

CUSTODIA DEL TERRITORIO. CONFIGURACIÓN JURÍDICA. TITULACIÓN E INSCRIBILIDAD

IGNACIO JAVIER BOISÁN CAÑAMERO

Notario

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. CONFIGURACIÓN JURÍDICO PRIVADA	3
1. Plazo	3
2. Canon	3
3. Obligaciones de hacer / prestaciones	4
4. Otros	4
III. IMPORTANCIA DE LA ELEVACIÓN A PÚBLICO DE LOS ACUERDOS.....	6
IV. MODELO DE ESCRITURA.....	7
V. REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO	9

I. INTRODUCCIÓN

A la hora de introducir esta materia es obligado partir del concepto de que la custodia del territorio y los beneficios sociales, medioambientales, económicos, turísticos y de toda índole que puede provocar, constituye una finalidad deseable por todos. Porque en definitiva se trata de que un terreno o finca rústica que se halle abandonado, descuidado, sin optimizar, con riesgo medioambiental... o en otras circunstancias que aconsejen cierta intervención o cuidado, se ceda a una entidad determinada, con ciertas características, para su cuidado, optimización, protección... Y consecuentemente, los esfuerzos de los colectivos implicados han ido destinados a lograr el cauce más adecuado posible para dotar al proceso de seguridad jurídica. Sin duda, uno de los más eficaces consiste en aplicar nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva a la formalización de tales acuerdos o contratos.

Hoy día las Administraciones son plenamente conscientes de la necesidad de preservar y de potenciar este tipo de valores, por el importante activo que suponen para la comunidad. Y su vocación es lograrlo, bien sea por medio de planes de actuación urbanística o contratos administrativos, o cualquier otro tipo de actuación pública.

Asimismo, también se fomentan y protegen actuaciones de carácter privado, que es lo que va a ocupar nuestra ponencia, mediante el análisis de los diferentes instrumentos disponibles para tratar esta materia.

La casuística es inabarcable en materia de contratación privada. Puede haber arrendamientos, cesiones de uso, aparcerías, contratos de cultivo, mecenazgos, donaciones... Quedarían todos ellos, o en su gran mayoría, en el ámbito inter partes, sin efectos respecto de terceros.

No obstante, desde hace tiempo se viene trabajando desde diferentes sectores pero en mi caso fundamentalmente en colaboración con la Xarxa de Custòdia del Territori, en la conveniencia de articular una adaptación de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva (escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad) que de la máxima satisfacción a los problemas de configuración jurídica que plantea la custodia del territorio. En mi opinión, en nuestro país, y debido tanto a la idiosincrasia popular como al citado sistema jurídico de seguridad jurídica preventiva imperante desde hace un siglo y medio, los derechos de toda índole, y en particular, los derechos reales inmobiliarios, deben tener lo que yo definiría “implantación social”; es decir, que en el “inconsciente colectivo” se haya generado una idea, aunque sea rudimentaria, de la existencia y efectos de tal derecho. Esto es así en derechos como el usufructo y la servidumbre. Es decir, todo el mundo sabe lo que son, aunque sea con carácter genérico.

Por tanto, se están aunando esfuerzos para lograr la implantación social de los acuerdos de custodia, cosa que ya sucede en otros países, especialmente en el ámbito anglosajón. En este sentido es remarcable y muy relevante por su carácter “pionero” en esta materia, la inclusión en el Anteproyecto del Libro VI del Codi Civil de Catalunya de un artículo destinado a la custodia del territorio.

En esta ponencia, analizaré en primer lugar los aspectos prácticos de configuración jurídica que me parecen más importantes en cualquier contrato o acuerdo que queramos adoptar, sea de carácter público o privado. A continuación haremos referencia a la posibilidad de otorgar una escritura

de constitución de un “derecho real de custodia” y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Y por último, una breve referencia a la regulación en el Anteproyecto del Libro VI del Codi Civil de Catalunya.

II. CONFIGURACIÓN JURÍDICO PRIVADA

Cualquiera que sea el instrumento que adoptemos, sea público o privado, y cualquiera que sea la causa y naturaleza de éste (arrendamiento, cesiones onerosas, cesiones gratuitas, donaciones, constitución de derecho real ad hoc...), en mi opinión deben haber unos aspectos comunes a tener en cuenta:

1. Plazo

Salvo que haya una regulación específica aplicable al contrato, en éste se debe señalar un plazo conveniente. A mi entender, no muy breve, por las peculiaridades de la función de la entidad de custodia, que requerirá ser prolongada en el tiempo pero no eterno o en exceso largo. Se responde así a la necesidad de no mantener en la incertidumbre la duración de los derechos reales en base a la determinación que debe presidir su elaboración y la de las relaciones jurídicas que los puedan rodear.

