

Los Acuerdos de Custodia del Territorio

Hernán Collado Urieta

Jursita. Ex-asesor de la Xarxa de Custòdia del Territori.
Técnico superior en Derecho del Ajuntament de Barcelona

1. Definiciones entorno a los acuerdos de custodia del territorio / 2. Objeto y finalidad en los acuerdos de custodia del territorio / 3. Elementos subjetivos en los acuerdos de custodia del territorio / 4. Tipología de acuerdos de custodia / 4.1. Los acuerdos verbales / 4.2. Los contratos de custodia del territorio / 4.3. Comodato y cesión a precario / 4.4. Contrato de arrendamiento / 4.5. Transmisión de derechos reales / 4.6. El negocio fiduciario / 4.7. La transmisión de la propiedad / 5. La contraprestación en los acuerdos de custodia del territorio / 6. Validez e incumplimiento en los acuerdos de custodia del territorio / 7. Efectividad y seguimiento de los acuerdos de custodia / 8. Biografía

1. Definiciones entorno a los acuerdos de custodia del territorio

No es exagerado afirmar que el elemento esencial de la definición de la custodia del territorio es el acuerdo de custodia del territorio.

El acuerdo de custodia es un instrumento jurídico que permite a las entidades participar directamente en las decisiones que afectan a los valores naturales y culturales de un ámbito territorial concreto en estrecha colaboración con las personas que ostentan su propiedad, su gestión o ambas cosas. En este sentido, la custodia del territorio se diferencia de cualesquiera otras formas de protección de los valores naturales y la biodiversidad por su carácter consensuado y voluntario.

Desde una aproximación filosófica, tanto el acuerdo de custodia como el propio concepto de custodia del territorio pueden entenderse como un auténtico pacto social entre la sociedad civil y la propiedad de la tierra para su conservación futura.

Entrando en el concepto jurídico, cuando hablamos de los acuerdos de custodia del territorio nos referimos a una gran cantidad de opciones jurídicas que van desde el acuerdo verbal hasta la obtención de la propiedad de la finca

mediante contrato de compraventa o donación, o mediante negocio mortis causa. Existe un elenco casi infinito de opciones jurídicas útiles para conseguir el objetivo de la conservación que se haya propuesto, que pueden afectar al total o a parte de una finca, con distintos grados de compromiso jurídico que a lo largo de este artículo miraremos de presentar.

Terminológicamente, a lo largo de este artículo nos referimos genéricamente a acuerdos de custodia del territorio, dejando el término contratos para cuando estemos hablando específicamente de contratos (como es del caso de la compraventa, el arrendamiento, el mandato o el propio contrato de custodia del territorio).

También en algunos apartados nos referiremos a las iniciativas de custodia del territorio, un término más amplio que quiere englobar toda la acción de la entidad de custodia en un ámbito territorial o en el marco de unos objetivos concretos, mediante acuerdos expresos o no.

2. Objeto y finalidad en los acuerdos de custodia del territorio

El elemento objetivo de los acuerdos de custodia del territorio gira entorno de la finca y de sus valores naturales, y existen diferentes apre-

ciaciones sobre cual de ellos adquiere mayor relevancia. En cualquier caso, podemos afirmar que la finca, con todos los elementos que la integran (sus valores naturales por supuesto, como también caminos, fuentes, edificaciones y otros no expresamente excluidos del ámbito del acuerdo), es el objeto sobre el que recaen los pactos que se establecen entre las partes y, por tanto, el *objeto del acuerdo*.

Por otra parte está la *finalidad del acuerdo*, es decir, el bien jurídico a proteger con este. Su definición no es tan simple, pero una formulación aproximativa podría ser la protección, conservación o restauración de los valores naturales (o culturales) presentes en la finca.

Esta diferenciación es particularmente clara cuando utilizamos negocios jurídicos típicos como por ejemplo los contratos de compraventa o arrendamiento: el objeto sobre el que recaen dichos contratos es la finca, mientras que la finalidad que subyace al negocio jurídico es la de conseguir la conservación de sus valores naturales de la finca.

3. Elementos subjetivos en los acuerdos de custodia del territorio

Los elementos subjetivos en los acuerdos de custodia del territorio son, de un lado, la propiedad de la finca o la persona que ostente su gestión y, del otro, la entidad de custodia.

En este punto es importante resaltar que no siempre la propiedad será la contraparte de la entidad de custodia en el acuerdo de custodia, sino que ello dependerá de los objetivos del acuerdo. Así, por ejemplo, en los acuerdos sin cesión de la gestión la entidad podrá pactar ciertas restricciones a la actividad agrícola con la persona que lleve a cabo dicha actividad como arrendataria de la finca; igualmente, la entidad de custodia podrá arrendar la finca a la persona usufructuaria de la misma, entre otras

posibilidades. En definitiva, como en cualquier negocio jurídico, la determinación de la contraparte funcionará según las facultades que ostente esta sobre la finca en relación con los objetivos del acuerdo.

