

ELS ACORDS DE CUSTÒDIA DEL TERRITORI.

Per

Antonio Cumella Gaminde

Acadèmic

1.- La transcendència jurídica-real dels acords de custòdia del territori.

La Doctrina que s'ha ocupat dels acords de custòdia del territori presenta grans vacil·lacions i dubtes sobre quin és el seu esquema contractual, quina és la naturalesa jurídica dels drets que neixen i quines analogies presenten amb altres figures més o menys properes.

Al meu entendre l'articulació donada a la custòdia del territori (*land stewardship*) pel Dret Comparat (que bascula entre els fideïcomissos de terrenys *-land trust-* i les servituds de conservació *-conservation easements-* no només no ajuda a encaixar-la en el nostre ordenament jurídic, sinó que contribueix a la confusió present avui dia.

Resulta interessant el treball realitzat en el marc de la Fundació Biodiversitat per l'Institut Internacional de Derecho y Medio Ambiente – IIDMA- (BARREIRA, A. (coord.), 2010, Estudio jurídico sobre la custodia del territorio. Plataforma de Custodia del Territorio de la Fundación Biodiversidad, 279 pp.), que mostra com la custòdia de terrenys constitueix en molts països una figura de tradició centenària i com, per contra, al nostre país no ha estat fins a temps recents quan s'han desenvolupat iniciatives en aquest sentit, i a més de forma exclusiva per institucions privades sensibles a la problemàtica medi ambiental.

En el Dret estatal amb prou feina podem comptar amb les definicions genèriques que estableix l'article 3. 9) i 37) de la Llei 42/2.007, de 13 de desembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Artículo 3 Definiciones.

A efectos de esta Ley, se entenderá por: (...) **9)** Custodia del territorio: conjunto de estrategias o técnicas jurídicas a través de las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos. (...) **37)** Entidad de custodia del territorio: organización pública o privada, sin ánimo de lucro, que lleva a cabo iniciativas que incluyan la realización de acuerdos de custodia del territorio para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad.

Posteriorment veurem si en el dret català poden encaixar aquestes definicions.

L'estudi de l'IIDMA analitza les diferents possibilitats i tractaments jurídics que cal atribuir a la custòdia del territori, que van des de la recerca de la fórmula contractual més eficient (compravenda, donació, llegat, constitució de servitud, etc.) fins a l'anàlisi del dret que adquireix l'entitat de custòdia (arrendament, usdefruit, cens emfitèutic, etc.):

La característica principal de los contratos de custodia es la voluntariedad, es decir, que incluso en el caso de que intervengan directamente Administraciones públicas, las técnicas de intervención jurídica se basan principalmente en el empleo de contratos privados, de muy variada naturaleza. Dada la libertad de pactos, es posible incluso acogerse a diversas partes de ciertos contratos típicos, como la compraventa, el arrendamiento, la donación, la constitución de servidumbres, etc., creando de este modo nuevos contratos innominados que pueden dar mucho juego a la hora de aplicar las técnicas de custodia.

No obstante, es posible acudir a la firma de convenios o contratos de naturaleza administrativa, regulados por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, entre otras. Por tanto, las del Derecho privado y no las normas de Derecho público son las que en primer lugar se habrán de tener en cuenta, siempre bajo el principio de la máxima colaboración entre las partes y garantizando la debida seguridad jurídica, mediante la intervención notarial y, en su caso, la inscripción de los acuerdos en el Registro de la Propiedad. Se recomienda también que en los contratos se recojan a través de mapas o sistemas de información geográfica el ámbito físico delimitado de la actuación, algo que ocasiona no pocos problemas por cuestiones de lindes y de límites de la intensidad de usos.

Esta libertad de pacto conlleva que el grado de intervención a favor de la custodia del territorio sea muy variado. De esta manera, los acuerdos pueden agruparse bajo tres posibles grandes modelos:

1. El titular del predio conserva la gestión del mismo, asumiendo compromisos de conservación. Es una opción cuando la finca está en explotación directa y la entidad de custodia no se encuentra en condiciones de sustituir a dicho titular, encargándose del seguimiento y asesoramiento técnico de la mejora ambiental.

2. Se acuerda el traspaso de la gestión de la finca a la entidad de custodia, conservando el titular el ejercicio de algunos derechos de uso y la potestad de recuperar dicha gestión completa.

3. Se transmite la propiedad a la entidad de custodia. En este caso, la entidad de custodia asume la propiedad mediante la compraventa, la donación, la permuta o el legado. Lo normal es que se haga a título oneroso, cuestión que puede conllevar gastos elevados, imposibilitando así esta alternativa en la práctica.