Ahora bien, si un determinado contrato tiene un plazo legal señalado, ¿cabe la ampliación o reducción de tal plazo legal? Para mí sin duda alguna, en base a los principios de autonomía de la voluntad y de *numerus apertus* que inspiran nuestra legislación en materia de derechos reales, si bien insisto en que en base a la naturaleza del contenido de los acuerdos, plazos muy breves quizás carecerían de sentido.

Cabe también ampliar el plazo, pero ¿cabría hacerlo indefinido? Esta posibilidad es muy discutible, y de difícil encaje en la regulación actual de los derechos reales, así como el citado principio de determinación que preside su formación. Así, plazos largos, pero determinados.

2. Canon

La tradición anglosajona en esta materia, nos enseña que se parte fundamentalmente del mecenazgo, de la gratuidad. Es decir, los propietarios ceden gratuitamente los terrenos para su conservación, aprovechamiento, optimización... Al margen de que en España sin duda exista en mayor o

menor medida esta posibilidad, cabe plantearse la posibilidad de contratos con contraprestación económica. Por supuesto que puede pactarse un canon o retribución en la constitución de estos derechos, tenga mayor o menor encaje con la naturaleza de la finalidad principal de los mismos. En caso de formalización notarial, es en la escritura donde se concretaría una retribución dineraria, o en especie, mediante la realización de ciertas prestaciones en relación con la finca objeto del aprovechamiento o custodia, todo ello a conveniencia de las partes.

3. Obligaciones de hacer / prestaciones

Tanto si la instrumentalización del convenio se hace mediante contrato privado como mediante escritura pública, entre el clausulado de los mismos, con el debido asesoramiento o consulta con medios y personal técnico, sería aconsejable, determinar lo más detalladamente posible las obligaciones que cada una de las partes estará obligada a cumplir. Aquí el abanico es prácticamente infinito pero entiendo necesaria la concreción porque es en definitiva lo que va a determinar el contenido del derecho constituido. Ejemplos pueden ser: determinar el grado de participación del propietario en la gestión o conservación de la finca, canon, prohibiciones, compromisos de no vender, de tolerar actividades, de concreción a una determinada zona de la finca... Asimismo, en muchos casos será imprescindible asistencia jurídica, debido a la gran variedad de prestaciones y obligaciones que pueden informar estos contratos.

4. Otros

Si hemos cumplido con los requisitos pertinentes, incluso otorgado la escritura e inscrito en el Registro, se me plantean dos interrogantes:

1. ¿Cómo va a verse afectado el régimen de disposición de la finca “gravada”? Evidentemente, en ningún caso se limita la posibilidad de disposición del propietario, pero quizá resulte aconsejable, siguiendo los criterios que presiden la regulación española en materia de usufructo, o arrendamientos, o incluso más concretamente en el caso catalán del aprovechamiento parcial o de contractes de conreu, establecer sendos derechos de adquisición preferente, vía tanteos y retractos voluntarios, tanto en favor del propietario afectado por si la entidad de custodia cede la explotación/organización/aprovechamiento... a otro tipo de entidades, como de la

propia entidad de custodia en caso de transmisión de la finca afectada. A mi entender, nada obsta a que se regulen inter partes en la propia escritura o contrato suscrito las condiciones de ese derecho de adquisición preferente, en base a los principios fundamentales de esos derechos.

2. Ahora bien, la existencia del derecho que venimos tratando y su eventual constancia en el Registro, ¿cómo va a incidir en la valoración de la finca afectada? Sin ser en ningún modo un técnico en la materia, y exclusivamente desde el punto de vista de la práctica notarial, puede elevar el valor de la propiedad, lo que sería deseable y en cierto modo lógico, al conservarse, fomentarse, etc. los valores de la propiedad; pero el mercado puede hacerla valer menos, al ver el hipotético comprador, o por qué no, la hipotética entidad financiera acreditante que deba conceder una hipoteca sobre tal finca, un derecho real constituido sobre la misma y atribuirle el concepto de “carga”. Así es importante fomentar la explicación de que no es una carga o gravamen en el sentido tradicional de estos términos, sino que es un “atributo”, un valor añadido a la finca sobre la que recae.