La entidad de custodia, por su parte, puede ser cualquier entidad no lucrativa, pública o privada, tenga o no objetivos conservacionistas o medioambientales. Las entidades de custodia que operan en todo el mundo son, mayoritariamente, organizaciones conservacionistas de carácter privado –asociación, fundación o sus correspondientes en cada jurisdicción-. Sin embargo, existen múltiples ejemplos de otras tipologías de entidades de custodia: asociaciones vecinales, ayuntamientos y otros entes locales, entidades de gestión de espacios naturales, entre otros, puesto que las iniciativas de custodia del territorio pueden tener finalidades tan diversas como la conservación de un hábitat, la protección de una especie o la restauración de elementos patrimoniales como caminos o arquitectura tradicional.

No hay unanimidad sobre hasta qué punto las entidades públicas territoriales como ayuntamientos, comunidades autónomas o la propia Administración General del Estado, mediante sus ministerios, deberían ser consideradas entidades de custodia del territorio. Pero hasta el momento las iniciativas de estas entidades se computan en los inventarios de custodia del territorio y la definición de entidad de custodia del territorio que nos ofrece el artículo 3.37 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad (LPNB), incluye las organizaciones públicas.

Igualmente, podría reivindicarse la posibilidad de que entidades lucrativas, como sociedades mercantiles, o personas individuales puedan actuar como entidad de custodia, a pesar de que no están incluidas en la definición mencionada. El principal inconveniente es que en estos casos quiebra el carácter representativo de

la entidad de custodia, quien debe representar los intereses generales de conservación del patrimonio natural y cultural, sin perjuicio de que los efectos de un acuerdo nacido de intereses particulares pueda sin duda generar externalidades positivas.

4. Tipología de acuerdos de custodia

En las primeras aproximaciones al estudio de los acuerdos de custodia, la clasificación que se utilizó de forma más común fue según el criterio de si en ellos se da o no una *transmisión de la propiedad* (Cuadro 1).

Entre los acuerdos de custodia sin transmisión de la propiedad encontramos los acuerdos verbales, los contratos de custodia del territorio, el contrato de arrendamiento, el comodato y la cesión de derechos reales limitados. Entre los acuerdos de custodia con transmisión de la propiedad encontramos las opciones legales de donación, compraventa, permuta y legado.

Otra posible clasificación es según si comportan o no una cesión de la gestión a la entidad de custodia. En asociación con la anterior, esta clasificación nos permite entender cuál es el

funcionamiento de la custodia del territorio, ya que de entrada nos indica un acuerdo de custodia no implica necesariamente que la entidad de custodia gestione la finca. Al contrario, como veremos, en la mayor parte de casos el gestor de la finca, propietario o no, adquiere compromisos ante la entidad de custodia sin dejar de llevar a cabo la gestión a título propio.

Solo las entidades de custodia con mayor capacidad económica y de gestión suelen adquirir fincas por compraventa o permuta o bien aceptarlas en legado o donación, arrendarlas u otras opciones para la *adquisición de la gestión*. La gestión de fincas para su conservación requiere una planificación a largo plazo que dé una garantía de solidez y continuidad al proyecto, y también una dedicación de recursos que puede fácilmente colapsar la estructura de una organización, limitando su actuación a unos pocos acuerdos. Igualmente, la adquisición de la gestión por parte de la entidad de custodia significa el desentendimiento total de la propiedad, de forma que se diluye el sentido más definidor de la custodia del territorio, que es la participación de la propiedad y la sociedad civil en el objetivo común de la conservación. Como contrapartida, en cambio, en la medida que la entidad de custodia se implica al máximo en la finca, rescatan-

	Con transmisión de la gestión	Sin transmisión de la gestión
Con transmisión de la propiedad	• Compraventa • Permuta • Legado (a partir de la transmisión mortis causa) • Donación	• Compraventa, permuta o donación con reserva de usufructo. • Legado (hasta el momento de la transmisión mortis causa)
Sin transmisión de la propiedad	• Usufructo / uso • Arrendamiento • Comodato	• Servidumbre personal o derecho real de aprovechamiento parcial • Contrato de custodia del territorio • Acuerdo verbal

Tabla 1. Clasificaciones de los acuerdos de custodia

do su gestión mediante incluso la adquisición de derechos reales o de la propiedad misma, tenemos una mayor efectividad del acuerdo hacia la consecución de los fines de conservación.

En el lado opuesto, las opciones en las que la persona que ostenta la propiedad -o que ostenta la gestión por cualquier otro título- continua llevando a cabo la gestión son mucho más frecuentes. En ellas, el gestor asume los términos y restricciones que se derivan del objetivo de conservación de la finca, pactados con la entidad de custodia, normalmente a cambio de asesoramiento y respaldo y a partir de una voluntad común. Entre las opciones más habituales para la formalización de acuerdos sin cesión de la gestión, destaca el *contrato de custodia del territorio*, un contrato atípico donde las partes describen los términos del acuerdo con forma y contenido totalmente libre y en base a la autonomía de la voluntad.

4.1. Los acuerdos verbales

La práctica de la custodia del territorio crea lazos entre personas propietarias o gestoras de terrenos y entidades de custodia. Estos lazos se van desarrollando mediante comunicaciones, visitas, reuniones o actividades organizadas dentro de las cuales unos y otros intercambian puntos de vista, voluntades, objetivos. Las entidades de custodia pueden incluso iniciar contactos con comunidades de propietarios pertenecientes a áreas de interés concretas mediante actividades de información y concienciación, a través de los cuales influir directamente en ciertos hábitos de gestión e incluso canalizar asesoramiento y ayudas. Las relaciones que establecerán con cada uno de los propietarios o gestores serán únicas y particulares, e infinitos los grados de compromiso posibles. En este sentido, puede incluso resultar difícil establecer a partir de qué punto entendemos que existe acuerdo verbal entre entidad y propietario o gestor, ello sin perjuicio de la utilidad de tal contacto.

