLÁN SALAS**  
DIRECTOR ADJUNTO  
DE LA REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

NOMBRE: \_\_\_\_\_

NIF / CIF: \_\_\_\_\_

DOMICILIO: \_\_\_\_\_

POBLACIÓN: \_\_\_\_\_

PROVINCIA: \_\_\_\_\_ PAÍS: \_\_\_\_\_

CÓDIGO POSTAL: \_\_\_\_\_ TELÉFONO: \_\_\_\_\_

DESEO SUSCRIBIRME:

• A PARTIR DE: \_\_\_\_\_

• A PARTIR DE 2004

PRECIO ANUAL: ESPAÑA 50 €; EXTRANJERO 80 € (IVA INCLUIDO)

RECORTE ESTA HOJA Y ENVÍELA A:

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO  
E.T.S INGENIEROS AGRÓNOMOS  
DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA Y CIENCIAS SOCIALES AGRARIAS  
AVDA. COMPLUTENSE S/N  
28040 MADRID  
TELÉFONO: 913365796  
FAX: 913365797  
aedagraria@yahoo.es

NOSOTROS NOS ENCARGAREMOS DE ENVIARLE LA FACTURA.

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

La Revista de Derecho Agrario y Alimentario es una revista semestral de Derecho, cuyo objeto es el estudio, desarrollo y perfeccionamiento de aquellos temas que comprende el Derecho Agrario y Alimentario. La revista va dirigida a investigadores y a entidades relacionadas con dichos temas —Universidades, Ministerios, Asociaciones Agrarias, Colegios de Profesionales etc.

El Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Agrario y Alimentario examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos. Los trabajos deberán ser inéditos. Se supone que todos los autores han dado su aprobación para que el manuscrito se presente a la revista.

Los originales serán sometidos al criterio de evaluadores externos anónimos (*doble referee*). Serán criterios de selección el nivel científico y la contribución de los mismos al objeto de la revista. Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión editorial será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del manuscrito. Los autores de los manuscritos aprobados para su publicación deberán ceder el copyright del artículo.

## NORMAS DE EDICIÓN

Los trabajos se mandarán a la siguiente dirección de correo electrónico:

**fmillans@emp.ucm.es**

Procesador de texto: WORD. Letra: Times 11 cpi. Interlineado: 1,5. Extensión (máxima): 30 páginas. La justificación del texto será completa.

Indicar el título del trabajo. Nombre y apellidos (por este orden) del autor; cargo: profesor de..., universidad de..., abogado, notario, etc. Abstract. Sumario: indicar antes de comenzar el trabajo los distintos epígrafes del mismo. Escrito: tipo frase. No en negrita.

En el texto los distintos epígrafes se expresarán:

### I. MAYÚSCULA Y EN NEGRITA.

#### 1. Minúscula y en negrita.

A) Minúscula (no en negrita)

a) Minúscula.

a') Minúscula.

Las notas han de ir a pie de página y no al final del texto. Serán numeradas consecutivamente en caracteres arábigos. Tipo de letra: Times 9 cpi. Interlineado: sencillo. Si la cita es de un autor será:

- A) Si es de un libro: nombre y apellidos del autor (en mayúsculas); el título del libro (en cursiva); Lugar donde se ha editado, año y la/s página/s donde se recoge la cita.
- B) si es de un artículo de revista: nombre y apellidos del autor (en mayúsculas); título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en cursiva); año, número de la revista y la/s página/s donde se recoge la cita.