3. Extinción y Resolución del Contrato/Acuerdo: Uno de los aspectos más importantes que debemos regular en toda contratación, acuerdo o constitución de un derecho real o personal es su extinción, resolución, rescisión... En suma, por qué se puede acabar, cómo se acaba y que pasa después, aspectos fundamentales de la seguridad jurídica preventiva que en muchas ocasiones inciden determinadamente en la decisión a tomar.

En la materia que nos ocupa cabe destacar dos elementos:

- La resolución: siguiendo el principio general del 1124 del Código Civil, la resolución se dará evidentemente por el incumplimiento de prestaciones por alguna de las partes, con la consiguiente indemnización. En esta sede y en este tipo de contratos adquiere fenomenal importancia la escritura pública, puesto que como antes citaba, en ella pueden haberse enumerado las obligaciones a cumplir por cada parte, y las consecuencias de su incumplimiento, así como la posible indemnización o la forma de realizarla (indemnización económica, reposición de cosas a estado primitivo...). Se advierte aquí el carácter ejecutivo del documento público y la facilidad que provoca en cuanto a la prueba.

- La Extinción: si se concluye articulando estos derechos como definitivamente reales, se les aplicarán las reglas generales de extinción de los derechos. Quizá las peculiaridades de este caso aconsejen establecer o ampliar

a otros tipos de causas, más vinculadas a la idiosincrasia del terreno o la finca objeto del derecho. De nuevo resulta evidente la ventaja de la escritura en este caso.

III. IMPORTANCIA DE LA ELEVACIÓN A PÚBLICO DE LOS ACUERDOS

Esta materia no tiene en este aspecto un tratamiento diferenciado al resto de contratación o de constitución de derechos en nuestra legislación, si bien es cierto que por las peculiaridades del derecho o acuerdo, quizá sea necesario destacarlas un poco más.

Todos conocemos la función del Notario y sus características: recibir e indagar la voluntad de las partes, asesorar e informar a las mismas, redactar y autorizar el instrumento público, conservarlo y expedir copias. De aquí surgen las consecuencias que me interesan:

1. Certidumbre: las partes, en especial el propietario, por lo general en este caso menos familiarizado con la técnica jurídica que la fundación o asociación que intervenga, deben tener absoluta certidumbre y confianza en lo que están llevando a cabo. Para ello se erige como esencial el Consentimiento Informado, esto es, el consentimiento prestado sobre la base de conocer el acto jurídico completamente, y de las consecuencias del mismo, y en eso es fundamental la figura del Notario, no sólo como asesor sino como protector de las personas y relaciones jurídicas implicadas.

2. Libertad: debe garantizarse la libertad y la plena capacidad tanto de obrar como jurídica de todos los otorgantes.

3. Fuerza Probatoria: el documento notarial dispensa de prueba, lo cual tiene esencial importancia en las relaciones jurídicas. No sólo se garantiza así la necesaria seguridad jurídica preventiva en base al consentimiento informado de los otorgantes, sino que en vía ejecutiva o judicial, el documento notarial constituye prueba de lo otorgado en sí mismo.

4. Legitimación: por la intervención del Notario, se garantiza que las personas que intervienen son quiénes son y que tienen las facultades necesarias para el otorgamiento, tanto en el caso de la representación orgánica (personas jurídicas) como voluntaria (apoderamientos).

5. Control de Legalidad: el Notario califica y controla que el documento otorgado cumple con la legalidad vigente o aplicable en cada caso. Esta fun-

ción deviene esencial en la materia que nos ocupa. Será la vía notarial la más efectiva y rápida para dar respuesta, diseñar o ayudar a diseñar, los distintos pactos o acuerdos que las partes quieran establecer, ajustarlos a derecho y velar porque efectivamente respondan a la verdadera voluntad de las partes.

6. Documentación Pública: si en último término pretendemos el acceso a los libros del Registro, el derecho o acuerdo debe constar en escritura pública, por imperativo del 3 LH, entre otros preceptos. Los beneficios de la inscripción son evidentes: oponibilidad *erga omnes*, publicidad...

IV. MODELO DE ESCRITURA

Entrando ya de lleno en la posibilidad de escriturar ante Notario estos acuerdos y después inscribirlos en el Registro de la Propiedad, debemos partir de principios ya completamente asentados en nuestro derecho como son: el *numerus apertus* en la configuración y formación de derechos reales; es decir, la libertad para configurar “nuevos” derechos reales, siempre que se cuente con los requisitos necesarios para ello como la absolutividad, inmediatividad, rei persecutoriedad, determinación, especialidad..., y el principio de autonomía de la voluntad que inspira toda nuestra legislación en cualquier vía de contratación (1.255 Código Civil).