Mediante una simple encajada de manos es posible llegar a acuerdos tanto simples como complejos, estos últimos incluso calificables como contrato (que conoceremos mejor en el apartado siguiente). Estos acuerdos son perfectamente válidos según las normas que regulan las obligaciones y los contratos, pero es evidente la dificultad de demostrar su existencia en caso de desacuerdo. Es por este motivo que los acuerdos verbales son un instrumento desaconsejado en los casos en los que la entidad de custodia tenga que aportar recursos materiales o personales costosos para la consecución de los objetivos de custodia, dada la dificultad de resarcimiento en caso de incumplimiento.

4.2. Los contratos de custodia del territorio

Si bien en el apartado primero hemos anunciado que a lo largo de este artículo hablaríamos de *acuerdos* de custodia del territorio, en este apartado podemos hablar directamente de *contratos* puesto que nos encontramos ante esta categoría jurídica. Los artículos 1254 y siguientes del Código civil español definen el contrato en los términos siguientes:

Por lo que respecta a su existencia, *el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.*

Por lo que respecta a su contenido, *los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*

Por lo que respecta a su validez y efectos, los contratos vinculan a todas las partes que manifiestan su consentimiento válidamente en el -ya sea directamente o mediante persona representante válidamente autorizada-, y obligan respecto de lo pactado expresamente pero también respecto *a todas las consecuencias*

que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

A los efectos de este artículo, nos interesa dejar claro, en primer lugar, que en un contrato las partes pueden establecer las obligaciones que consideren oportunas en base a la autonomía de la voluntad, y que cuando estas obligaciones giran en torno a un objetivo de custodia del territorio hablaremos de *contrato de custodia del territorio*.

En segundo lugar, queremos hacer hincapié en el detalle de que las partes no solo quedarán vinculadas por el tenor de lo que hayan convenido sino también por los efectos que se puedan derivar de la buena fe, del uso (de la costumbre) y de la ley. Por lo tanto, de un contrato se pueden derivar consecuencias no escritas en él pero reguladas en la ley, incluso cuando las partes pudieran no conocer de antemano esas consecuencias. La ley regula determinados contratos de forma exhaustiva, como por ejemplo el de arrendamiento, el de mandato o el de compraventa, por poner tres ejemplos; dichos contratos –los regulados expresamente por la ley– reciben el nombre de *contratos típicos*, mientras que los no expresamente regulados los llamaremos *contratos atípicos*. El contrato de custodia del territorio no se encuentra hoy en día regulado por el derecho civil, aunque si reconocido por la LPNB, y por tanto se trataría de un contrato atípico, sin perjuicio de que de él se puedan derivar consecuencias jurídicas reguladas en el derecho general de obligaciones y contratos, el uso o la buena fe.

En los contratos atípicos, por tanto, es especialmente necesario ser precisos en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes. A menudo, sin embargo, los acuerdos de custodia que se formalizan por escrito pueden contener compromisos inconcretos o ambiguos, o incluso ser tan vanos que en ellos no sea posible identificar derechos y obli-

gaciones. En estos casos a menudo las partes preferirán hablar de “acuerdos” o “convenios”, o bien de “protocolos” o “memorandos”, aunque su naturaleza contractual se desprenderá si cabe de su naturaleza y no de la cualificación que le hayan otorgado las partes.

Por la ausencia de una norma jurídica civil que los regule, la debilidad de los contratos de custodia del territorio es la falta de normas que actúen de forma supletoria ante una eventual falta de previsión de las partes. Una posible alternativa es usar contratos tipificados en el Código civil español que, como por ejemplo el mandato y el arrendamiento de servicios, podrían ser aplicables los propósitos de la custodia del territorio como propone ANTONI MIRAMBELL, aunque ello no es una opción común en la actualidad y por tanto no nos vamos a extender en ella.

En ausencia, por tanto, de un régimen supletorio eficaz la redacción de los contratos de custodia del territorio tiene que ser previsor y precisa. A partir de los objetivos generales, expresados cuidadosamente en los antecedentes, el clausulado del contrato tiene que establecer las obligaciones de las partes y las prohibiciones concretas en la gestión de la finca puesto que de la concreción de los pactos dependerá en gran parte la efectividad del contrato para la consecución de los objetivos propuestos. También deberán establecer unas cláusulas penales que determinen con eficacia cuáles serán las consecuencias -económicas u otras- del incumplimiento para las partes.

A menudo, esta concreción se conseguirá mediante la redacción de un documento técnico de gestión que se anexará al contrato y al cual este hará remisión. Los contratos donde se establece la obligación de redactar un documento técnico de gestión (plan de gestión) suelen fijar los objetivos generales y obligaciones genéricas entre las cuales la obligación de la entidad de custodia de redactar el documento

técnico de gestión, que las partes se obligan a firmar una vez redactado en señal de conformidad siempre que obedezca a los objetivos y directrices pactadas en el mismo contrato de custodia. Una vez redactado y firmado en documento técnico, este pasa a detallar las directrices a que se somete el gestor de la finca. La remisión al plan de gestión es una forma ágil, concreta y técnicamente contrastada de establecer los términos de gestión.