[BARREIRA, A. (coord.), 2010, Estudio jurídico sobre la custodia del territorio. Plataforma de Custodia del Territorio de la Fundación Biodiversidad, 279 pp.]

Dins del conjunt d'estratègies o tècniques jurídiques que poden utilitzar-se en la custòdia dels territoris, deu clarament diferenciar-se el contracte de custòdia pròpiament dit d'altres activitats i fórmules que, encara implicant una custòdia del territori, han de ser assimilades bé a l'arrendament de serveis (acords que impliquen simple assessorament en la gestió, que continua en el propietari), bé a figures de naturalesa societària (acords de cogestió).

L'article 40 de la Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu regula actualment aquesta figura amb la denominació d'arrendament amb finalitats de conservació del patrimoni rural, establint que "els contractes relatius a finques rústiques amb finalitats de conservació i custòdia del patrimoni natural se sotmeten a aquesta llei com a contractes de conreu i, si les parts no convenen altrament, se'ls aplica el règim de l'arrendament d'acord amb la legislació ambiental, urbanística o paisatgística corresponent". Cal tenir present que aquesta Llei quedarà integrada en el proper Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, on la custòdia es regula sota una visió i perspectiva diferent, com veurem més endavant.

2.- Definició i característiques dels acords de custòdia.

Al meu entendre, el contracte de custòdia del territori és un contracte nominat, atípic i consensual, que s'integra en la categoria genèrica dels anomenats contractes de custòdia (l'espècie més significativa dels quals és el contracte de dipòsit), en virtut del qual el propietari d'una finca, en raó dels seus valors i recursos naturals, culturals o paisatgístics, la cedeix, total o parcialment, a una entitat -organització pública o privada- que s'obliga a desenvolupar en ella una activitat de custòdia.

El contracte de custòdia del territori es caracteritza al meu entendre per les següents notes:

2.1.- La custòdia del territori és l'obligació principal del contracte.

Molts contractes comprenen, entre les obligacions d'una de les parts, la de custodiar béns que es reben (mandat, comodatiu, arrendament, etc.), però en tals casos la custòdia de la cosa en una obligació accessòria del contracte. En el contracte de custòdia del territori aquesta custòdia es configura com a obligació única i específica.

Ara bé, el fet que el contracte tingui com a finalitat jurídica exclusiva la custòdia del territori cedit, no significa que, tal com succeeix en el contracte de dipòsit, aquesta hagi de ser entesa com a obligació estàtica de guarda i conservació. La custòdia del territori s'efectua amb la intenció de l'ús i aprofitament de les especials característiques naturals que ostenta la finca, en l'espectre de potenciació dels seus valors naturals, paisatgístics i culturals.

2.2.- El contracte de custòdia és un contracte consensual, no real.

La custòdia es perfecciona, no amb el lliurament de la finca a l'entitat, sinó quan es produeix l'acord de voluntats entre el propietari de la finca i l'entitat de custòdia.

2.3.- El contracte de custòdia té per objecte béns immobles.

A diferència del dipòsit, l'objecte del qual es circumscriu als béns mobles (article 1.761 CCE), el contracte de custòdia del territori té per objecte béns immobles: finques dotades d'especials característiques per raó dels seus recursos naturals. No perd el contracte la seva condició immobiliària en aquells supòsits en que la custòdia es centra en la guarda i protecció d'espècies concretes.

2.4.- El contracte de custòdia no pot recaure sobre béns immobles demaniais.

És d'essència el caràcter privat del contracte de custòdia. La utilització i gestió dels béns de domini i ús públic correspon a les Administracions Públiques. Qualsevol ús que excedeixi dels admesos com a usos comuns, i impliqui aprofitament especial o ús privatiu precisa d'un títol habilitant per l'Administració competent (autorització o concessió). L'elenc de béns i drets de domini públic és extens, i afecta sobretot als programes i acords de custòdia fluvial.

2.5.- El contracte de custòdia és un contracte *intuitu personae*.

La relació entre el propietari de la finca i l'entitat de custòdia és de confiança i, per tant, *intuitu personae*, en la qual influeixen no només les imprescindibles capacitats tècniques i científiques de l'entitat sinó també la seva elecció concreta. No pot per tant l'entitat de custòdia, sense consentiment del propietari, substituir la seva posició contractual o transmetre a un tercer el seu dret de custòdia.

2.6.- El contracte de custòdia ha de formalitzar-se en escriptura pública.