En la legislación catalana hemos gozado de una vía, que es el derecho de aprovechamiento parcial. De su definición legal (artículo 563.1 código civil catalán: Los derechos de aprovechamiento parcial establecidos con carácter real a favor de una persona sobre finca ajena con independencia de toda relación entre fincas, que incluyen el de gestionar y obtener los aprovechamientos forestales a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar la fauna y el ecosistema, el de pastorear ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios, el de palco, de balcón y otros parecidos, se rigen por las normas de este capítulo y, en aquello que no se opongan, por su título de constitución, por la costumbre y por las normas que regulan el derecho de usufructo, en lo que sea compatible”) resultan ya notas en cierto modo definitoria de la idea que inspira los acuerdos de custodia. En definitiva, un propietario “cede”, mediante el instrumento que le resulte más adecuado, la finca de su

propiedad, a una entidad sin ánimo de lucro y que tiene como fin último el beneficio de la comunidad.

Pues bien, partiendo de este derecho de aprovechamiento parcial, hace unos dos años autoricé la escritura de constitución de derecho real de custodia, donde, al margen de las intervenciones de las partes, el derecho se describió como “Derecho Real De Custodia Territorial, con el carácter de aprovechamiento parcial en cosa ajena a favor de (entidad de custodia), quien tendrá derecho de inmisión y uso de la finca para conservarla, explotarla u optimizarla, en la medida necesaria para el debido ejercicio de los derechos y facultades que delimiten el contenido del derecho y que después se exponen”. El contenido del derecho en sí se desarrollaba más adelante, en las cláusulas relativas a las obligaciones de las partes.

En este caso, lo que accede al Registro de la Propiedad es el derecho constituido. Con la denominación adoptada y destacando el derecho de inmisión y uso. Eso es lo que conocen los terceros. En cuanto a las obligaciones de las partes, se publicitan en la propia escritura, con las ventajas antes dichas (carácter ejecutivo, dispensa de prueba, indemnización por incumplimiento...).

Son dos ideas las que quiero transmitir:

- Sea cual sea el instrumento jurídico al que nos acogamos en el otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción (uso, usufructo, arrendamiento, derecho de custodia...), no es imprescindible que el registro recoja el contenido exacto de derechos y obligaciones de las partes, que queda en el ámbito inter partes y que ya tiene publicidad suficiente en la escritura. Es importante que el Registro recoja la existencia del derecho y su definición, de cara a terceros, pero las partes se obligan en la escritura al resto de eventualidades (indemnizaciones, forma de explotación, intervención del propietario en la gestión...). Eso permitirá un elemento imprescindible en esta materia, que es “modalizar” los derechos y adaptarlos a las necesidades del caso concreto. Así se hizo en la escritura que está sirviendo de referencia: se constituyó el derecho por un plazo de treinta años, el registro lo inscribió definiéndolo como antes se ha expresado, y las partes quedaron vinculadas por el contenido de derechos y obligaciones citado.

Evidentemente, si se cuenta con una regulación concreta y específica que regule detalladamente los acuerdos (después entraré en la propuesta del

Anteproyecto), el problema se soluciona, pero hasta entonces nuestro derecho cuenta con un sistema y con unas figuras suficientes al respecto.

- En la línea de este último comentario, y más concretamente, ¿cabría extrapolar la figura contenida en la escritura, propia del derecho catalán al derecho común? Yo creo que sí. Como decía antes, hay *numerus apertus* en nuestro sistema en materia de derechos reales. Se le podría dar otra denominación si se quiere, pero en esencia sería lo mismo y si reúne las características propias de los derechos reales, el Registro lo inscribirá.

Del conjunto de lo analizado concluimos que nos estamos basando en contratos que no son gratuitos: son onerosos, hay contraprestación, hay derechos y obligaciones de ambas partes, lo que pasa es que no son dinerarios (salvo que así se pacte expresamente).

V. REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO

El legislador propone la regulación de este derecho en sede de contratos sobre cosa ajena, en la sección segunda. Concretamente propone el artículo 623-34: Contrato de Custodia del Territorio:

1. En el contrato de custodia del territorio, de carácter temporal y que tiene por objeto bienes inmuebles, el cedente permite total o parcialmente el uso o la gestión a cambio de que el cesionario, una entidad que tiene entre sus finalidades la custodia del territorio, realice actividades de asesoramiento, de divulgación, de planificación o de gestión y mejora, con la finalidad de conservación de la biodiversidad, del patrimonio natural y cultural, del paisaje o de la gestión sostenible de los recursos naturales.
2. El derecho constituido a favor del cesionario puede ser de naturaleza obligacional o real, si cumple, en este caso, los requisitos exigidos por la ley.
3. El régimen jurídico del contrato, por lo que hace a la determinación de las obligaciones de las partes y su incumplimiento, la duración o las garantías, es el determinado libremente por las partes contractuales.