Por lo que respecta a su duración, las partes pueden determinarla libremente en aplicación de la libertad de pactes, aunque generalmente los contratos de custodia del territorio no acostumbran a tener duraciones superiores a los cinco años. También es oportuno recordar aquí que los contratos de custodia del territorio, como ya hemos dicho, tienen naturaleza obligacional, es decir, generan obligaciones únicamente entre las partes que los han firmado y, por tanto, la enajenación de la finca o un cambio en su posesión puede significar la finalización del contrato.

4.3. Comodato y cesión a precario

El comodato y la cesión a precario son opciones muy interesantes para la transmisión de la gestión de la finca a título gratuito a la entidad de custodia, especialmente para casos de propiedad absentista o sin interés directo en la gestión de la finca.

El comodato es un contrato de derecho civil regulado por los artículos 1741 i siguientes del Código civil español, mientras que el contrato de precario tiene una construcción doctrinal y jurisprudencial. La diferencia entre ambos es que en el precario no existe pacto en cuanto al plazo de duración y, por lo tanto, puede ser resuelto en cualquier momento.

Son frecuentes los casos en que las personas que ostentan la propiedad de terrenos rústicos no tienen intereses directos en la gestión, ya

sea por residir lejos de ella, ya sea por no haber tenido nunca una relación directa con la finca -habiéndola adquirido por herencia -, ya sea por cualquier otra circunstancia. A pesar de ello o bien justamente por no tener un objetivo claro en cuanto al destino económico de la finca, la propiedad será reacia a adquirir compromisos a largo término, comprometiendo así expectativas de uso a corto o medio plazo. En estas situaciones, el comodato y la cesión a precario -dependiendo del nivel de compromiso que quiera adquirir la propiedad- son instrumentos de gran utilidad a mi modo de ver.

El elemento definidor del comodato y de la cesión a precario, y su principal diferencia con el arrendamiento, es la gratuidad. Como contratos gratuitos, el comodato y la cesión a precario expresan muy claramente el elemento de la voluntariedad y la confianza entre las partes: en estos contratos, la propiedad cede la gestión de la finca a una entidad sin que esta cesión le reporte, a priori, un beneficio más allá de la satisfacción personal en la medida de su valoración hacia los objetivos de la entidad de custodia y de la buena relación que exista entre ambas partes.

4.4. Contrato de arrendamiento

El contrato de arrendamiento es una figura lo suficientemente conocida como para no plantear dudas sobre su significado; esta es una de sus principales ventajas desde el punto de vista de la comunicación de las intenciones de la entidad de custodia a la propiedad. El arrendamiento con finalidad de custodia del territorio puede darse de la totalidad de una finca o bien de parte de sus aprovechamientos (forestal, de pastos, etc.).

El arrendamiento no es otra cosa que una cesión de la gestión de la finca a cambio de un precio. Este elemento, el precio, es un elemento esencial del contrato de arrendamiento pero, eso no obstante, en el arrendamiento con fina-

lidad de custodia puede determinarse a la baja respecto al precio de mercado si la propiedad quiere contribuir de alguna manera al objetivo de custodia del territorio, o simplemente atendiendo a una mayor confianza entre arrendataria y arrendadora. Así, se pueden dar arriendos con objetivo de custodia a precio de mercado, principalmente cuando la urgencia del objetivo concreto (preservación de especies en peligro de extinción) lo justifique, o bien obtener un precio por debajo del que determina el mercado mediante una negociación en la que la entidad de custodia intentará “vender” al propietario las ventajas de una gestión destinada a la conservación, tales como la preservación del paisaje y de los elementos patrimoniales de la finca (árboles aislados, muros y cabañas), que pueden tener un valor sentimental para la propiedad.

El régimen más específico aplicable a los arrendamientos de terrenos rústicos es el de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (LAR) siempre que su objeto principal sea la explotación agrícola o forestal (arts. 1 y 6 LAR), como sucede en no pocas iniciativas de custodia del territorio que se llevan a cabo en el marco de una actividad agrícola integrada o ecológica ejercida por la propia entidad de custodia, o el simple rescate de derechos de tala o pasto para mantenerlos inactivos. El régimen de la LAR será plenamente aplicable con todos sus efectos, no solo de derecho civil sino también de derecho administrativo como por ejemplo por todo lo que respecta a ayudas públicas para la producción agrícola.

En el resto de casos, cuando la entidad no tenga previsto desarrollar una actividad de explotación agrícola (sostenible) de la finca, sino únicamente la gestión y seguimiento de los valores naturales, el contrato se regirá por lo establecido en el Código Civil español (arts. 1542 i ss.). Este es un régimen jurídico genérico para el arrendamiento de todo tipo de bienes, que también actúa como derecho supletorio en

el caso de contratos de arrendamiento de bienes que tengan una normativa propia aplicable como los inmuebles urbanos o rústicos.