Conseqüència que deriva de l'article 1.280.1º CCE, en tant que suposa la creació d'un dret real -el de custòdia- sobre un bé immoble. Aquesta exigència

legal és imprescindible per obtenir la inscripció en el Registre de la Propietat (article 3 LH).

2.7.- El contracte de custòdia és un contracte gratuït excepte pacte en contrari.

És un contracte naturalment gratuït, en el qual fins i tot legalment es precisa que l'entitat de custòdia no tingui ànim de lucre (l'article 3. 37) de l'esmentada Llei 42/2007 defineix "*la entidad de custodia del territorio como organización pública o privada, sin ánimo de lucro, que lleva a cabo iniciativas que incluyan la realización de acuerdos de custodia del territorio para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad*").

No desnaturalitza el contracte el fet que intervingui algun tipus de contraprestació a favor del cedent o que l'entitat de custòdia es vegi afavorida amb ajudes econòmiques o subvencions, públiques o privades, fins i tot del propi propietari de la finca si la quantia que deu aquest aportar no implica o determina en realitat una relació societària.

Més endavant analitzarem el requisit de la manca d'ànim de lucre en la legislació catalana.

2.8.- El contracte de custòdia és un contracte temporal.

A diferència del dipòsit, el cedent no pot compel·lir a l'entitat de custòdia a la devolució de la finca en qualsevol moment (article 1.775 del CCE)

Artículo 1775 CCE:

El depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para su devolución.

2.9.- El dret específic a gestionar una finca o part d'ella derivat d'un contracte de custòdia és un dret real, inscriptible en el Registre de la Propietat.

Sabut és que en el nostre Dret Immobiliari Registral regeix el principi de *numerus apertus* en la configuració de nous drets reals, de manera que sempre que es compleixin les exigències imposades a favor de tercers pel sistema registral ha de respectar-se plenament el principi d'autonomia de la voluntat i la llibertat en la creació de noves formes jurídiques reals (article 7 RH i Resolucions DGRN de 07.07.1949, 29.03.1955, 07.09.1982, 14.05.1984, 20.05.1987, 05.06.1987, 13.03.1999, entre d'altres).

Artículo 7 RH

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Doncs bé, el dret pertanyent a l'entitat de custòdia constitueix, sens dubte, un veritable dret real, en cosa aliena. Atribueix al seu titular les següents facultats:

- La facultat de realització directa i immediata de l'interès.

Així, l'entitat disposa de la facultat d'ús i gaudi de la finca, amb el corresponent dret a posseir-la, sigui o no contínua aquesta possessió.

L'entitat gaudeix de la facultat de dissenyar i planificar la gestió dels recursos i usos naturals, culturals i paisatgístics del territori custodiat i de fer efectius, en la forma pactada, els programes i projectes que en la seva execució decideixi.

No sembla lògic que es pugui transmetre l'aprofitament de la finca.

- *La facultat d'exclusió.*

L'entitat pot utilitzar les mesures tendents a posar fi a una pertorbació o lesió en els valors naturals, culturals o paisatgístics de la finca.

- *La facultat de reipersecució i d'oposar la seva titularitat.*

L'entitat de custòdia disposa de les accions precises perquè el seu dret sigui declarat i reconegut enfront de qualsevol que a cada moment ostenti la propietat de la finca (acció confessòria) o per ser restituït a la situació necessària per exercitar les activitats de custòdia. L'acord de custòdia és oposable a tercers, en el sentit que aquests han de tolerar l'exercici dels poders i facultats que constitueixen el seu contingut.

Aquesta eficàcia *erga omnes* ve reforçada per la inscripció del dret de custòdia en el Registre de la Propietat, la qual cosa garanteix a l'entitat una seguretat i indemnitat enfront de les possibles alteracions en la propietat de la finca custodiada.

- *La facultat de disposició.*

Encara que hem advertit el caràcter *intuitu personae* del contracte de custòdia, gens obsta al fet que, pactant-se així, l'entitat de custòdia cedeixi o transfereixi el seu dret a una altra organització que ostenti així mateix el status legal d'entitat de custòdia.

Per a part de la doctrina (*BOISÁN CAÑAMERO, Ignacio Javier. Custodia del territorio. Configuración jurídica. Titulación e inscribibilidad, 2015, Girona, 18ª Jornades de Tossa de Mar de Dret Català*) podria ser molt útil l'existència d'un dret d'adquisició preferent en el cas de transmissió del domini de la finca pel propietari.

- *La facultat de preferència.*

El dret de l'entitat de custòdia preval i exclou al dret incompatible adquirit posteriorment (usdefruit, arrendament, etc). La facultat de preferència en matèria de drets reals s'articula com a principi de prioritat en contacte amb la publicitat que li proporciona el Registre de la Propietat (*prior tempore potior iure*).