Entrando en su **análisis**, en primer lugar, la sistemática (Capítulo III, Sección Segunda), me parece correcta. Su inclusión autónoma y separada de los contratos de cultivo es acertada por cuanto este no es uno de aquellos contratos. No debemos olvidar el principio que a mi entender preside toda la regulación y existencia de la Custodia del Territorio es el beneficio de la comunidad. Aunque indudablemente las actuaciones de custodia van a ser beneficiosas para el propietario y sus causahabientes, y que se pueden regu-

lar incentivos, beneficios fiscales, cánones... el fin último es la conservación de nuestro patrimonio medioambiental y la protección de la biodiversidad.

En cuanto a los **elementos subjetivos**:

- en cuanto al cedente: sin duda es el propietario. Ahora bien, ¿pueden constituirlos otros sujetos que no ostenten el pleno dominio? En el caso del usufructuario, yo creo que encontraría encaje esta figura dentro de sus facultades, máxime tratándose de fincas rústicas, teniendo en cuenta eso sí el carácter personal del Usufructo y su extinción por el fallecimiento de su titular. Aun así, siempre se deberá respetar el fin último del acuerdo de custodia descrito en el precepto. Más difícil lo veo en el caso del arrendamiento rústico, contrato de cultivo o aparcería, contratos que son exclusivamente onerosos y orientados a la explotación de la finca, y no al fin último de la custodia antes referido. En todo caso, habrá que estudiar la configuración del acuerdo de custodia en relación con las facultades dispositivas del cedente.

- en cuanto al cesionario: *una entidad que tiene entre sus finalidades la custodia del territorio*. Me parece correcto, no es limitativo de las personas jurídicas que vayan a otorgar estos contratos. Lo más normal es que sean estas últimas, pero entiendo que podrán realizar la actividad fundaciones, asociaciones o incluso sociedades mercantiles, siempre que dentro de su objeto social y por tanto estatutos se incluya esta actividad y cuente con los medios técnicos necesarios para ello.

En cuanto a los **elementos objetivos**:

Se refiere el artículo a bienes inmuebles. De nuevo creo que no hace falta concretar más. Así se da cabida a todo tipo de inmuebles, tanto rústicos como eventualmente urbanos o mixtos o edificaciones incluidos en las fincas.

En cuanto a los **elementos formales**, no se exige forma especial constitutiva ni obligatoria. En la línea de lo expuesto cabe cualquier acuerdo o contrato que persiga las finalidades analizadas. De hecho, el artículo deja abierta la posibilidad de mantener una eficacia obligacional inter partes u otorgar al derecho constituido mediante el contrato carácter real siempre que reúna los requisitos exigidos por la ley (determinación, absolutividad, publicidad erga omnes, rei persecutoriedad...).

En cuanto a su **naturaleza jurídica**, será un contrato consensual que como decíamos en el apartado anterior podrá generar un derecho de carácter real.

En cuanto a su **contenido de derechos y obligaciones, y demás aspectos como plazo, extinción, etc.**, el precepto deja claro que se cede el uso total o parcialmente o la gestión, pero no el disfrute. Asimismo describiendo las actividades a realizar las configura como obligatorias y definitivas del contrato. Es de resaltar la inclusión de las palabras “mejora” y “conservación”. Por lo demás, el contrato no tiene contenido típico, y se modalizará en el título de constitución. Ya hemos hablado anteriormente de los aspectos en mi opinión más relevantes al efecto.

Como comentario final y crítico, es cierto que nos hallamos ante un artículo relevante, pionero en una materia “recién nacida” y por qué no decirlo de escasa tradición social y legislativa en España. Relevante por tanto, y a mi entender embrionario de futuras regulaciones.

Pero lo cierto es que es escaso, a buen seguro “necesariamente” escaso, ante la escasísima tradición legislativa al respecto. Hubiera sido deseable una regulación completa del contrato, incluyendo aspectos regulatorios del contenido del acuerdo (plazos mínimos o máximos, rescisión, resolución...), pero hay que ser conscientes de la máxima dificultad que ello entraña, ante derechos completamente *ex novos*.

En definitiva, la sensación es muy positiva y hay que agradecer el esfuerzo del legislador (que me consta personalmente), por dar cauce jurídico a estas necesidades sociales tan imprescindibles para el bien común.