4.5. Transmisión de derechos reales

Desde los inicios de la implantación de la custodia del territorio en el Estado español, la transmisión de derechos reales ha sido considerada una de las fórmulas más interesantes dada la seguridad jurídica que comportan por su eficacia *erga omnes* y su duración a largo plazo en general.

En el common law existen las fórmulas jurídicas que nos han servido de referencia, es decir, los *conservation easements* y los *covenants* ya mencionados anteriormente. Estas fórmulas jurídicas tienen características en común con nuestras servidumbres pero en su contexto jurídico gozan de dos características que no se encuentran en las jurisdicciones de derecho civil o continental como la española y la de la mayor parte de estados europeos y de América del Sur. En primer lugar, *easements* y *covenants* pueden establecerse sobre una finca sin ninguna relación con otras fincas, mientras que para la constitución de una servidumbre en la mayor parte de jurisdicciones de derecho civil es necesaria la existencia de dos fincas (o *predios*), una sobre la que recae la servidumbre (*predio sirviente*) y otra que se beneficie de ella (*predio dominante*); en segundo lugar, *easements* y *covenants* son derechos establecidos a perpetuidad, mientras que en el ordenamiento jurídico español rehúye los derechos a perpetuidad.

En estados de América del Sur como Argentina, Chile o Costa Rica, las entidades de custodia han experimentado la custodia del territorio mediante servidumbres prediales operando la segregación de una parte de la finca objeto de conservación que pasa a la titularidad de la entidad de custodia y adquiere la función de predio dominante. Con esta fórmula es posible obtener una conservación a perpetuidad, ya

que las servidumbres prediales están vigentes mientras existe la utilidad para la finca dominante. Aun así, el reconocimiento de una *utilidad ambiental* que pueda justificar la existencia de una servidumbre ambiental plantea dudas jurídicas que pueden ser una debilidad en caso de reivindicación ante los tribunales.

Si salir el importante ejemplo de América del Sur, debemos mencionar el caso de Chile, que en 2016 Chile aprobó la Ley 20930 que establece el derecho real de conservación ambiental como un derecho real que se constituye sobre fincas privadas en favor de personas o entidades jurídicas con independencia de cualquier relación entre fincas. Este es un referente mundial de la regulación de un tipo de servidumbre personal ambiental en jurisdicciones de derecho civil con una regulación completa que incluye su constitución, partes, contenido, requisitos, inscripción registral, duración (indefinida siempre que las partes no estipulen lo contrario) e incluso las reglas de resolución de conflictos.

Por lo que respecta al derecho español, este es una de las excepciones en las que es posible la constitución de servidumbres personales (art. 531 CC). Pero estas no han sido elegidas como instrumento de conservación de forma generalizada, ya sea por no aportar la perpetuidad deseada, ya sea porque ha resultado más oportuno optar por opciones sin trascendencia real. En Catalunya, por el contrario, el derecho foral no reconocía las servidumbres personales hasta que la disposición adicional de la Ley 22/2001, reguladora del usufructo, uso y habitación, introdujo los *derechos de aprovechamiento parcial* en los siguientes términos: “*Los derechos reales de aprovechamiento establecidos en favor de una persona, sobre una finca ajena, con independencia de toda relación entre fincas, se rigen, en lo que no determine su título constitutivo, por la costumbre y por las normas reguladoras de los derechos de usufructo, uso y habitación, en lo que sea compatible*”. Posteriormente, el Libro

V del Código Civil de Catalunya (Ley 5/2006, de 10 de mayo), desarrolló la regulación de estos derechos en los artículos 563-1 a 563-4.

En cualquiera de sus formas, la servidumbre sería especialmente indicada para limitar las facultades de uso de la finca a favor de los objetivos de conservación (por ejemplo, limitar el derecho de reducir una superficie forestal o de usar cierto volumen de un cauce de agua), todo ello manteniendo la gestión de la finca en manos de las personas que ostenten su propiedad o gestión con anterioridad al establecimiento de la servidumbre. Por el contrario, las opciones adecuadas para la custodia del territorio cuando la entidad de custodia pretende asumir la gestión de la finca son el usufructo y el uso, regulados en los artículos 467 y siguientes del CC. No entraremos en estas opciones puesto que su aplicación a la custodia del territorio es actualmente residual.

Si bien, de acuerdo con lo que hemos manifestado al inicio de este apartado, cualquiera de estas opciones de constitución de derechos reales son de gran interés para la conservación de valores del patrimonio natural a largo término y con la mayor efectividad, su aplicación real continúa siendo muy escasa hoy en día en España. En el contexto cultural español, como también pasa en otras partes del continente europeo y de América del Sur, la desventaja práctica de los derechos reales es justamente su rigidez y duración a largo término, que les resta atractivo para las personas propietarias y gestoras de fincas.

Finalmente, a los efectos del presente artículo cabe únicamente mencionar que la eficacia erga omnes de los derechos reales la garantiza su inscripción en el Registro de la Propiedad, para lo cual deben formalizarse previamente mediante escritura pública, lo cual implica, además, un coste añadido. Es por ello que en el campo de la cesión de derechos reales es donde más se echa de menos una política de incenti-

vos fiscales a la custodia del territorio, y a la vez el ámbito de acuerdos donde mayor recorrido podría tener puesto que se trata de la constitución de derechos con contenido patrimonial e inscribibles en el Registro de la Propiedad.