3.- Els acords de custòdia en el Llibre VI del Codi Civil de Catalunya.

S'estan aprofitant els treballs del Llibre VI del Codi civil de Catalunya amb la perspectiva en la unificació del Dret Contractual Europeu, per introduir i codificar el contracte de custòdia.

La primera proposta de l'avantprojecte es va plasmar en l'article 623-40. En els comentaris al precepte es va remarcar que la tipificació d'aquest contracte s'ubica en el capítol III, relatiu als contractes sobre objecte aliè (i no en el capítol dedicat als contractes sobre activitat aliena), pel fet que és predominant l'aspecte del bé immoble cedit, i no l'activitat de custòdia.

Article 623-40. Contracte de custòdia del territori

1.En el contracte de custòdia del territori, de caràcter oneros, temporal i que té per objecte béns immobles, el cedent permet l'ús o la gestió de tota o de part de la seva finca a canvi que el cessionari, normalment una entitat de custòdia del territori sense ànim de lucre, hi realitzi activitats d'assessorament, de gestió i millora o de planificació, amb la finalitat de conservació de la biodiversitat, del patrimoni natural i cultural, del paisatge o de la gestió sostenible dels recursos naturals.

2.El dret constituït a favor del cessionari pot ser de naturalesa obligacional o real, si en compleix, en aquest cas, els requisits d'oposabilitat i inscriptibilitat exigits legalment.

3.El règim jurídic del contracte, pel que fa a la determinació de les obligacions de les parts i el seu incompliment, la durada o les garanties, és el determinat lliurement per les parts contractuals.

La redacció final continguda en el projecte (BOPC nº. 505, de 25.02.2015) no coincideix respecte del avantprojecte:

Article 623-34. Contracte de custòdia del territori.

“1. En el contracte de custòdia del territori, de caràcter temporal i que té per objecte béns immobles, el cedent en permet totalment o parcialment l'ús o la gestió a canvi que el cessionari, una entitat que té entre les seves finalitats la custòdia del territori, hi realitzi activitats d'assessorament, de divulgació, de planificació o de gestió i millora, amb la finalitat de conservació de la biodiversitat, del patrimoni natural i cultural, del paisatge o de la gestió sostenible dels recursos naturals.

2. El dret constituït a favor del cessionari pot ser de naturalesa obligacional o real, si en compleix, en aquest cas, els requisits exigits per la llei.

3. El règim jurídic del contracte, pel que fa a la determinació de les obligacions de les parts i el seu incompliment, la durada o les garanties, és el determinat lliurement per les parts contractuals”.

Són, per tant, dos els aspectes que diferencien aquesta redacció final amb la plasmada en l'avantprojecte:

a) En l'avantprojecte, respecte del cessionari, es deia “*normalment una entitat de custòdia del territori sense ànim de lucre*” per tenir en compte que no s'ha d'excloure la possibilitat que un contracte de custòdia també es pot realitzar entre particulars o en relació amb tota mena d'entitats jurídiques. En el projecte desapareix l'adverbi *normalment*, la qual cosa sembla excloure a les persones físiques dels acords de custòdia i, sobre tot, exclou la necessitat de que la entitat ho sigui *sense ànim de lucre*, i això obre les portes a les entitats que de manera professional desenvolupin aquets acords.

b) En l'avantprojecte es qualificava el contracte com a *onerós*. En el projecte ja no conté previsió al respecte.

La caracterització de la custòdia en el Llibre VI ha estat rebuda de bon grat pels professionals. No obstant, part de la doctrina creu que manca una regulació més tècnica i, sobretot, un desenvolupament reglamentari que completi i contempli els nombrosos i variats aspectes que porta implícits aquesta figura.

Alguns autors (*VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán, Reflexiones sobre la custodia del territorio, 2015, Girona, 18ª Jornades de Tossa de Mar de Dret Català*), apunten el problema de la seva ubicació sistemàtica; i entén que una

regulació legal valenta i útil per a la societat catalana hauria d'haver comptat amb una llei específica sobre la matèria i, en defecte d'això, la consideració de la custòdia com a dret real de naturalesa ambiental a inserir en el Llibre V del Codi Civil de Catalunya. Finalment, comparteixo la idea del citat autor sobre la imprescindible implantació de mesures fiscals de foment de la custòdia del territori, d'exempcions i bonificacions tant en la imposició directa com en la indirecta.

ANTONIO CUMELLA GAMINDE.
REGISTRADOR DE LA PROPIETAT.