4.6. El negocio fiduciario

En el negocio fiduciario, una persona -denominada *fiduciante* - transmite un patrimonio a una segunda persona -denominada *fideicomisaria*- para que la gestione a favor de una tercera -denominada *beneficiaria*-. A grandes rasgos, esta es la estructura que sigue el concepto de *fundación*, con la diferencia de que en la fundación la finalidad debe ser necesariamente de interés general y que el patrimonio de la fundación tiene personalidad jurídica propia.

El negocio fiduciario se ha consolidado principalmente en el ámbito del common law, aunque se encuentra presente también en el derecho romano -fidúcia *cum amico* y *cum creditore*-. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce expresamente el negocio fiduciario, aunque si regula algunos negocios fiduciarios como por ejemplo la sustitución fideicomisaria del heredero menor o incapacitado.

La configuración jurídica de la fidúcia entorno a la confianza otorgada por el fiduciante, y por la sociedad en general, en el fideicomisario, convierte a la entidad de custodia en gestora en beneficio de la sociedad y aporta una mayor solidez al separar la finca del patrimonio del propietario e incorporarse al de la entidad, con carácter inembargable tanto por deudas del propietario (fiduciante) como de la entidad de custodia (fideicomisaria). En el ordenamiento español no existe ninguna opción jurídica que comporte estos interesantes efectos.

Una segunda aproximación a la idoneidad de la fidúcia para regular el contrato de custodia del territorio recae en su proximidad conceptual con la custodia del territorio. Por definición, la

fidúcia es una forma de separar una parte de un patrimonio que pasa a ser administrado en favor de un tercero. Esta definición es común a la propia definición de custodia del territorio hasta el punto que, en una de las primeras referencias escritas que tenemos en catalán, J.M. Mallarach se refería a ella como fideicomisos del suelo. Esta denominación fue una de las tenidas seriamente en cuenta a la hora de transponer el término land stewardship al catalán, en los inicios del movimiento de la custodia del territorio en Catalunya.

A partir de aquí, varios motivos técnicos hacen del negocio fiduciario un instrumento jurídico de gran interés para la custodia del territorio.

En primer lugar, la flexibilidad del negocio fiduciario, que permite construir gran cantidad de negocios jurídicos sobre una base abierta que, además, tiende a no adquirir el menor asomo de protagonismo en la formulación final de la relación jurídica. Así, se generan negocios tan diferentes como la titulización de capitales, destino de bienes al desarrollo de una persona o destino de una finca a la protección de la naturaleza.

En segundo lugar, la posibilidad de detallar las facultades de gestión del fideicomisario, la cual cosa permite determinar con exactitud las finalidades de la cesión.

En tercer lugar, la validez erga omnes, puesto que en nuestro ordenamiento se configuraría como un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad. Esta naturaleza real es, como he comentado en apartados anteriores, uno de los aspectos más determinantes para la seguridad jurídica de los contratos de custodia del territorio.

Y, finalmente, la inembargabilidad de los bienes por deudas personales del fiduciante o del fideicomisario. Esta es una garantía de gran-diosa importancia para determinar la estabili-

dad en la titularidad de los bienes destinados a conservación.

El uso de la fiducia para finalidades de uso general y filantrópico (*charity trust*) está muy tendida en los países donde esta tiene más tradición, fundamentalmente países anglo-americanos. Una vez más, a parte de su regulación en España, el fomento de su utilización con finalidades altruistas por personas privadas dependerá de la existencia de políticas de incentivo fiscal.

4.7. La transmisión de la propiedad

La transmisión de la propiedad por diferentes vías, ya sea intervivos o mortis causa es una posibilidad perfectamente válida para la custodia del territorio. Obviamente, solo las entidades con un mayor potencial económico y de gestión podrán habitualmente adquirir fincas por compraventa o permuta o incluso aceptarlas en donación o legado. Por los mismos motivos culturales y de atractivo ya expuestos en otros apartados, no es muy frecuente en España la donación o legado de fincas a entidades de custodia del territorio.

La adquisición de la propiedad es claramente la forma más eficaz para la consecución de los objetivos de conservación, aunque también supone un mayor desentendimiento por parte de la propiedad, una vez transmitida la propiedad. A lo sumo, el compromiso de la propiedad se pondrá de manifiesto por el acto liberal de la donación o la constitución del legado, o bien en la determinación de un precio inferior al de mercado en la compraventa o permuta. Además, en el caso de la transmisión de la propiedad, como en cualquier otro de cesión de la gestión –por arrendamiento, comodato u otro– nada obsta a acuerdos ulteriores con el transmitente para establecer una colaboración financiera en la gestión.

La transmisión de la propiedad implica lógicamente la transmisión de la gestión. Sin embar-

go, una modalidad que tendría que considerarse más a menudo es la reserva de usufructo vitalicio a favor de la persona transmitente, que le permita continuar disfrutando de la finca mientras viva. Esta posibilidad puede ser muy atractiva en el caso de propietarios de edad avanzada, y puede complementar-se con un contrato de custodia entre la entidad –ahora propietaria– y la transmitente –ahora usufructuaria– para determinar unas directrices de gestión, o bien con la modalización del propio usufructo.

5. La contraprestación en los acuerdos de custodia del territorio

La custodia del territorio como sistema de herramientas para la conservación de la naturaleza presupone la voluntariedad e implicación de las partes en los objetivos de conservación. Es importante resaltar este punto de partida puesto que no es sino a partir de él que se podrán entender tanto el equilibrio de las prestaciones como su validez legal y el particular tratamiento del incumplimiento, aspectos estos últimos desarrollados en los apartados siguientes.

Podemos distinguir dos tipos básicos de acuerdo de custodia atendiendo al equilibrio de las contraprestaciones: los acuerdos donde se pacta un precio y aquellos donde únicamente existen obligaciones recíprocas de las partes.

En el primer tipo encontramos el arrendamiento, el usufructo, la compraventa e, incluso, la permuta. Ellos no plantean ninguna dificultad, puesto que el pago del precio es la contraprestación que recibe el propietario de la finca. Cabe añadir, como se ha apuntado ya, que dicho precio puede tener una variación respecto al de mercado que obedecerá a una mayor implicación en los objetivos de custodia por parte del propietario. Esta mayor implicación se puede traducir incluso en la gratuidad de la cesión, con lo cual estaríamos en un subtipo de la dis-

tinción propuesta, integrado por la donación y el comodato o la cesión a precario.

En el segundo tipo estarán los acuerdos sin transmisión de la gestión y, singularmente, el acuerdo verbal, el contrato de custodia del territorio y la servidumbre, como modalidad de derecho real. En estos negocios jurídicos se dan sobretodo unas restricciones en las facultades de gestión y es aquí donde a menudo surge la pregunta ¿a cambio de qué? El principal activo de las entidades de custodia es su capacidad de asesorar y en algunos casos aportar recursos humanos para una gestión destinada a la preservación de los valores naturales en la finca. Este activo se concreta a menudo, en el ámbito forestal, en la redacción de planes de gestión, un documento altamente valorado por los propietarios y que la entidad de custodia puede redactar con personal propio e incluso conseguir financiación externa para ello. Las entidades de custodia pueden también asesorar para la consecución de fondo públicos y privados para financiar la gestión orientada al objetivo de conservación.

De nuevo, son la propia voluntariedad e implicación de la propiedad o de la persona gestora los que acaban de equilibrar la balanza.

6. Validez e incumplimiento en los acuerdos de custodia del territorio

Por la novedad, y en la mayoría de casos por la falta de tipicidad, de los acuerdos de custodia del territorio, puede ser difícil que se deriven las consecuencias deseables en caso de incumplimiento. Al no existir un derecho supletorio, es muy importante que el redactado de los contratos de custodia del territorio sea preciso y completo para garantizar su validez ante los tribunales en caso de desacuerdo.

Hay dos aspectos en los que es necesario ser especialmente previsoros desde el punto de vista de la entidad de custodia: el de su resar-

cimiento en caso de incumplimiento por parte de la propiedad y el de las consecuencias de la transmisión de la finca a un tercero.

Respecto del resarcimiento, será muy importante establecer las consecuencias de la resolución por incumplimiento. La fijación de la indemnización se hará en relación con el valor de las inversiones realizadas por la entidad de custodia en la finca en recursos humanos, herramientas, equipos y materiales, instalaciones y otras posibles relacionadas con las actuaciones pactadas con la propiedad en la finca. En este sentido, las penalizaciones por el incumplimiento del contrato pueden fijarse, por ejemplo, en el doble del valor de dichas inversiones.

En cuanto a la transmisión de la finca, esta es una posibilidad inevitable dada la naturaleza obligacional del contrato de custodia del territorio. Sin embargo, es posible prever sus efectos mediante, por un lado, la obligación del propietario de comunicar a la entidad la intención de transmitir la finca a un tercero y, por otro, el tratamiento de la transmisión como incumplimiento del contrato. Dada esta segunda situación, el propietario estará obligado a condicionar la transmisión a la subrogación del adquirente al contrato de custodia, mediante condición suspensiva de la compraventa. Mediante esta técnica edificamos un puente hacia un nuevo propietario y, en caso de romperlo, el transmitente tendrá que responder por incumplimiento ante la entidad de custodia.

En cualquier caso, es necesario destacar aquí el valor fundamental del acuerdo de custodia ante la sociedad, que nos obliga a intentar por todos los medios restablecer la confianza en caso de desacuerdo entre las partes. En el contexto de la custodia del territorio, cualquier solución alternativa a la supervivencia del acuerdo supondrá una pérdida de valor. Igualmente, la necesidad de restituir la situación alterada con el incumplimiento será una prioridad en todo momento en la gestión del desacuerdo.

7. Efectividad y seguimiento de los acuerdos de custodia

El último aspecto clave que me gustaría destacar en el presente artículo es la necesidad de llevar a cabo el seguimiento de la efectividad de los acuerdos de custodia del territorio.

Las entidades de custodia del territorio juegan un papel fundamental en el pacto social entre la propiedad del territorio y la sociedad en general para la conservación de los valores naturales y culturales, de lo cual se deriva la necesidad de rendir cuentas de la efectividad de los acuerdos de custodia. Esta necesidad se entiende que existe a tres niveles: la responsabilidad de las entidades ante la sociedad, la certificación del trabajo de las entidades de cara a la consecución de beneficios fiscales y la propia organización interna de las entidades.

El seguimiento y evaluación de los acuerdos de custodia está muy desarrollado en los países donde estos tienen una mayor tradición. El sistema habitualmente utilizado es mediante protocolos de visitas periódicas a las fincas durante las cuales, en colaboración con la propiedad, se toman las muestras necesarias para la comprobación de la consecución de los objetivos del acuerdo. Para que ello sea posible será fundamental que el acuerdo de custodia describa con la mayor minuciosidad posible los objetivos genéricos y concretos y que prevea asimismo los términos y periodicidad del seguimiento.

8. Biografía

Asensio, N., Collado, H., Cortina, A., Pietx, J. (2005). *Opcions per a la custòdia del territori en finques privades. Guia pràctica per a la propietat. 2a edició*. Fundació Territori i Paisatge / Xarxa de Custòdia del Territori. 40 p.

Barreira, A. (coord.), et al. (2010). *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*. Madrid: Plataforma de Custodia del Territorio de la Fundación Biodiversidad. Disponible en: http://custodia-territorio.es/sites/default/files/recursos/estudio_juridico_custodiaterritorio_2010.pdf

Barrit, E. (2014). *Conceptualising Stewardship in Environmental Law*. Journal of Environmental Law, Oxford University Press.

Basora, X., Gordi, J., Sabaté, S. y Vicente, E. (2005). *Oportunitats per a la Custòdia del territori als municipis. Guia pràctica per ajuntaments i entitats locals*. Fundació Territori i Paisatge – Caixa Catalunya / Xarxa de Custòdia del Territori. 64 pp.

Basora, X., Pietx Colom, J., Collado Urieta, H., Sabaté Rotés, X., Durá Alemány, C.J. (2006). *Custodia del territorio en la práctica. Manual de introducción a una nueva estrategia participativa de conservación de la naturaleza y el paisaje*. Fundació Territori i Paisatge – Caixa Catalunya / Xarxa de Custòdia del Territori.

Bosch Carrera A. (2006). Contratos de custodia del territorio. *La Notaria* 35-36, 65-76

Byers, E., Marchetti, K. (2005). *The conservation easement handbook*. Land Trust Alliance and The Trust for Public Land.

Castelli, L., Pérez A. y Recio M.E. (2001). *Conservación de la naturaleza en tierras de propiedad privada*. Fundación Ambiente y Recursos Naturales. 110 p.

Collado, H. (2016). *Els instruments de dret civil per a la conservació de la natura a Catalunya. Una proposta per a la seva regulació al Codi civil de Catalunya*. Centre d'Estudis i Formació Especialitzada.

- Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Programa d'ajuts a la investigació especialitzada. 106 p. Disponible en: <http://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/cataleg/crono/2017/dret-civil-natura-cat/>
- Collado, H. (2015). *Opcions per a la custòdia del territori en finques privades. Guia dels acords de custòdia del territori*. Xarxa de Custòdia del Territori. 40 p. Disponible en: https://xcn.cat/wp-content/uploads/2015_Guia-opcions-CdT-Acords.pdf
- Collado H., Cortina, A. (2012). *Qualitat i seguretat jurídica dels acords de custòdia del territori*. Xarxa de Custòdia del Territori. Quaderns per a entitats de Custòdia del Territori, núm. 05.
- Cortina, A., Gómez, J.M., Mirambell, A., Rosembuj, T. (2005). T. *Estudi d'opcions jurídiques, fiscals i d'ajuts per a la custòdia del territori a Catalunya* [document digital]. Departament de Medi Ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya. No disponible: consultad a la Xarxa de Custòdia del Territori.
- Fernández, E. (2004). Protection de l'environnement naturel et propriété privée. *Environmental Law in Developing Countries*. Selected Issues Vol. II. Burhenne-Guilmin, F. (coord.). UICN Environmental Policy and Law Paper, num. 43, Vol II.
- González Beilfuss, C. (1997). *El Trust. La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*. Bosch. 164 p.
- Lindt, B. (1991). *The conservation easement stewardship guide*. Trust for New Hampshire Lands. LTA, EUA.
- Lindt, B. (2001) *Working Forest Conservation Easements*. Land Trust Alliance, EUA.
- Mallarach J.M. (1993). *Estudi de la diagnosi i aplicació al Pla d'Espais d'Interès Natural de Catalunya de les experiències sobre corredors biològics als Estats Units d'Amèrica*. Direcció General de Patrimoni Natural, Departament de Medi Ambient, Generalitat Catalunya. 183 p.
- Navas, S. (2007). *El derecho real de aprovechamiento parcial*. Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Col. Cuadernos de Derecho Registral. 393 p.
- Shine, C. (1996). *Private or voluntary systems of natural habitats' protection and management*. Council of Europe Publishing, Nature and Environment No. 85.
- Swift, B., Bass S., et al. (2003). *Legal tools and incentives for private lands conservation in Latin America: building models for success*. Environmental Law Institute. Disponible en: <https://www.eli.org/sites/default/files/eli-pubs/d13-10a.pdf>



Buitre Negro y Paisaje

Fotografías: Fundación para la Conservación de Buitre Negro (BVCF) y SEO/BirdLife
Tomadas de Barreira A. (2010). *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino