

Los Mecanismos Mortis Causa de custodia del territorio en el derecho civil
de Cataluña

Document ocasional de la xct, 18



Novembre 2008

Redacció: Dr. Sergio Nasarre Aznar
Profesor de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili

Suport:



Generalitat de Catalunya
**Departament
de Justícia**

LOS MECANISMOS *MORTIS CAUSA* DE CUSTODIA DEL TERRITORIO EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

ÍNDICE

1. La custodia del territorio desde un punto de vista jurídico. Especial atención a las custodia mediante mecanismos *mortis causa*

- 1.1. Las entidades de custodia y la necesidad de la protección jurídico-privada del territorio
- 1.2. Los intereses en una estructura de custodia
- 1.3. Diferencias entre la aportación para custodia *inter vivos* y *mortis causa*
- 1.4. El contenido jurídico de la custodia
- 1.5. Derechos y bienes que pueden dejarse *mortis causa* para una efectiva custodia del territorio. Breve tratamiento fiscal
- 1.6. Referencia a la custodia del territorio en derecho comparado

2. Los instrumentos y los mecanismos jurídicos adecuados para realizar aportaciones *mortis causa* a las entidades de custodia del territorio

- 2.1. Los legados de custodia
 - 2.1.1. Características especiales del legado de custodia en relación a las disposiciones *inter vivos*
 - 2.1.2. Naturaleza jurídica y constitución
 - 2.1.3. Tipos de legados de custodia
- 2.2. Las disposiciones modales
- 2.3. El rol de los albaceas
- 2.4. Las atribuciones particulares *inter vivos* y las donaciones por causa de muerte
 - 2.4.1. Las atribuciones particulares
 - 2.4.2. Las donaciones por causa de muerte

3. Estructurando un legado de custodia en Cataluña

4. Conclusiones

BIBLIOGRAFÍA

LOS MECANISMOS *MORTIS CAUSA* DE CUSTODIA DEL TERRITORIO EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA¹

1. La custodia del territorio desde un punto de vista jurídico. Especial atención a las disposiciones *mortis causa*

1.1. Las entidades de custodia y la necesidad de la protección jurídico-privada del territorio

Las entidades de custodia pueden definirse como organizaciones jurídico-privadas (de configuración jurídica variable, como asociaciones o fundaciones y, en países donde ello es posible, *trusts*²) cuya finalidad es la protección, conservación, mejora y guarda (*stewardship*) de inmuebles de diversa naturaleza (rurales, urbanos, paisajes, agrícolas, riberas fluviales o marítimas, etc.) en beneficio de la colectividad y de generaciones futuras.

Su labor puede entenderse como un complemento a las políticas públicas medioambientales³, dado que tienen a su favor una gestión profesional, la eficiencia privada, la multiplicación de esfuerzos y mayores posibilidades de captación de fincas para su custodia, además de un mejor aprovechamiento y búsqueda de recursos económicos privados que pueden destinarse a la custodia del territorio.

De todo ello pueden surgir una serie de cuestiones:

a) El mandato constitucional del desarrollo sostenible (STC 4-11-1982⁴) parece no haber alcanzado aún su punto óptimo. Así lo revela cada día un medio ambiente más contaminado y más peligroso para el hombre y su entorno (ej. frecuentes incidentes en las centrales nucleares del Camp de Tarragona durante el primer semestre de 2008). Por su parte la aprobación de la nueva Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental que prevé, con mayor o menor acierto, un tipo de

¹ El presente trabajo, realizado por encargo de la Xarxa de Custòdia del Territori (<http://www.custodiaterritori.org/>), ha sido posible gracias al patrocinio de la Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia. El autor es miembro del grupo de investigación "La propiedad y sus aprovechamientos: las situaciones de comunidad" (SEJ2006-14875-C02-02), cuyo investigador principal es el Dr. Pedro del Pozo.

² Cabe, no obstante, destacar aquí que los primeros land trusts en EEUU estaban controlados o pertenecían a los poderes públicos y muchos lo siguen estando hoy en día (algunos ejemplos pueden verse en KING, Mary Ann y FAIRFAX, Sally K., *Beyond bucks and acres: land acquisition and water*, "Texas law review", vol.83, p. 1957), aunque utilizan instrumentos jurídico-privados para custodiar fincas. Entre las formas que utilizan este tipo de entidades cabe destacar la *preacquisition* que consiste en que un ente privado adquiera primero la finca hasta que la entidad pública disponga de los permisos y de los recursos necesarios (KING y FAIRFAX, *Beyond bucks...*, p. 1957).

³ ARNOLD, Craig Anthony, *For the sake of water: land conservation and watershed protection*, "Legal Studies research paper series", Paper No. 2008-17, University of Louisville-Law, p. 20. Naturalmente, por ejemplo, la planificación urbanística es esencial. También la potestad expropiatoria de la Administración, que por mucho que puedan constituirse derechos reales de protección del territorio privados, quedarán todos cancelados. Por lo tanto, es esencial que la actividad jurídico-privada de conservación esté coordinada con la actividad pública de

planeamiento y expropiación, pues es, al fin, quien tiene la última palabra sobre la definitiva protección de una finca o paraje.

⁴ RTC 1982\64.

responsabilidad por daños de naturaleza eminentemente civil pero vehiculada a través de un procedimiento administrativo, o sea, de naturaleza híbridas⁵, evidencia la insuficiencia de los derechos administrativo y penal por sí solos para la protección del medio ambiente.

Queda claro que la normativa administrativa y la iniciativa pública no necesariamente debe velar únicamente por la protección del territorio y el medio ambiente, sino que deben atender a toda serie de intereses y presiones por parte de los agentes económicos; es la Administración, en cada caso, quien interpreta cual es el "interés público" que no necesariamente debe coincidir con la protección medioambiental⁶. En consecuencia, no es razonable que los poderes públicos sean los únicos que tomen iniciativas de protección del territorio o medioambientales, de manera que dentro del mandato constitucional del art. 45 CE y del art. 131 CE se debe incluir también la iniciativa privada.

Así, siguiendo una argumentación jurídica propia del *common law*, los beneficiarios de la protección del territorio y medioambiental son la colectividad, en quien debe siempre redundar cualquier actuación pública o privada sin ánimo de lucro, mientras que los poderes públicos o las entidades de custodia son meros *trustees* o fiduciarios en nombre de esta colectividad (beneficiarios)⁷, en concreto, de las generaciones pasadas (historia, legado cultural), presentes y futuras, y deben ser responsables por el daño que se provoque en el patrimonio fiduciario (conformado por los recursos naturales), en tanto que los beneficiarios tienen un interés dominical en él.

⁵ NASARRE AZNAR, Sergio, *Panorama actual de la responsabilidad civil medioambiental en España. Especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre*, "Jornades sobre dret d'aigües, protecció i conservació del medi ambient a les Terres de l'Ebre. Jornades 3 i 4 d'abril 2008", Comunitat de Regants, Sindicat Agrícola de l'Ebre, 2008, en prensa. En cualquier caso, el panorama de la responsabilidad civil medioambiental en España sigue estando constituido por un conjunto disperso de artículos y normas, con un importante desarrollo jurisprudencial, habiendo decaído varios proyectos de remodelación y armonización. Destacar en Cataluña la regulación de la acción negatoria en arts. 544-4 a 544-7 CCC, pero que no deja de ser más que un instrumento para la protección contra daños de naturaleza medioambiental, propio de las relaciones de vecindad (inmisiones).

⁶ A título de ejemplo, el "interés" (no siempre público, a tenor de los muchos procedimientos judiciales abiertos por estos motivos) de muchos de nuestros municipios ha sido en los últimos 12 años la recalificación de terrenos y su conversión en viviendas, cuando España estaba construyendo muchas más de las que necesitaba (lo que, como se ha visto especialmente desde verano de 2007, no ha conllevado necesariamente a una mayor facilidad de acceso a la vivienda), lo que revela un comportamiento acomodaticio e ineficiente de quien debe velar tanto por el art. 45 como por el 47 CE (según la *European Union of Developers and House Builders*, España inició la construcción en 2005 de más viviendas que Francia y Alemania juntos, unas 730.000). En cualquier caso, esta actitud de los poderes públicos parece ser un problema global, como lo señala, para Estados Unidos WOOD, Mary Christina, *Nature's trust: reclaiming an environmental disclosure*, "Virginia Environmental Law Journal", núm. 25, pp. 254-260.

⁷ La doctrina del *Supreme Court* de Estados Unidos así lo ha propugnado desde siempre. Así, la . III. Cent. R.R. v. Illinois, 146 U.S. 387, 455 (1892) consideró que "The decisions are numerous which declare that such property is held by the State, by virtue of its sovereignty, in trust for the public. The ownership of the navigable waters of the harbor and of the lands under them is a subject of public concern to the whole people of the State". Del mismo modo, *Geer v.*

Connecticut, 161 U.S. 519, 525-29 (1896) afirmó que "The power or control pledged in the State, resulting from this common ownership, is to be exercised, like all other powers of government, as a trust for the benefit of the people. ... The ownership is that of the people in their united sovereignty."

b) En consecuencia, las entidades de custodia deben disponer de las herramientas jurídico-privadas necesarias y los incentivos públicos necesarios (subvenciones y mejor tratamiento fiscal) para poder desarrollar su fin social. Tanto en Estados Unidos como en Canadá y en Gran Bretaña⁸, donde estas herramientas están convenientemente desarrolladas, existen diversos instrumentos y mecanismos jurídicos para poder favorecer la custodia de fincas, de manera que puedan quedar compensados los diversos intereses en juego: propietario, herederos, entidad de custodia, la colectividad y los poderes públicos. Tres de las principales herramientas son (a parte de la compra directa de los inmuebles por parte de entidades de custodia o de donaciones que reciban⁹): los contratos de custodia, las servidumbres de conservación (*conservation easements*¹⁰) y los *trusts* de custodia (*land trust*). Los tres han sido ya objeto de estudio en Cataluña¹¹, revelando la necesidad, una vez más, de la introducción del *trust* en nuestro ordenamiento jurídico para una óptima gestión de la protección del territorio, distribución de roles, obligaciones y derechos entre los intervinientes¹². Aunque el *trust* puede utilizarse de diversos modos en estructuras de custodia del territorio (ej. desde el *trust* hereditario para la óptima distribución de la herencia, hasta la institución de un *trust* como heredero -también es posible hacerlo *inter vivos*- para la gestión del patrimonio del causante), el "concepto básico" de la relación fiduciaria, de confianza, subyace en la custodia del territorio. La siguiente es la estructura estándar de un *trust* angloamericano:

⁸ Ver más detalles *infra*.

⁹ Que implican naturalmente la pérdida de la titularidad del propietario de la finca y, en definitiva, la pérdida de expectativa para sus herederos.

¹⁰ Sobre éstos *Vid. infra*. Ver, además, BYERS, Elizabeth y MARCHETTI PONTE, Karin, *The conservation easement handbook*, Estados Unidos, 2005, Land Trust Alliance y The trust for public land; y NAVAS NAVARRO, Susana, *Recursos naturales, valores culturales y contrato de custodia del territorio*, en en "La Notaría", "Contratos de custodia del territorio", núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006.

¹¹ Ver su desarrollo en *La custòdia del territori en finques privades: alguns aspectes jurídics*, en "La Notaría", "Contratos de custodia del territorio", núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006

¹² Lamentablemente nada más se ha sabido, por ahora, del Borrador de Proyecto de Ley sobre patrimonios fiduciarios en Cataluña, cuya última versión fue el 28-9-2006 y alrededor del cual aparecieron tres obras sobre la naturaleza jurídica y utilidades de los trusts y su configuración en derecho comparado; cronológicamente: NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO,

Martín (coords.), *Los patrimonio fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2006; *Contratos de custodia del territorio*, "La Notaría", núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coord.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, Ed. Bosch.

En la custodia del territorio, el "patrimonio gestionado" son los recursos naturales vitales para el bienestar de nuestra sociedad y la supervivencia humana; el fiduciario puede ser tanto la Administración Pública como una entidad de custodia y los beneficiarios, todas las generaciones de ciudadanos. En todo *trust* existe una obligación intrínseca de protección contra daños contra el patrimonio, de manera que el fiduciario debe emprender cualquier acción para protegerlo y restaurarlo, siendo responsable por su actuación ante el beneficiario¹³.

La misma idea subyace en la decisión del Tribunal Supremo de Filipinas en 1993¹⁴ en relación a una demanda interpuesta por un grupo de niños -representados por sus padres- que reclamaron responsabilidad en relación a la enorme deforestación que había sufrido su país entre 1968 a 1987 (del 53% de la superficie del país al 4%) y lo hicieron en base al argumento fiduciario de que el gobierno filipino tenía la custodia de la naturaleza únicamente para el beneficio de la generación presente y futura, habiendo quebrado su confianza con su negligente actuación; por su parte, el gobierno señaló que sus decisiones políticas estaban justificadas porque radicaban en el poder ejecutivo y legislativo que así lo habían decidido.

Finalmente, el TS filipino falló en favor de los niños, priorizando el derecho a beneficiarse de la naturaleza las presentes y futuras generaciones, de manera que reconoció la legitimación activa de los niños (*class action*) y su derecho a clamar para futuras generaciones -pues es responsabilidad de la presente preservar para ellos el medio ambiente- de manera que retornó el proceso al tribunal de instancia para que fueran demandados, en consecuencia, todos los beneficiarios de licencias de tala, que habían sido las responsables de acabar con gran parte la masa forestal del país¹⁵.

El mismo concepto de protección del medioambiente para generaciones futuras fue tratado por el Tribunal Supremo de la India respecto del Himalaya¹⁶.

En España, aunque el TS ha recurrido en alguna ocasión a la idea de conservación del medio ambiente para generaciones futuras (ej. STS 17-11-2005, RJ 2006\60), lo cierto es que siempre es en el ámbito del derecho público (contencioso-administrativo o penal), sin posibilidad de recurrir a la protección de intereses difusos en el ámbito jurídico-privado, al quedar limitada la acción del art. 11 LEC sobre la protección los intereses difusos a las asociaciones de consumidores y usuarios para supuestos de lesión de derechos de éstos, sin que quepa extenderlo a otros supuestos (como la custodia) o que alguien se erija como representante de una colectividad (y menos de generaciones futuras).

No existe en España una auténtica acción de clase -como la de Filipinas- para que los individuos por ellos mismos o entidades privadas en nombre de la colectividad presente y futura puedan pedir protección medioambiental,

¹³ Así se afirmó en el caso norteamericano de Illinois Central Railroad v. Illinois (Ill. Cent. R.R. v. Illinois, 146 U.S. 387 (1892)). Ver más explicación en WOOD, *Nature's trust...*, p. 8.

¹⁴ LAITOS, Jan. G., et al, *Natural Resources Law*, American casebook series, 730, 2006, Thomson/West, pp. 441 a 444, explicando el caso Juan Antonio Oposa v. Fulgencio S. Factoran, Jr., G.R. No. 101083 (Tribunal Supremo de Filipinas 1993).

¹⁵ La Sentencia puede encontrarse en

http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/jul1993/gr_101083_1993.html.

¹⁶ *Rural Litigation and Entitlement Kendera V. State Of U.P.*, Air 1988 Sc 2187.

lo que concuerda con que el art. 45 CE viene configurado en la Constitución como un principio programático y no como un derecho subjetivo¹⁷.

c) De todas formas, los mecanismos analizados hasta el momento (contratos, derechos reales y trust) lo habían sido desde la óptica de las relaciones *inter vivos* y no preveían la posibilidad de que el propietario de la finca no quisiese, en vida, dar la finca en custodia y quisiese hacerlo a su muerte.

Este trabajo pretende, en consecuencia, analizar el mejor modo de estructurar *mortis causa* un mecanismo de custodia sobre una finca en **sucesiones testamentarias**¹⁸ en Cataluña, atendiendo a la nueva regulación del derecho de sucesiones en el Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC) (por Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil de Cataluña¹⁹).

Si la sucesión es **ab intestato**, la regulación tanto estatal como catalana es *ius cogens*, al establecer la norma cómo se deberá distribuir la herencia y a quién (art. 441-1 y 441-2 CCC). El art. 442-13 CCC, que marca el destino de los bienes si quien acaba heredando es la Generalitat de Catalunya, no prevé que los pueda utilizar para la promoción de la custodia del territorio (se refiere a establecimientos de asistencia social o a instituciones de cultura y, si son fincas urbanas, debe destinarlas a vivienda social)²⁰, lo que sería deseable según lo que defendemos en el presente trabajo.

En consecuencia, las vías a las que prestaremos especial atención²¹ son las siguientes:

a) El **legado** (arts. 427-1 a 427-45 CCC). Aunque no se prevea expresamente un “legado de custodia”, deberemos comprobar cómo la regulación general del legado debe aplicarse para garantizar la eficacia del que doctrinalmente (y en otros países, tanto a nivel legal como jurisprudencial) se conoce como “legado de custodia”.

b) Las **disposiciones modales** (arts. 428-1 a 428-6 CCC). En la propia Exposición de Motivos de la Ley 10/2008 se señala que se ha modificado la regulación

¹⁷ Otra cosa es que pueda promover que la Administración Pública tome medidas contra un operador que ha causado o amenaza con causar daños medioambientales en base a la Ley 26/2007, pero en todo caso queda a discreción de ésta; ver, en este sentido NASARRE AZNAR, *Panorama actual...*

¹⁸ También, dentro de los límites legales, si se establece en codicilo o en memoria testamentaria (arts. 421- 20 y 421-21 CCC).

¹⁹ DOGC núm. 5175, 17-7-2008, p. 55923.

²⁰ Petición que, por cierto, ya había realizado la Xarxa de Custòdia del Territori en XARXA DE CUSTÒDIA DEL TERRITORI, *Proposta al Govern i al Parlament de Catalunya: prioritats jurídiques, fiscals i de suport a la custòdia del territori*, 2ª Edición, junio 2007, XCT, p. 7.

²¹ Porque son las que mejor pueden ser utilizadas para conseguir otorgar a la entidad de custodia los derechos que necesita para ejercer sus funciones, sin sacrificar con ello

innecesariamente la titularidad o el destino de todo el patrimonio del causante, como sucedería con la institución de heredero (arts. 423-2 y 423-3 CCC).

del cumplimiento del modo respecto del CS para otorgar legitimación a las asociaciones y fundaciones para exigir el cumplimiento del modo para finalidades de interés general.

c) El **albaceazgo**, combinado con el modo y los legados (arts. 429-1 a 429-15 CCC).

d) Las **atribuciones particulares** *inter vivos* pero por causa de muerte y las **donaciones** por causa de muerte (arts. 431-29 y 432-1 CCC).

1.2. Los intereses en una estructura de custodia

Los intereses en cualquier estructura de protección del territorio, sea *inter vivos* o *mortis causa*, es la siguiente:

a) Intereses del propietario y herederos. En principio, debe ser decisión del propietario (privado o público) quien, movido por intereses altruistas (preservación de una finca, abrirla al público y compartir su interés; también en compensación por los servicios recibidos de la entidad, por empatía, etc.²²) o no (pueden existir ventajas fiscales, no dejar las fincas para los herederos naturales, no encontrarle mejor utilidad, etc.) decida poner en custodia su finca. Los intereses de los herederos van desde querer seguir siendo propietarios y/o poseedores de la finca o de parte de ella (ej. vivir en la masía pero abrir los campos) hasta reservarse cualquier derecho real sobre la misma (ej. obtención de frutos, art. 561-1 y ss CCC; derecho de superficie para edificar en una determinada zona, art. 564-1 y ss CCC), hasta que se les reserve el derecho a recuperar la finca pasado cierto período (término) o cuando se verifique cierta condición (ej. nacimiento de hijos).

Ciertos estudios²³ indican que cuanto más altos son los ingresos de los hijos, más donan los padres y que los impuestos son incentivadores o desincentivadores a la hora de donar/legal.

b) Interés del gestor. Necesita amplias potestades de gestión y administración para cumplir con las finalidades previstas. A parte, los gestores pueden tener interés incluso en gravar (ej. hipotecarlas para, con el préstamo, seguir adquiriendo fincas o derechos sobre ellas para custodiarlas) o enajenar la finca (ej. por carecer ya de interés). Además, pueden querer que las mejoras y adecuaciones que haya realizado sobre la finca le sean restituidas en caso de que la finca deje de estar en custodia (art. 522-4 CC) y también tienen cierta vocación en que la finca permanecerá bajo su administración durante el tiempo suficiente y razonable para cumplir los objetivos de la custodia.

c) Interés de la colectividad. Como se ha dicho, son los beneficiarios de las fincas en custodia. No son parte en los contratos de custodia (aunque se pueden

²² Algunas teorías sobre motivación pueden verse en McGRANAHAN, Leslie, *Charity and the bequest motive: evidence from seventeenth century wills*, "Working Papers Series", Research Department (WP-98-

25), Federal Reserva Bank of Chicago, p.2, donde se destacan que los motivos en la región de Suffolk (Inglaterra) a principios del s. XVII, llegando a la conclusión de que los testadores más ricos, más religiosos y con menos hijos.

²³ AUTEN, G. y JOULFAIAN, D, *Charitable contributions and intergenerational transfers*, "Journal of Public Economics", 1996, 59: 58-68.

hacer estipulaciones a favor, a pesar de ser terceros) ni en la constitución de derechos reales de aprovechamiento parcial, como tampoco de las disposiciones *mortis causa*. Pero sí que son un elemento esencial en los patrimonios fiduciarios en derecho angloamericano, puesto que son los que finalmente gozarán de las fincas protegidas (ej. el beneficio de la colectividad es esencial para la calificación de "charity" en derecho inglés) y tienen sobre éstas un interés amparable jurídicamente que, aunque difuso, sí concretable en la posibilidad de acceder a ellas y disfrutar de las actividades que allí se organicen, así como exigir responsabilidades al fiduciario (ej. entidad de custodia o Administración Pública) por su mala gestión. El problema en nuestro sistema es que los beneficiarios no aparecen en las estructuras jurídicas de custodia posibles, sino que son, como se ha explicado, meros receptores pasivos de los servicios de la Administración Pública o de las entidades de custodia; no se les da ni la posibilidad de exigir la constitución de zonas protegidas o en custodia ni la posibilidad de exigir el cumplimiento de las ya estipuladas ni pueden recurrir a los tribunales por lesión de sus derechos o por los derechos de generaciones futuras.

d) Interés de los poderes públicos. Su interés, ajeno a la relación jurídico-privada a la que nos referiremos en este trabajo, es que se tomen medidas para el cumplimiento de las previsiones constitucionales, en este caso, especialmente la del art. 45 CE. No obstante, las políticas medioambientales no son otras más con las que debe lidiar la Administración, de manera que deben contar con la colaboración de las entidades de custodia, a las que deben apoyar con medidas incentivadoras directas (subvenciones) y/o indirectas (beneficios fiscales). En cualquier caso, los beneficios fiscales están completamente justificados por el interés general que persigue y desarrolla la custodia del territorio, lo que ha sido base para reducciones considerables en tributación para otros supuestos de interés general²⁴.

1.3. Diferencias entre la aportación para custodia *inter vivos* y *mortis causa*

A parte de todos estos intereses en juego, algunos estudios²⁵ han denotado relevantes diferencias entre el perfil de los aportantes a entidades sin ánimo de lucro con fines sociales (en las que se incluyen las de custodia del territorio) cuando lo hacen *inter vivos* o *mortis causa*. Así:

²⁴ Ver, en este sentido, la pretendida regulación de los REITs en España a través de las denominadas SOCIMI en su versión de la Dirección General de Tributos de 9-10-2008 titulada "Borrador del anteproyecto de ley XX/XX, por la que se regulan las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario", que deberá servir para incentivar fiscalmente (ej. tributación al 0% del Impuesto de Sociedades, art. 9 del Borrador) a las sociedades anónimas que inviertan en inmuebles urbanos y los destine a su arrendamiento, más algunos otros requisitos como la necesidad de la distribución entre sus accionistas del

90% de sus ingresos. Se trata de un caso claro de querer incentivar fiscalmente a aquellas entidades que se dediquen a un fin social que se considera digno de protección, en este caso el fomento del alquiler como modo de conseguir vivienda. Bien podría aplicarse esta misma estructura a la custodia del territorio.

²⁵ SARGEANT, Adrian y HILTON, T., *The final gift: targeting the potential charity legator*, "Int. J. Nonprofit Volunt. Sect. Mark", febrero 2005, pp. 13 y 14, especialmente.

a) Los aportante *mortis causa* tienen más en cuenta que los donantes *inter vivos* la eficacia de las organizaciones receptoras en desempeñar sus funciones, porque quieren asegurarse que no malversarán lo que les aporten.

b) Los aportantes *mortis causa* exigen más feed-backs (ej. calidad, forma y cantidad de las comunicaciones) y más atenciones hacia ellos (ej. reconocimientos) que los donantes *inter vivos*.

c) Del mismo modo, los aportante *mortis causa* se ven más involucrados/reflejados con la entidad a la que aportan (ej. en las ONGs médicas el aportante suele tener la enfermedad que ellas estudian, tratan, ayudan a superar; o hayan, en general, utilizado los servicios de la entidad mientras vivían, etc.) que los donantes *inter vivos*, y les están agradecidas por los servicios o información recibida en vida, de manera que la disposición *mortis causa* se ve como una compensación o recompensa en agradecimiento por ello.

1.4. El contenido jurídico de la custodia

La actividad de custodia del territorio puede desarrollarse en tres ámbitos de actuación, dependiendo de su intensidad:

a) Mero asesoramiento o consejos a los propietarios de fincas de interés natural, paisajístico, cultural, histórico, etc. para actuar adecuadamente sobre la finca en aras a su adecuada conservación. Esta actividad no supone ni un gravamen o limitaciones obligatorias para el propietario ni una transmisión de derechos a favor de la entidad de custodia y, por lo tanto, no presenta especiales dificultades jurídicas para la entidad de custodia, más allá de la debida diligencia exigible en su actuación y la correspondiente responsabilidad para el caso en que el asesoramiento sea remunerado de algún modo (SAP Barcelona 3-11-2005), pidiendo coherencia en su actuación (STS 20-1-2003).

b) Servidumbres negativas. En derecho norteamericano²⁶ es el método más común de protección del territorio (*conservation easements*). Consiste en una limitación de las facultades del propietario de la finca gravada, que son adquiridas *inter vivos* (onerosa o gratuitamente) o *mortis causa* por parte de entidades de custodia. En derecho civil catalán correspondería a los nuevos derechos reales de aprovechamiento parcial²⁷ (arts. 563-1 a 563-4 CCC) aunque con la particularidad de que la entidad de custodia que adquiere la servidumbre (por eso es personal y porque no depende de relación alguna entre fincas) no adquiere derecho posesorio alguno sobre la finca sino que la posesión y el uso lo retiene el propietario de la finca gravada limitado por el contenido de la servidumbre²⁸. La entidad de custodia tiene una actitud esencialmente pasiva.

²⁶ Vid. *infra*.

²⁷ Sobre sus antecedentes y su introducción en el CCC, ver MIRAMBELL, Antoni, *La custòdia del territori en finques privades: alguns aspectes jurídics*, en “La Notaría”, “Contratos de custodia del territorio”, núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006.

²⁸ Así sucede con el *conservation easement* de Estados Unidos (ARNOLD, *For the sake...*, p. 24).

c) Derechos activos. A la entidad de custodia le pueden ser transferidos derechos que le otorguen suficiente poder de disposición (art. 1160 CC) para ser capaz de llevar a cabo adecuada y flexiblemente la protección, custodia y gestión del territorio, al tiempo que se respetan los derechos de los titulares de los inmuebles.

Estos derechos pueden consistir en:

- Mera facultades de **gestionar** con suficiente amplitud la finca, para conseguir su adecuada conservación y su optimización para respetar los derechos y aspiraciones de los beneficiarios (ej. cuidado de fauna y flora, acondicionamiento de accesos etc.). La amplitud del alcance del derecho es determinante, esencialmente para no encontrar límites o restricciones constantes de los beneficiarios o del titular de a finca. Ello puede ir desde un mero contrato de custodia (sólo vinculante entre las partes) o un derecho de aprovechamiento parcial activo (art. 563-1 CCC).

- Facultad para **adquirir frutos** (también los civiles, como los rendimientos de alquileres), con los cuales poder financiar sus operaciones de custodia u organizar actividades con los beneficiarios (ej. elaboración de un pan con productos de una finca en custodia). Ello podrá hacerse mediante la concesión de un usufructo (art. 561-2 CCC) o, más discutible, un uso (art. 562-8 CCC) a la entidad de custodia.

- Facultad para **gravar las fincas en custodia**, con el fin de poder obtener financiación para su adquisición (ej. hipoteca). Normalmente ello implicará la transmisión del dominio, dado que la financiación vendrá dada por ofrecer en garantía la propia finca custodiada (art. 541-1 CCC), siendo más difícil en otros casos. Sin embargo, aún podría ser posible otorgando un derecho de superficie (art. 564-1 CCC, donde se especifica especialmente la posibilidad de separar la propiedad del suelo de las plantaciones -o construcciones- que sobre él se lleven a cabo).

- **Facultades dominicales** más amplias. Es posible que en un determinado momento la entidad de custodia necesite disponer de la finca, especialmente cuando ésta carezca de “interés” para su custodia (bien porque lo haya perdido, bien porque ya esté protegida por otras vías, como por intervención de la Administración Pública). No obstante, la opción más garantista para el aportante -para que pueda asegurarse que el bien o la cantidad con el/la que contribuye se va a destinar a lo que él consideró digno de protección- sería, especialmente -aunque no sólo- si la aportación es *mortis causa*, el reconocimiento de los patrimonios fiduciarios, actualmente -y desgraciadamente a pesar de los esfuerzos y recursos empleados- no admitidos en la normativa civil catalana actual²⁹.

1.5. Derechos y bienes que pueden dejarse mortis causa para una efectiva custodia del territorio. Breve tratamiento fiscal

Como consecuencia de las necesidades de las entidades de custodia para desarrollar su labor descritas en el apartado anterior, la naturaleza de los bienes y derechos que pueden dejarse en custodia *mortis causa* pueden ser de diversa

²⁹ *Vid. supr.*

naturaleza, pero que podemos dividir en dos grandes grupos³⁰: primero, bienes y derechos relacionados propiamente con las fincas a custodiar (las fincas mismas o derechos sobre ellas); y por otro, la demás aportaciones que puedan ayudar a la entidad de custodia a financiar sus actividades de custodia con fincas que ya tengan bajo su custodia o que pueda adquirir de otros con esta finalidad.

De este modo, tenemos:

1. Aportación de fincas a custodiar o derechos sobre las mismas.

Atendiendo a la experiencia en derecho comparado³¹, son esencialmente dos mecanismos:

- El legado de **finca de custodia**, es decir, directamente atribuir la propiedad de la finca a custodiar a la entidad de custodia.

- El legado de **derecho de aprovechamiento parcial negativo** (*conservation easements*, los más prolíficos en EEUU, especialmente por su tratamiento fiscal), de manera que el causante estaría limitando las facultades de uso que sobre la finca podrán hacer sus herederos, de cuyo cumplimiento se encargaría la entidad de custodia. Estos legados son más adecuados para aquellas fincas de las que sólo se pretende su preservación tal y como están, sin necesidad de realización de actividades o de toma de posesión por parte de la entidad de custodia (ej. conservación de riberas, páramos, ruinas, fauna, flora, etc.). Ello no obsta a que se pueda contractualmente encargar a la entidad de custodia – por contrato con el heredero, por ejemplo algún tipo de acondicionamiento con fines didácticos o de aproximación del medio ambiente a la sociedad (art. 45 CE).

A parte, no habría ningún problema en establecer los siguientes legados:

- Legado de **aprovechamiento parcial activo** (arts. 563-1 a 563-4 CCC), de manera que existiría una mayor implicación de la entidad de custodia en el ejercicio de dicho aprovechamiento parcial, como la celebración de actuaciones de custodia que impliquen posesión de la finca (ej. recreaciones históricas, de concienciación medioambiental, didácticas, acondicionamiento del terreno, etc.)

- **Usufructo** sobre la finca (561-1 a 561-37 CCC), de manera que los herederos retendrían la nuda propiedad. Con ello la entidad de custodia conseguiría el uso y el disfrute directo de la finca, quien debería tenerlos únicamente en beneficio de la colectividad.

- Derecho de **superficie** (arts. 564-1 a 564-6 CCC), de manera que los herederos retendrían la titularidad sobre la finca y la entidad de custodia el derecho a

³⁰ Sobre el contenido de estos derechos en Canadá, ver STEWARDSHIP CENTRE FOR BRITISH COLUMBIA, *A donor's guide for B. C. Green Legacies*, "The Stewardship series", 2004, pp. 17 a 43. Puede encontrarse en www.stewardshipcentre.bc.ca/greenlegacies.

³¹ *Vid. infra*.

desarrollar el vuelo con finalidades de custodia. La ventaja sobre el usufructo es que el derecho de superficie es más fácilmente hipotecable que el usufructo, a efectos de encontrar financiación y que, además, de este modo la entidad de custodia puede decidir no edificar ni desarrollar el vuelo, de manera que indirectamente también consigue la preservación de la finca tal cual está, evitando que los herederos puedan hacerlo.

2. Aportación de otros bienes con fines de financiación de la custodia

Naturalmente aquí entrarán todo tipo de atribuciones patrimoniales realizadas a través de legado, como son:

- La atribución de una determinada **suma de dinero**. Sus ventajas es que está al alcance de cualquiera (la cantidad puede adaptarse a las posibilidades del causante) y además el dinero es inmediatamente líquido y, tras la muerte del causante, queda rápidamente a disposición de la entidad de custodia. Esta atribución dineraria se puede hacer en un simple legado de dinero o también haciendo beneficiaria de un **seguro de vida** a la entidad de custodia, que es visto por el aportante como una manera de ir dedicando -mediante el pago de las primas- cierta cantidad periódica al conservacionismo pero que se ve incrementada con los rendimiento del seguro; además este segundo método permite no incorporar cantidad o bien alguno en el patrimonio hereditario (lo que debería de acarrerar menos costes fiscales).

- El causante puede establecer un legado en favor de una entidad de custodia pero gravado con un **modo**, de manera que les otorga un bien de valor (mueble o inmueble) o una suma considerable de dinero o valores, con la carga de que la entidad de custodia se obliga a pagar a sus herederos alimentos o una renta periódica (que puede establecerse que finalice cuando los herederos no la necesiten o fallezcan), que puede a su vez quedar garantizada con hipoteca sobre alguna de las fincas en custodia o las mismas que el causante les adjudica o garantía equivalente. Con ello el causante puede descargar a los herederos de aceptar la titularidad y posterior gestión de fincas o bienes, traspasándola a la entidad de custodia, al tiempo que queda garantizado que los herederos recibirán una renta periódica garantizada³² (arts. 428-1 y 428-4.4 CCC; este último facultaría expresamente, en el caso que aquí planteamos, a que el heredero recupere la cosa dada en legado si la entidad de custodia incumpliese el pago de los alimentos o de la renta). En cambio, la entidad de custodia, con su *know-how* podrá saber cómo sacarle el mejor partido a las fincas o bienes recibidos.

- Algo parecido a lo anterior podría establecerse mediante una **disposición modal** por la cual los herederos queden obligados, si aceptan la herencia, a conceder un **préstamo** sin intereses (o a un interés mucho más bajo que las entidades de crédito) con una cantidad de dinero líquido recibida en la herencia a una entidad de custodia con buenas condiciones para su devolución (ej. tolerancia,

³² *Vid. infra.* más información de la configuración de las disposiciones modales en el CCC.

largo plazo, pequeñas cantidades, etc.)³³. Además, puede dejar abierta la puerta a una posible condonación futura de la deuda para el caso en que los herederos ya no necesiten las cantidades que quedan por devolver. La vía del préstamo blando resulta, pues, beneficiosa tanto para los herederos (a los que el causante les ha asegurado unos ingresos periódicos en forma de devolución del préstamo) como para la entidad de custodia (que recibe financiación inmediata y de una sola vez, que la puede utilizar para invertir en valores seguros, como deuda pública o cédulas hipotecarias, y que le de mayores rendimientos que los intereses que deben satisfacer a los herederos o puede directamente utilizar la suma percibida para adquirir una finca para su custodia).

- La atribución de **bienes muebles** que den una rentabilidad para la entidad de custodia. Éstos pueden ser acciones, obligaciones, participaciones en fondos de inversión colectiva o inmobiliaria, etc. La ventaja para la entidad de custodia es que o bien puede hacer líquido el valor de los valores inmediatamente o los pueden mantener, lo que les generará unos rendimientos constantes. También pueden consistir en cosas de valor, como obras de arte, joyas, piezas de interés etnográfico, etc. Estos bienes pueden pasar a formar de manera estable del patrimonio de la entidad de custodia, de manera que los pueden utilizar para sus actividades culturales o educativas (ej. recreación de la vida en una masía catalana de principios del siglo XX) o también para crear un fondo que genere ingresos (ej. exposiciones de colección de joyas, tapices, cuadros, etc.) o participar en un fondo de inversión en tangibles que genere también ingresos periódicos; o pueden ser vendidos directamente o en subastas para obtener liquidez inmediata.

3. El causante también puede plantearse, atendiendo al volumen del patrimonio, la creación de una **fundación *mortis causa*** (art. 331-3 CCC). Esto conlleva algunas ventajas para el aportante, como un mayor control sobre el destino de los bienes (art 331-3.3 CCC), el mantenimiento de un patrimonio prácticamente intacto que se podrá dedicar al sustento de las finalidades fundacionales de custodia; que desde la fundación se podrá ir contribuyendo periódicamente con las entidades de custodia (el constituyente de la fundación puede encontrarse más cómodo dotando fuertemente su propia fundación y que ésta realice contribuciones periódicas a diversas entidades de custodia que dotando a alguna de éstas en grandes cantidades); el constituyente puede implicar a sus familiares, amigos o personas de confianza en el patronato de la fundación colaborando así a divulgar el interés por el conservacionismo; etc.

4. Por último, vale la pena indicar que mediante una “atribución particular” (art. 431-29.1 CCC) es posible dotar a una entidad de custodia en vida pero con efectos *mortis causa* pero reteniendo mientras tanto el aportante todos los derechos sobre la cosa, con la posibilidad de revocar, de manera que tal decisión no afectará a su

³³ Sobre el funcionamiento de este tipo de cargas, puede verse la SAP Barcelona 14-4-2008 (LA LEY 49243/2008). Ver también *infra* la explicación sobre los modos y sus posibles usos en las disposiciones sobre custodia del territorio *mortis causa*.

modo de vida, mientras que la entidad de custodia puede ir planeando cómo invertir el contenido de la herencia o del legado cuando llegue el momento. Un efecto similar se consigue con las donaciones *mortis causa* (art. 432-1 CCC).

Atendiendo a la experiencia en derecho comparado, todas estas operaciones deberían **beneficiarse fiscalmente** al menos en 4 momentos, para supuestos específicos de atribuciones *mortis causa* a entidades de custodia:

1) una menor carga impositiva en el impuesto de sucesiones tanto para el heredero como para la entidad de custodia (no sujeción al impuesto de sucesiones, art. 3.2 Ley 29/1987, de 18 diciembre);

2) una menor carga tributaria en la tenencia de la finca para el heredero si ésta está gravada con un derecho real vinculado a la custodia de la finca (especialmente el de aprovechamiento parcial activo y el negativo);

3) una reducción impositiva a la entidad de custodia por la mera tenencia o adquisición de las fincas en custodia o de derechos sobre éstas (exención en el Impuesto de Sociedades, art. 6.1 a) Ley 49/2002³⁴);

4) debe estudiarse la posibilidad de que el heredero que adquiera la finca gravada con un derecho real de aprovechamiento parcial en custodia por el máximo tiempo admitido (99 años; se le podría exigir también que renunciase a la redención tras los primeros 20 años) pudiese beneficiarse de una reducción en el IRPF o IS (compensando de este modo la pérdida de valor y utilidad que sufre)³⁵. El tratamiento fiscal de la contribución podrá determinar en gran medida (junto, naturalmente, los aspectos civiles que se destacan en este informe, como son el momento, la flexibilidad, las necesidades de la familia, las necesidades del causante y de la entidad

³⁴ Aquí deberían entenderse comprendidos los legados u otras contribuciones *mortis causa* de bienes o derechos que estén de acuerdo con la finalidad de la entidad sin ánimo de lucro que los recibe. Ver más detalles en CRUZ AMORÓS, Miguel y LÓPEZ RIBAS, Silvia, *La fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, Madrid, 2004, CIDEAL y PriceWaterhouseCoopers, p. 65.

³⁵ Nos remitimos en este punto al informe XARXA DE CUSTODIA DEL TERRITORI, *Proposta al Govern ...*, pp. 15 y 16, que propone al gobierno de la Generalitat y al del Estado una serie de incentivos fiscales, aunque parecen estar más orientados a las aportaciones inter vivos. También deberá influir el contexto normativo que atañe a las entidades sin ánimo de lucro y las declaradas de interés público, como la Ley 49/2002, del régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro y de los incentivos fiscales y de mecenazgo.

Ver también el RD 776/1998, 30 abril, sobre reglas de contabilidad. Más información puede hallarse en:

http://www.xarxanet.org/xarxanet/capsulesDetall.xarxanet?xnt_locale=ca&xnt_portal=14&cap_capsulald=12300 (obligaciones fiscales de asociaciones y fundaciones), y en http://www.xarxanet.org/xarxanet/capsulesDetall.xarxanet?xnt_locale=ca&xnt_portal=14&cap_capsulald=5440 (para la Ley 49/2002), y en

http://www.xarxanet.org/xarxanet/capsulesDetall.xarxanet?xnt_locale=ca&xnt_portal=14&cap_capsulaId=6040 (para fiscalidad de donaciones). Agradecemos a la Sra. Marta Capdevila (de la XCT, www.custodiaterritori.org) la aportación de estas referencias.

de custodia, etc.) el modo de contribuir del aportante: si lo hará *inter vivos* o *mortis causa*, si lo hará mediante disposición *inter vivos* pero con eficacia condicionada a la muerte, mediante legado, disposición modal, designación de albacea, etc. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de un estudio en profundidad de la fiscalidad que rodea la custodia por mecanismos *mortis causa*, que escapa del ámbito de este estudio y que se recomienda su realización.

1.6. Referencia a la custodia del territorio en derecho comparado

El legado de custodia, encontrado bajo diversas denominaciones en derecho angloamericano dependiendo de la tradición jurídica de cada país (ej. *natural legacy*, *green legacy*, *charitable bequest*, etc.), es una importante fuente de recursos materiales y económicos para las entidades de custodia y está muy extendido.

En 1998-1999 el 29% del total de ingresos voluntarios de las 500 *charities* (son *trusts* sin ánimo de lucro, “*charitable land trusts*”³⁶) inglesas más importantes³⁷ vino a través de legados (*legacy*, *bequest*), lo que se prevé que aumente en los próximos años³⁸. En Estados Unidos los *land trusts* (como hemos visto, entidades de custodia sin ánimo de lucro) han pasado de conservar 4,7 millones de acres en 1998 a los 9,4 millones en 2003³⁹.

Canadá (sólo en el Departamento de British Columbia habría 2 millones de personas motivadas para aportar bienes o derechos a las entidades de custodia)⁴⁰ y Holanda (la mayor entidad de custodia en aquel país, *Natuurmonumenten*, recibió en 2007 €7,4 millones sólo en legados⁴¹) son también países donde la custodia jurídico-privada del territorio tiene una gran relevancia.

Como se ha apuntado, dos derechos que tradicionalmente se han utilizado más a la hora de contribuir, también *mortis causa*, con las entidades de custodia son la atribución de la titularidad de la finca a custodiar y, sobretodo⁴², la servidumbre de conservación (*conservation easement*) por el cual el propietario retiene el título y la posesión de la finca residencial o comercial del terreno. a pero se desprende de ciertas facultades como la de desarrollo inmobiliario.

³⁶ ARNOLD, *For the sake of water...*, p. 24.

³⁷ A pesar del cambio de normativa, nos remitimos para una mayor explicación del funcionamiento de las *charities* inglesas a NASARRE AZNAR, Sergio, *Los patrimonios fiduciarios y la protección del territorio. Experiencia en Inglaterra y aplicación en Cataluña*. “La Notaría”, “Contratos de custodia del territorio”, núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006, pp. 11 a 24.

³⁸ SARGEANT y HILTON, *The final gift ...*, p. 3.

³⁹ ARNOLD, *For the sake of water...*, p. 24.

⁴⁰ STEWARDSHIP CENTRE FOR BRITISH COLUMBIA, *A donor's guide ...*, p. 1.

⁴¹ NATUURMONUMENTEN, *Natuurmonumenten Jaarverslag 2007*, www.natuurmonumenten.nl, pp. 62 y 64. Otras entidades de custodia activas en Holanda son

Het Utrechts Landschap (www.utrechtslandschap.nl) y Het Zuid-Hollands Landschap (www.zuidhollandslandschap.nl), que ofrecen asesoría jurídica sobre legados. Algo parecido ofrecen en Natuurpunt de Bélgica (www.natuurpunt.be). Agradecemos al Sr. Xavier Sabaté (de X3ea, www.x3ea.com) esta información proporcionada sobre Holanda y Bélgica.

Así, en Estados Unidos hasta los *easements* más restrictivos siguen permitiendo al propietario utilizar la finca como rancho o granja, pero no utilizarla para construir residencias urbanas; también se suele establecer la prohibición de explotar los recursos naturales como minas o bosques, la prohibición de cazar o pescar y, para la protección de los acuíferos, se suele prohibir un uso del agua perjudicial para el ecosistema⁴³. Es decir, cada *easement* se suele diseñar a la medida de las necesidades de custodia de cada finca⁴⁴.

También en Estados Unidos, los *conservation easements* son monitorizados de cerca por parte de la *charity* que los custodia, con al menos una inspección anual en la finca⁴⁵. No obstante, la eficacia del control de estos *easements* está puesta en cuestión a causa de la doctrina del “*watchful neighbour*”⁴⁶: es muy difícil que los esquemas de control y supervisión diseñados por la entidad de custodia puedan sustituir la monitorización permanente que realizaría un “vecino vigilante”, es decir, el constante control *de facto* que efectúan los vecinos (ej. en las servidumbres, porque es un derecho que les incumbe directamente), más cuando la entidad de custodia no necesariamente tiene su sede en el vecindario y, además, en ocasiones los intereses de los vecinos pueden diferir de los de la entidad de custodia (ej. a una villa le puede convenir un intenso desarrollo urbanístico en la zona)⁴⁷. La naturaleza jurídica de los *conservation easements* está relacionada con los *easements* del *common law* pero son una adaptación de los mismos para poderse utilizar adecuadamente a la custodia⁴⁸.

⁴² ARNOLD, *For the sake of water...*, p. 24, quien señala que 5 millones de los 9,4 millones de fincas privadas que están en custodia en Estados Unidos lo están a través de un *conservation easement*

⁴³ Ver esta última aplicación en ARNOLD, *For the sake of water...*, p. 25.

⁴⁴ Pensemos, además, que a parte de lo que pueda pactarse entre la entidad de custodia y el propietario, en nuestro sistema existen una serie de normas complementarias que ayudarían a acabar de definir el marco de actuación en el que se movería en propietario a partir de entonces. Se trata de las normas que regulan las relaciones de vecindad (inmisiones) y las que determinan la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), es decir, no poder realizar en finca propia lo que perjudique a finca vecina (para las primeras) y no realizar en finca propia aquello que pueda perjudicar a la colectividad (para la segunda). Las primeras son más conocidas y de alcance más limitado (las inmisiones del art. 544-4 CCC); respecto a los límites de la función social de la propiedad, ya se han aplicado a la producción agrícola (fincas rústicas de escasa producción;

ver la STC 26-3-1987, RTC 1987\37) y, en Cataluña, para la protección del derecho a la vivienda (fincas urbanas vacías; art. 47 CE; ver el art. 42 Ley de vivienda de Cataluña de 28-12-2007). Nada hace suponer que no puedan aplicarse también los mismos criterios a la protección del medio ambiente (art. 45 CE), especialmente cuando, como destaca ARNOLD, *For the sake of water...*, p. 26, no estamos acostumbrados a comportamientos ecológicamente sostenibles en nuestras fincas que son normalmente utilizadas para ser explotadas y pensando únicamente en la gratificación personal.

⁴⁵ TIMMONS, James D. Y DANIEL, Lara, *Conservation easements: windfall or straitjacket?*, “Law and Land”, Fall 2007, pp. 7, 10 y 13.

⁴⁶ KING y FAIRFAX, *Beyond bucks...*, p. 1962.

⁴⁷ Según KING y FAIRFAX, *Beyond bucks...*, p. 1962, muchos *conservation easements* se pierden por no estar registrados, por desconocerse su contenido o por falta de organización en Estados Unidos.

Efectivamente, en la clasificación tradicional entre *easements appurtenant* (que serían nuestras servidumbres, es decir, la relación jurídica que se establece entre una finca dominante y una finca sirviente, art. 566-1 CCC, normalmente contiguas o vecinas) y los *easements in gross* (que serían nuestros derechos reales de aprovechamiento parcial, art. 563-1 CCC, porque es el derecho real que se le da a una persona sobre finca ajena y no a otra finca). Además, en el *common law* se distingue entre los *easements* “afirmativos” (activos) y los “negativos” (pasivos), siendo los primeros los que conceden un derecho de uso al titular y los segundos otorgándole sólo el derecho a exigir al titular de la finca que se prive de realizar los actos que el testador (o el aportante, en general) consideró no adecuados para la conservación. Los *conservation easements* son, a ojos del *common law*, *negative easements in gross*⁴⁹.

Los beneficios fiscales en Estados Unidos a los otorgantes de *easements* son considerables y son vistos como un recurso muy importante de incentivar la custodia⁵⁰. Dichos beneficios impositivos se concretan tanto en los impuestos federales como en los de cada estado y tanto en relación a su impuesto sobre la renta (“*income tax*” del cual se pueden deducir el total del valor de mercado del *easement*, siendo sólo proporcional si el aportante ha tenido la finca en su propiedad menos de un año, siempre que el *easement* se haya dado en perpetuidad⁵¹), en su impuesto de sucesiones (“*estate tax*”, que es generalmente muy alto, llegando en 2006 al 46% del valor de la herencia, de manera que muchos herederos tienen que vender parte de la herencia para poderlo pagar; ya por el mero hecho de otorgar el *easement* el heredero recibe una herencia con menos valor y por lo tanto tiene que pagar menos impuesto de sucesiones) y también respecto al impuesto por tener bienes inmuebles (“*property tax*”, eso sí, en las jurisdicciones donde éste está basado en el uso potencial del inmueble que, naturalmente, queda muy mermado si sobre una finca se ha constituido un *easement* de manera que la reducción puede ser muy considerable)⁵². No obstante, los autores han detectado una mala praxis de algunos *land trusts* beneficiados fiscalmente, que se han utilizado con finalidades particulares (beneficiarse fiscalmente) más que generales⁵³.

⁴⁸ Ver, en este sentido, la discusión jurídica desarrollada en KING y FAIRFAX, *Beyond bucks...*, pp. 1960 y 1961. La cuestión central es que los *easements* tradicionales se restringieron en el tiempo para evitar la mano muerta, para evitar que fueran algo negativo para el buen desarrollo del mercado libre y que convirtiese a las fincas en ineficientes, mientras que los *conservative easements* buscan precisamente eso, preservar la finca tal cual para siempre.

⁴⁹ TIMMONS y DANIEL, *Conservation ...*, p. 15; coincide ARNOLD, *For the sake of water...*, p. 24. Sobre la posibilidad de constituir derechos reales de aprovechamiento parcial negativos en Cataluña, *Vid. infra*.

Sobre la posibilidad de configurarlos *mortis causa* como una disposición modal, ver también más abajo. Por su parte KING y FAIRFAX, *Beyond bucks...*, p. 1959 destacan el hecho de que estos *easements* de custodia son derechos no posesorios.

⁵⁰ KING y FAIRFAX, *Beyond bucks...*, p. 1958.

⁵¹ Éste es el primer requisito. El segundo es que el *easement* debe conllevar un derecho de paso para que la entidad de custodia pueda controlar su adecuado cumplimiento (KORNGOLD, Gerald, *Solving the contentious issues of private conservation easements: promoting flexibility*

for the future and engaging the public land use process, "Case School of Law y New York Law School", Paper 07-24 y Legal Studies paper 08/09-3, p. 42).

⁵² TIMMONS y DANIEL, *Conservation ...*, p. 14.

⁵³ PARKER, Dominic P., *Conservation easements: a closer look at federal tax policy*, "PERC Policy Series", issue nr. PS-34, octubre 2005, pp. 2 a 27. Según KORNGOLD, *Solving the*

Como consecuencia del beneficio fiscal, los *conservation easements* se entregan a la entidad de custodia a perpetuidad⁵⁴, lo que conlleva una serie de desajustes o problemas, conocidos y estudiados por la doctrina angloamericana⁵⁵ que se resumen en cómo puede asegurarse que una finca quedará así para siempre (ej. los sucesivos herederos estarán cada vez más tentados en rentabilizar económicamente la finca) y, en definitiva, si ello es conveniente (ej. es posible que en algún momento en el futuro deban hacerse alteraciones sustanciales en la finca para mantener sus recursos naturales que implicarían una violación del *conservation easement* o, al menos, una sustancial alteración del uso).

Esta problemática se complementa con que la entidad de custodia raramente será un miembro de la comunidad donde está situada la finca, de manera que puede desconocer las necesidades de vivienda de la zona o la necesidad para aquella comunidad de talar el bosque⁵⁶. Pues bien, para poder adaptar un *easement* perpetuo a la realidad de cada tiempo, en Estados Unidos utilizan la modificación o terminación consensual (entre el titular de la finca gravada y el titular del *easement*)⁵⁷ y, en ausencia de acuerdo, la aplicación de la doctrina *cy-près* (una especie de cláusula *rebus sic stantibus* implícita⁵⁸) de manera que un Juez puede acordar la terminación del *easement* o la alteración del uso sobre la finca si las condiciones han cambiado sensiblemente (ej. que sea imposible, sin alterar nada, conseguir el objetivo que marcó el aportante)⁵⁹.

2. Los instrumentos y los mecanismos jurídicos adecuados para realizar aportaciones *mortis causa* a las entidades de custodia del territorio

A continuación, y siguiendo la normativa del Código Civil de Cataluña para el derecho de sucesiones, veremos cuáles son los instrumentos jurídicos más relevantes a la hora de estructurar una contribución *mortis causa* para una entidad de custodia.

contentious..., p. 43, el *attorney general* debe ser el encargado de controlar los *breach of trust* de las entidades de custodia (que no se dedican a su finalidad fundacional) y quien, en defecto de actuación de éstas, debe controlar el cumplimiento del *easement*.

⁵⁴ FRENCH, Susan F., *Perpetual trusts, conservaron servitudes, and the problema of the future*, "Research Paper No. 05-36", University of California, Los Angeles Law School, p. 2.

⁵⁵ McLAUGHLIN, Nancy A., *Conservation easements: perpetuity and beyond*, "Ecology Law Quarterly", vol. 34, pp. 673 a 712, quien recomienda limitar los incentivos a los *easements* perpetuos y toma en consideración utilizarlos limitados temporalmente. Ver también MAHONEY, Julia D., *Perpetual restrictions on land and the problem of the future*, "Law and Economics Research Papers", Working Paper 1-06, diciembre 2001, University of Virginia School of Law, p. 6, quien destaca que mientras las leyes medioambientales pueden ir cambiando los *conservation easements* se quedan inmóviles, pudiendo causar desajustes con las diferentes realidades sociales con el paso del tiempo. La autora critica que estos problemas futuros están incluso subvencionados por el gobierno actual mediante incentivos fiscales.

⁵⁶ FRENCH, *Perpetual trusts...*, pp. 5 y 6.

⁵⁷ *Vid. infra.* para Cataluña, donde es posible una redención unilateral del propietario pasados 20 años desde la constitución (art. 563-3.1 CCC).

⁵⁸ Para los requisitos de esta cláusula en España, ver STS 25-1-2007 (RJ 2007\592).

⁵⁹ FRENCH, *Perpetual trusts...*, pp. 7 a 10, quién además se cuestiona hasta qué punto la intención (ej. Que la finca se mantenga como está hoy) del constituyente debe tenerse en cuenta pasados muchos años, más cuando la finca haya perdido todo interés conservacionista.

No existen disposiciones *ad hoc* para los instrumentos *mortis causa* de custodia del territorio, de manera que nuestra intención es analizar las disposiciones generales sobre los instrumentos más relevantes en clave de custodia del territorio, atendiendo a las funciones que realizan las entidades de custodia y a los derechos y bienes que necesitan se les atribuyan para desempeñar su función, según lo que hemos explicado hasta este momento.

2.1. Los legados de custodia

2.1.1. Características especiales del legado de custodia en relación a las disposiciones *inter vivos*

En las disposiciones de custodia *mortis causa* y, en particular, en los legados, cobran especial relevancia las siguientes cuestiones:

a) Aseguramiento del **destino** de los bienes dados en custodia. Dado el carácter formal del testamento y demás instrumentos hereditarios (a diferencia, por ejemplo, de las donaciones de bienes muebles), es imprescindible que tanto el legado en sí como el testamento u otro instrumento que lo contenga (ej. codicilo) cumplan los requisitos formales y demás legales establecidos (ej. forma de los diferentes tipos de testamentos; respeto de las legítimas, etc.). Para ello es conveniente que el causante se asesore adecuadamente con un Notario para hacer las estipulaciones correctamente, evitando problemas y conflictos futuros.

b) Protección de los **intereses de herederos y legatarios**. No hay problema en constituir el legado condicionado a la no supervivencia de cónyuge/pareja de hecho e hijos o bien condicionado a que se hayan satisfecho por completo sus necesidades⁶⁰.

c) La **motivación** para hacer el legado:

- El causante debe tener la certeza de que su legado será utilizado para la finalidad que él determine o la que determine la entidad de custodia.

- El causante puede retener el dominio de los bienes o capital que quiere dar en legado hasta que fallezca.

- La herencia del causante podría beneficiarse fiscalmente⁶¹.

- La cuantía (mayor o menor) y la forma de participación (suma en metálico, legado de acciones, fincas, bienes muebles, un porcentaje en la herencia, etc.) en la custodia del territorio mediante legado queda abierta a todo el mundo.

d) Es posible establecer un **albacea** que se encargue de ir realizando los pagos a la entidad de custodia, de manera que haya un mayor aseguramiento del destino de los bienes dados en legado⁶².

⁶⁰ *Vid. infra*. más información al respecto de esta posibilidad, de acuerdo con el CCC.

⁶¹ *Vid. supr.*

⁶² *Vid. infra.*

Un aspecto importante a tener en cuenta de los legados de custodia son los **beneficios** que puede acarrear para la colectividad:

a) Según la experiencia angloamericana, los legados de custodia suelen ser **más generosos** que las contribuciones *inter vivos*, precisamente porque el causante ha podido disfrutar de los bienes en vida y con ellos cubrir sus necesidades, desprendiéndose de ellos al morir.

b) A diferencia de lo que sucede en las donaciones, en las que se requieren causas lícitas para **revocarlas** (art. 531-15 CCC) además de haber provocado efectos legales que pueden haber causado distorsión tanto al donante como al donatario (ej. el donante ha visto cómo por ejemplo, la entidad de custodia ha obrado con ingratitud con él o su familia; el donatario, por su parte, puede haber hecho ya inversiones en la finca, que perderá o deberán ser separadas o compensadas de algún modo, a ver qué sucede con los frutos, etc., arts. 522-2 a 522-5 CCC), en los legados **no es necesario causa** y pueden quedar invalidados, sin haber producido efecto jurídico alguno aún, otorgando un testamento posterior o simplemente enajenando el bien (art. 427-37 CCC). Esto es especialmente importante si tenemos en cuenta los diversos estadios vitales: a medida que el otorgante va cumpliendo objetivos vitales (ej. mayoría de edad de los hijos, su propia jubilación) puede estar más motivado para otorgar el legado o, al contrario, cuando aparece algún revés económico (ej. enfermedad, pérdida de trabajo) puede arrepentirse de ello; de este modo, los legados pueden irse otorgando o retirando según sean sus reales necesidades del causante en cada momento, sin mayores complicaciones ni civiles (ej. liquidaciones de situaciones posesorias, indemnizaciones por daños y perjuicios, etc.) ni fiscales tanto para él como para quien lo recibe.

c) La institución del legado permite un **amplio margen de actuación**, porque puede incluirse en ellos prácticamente cualquier disposición a favor de la entidad de custodia.

d) La mayoría de legados pueden **ponerse en uso inmediatamente** a partir de la muerte del causante, mientras que las aportaciones en vida pueden estar condicionadas o restringidas a usos o derechos reservados para el aportante.

e) La entidad de custodia puede **planificar** a medio y largo plazo que recibirá un legado, reajustando para ello sus proyectos o expectativas, si el aportante se lo comunica y no cambia posteriormente el testamento.

f) Como se ha indicado en el punto 1.5, las entidades de custodia están bonificadas **fiscalmente**, también al recibir legados y otras disposiciones gratuitas *mortis causa*, aunque dicha bonificación debería incrementarse.

g) Debe prestarse especial atención en que no pueda considerarse el otorgamiento del legado como consecuencia de un **dolo** inspirado por la entidad beneficiada con el mismo, porque podría revocarse judicialmente por acción de los interesados, como herederos o legitimarios (art. 1265 CC). Del mismo modo, los

legados pueden quedar **reducidos o extinguidos** si exceden lo que el heredero encargado de cumplirlos recibe en la herencia (art. 427-39 CCC). Igualmente, el heredero puede reducir los legados si su ordenación no le deja la cuarta parte del

activo hereditario líquido, que es la cuarta falcidia o **cuota hereditaria mínima** (art. 427-40 CCC).

h) Si **no acaba apareciendo** el legado en el testamento, éste no podrá demandarse por la entidad beneficiada por mucho que el causante se lo comentase en vida. No obstante, si el causante comentó con los herederos su interés en hacerlo y el legado no apareciese en el testamento por causas ajenas a la voluntad del causante (ej. muertes súbita), los herederos podrían ser sensibles y donar (art. 531-7 CCC) la parte de la herencia que el causante había pensado en legar.

2.1.2. Naturaleza jurídica y constitución

Los legados pueden constituirse tanto en testamento (art. 421-2 CCC), como en codicilo, como en memoria testamentaria (art. 427-1 CCC) y tiene una triple naturaleza, dependiendo de con quién se relacionan. Así, para el causante es una atribución patrimonial voluntaria, para el favorecido por el legado es un título adquisitivo y para la persona al que se impone (ej. el heredero) es un gravamen de su adquisición *mortis causa* (art. 411-9.4 CCC)⁶³.

Sus características son las siguientes:

- Puede ser instituido a favor de una entidad de custodia determinada o determinable por un acontecimiento futuro y razonablemente posible expresado por el causante (art. 427-2 CCC). Del mismo modo puede dejar que sea el heredero o un tercero quien designe a la entidad que cumpla determinados requisitos o dejarles a escoger a la más adecuada entre un grupo que el causante proponga (art. 427-3 y art. 426-11 CCC, este último para cómo y cuándo debe realizarse la elección). Así, una descripción genérica al estilo de “lego la finca X a favor de una entidad sin ánimo de lucro que tenga entre sus fines la custodia de fincas para la preservación de su espacio natural, flora y fauna/restos de interés histórico, cultural o etnológico, que desarrolle sus actividades principalmente en la zona donde ésta está sita, que la restaure y realice las actuaciones necesarias para que sea accesible por la colectividad y que se comprometa a tal preservación por 99 años” sería admisible. Ello puede ser interesante si el causante tiene claro que quiere dar la finca en custodia pero no ha podido averiguar con certeza qué entidad sería la más adecuada para llevar a cabo su deseo.

- Dado que pueden existir co-legatarios (ej. diversas entidades de custodia beneficiadas por un legado, p. ej. porque el causante consideró que la finca era demasiado extensa o la tarea demasiado árdua para una sola de ellas), se presume, si el causante no expresa otra cosa, que les corresponde el legado a partes iguales, aunque también puede dejar determinar las proporciones a los encargados de cumplir el legado o a terceros (art. 427-24 CCC).

⁶³ MARSAL GUILLAMET, Joan, *Els llegats*, en Ferran Badosa Coll (Dir.), Manual de Dret Civil català, Madrid y Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, p. 707.

- En el caso en que el causante haya nombrado legataria a una entidad de custodia que, al a muerte de éste, hubiese desaparecido o no quisiese el legado, el efecto natural es que el legado no es eficaz. No obstante, el art. 427-6 CCC prevé la posibilidad de que el causante prevea la sustitución vulgar del legatario (designando a otra entidad de custodia para tal acontecimiento), de manera que la delación del legado se entendería hecha al sustituto (art. 425-1 CCC). Es un modo que tiene el causante para asegurarse que aunque la entidad de custodia que ha designado no exista cuando él muera, puede nombrar a otra (más estable o históricamente consolidada) que ocupe su lugar.

- La cosa legada debe entregarse en el mismo estado en que estaba en el momento de la muerte del causante (de manera que la norma general es que el heredero o persona obligada deben cuidar de la cosa, siendo por ello responsable), aunque en los legados con eficacia real⁶⁴ la pérdida o deterioro de la cosa la sufre el legatario, a no ser que el obligado a cumplirlo haya incurrido en culpa o mora (art. 427-19 CCC).

- Mientras el art. 427-20 CCC recoge el régimen de los frutos, el art. 427-21 CCC establece las reglas para determinar la extensión de los legados, es decir, a qué alcanzan. Prevé disposiciones expresas sobre fincas y viviendas.

- Las causas de revocación, ya revisadas más arriba, se encuentran detalladas en el art. 427-37 CCC. Una causa especialmente relevante para la custodia es la del apartado 3 c) de dicho precepto, cuando se refiere a que si una finca es sustituida por razón de una actuación urbanística o de concentración parcelaria hecha después de la ordenación del legado por otra resultante, el legado será la resultante pero los gastos de urbanización pendientes irán a cargo del legatario.

- Los legados se extinguen por las causas del art. 427-38 CCC, debiéndose destacar el supuesto de que la cosa quede fuera del comercio (ej. en caso de finca, si es expropiada), siempre que ello suceda antes de la delación sin culpa de la persona gravada con su cumplimiento.

Las fases de la constitución de un legado son las siguientes:

- Los gravados con los legados pueden ser los herederos, los legatarios, los fideicomisarios, los donatarios de donaciones *mortis causa* y cualquier otro que resulte beneficiado por una atribución patrimonial de la herencia, incluyendo terceros bajo ciertas circunstancias (art. 427-7 CCC). A lo largo de este trabajo hemos tomado al “heredero” por el conjunto de personas que pueden resultar gravadas con el cumplimiento de los legados. El art. 427-8 CCC marca las reglas sobre qué sucede cuando son varios los gravados.

- La delación y la aceptación o repudiación. Por la muerte del causante se abre la sucesión y la delación de los legados. Por la delación se defieren o traspasan los

64 *Vid. infra.*

legados al legatario (art. 427-14.1 CCC), teniendo la aceptación de éste sólo un efecto de consolidación de su adquisición ya realizada (art. 427-16.1 CCC; si lo repudia, el legado se vuelve a confundir con la herencia). El efecto de la delación real es la adquisición de la propiedad o del derecho real transmitido por parte del legatario (eficacia real del legado) y el de la obligacional la conversión del legatario en acreedor del heredero, quien queda obligado a dar, hacer o no hacer algo por aquél (eficacia obligacional del legado) (art. 427-10 CCC).

- Se ha indicado que la delación se produce automáticamente por la muerte del causante (art. 427-14.1 CCC). No obstante, el legado puede ser condicionado o sometido a término (art. 427-11 CCC), tanto suspensivos (arts. 427-12 y 427-14.2 CCC) como resolutorios (art. 427-13 CCC). Ello dota de mucha flexibilidad a los legados, en tanto que el causante puede prever que sus herederos o viudo/a puedan tener necesidades a cubrir, antes de que la finca quede en custodia.

De esta forma, puede señalarse un plazo antes del cual el bien o el derecho no pasará a la entidad de custodia (ej. hasta que su hijo sea mayor de edad, hasta que el viudo/a muera, hasta que el hijo adquiera su propia vivienda, etc.) o, en cambio, un plazo durante el cual la entidad de custodia adquiera los bienes y los derechos, perdiéndolos después (ej. la finca será custodiada por 20 años, hasta la mayoría de edad del hijo del causante, etc.). Lo mismo sucede con las condiciones suspensivas (ej. la delación del legado no tendrá lugar hasta que se hayan cubierto X necesidades de hijo o viuda, hasta que el hijo menor lleve vida independiente, etc.) o resolutorias (ej. la entidad de custodia recibe la cosa o el derecho mientras no se evidencie una importante necesidad de los hijos del causante, de la viuda/o, mientras no nazca el niño que se prevé -momento en el cual el legado se termina y la cosa o derecho vuelve al heredero-, etc.). La regulación de cada uno de ellos es la siguiente:

* Los arts. 423-14.2, 423-15 a 423-19 y 423-13.2 CCC tratan sobre algunos tipos particulares de condiciones (ej. condición de no impugnar el testamento) y términos, que son aplicables para los legados condicionados o sometidos a término (art. 427-11.2 CCC)

* Sobre las condiciones suspensivas debe señalarse que el legado no es eficaz si no se cumple la condición o si el legatario se extingue cuando está pendiente su cumplimiento (sin perjuicio de la posible sustitución vulgar) (art. 427-12.1 CCC). Cumplida la condición, sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante, pero no puede exigirse ni frutos ni rentas anteriores (art. 427-15.3 CCC).

* El plazo suspensivo solamente retarda los efectos del legado, pero el legatario ya lo es desde la delación (art. 427-12.2 CCC). El heredero o encargado de cumplir el legado puede acortar el plazo, a no ser que el que se estableció beneficie al legatario (art. 427-12.3 CCC).

* Mientras no se cumpla la condición suspensiva o llegue el plazo la persona gravada hace suyos los frutos y rentas que produzca el legado (art. 427-12.3 CCC), de manera que puede servir para el sustento de los hijos o viudo/a del causante.

* Mediante el legado adquirido con término o condición resolutorios, el legatario adquiere las cosas o los derechos gravados con el gravamen resolutorio, de manera que el legatario es propietario o titular de los mismos y recibe frutos mientras no llegue

el plazo o se cumpla la condición, debe prestar garantía y tiene sobre ellos el mismo poder que el fiduciario en la sustituciones fideicomisarias (art. 427-13 CCC).

- Una vez aceptado el legado, el obligado a cumplirlo debe entregar la cosa (si el legado tiene eficacia real) o cumplir la obligación (si tiene eficacia obligacional) (art. 427-18 CCC). Si se negare a hacer el primero, el legatario podría interponer una acción posesoria de recobrar (art. 250.1.4 LEC) o, para más seguridad (dado que en el juicio posesorio no puede discutirse el dominio), una acción reivindicatoria (art. 544-1 CCC) (art. 427-22.2 CCC), pero no puede tomar la posesión por él mismo (art. 427-22.3 CCC; sí lo puede hacer en algunas circunstancias, detalladas en el art. 427-22.4 CCC). Respecto a la segunda, podrá exigirle el cumplimiento de la obligación de dar (ej. la finca o derecho real sobre ella; art. 1096 CC y 427-22.5 CCC, aunque éste matiza que no podrá exigirlo hasta que el heredero gravado con su cumplimiento no acepte la herencia, a lo que podrá poner plazo un Juez a instancias del legatario, en base al art. 461-12.2 CCC) más, en su caso, daños y perjuicios (art. 1101 CC). En relación a los legados litigiosos no anotables en el Registro de la Propiedad, el legatario puede exigir al heredero gravado que preste garantía para asegurarse, así, su cumplimiento (art. 427-23 CCC). Si el legatario está a su vez gravado con un legado (sub-legado) sólo deberá cumplirlo cuando perciba el suyo (art. 427-18.2 CCC). Una utilidad para el **sub-legado** en el contexto de la custodia del territorio sería el del art. 427-30.1 CCC (legado de alimentos), por el cual se legaría una finca a la entidad de custodia pero se gravaría a ésta con la obligación de un legado de alimentos a favor de los hijos o viudo/a del causante que comprendería su mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y educación.

Los gastos de cumplimiento son a cargo del obligado a cumplirlo, mientras que los de su formalización son a cargo del legatario (art. 427-18.2 CCC).

2.1.3. Tipos de legados de custodia

A efectos del legado de custodia, y según se ha indicado más arriba, dependiendo de qué es lo que el causante quiera atribuir a la entidad de custodia y teniendo en cuenta el carácter formalista de las disposiciones *mortis causa*, deberán atenderse a las reglas específicas que han quedado más matizadas en el actual CCC que en el derogado CS.

En primer lugar, el art. 427-9.1 CCC deja claro que puede ser objeto de legado todo aquello que pueda atribuir al legatario un beneficio patrimonial y no sea contrario a la ley. El objeto del legado debe ser determinado (ej. lego mi finca inscrita en el Registro con el núm. X) o determinable (ej. lego mi finca situada en la Cerdanya que tiene mayor extensión). La determinación del legado puede quedar al arbitrio de un tercero, si así lo indica el causante (arts. 427-9.2 y 4 CCC). El CCC recoge, además de los que destacamos a continuación, una serie de tipos de legado que no tienen, atendiendo a lo explicado hasta el momento, un interés especial para la custodia *mortis causa* del territorio, como son el legado de cosa ajena (art. 427-24 CCC), el legado alternativo (art. 427-25 CCC), el legado de cosa genérica (art. 427-26 CCC), el

de cosa gravada (art. 427-28 CCC), el de universalidad (art. 427-29 CCC), el de crédito y deuda (art. 427-31 CCC), el de usufructo universal (art. 427-34 CCC), el de usufructo sucesivo (art. 427-35 CCC) y el de parte alícuota (art. 427-36 CCC).

a) Respecto al legado de bienes inmuebles o de derechos de bienes inmuebles.

a1. El legado de inmuebles.

El legado de una finca comprende a todas sus construcciones, aunque se hicieren después de haberse ordenado, extendiéndose a aquellos terrenos con los que forme una unidad funcional o económica (art. 427-21.2 CCC). Si se trata de una vivienda, comprende la ropa, el mobiliario y todo lo que comprenda su ajuar en el momento de la muerte del causante, pero no los bienes que tengan un valor extraordinario (art. 427-21.3 CCC; ver también el art. 35 CF). Como el resto de legados, puede hacerse con eficacia real (el causante atribuye directamente la finca al legatario) u obligacional (se impone una obligación al heredero de dar la finca a la entidad de custodia, aunque igualmente se entiende directamente adquirida por el causante, art. 427-10 CCC). La entidad de custodia debe tener la precaución de, una vez el heredero cumple con el legado, inscribir la finca en el Registro de la Propiedad para evitar que disposiciones ulteriores de la misma puedan afectarle (arts. 32 y 34 LH) además de, naturalmente, utilizar y gestionar la finca en beneficio de la colectividad, según los deseos del causante y de sus propios fines.

a2. El legado de derechos sobre inmuebles

En este sentido, es posible establecer tanto gravámenes de uso y goce sobre la finca que se pretende custodiar, como articularlo en forma de derechos reales de aprovechamiento parcial, tanto positivo como negativo.

En el legado de constitución de un derecho real (art. 427-32 CCC), el causante puede optar por no constituir él mismo directamente el derecho real limitado sobre la finca que atribuye al heredero (ej. por falta de experticia, etc.) y ordenar a éste -se le puede requerir a ello en base al art. 427-32 CCC- que grave la finca con un derecho real limitado a favor de la entidad de custodia (en el primer caso sería un legado de eficacia real, en el segundo, de eficacia obligacional, aunque en este último caso se entiende que ha adquirido igualmente directamente del causante, art. 427-10 CCC). El art. 427-32 CCC da simplemente una idea del nivel de diligencia que debe tener el heredero en constituirlo y señala que “debe hacer los actos necesarios para constituirlo”, siendo exigible por parte del legatario la adecuada diligencia (en relación al tiempo, medios empleados, tipo de dificultades, etc.) en su constitución.

Destacamos, a continuación, los derechos reales más comúnmente relacionados con la custodia del territorio:

- El legado de un derecho real de **aprovechamiento parcial activo** (art. 563-2.2 CCC) no tiene particularidad específica en el Libro IV CCC. Además su aceptación y su aplicación para la custodia del territorio es incuestionable puesto que está previsto expresamente en el art. 563-1 CCC. Este calificativo de “activo” se obtiene de que una entidad de custodia puede gestionar y obtener los aprovechamientos forestales “a cambio” (tomado literalmente del precepto) de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o conservar la fauna y el ecosistema.

Es decir, requiere una actividad por parte de la entidad de custodia como contraprestación del aprovechamiento parcial que se le otorga.

Es un auténtico derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad a favor de la entidad de custodia (RRDGRN 24-11-2003 y 5-12-2002), que además da un derecho de adquisición preferente a la entidad de custodia si el heredero propietario pretende desprenderse de la finca (art. 563-4 CCC). No obstante, la configuración del derecho real de aprovechamiento parcial en el CCC tiene una serie de limitaciones que pueden reducir sensiblemente su utilidad en el ámbito de la custodia del territorio:

* Su duración máxima es de 99 años (art. 563-2.4 CCC; este es el tope que puede estipular el causante) y si el causante no especifica su duración en el legado, su duración quedará limitada a 30 años (art. 563-2.3 CCC). A pesar de que parezca mucho tiempo, el hecho es que la custodia sobre las fincas tiende a la perpetuidad de su estado, lo que no está permitido por el CCC, aunque sí lo está para los censos (art. 565-1.1 CCC). No obstante, como ya hemos apuntado, los autores en derecho comparado destacan las dificultades que presenta un gravamen perpetuo para una adecuada custodia del territorio⁶⁵.

* Atendiendo al art. 563-3.1 CCC el derecho de aprovechamiento parcial es redimible unilateralmente por parte del propietario de la finca transcurridos 20 años desde su constitución, capitalizando la compensación que se otorgará al titular del derecho. Ello pone en riesgo el destino que pretendía el causante que tuviese la finca, dado que los herederos podrán redimir el derecho de aprovechamiento antes de lo que el causante habría querido (ej. Si instituyó la custodia por 99 años).

* Sin embargo, atendiendo al art. 563-3.2 CCC se puede pactar la no redención por el plazo de la vida del actual titular del derecho y por la generación siguiente como máximo. El primer problema que presenta la aplicación de este precepto a la custodia del territorio es que el titular de ese derecho será la entidad de custodia (una persona jurídica) de manera que difícilmente puede atenderse al límite temporal de la presente generación y de la siguiente, debiéndose buscar por analogía otra solución, como la del art. 561-3.4 CCC. El segundo problema está relacionado con el pacto: hace falta la voluntad del heredero de pactar la no redención, a lo que difícilmente accederá si no le mueven los mismos intereses que el causante, además de poder vislumbrar que va a necesitar la finca en un futuro.

- Alguna duda puede plantear, en consecuencia, si se puede admitir el legado de **aprovechamiento parcial negativo**, es decir, que el causante grave la finca que se atribuya al heredero privándole de todo derecho y facultad que pueda implicar el *status quo* del paraje, finca rústica, ruinas, etc. Es decir, que la entidad de custodia, aunque recibiese los derechos y facultades que se le retiran al heredero, tomase un rol pasivo con la idea de que la finca se preserve así “para siempre” por sí sola. En este caso, podría entenderse que el causante ha ordenado un auto-gravamen de la finca, pues la entidad de custodia no los ejerce, lo que en principio parecería no entrar en la literalidad del art. 563-1 CCC que utiliza a expresión “a canvi”, es decir, espera que la entidad de custodia haga algo a cambio de dichos derechos y facultades que se le atribuyen. Ello puede solucionarse por dos vías. Primero, entendiendo que la vía para la conservación más adecuada de aquel terreno de interés es el no hacer nada, mantenerlo inalterado, de manera que el art. 563-1 CCC ya se cumple. O bien entendiendo que a la entidad de custodia sólo se le encarga

⁶⁵ *Vid. supr.*

contractualmente la custodia y que se trata de una autolimitació al heredero impuesta por el causante; esta, aunque podría discutirse su validez, estaría en consonancia no sólo con el art. 545-4 CCC que permite que los propietarios limiten su derecho de propiedad como crean conveniente⁶⁶ sino también con otros ejemplos puntuales de autogravamen del propietario como los arts. 566-3 (servidumbre sobre finca propia) y 561-16.1 c) CCC. En cualquier caso, este legado de aprovechamiento parcial negativo funcionaría igual que el positivo, con las limitaciones de éste, ajustándose a su naturaleza.

- Los legados de **otros derechos reales limitados**, como el de usufructo o el de derecho de superficie no plantean especialidades más allá de la propia naturaleza de estos derechos, en concreto, la atribución de la posesión a la entidad de custodia que puede asegurarse, así, de que el nuevo titular de la finca no la alterará en perjuicio de su conservación.

De este modo, por ejemplo, con la atribución del derecho de superficie a la entidad de custodia se puede conseguir que el propietario no sobreedifique sobre el terreno (art. 564-1 CCC). Del mismo modo con la atribución a la entidad de custodia del usufructo de bosques se asegura el causante que no se talarán los bosques de la finca (art. 561-26 CCC).

b) Respecto al legado de dinero

El art. 427-27 CCC especifica que si el legado consiste en “todo el dinero que el causante deje al morir” se entiende que incluye tanto el efectivo del que disponía en aquél momento, como todo el dinero a la vista y a plazo depositado en entidades financieras.

Si, en cambio, el legado consiste en “los activos depositados en una determinada entidad”, se entiende que incluye no sólo los depósitos de dinero sino “todos los activos inmediatamente liquidables que pertenecen al causante al abrirse la sucesión, excepto las acciones que coticen en mercados secundarios oficiales de valores”. Una lectura apriorística no aclara por qué se han excluido las acciones y sólo las acciones. Primero, que lo que son propiamente valores negociables no están “depositados en una determinada entidad” y, segundo, que no se entiende por qué se ha diferenciado el trato a las acciones, en relación a las participaciones en las SRL, las obligaciones emitidas por SA, u otros valores emitidos por la propia entidad (ej. Cédulas hipotecarias), por otras entidades de crédito o no (ej. bonos de titulización hipotecaria, futuros, etc.) o por el Estado (deuda pública). Si el legado se refiere a “activos depositados” deberá atenderse únicamente a los que estén efectivamente bajo la custodia en depósito por la entidad de crédito.

El art. 427-27.3 CCC señala que si el causante dispone del dinero o de los activos incluido en el legado después de haberlo ordenado y los ha convertido en otros valores o modalidades de ahorro, se entenderá que el legado lo comprenden estos nuevos valores o las nuevas cuentas, a no ser que haya expresado su intención en contra o se pueda deducir del testamento.

⁶⁶ Bien puede ser un reflejo del principio de que “quien puede lo más, puede lo menos”, en el sentido de que si el propietario puede enajenar su finca y disponer de ella como le convenga (con los límites constitucionales y legales correspondientes, naturalmente), también puede gravarla por sí mismo.

c) Respecto al legado de acciones o de participaciones sociales

El art. 427-33 CCC prevé el denominado “legado de acciones y de participaciones sociales” (las primeras, en relación a la LSA 1989 y las segundas respecto a la LSRL 1995). Como especificación o aclaración es que a la entidad de custodia legataria de los valores le corresponde el ejercicio del derecho de voto a partir de la delación aunque los valores aún no le hayan sido entregados por el heredero, siempre que sea propietario conforme a los arts. 427-10 (eficacia real o convencional de los legados) y 427-15 CCC; ello es coherente con que desde la delación el legatario adquiere el dominio de la cosa gravada. Respecto a los rendimientos de los valores, sería de aplicación el art. 427-20.1 CCC, de manera que son del legatario desde la muerte del causante.

d) Respecto al legado de pensiones periódicas.

Previsto en el art. 427-30.2 y 3 CCC permite recibir una cantidad de dinero regularmente a la entidad de custodia. Si no se concreta la cuantía, se entenderá que es la misma que el causante satisfizo al legatario mientras vivió y, si no, se considera como un legado de alimentos (art. 427-30.1 CCC).

2.2. Las disposiciones modales

Los modos gozan por primera vez de una regulación autónoma y diferenciada en el derecho sucesorio de Cataluña.

Tal y como señala el art. 428-1.1 CCC, el modo permite al causante imponer al heredero o al legatario una carga, un destino o una limitación que no atribuye otros derechos que los de exigir su cumplimiento, sin que ello redunde en un provecho directo del que puede demandar, porque si se atribuye algún derecho más o diferente de éste, lo que se está otorgando es un legado u otra disposición patrimonial por causa de muerte (art. 428-1.2 CCC).

En la custodia del territorio, las disposiciones modales pueden desempeñar un papel relevante en aquellos casos en que el causante no quiera sustraer derechos o facultades formalmente de los herederos y dárselas a otros, sino que simplemente quiere asegurarse de que alguien vele por que algo que él considerase importante o interesante de hacerse, se lleve efectivamente a cabo. De esta manera, el causante puede darle en herencia la propiedad completa de una finca a su hijo, sin ninguna privación de derechos o facultades, pero puede imponerle el modo que abra la finca para que esté a disposición del público en general para que pueda acceder y visitarla; y de exigir el cumplimiento del modo se encargará la entidad de custodia, puesto que se trataría de un modo de interés general, para la cual quedan expresamente facultadas las asociaciones y fundaciones interesadas conforme al art. 428-2 e) CCC. Puede verse la lista de todos los que pueden exigir el modo en el art. 428-2 CCC, destacando además de lo antedicho, la letra f) en la cual se preceptúa que el causante

puede prever expresamente qué entidad o quién desea que se encargue de controlar el cumplimiento del modo.

La **ventaja** de la disposición modal sobre el legado es que la finca no queda gravada con ningún derecho real y que el heredero recibe la plena propiedad sobre la finca, lo que puede convertirse en un buen argumento para fomentar la custodia del territorio *mortis causa*. Y al tiempo, se puede asegurar que la finca quedará preservada, encargando la vigilancia de ello a una entidad de custodia. Además, el causante, con la finalidad de conseguir el máximo aseguramiento en el cumplimiento de la disposición modal, puede **exigir garantías**, como facultar a los albaceas para que lo cumplan ellos, compeler al obligado a que preste caución u otra garantía o, incluso, imponerle sanciones (art. 428-4.1 CCC).

Como **duda**, plantear qué eficacia podría tener un modo que limitase el uso o las facultades del heredero-propietario sobre su finca (ej. construir, talar, etc.). No parece extraño el poder aplicar por analogía lo que dispone el art. 428-6 CCC para la prohibiciones de disponer, de manera que dichas disposiciones limitando el uso o lo que se puede y no realizar sobre la finca, deberán estar limitadas temporalmente (hasta 30 años o durante la vida de una persona física determinada), pudiendo un Juez autorizar los usos antes de ese tiempo si sobreviene una causa justa o, incluso, una conmutación o conversión del modo en caso de que éste se pueda cumplir de otra manera o en grado inferior de lo indicado por el causante si es difícil llevarlo a cabo (art. 428- 5.2 CCC; aunque para los modos de interés general, como podría ser el de preservar una finca para la colectividad, no podrá conmutarse sin el acuerdo de los órganos administrativos competentes).

Una **desventaja** respecto del legado es que las entidades de custodia no reciben por el modo ninguna facultad o derecho más que no sea el poder controlar el cumplimiento del modo por parte del heredero para lo que:

- 1) las entidades de custodia deberían poder quedar apercibidas de la existencia del modo, sea a través del propio causante en vida o a través del Notario;
- 2) no disponen de remuneración alguna para conllevar los gastos del control del cumplimiento, a no ser que el causante les dote.

Y por último, una **limitación** que el modo comparte con el resto de disposiciones *mortis causa* y que resulta esencial en toda la temática de custodia del territorio que es la **juridicidad** de los beneficiarios, o sea, de las generaciones presentes por ellas mismas y por las futuras (la colectividad). Es decir, el art. 428-2 CCC no prevé que cualquier ciudadano -que son los auténticos beneficiarios de un modo de custodia del territorio, si se abre la finca con fines pedagógicos o meramente contemplativos, se obliga a acondicionarla, a prestar información, a preservarla tal cual, etc.- pueda exigir ante un tribunal el cumplimiento del modo (art. 24 CE).

Aunque pueda pensarse que ello pueda quedar suplido por las Administraciones Públicas y las entidades de custodia (art. 428-2 e) CCC), ello no es del todo cierto, dado que ambas tienen limitaciones en conocer la existencia del modo y sus términos (problemas de falta o de asimetría de información respecto al heredero-propietario; concepto del *watchful neighbour*) y que las primeras, como hemos visto al inicio de este trabajo, no necesariamente deben velar solamente por los intereses medioambientales.

2.3. El rol de los albaceas

Aunque mencionados a lo largo del presente trabajo, sin poder entrar en más detalles, haremos una referencia a lo que añaden los albaceas a la custodia del territorio mediante disposiciones *mortis causa*.

El art. 429-9 CCC prevé el albaceazgo universal de realización de herencia que permite otorgar al albacea (persona de confianza del causante) amplios poderes en relación a la herencia, entre los que se encuentran el cumplimiento de los legados o exigir el cumplimiento de los modos.

Se configura, por lo tanto, como una garantía más para el causante para que el legado o la disposición modal que previó se cumplan adecuadamente, esta vez bajo la tutela o la supervisión del albacea.

Dichos encargos debe cumplirlos en el plazo fijado en el testamento, el codicilo o en el *heretament* y, de no existir plazo, en un año desde la aceptación del cargo (art. 429-13 CCC).

2.4. Las atribuciones particulares *inter vivos* y las donaciones por causa de muerte

2.4.1. Las atribuciones particulares

Una de las fórmulas que hemos señalado como más interesantes en derecho comparado es la posibilidad de que el aportante decida en vida la atribución de un bien o bienes a una entidad de custodia. Ello, hemos señalado, es beneficioso para la entidad de custodia porque aunque tal atribución no tenga efectos hasta la muerte del aportante, la entidad puede planificarse para incorporar dichos bienes, es decir, puede, si no existe revocación posterior (ej. en caso de atribución particular preventiva del art. 431-29.2 CCC que remite al 431-21 CCC), contar con ellos.

Si bien el CCC no prevé la posibilidad de que se instituyan legados en los pactos sucesorios, sí que prevé la figura de la “atribución particular”. Debemos tener en cuenta que el otro pacto sucesorio, el *heretament* (es decir, el establecimiento contractual de heredero) está limitado subjetivamente al cónyuge, pareja y determinados familiares (arts. 431-2 CCC) -entendemos que para evitar influencias negativas y maquinaciones de terceros para que se les instituya herederos en vida- de manera que no puede desarrollar un rol en la custodia del territorio, al menos directamente (ej. dejando toda la herencia a una fundación creada ad hoc por el disponente).

Pero el art. 431-29.1 CCC permite que puedan realizarse “atribuciones particulares” mediante pacto *inter vivos* a terceros, que tendrían las siguientes características:

a) Los bienes los puede adquirir el atribuido en el momento de la muerte del disponente, aunque el heredero no acepte la herencia, y puede tomar posesión de los

mismos por sí mismo (art. 431-30.4 CCC). Si lo adquiere en vida se convierte en donación (art. 431-29.3 CCC).

b) Los bienes que han sido objeto de atribución particular no pueden ser dispuestos por el otorgante sin el consentimiento del beneficiado (art. 431-30.1 CCC). Si lo hiciese, la consecuencia que prevé el art. 431-30.1 CCC no es la nulidad ni la anulabilidad del acto sino la posibilidad de exigir al heredero el valor del bien dispuesto.

c) Si el bien atribuido se destruyese o deteriorase por culpa del otorgante del mismo, el beneficiado podrá exigir el valor del bien al heredero o, si éste puede restaurarlo, podrá exigir su aceptación.

d) Si la entidad beneficiada se extinguiere antes de recibir el bien, la atribución particular pasa a ser ineficaz (arts. 431-24.1 y 431-30.3 CCC).

e) A las reglas de las atribuciones particulares se les aplican las de los legados en aquello que esté conforme según su naturaleza.

2.4.2. Las donaciones por causa de muerte

Son las disposiciones gratuitas realizadas por el donante, condicionadas a su muerte pero ofrecidas en vida por el donante y aceptadas en vida por el donatario (entidad de custodia) (art. 432-1 CCC). Éstas son algunas de sus características principales:

a) No pueden tener carácter universal (art. 432-2 CC).

b) A la muerte del donante, el donatario hace suyos los bienes, sin necesidad de que el heredero acepte la herencia y puede tomar posesión de los mismos sin tener que esperar a que se les ofrezcan (art. 432-4 CCC).

c) Las causa de ineficacia de la donación por causa de muerte se encuentran en el art. 432-5 CCC, pero de ellas se desprende una mayor incertidumbre para el donatario que en las atribuciones patrimoniales, en tanto que, como dice el art. 432-1 CCC el donante no queda personalmente vinculado a su cumplimiento, de manera que las puede revocar de manera fehaciente y expresa en cualquier momento durante su vida (por escritura pública, testamento o codicilo posteriores), así como también si el donante lega los bienes donados o dispone de ellos (a ello no se puede oponer el donatario), si otorga *heretament* posterior, si el donatario premuere al donante o si el donante no muere en la circunstancia de peligro inminente determinante de la donación.

3. Estructurando un legado de custodia en Cataluña

Cronològicament ordenados, deberían atenderse especialmente las siguientes cuestiones, teniendo en cuenta lo que hemos desarrollado hasta ahora:

1. **Concienciación** de la importancia de la tarea social que realizan las entidades de custodia.

Para ello, los propietarios y posibles aportantes económicos deben ver la importancia y la necesidad de la protección jurídico-privada del territorio, compatible o coordinada con la que realizan los poderes públicos (y, de hecho, dependientes de éstos, por sus planes urbanísticos y potestad expropiatoria, que pueden destruir fincas en custodia), que deben entender que es insuficiente. Para ello debe realizarse una gestión profesional de los recursos económicos de los que disponen estas entidades (privados y públicos) y planificar adecuadamente los objetivos que se persiguen y cómo se pretenden conseguir los recursos. Todo ello deben transmitirlo adecuadamente a los posibles aportantes, manteniéndolos informados, con la máxima transparencia y profesionalidad, además de los necesarios reconocimientos que deban dispensarse (ej. en el Reino Unido es común que los bancos en los parques, jardines botánicos, fincas custodiadas, etc. tengan una pequeña placa con el nombre del benefactor o su familia).

2. Junto a todo ello, se les debe proveer de la máxima **información**, mediante guías publicadas, internet, etc. de la posibilidad de la que disponen de hacer una disposición *mortis causa* de custodia. Allí se le deben destacar las ventajas e inconvenientes que tiene realizar dichas aportaciones y cómo deben hacerlo. En esa información debe incluirse el tratamiento tributario de sus acciones. Del mismo modo, los causantes deberían conocer qué se ajusta más a sus intereses: si una aportación inter vivos (con el riesgo de despatrimonialización⁶⁷) o una *mortis causa* (donde pueden hacer aportaciones más cuantiosas) y sus consecuencias tributarias. Para todo ello sería conveniente recabar la colaboración de profesionales del Derecho (ej. Notarios, asesores jurídicos de las entidades de custodia) que pudiesen explicar todos los detalles a los posibles interesados.

El **asesoramiento jurídico** a la hora de estructurar un instrumento tan formalista como es el testamento es esencial para evitar posteriormente reducciones de legados por incumplimiento de legítimas (art. 451-22 CCC), reducción por ser excesivos respecto a lo que ha recibido el heredero (art. 427-39 CCC), posibles impugnaciones por terceros que se creen con derecho (ej. el causante dispone en vida de un bien que había donado por causa de muerte en custodia; art. 432-1 CCC), etc.; en el testamento, además, la entidad de custodia beneficiaria debe quedar perfectamente identificada, con todos sus datos y el CIF. Dadas estas complejidades, es más recomendable que se acuda al Notario para realizar un **testamento abierto** (art. 421-13 CCC) que cualquier otra forma de testamento, porque aquél puede servir de guía y corregir posibles defectos. A parte de todo ello, otro tipo de información necesaria para el causante es que

⁶⁷ FRENCH, *Perpetual trusts...*, p. 6 explica el caso de una familia que dio en vida una servidumbre de custodia perpetua a la City of Encinitas (EEUU), requiriéndole que conservase el terreno como para uso agrícola; pero la familia recibió permisos de construcción sobre dicho terreno y pidió la revocación porque el precio del suelo en aquella zona se había multiplicado

por 3,4 pero la revocación fue rechazada por la mayoría de los ciudadanos de la villa, de manera que la tierra se conservó a pesar de la voluntad de la familia. En Cataluña, no obstante, hemos visto, primero, que el derecho real de aprovechamiento parcial no puede ser perpetuo y puede ser revocable por el titular de la finca gravada.

conozca con la máxima transparencia lo que realizan cada una de las **entidades de custodia**, sus actividades y logros, sus mecanismo de calidad (ej. ISO) y su capacidad en la gestión, etc.; es bueno, también, que presenten una lista de prioridades (cuantificadas económicamente y planificadas) en las cuales se van a invertir los legados recibidos (así, incluso, el causante puede verse motivado en especificar el destino de su aportación económica). El causante debería también implicar en todo este proceso, en la medida de lo posible, a la **familia** y su entorno; cuanto menos sorprendente les resulte esta decisión, más cómodos estarán con ella y en su cumplimiento (de modos, legados, etc.).

3. Si finalmente el aportante se decide por estructurar su contribución *mortis causa*, debe valorar **cómo quiere** (si es necesario) **amparar a sus descendientes**, viudo/a y/o demás familiares o terceras personas después de su fallecimiento y qué impacto puede tener en su planificación su aportación a la entidad de custodia. Ello debe conjugarlo con el tipo de contribución en el que había pensado: *grosso modo*, la aportación de una finca a la entidad o un derecho real sobre ella o, por el contrario, una contribución económica en sus diversas formas. De esta forma, tenemos:

a) Si se trata de una finca donde habita la familia y donde prevé que siga habitando tras la muerte del causante, puede constituir un derecho real de aprovechamiento parcial negativo (de manera que la entidad de custodia sólo quedaría legitimada a exigir el cumplimiento de los límites del uso de la finca, pero no tomaría posesión de la misma) o simplemente gravar al heredero con una disposición modal de prohibición de ciertas actividades, dejando su control a la entidad de custodia. En ambos casos, el goce pacífico de la finca por parte de la familia del premuerto está garantizado, siempre que usen la finca según las directrices del causante (lo que les puede ser exigido).

b) Si es una finca donde la familia no va a habitar pero el causante piensa que la familia desea transformarla, perdiendo así su interés medioambiental (lo que él quiere evitar). En este caso se podría dar el dominio al heredero y se le podría conceder a la entidad de custodia un derecho real limitado de carácter posesorio, sea un usufructo, un derecho de superficie o un derecho real de aprovechamiento parcial activo. En todos estos casos, la entidad de custodia podrá tomar posesión de la finca, pudiendo realizar sobre ella las actividades de conservación y custodia que correspondan, evitando de hecho que el heredero pueda transformarla. Además, el heredero no pierde el dominio (la finca sigue siendo de la familia) y se le podría compensar cargando el legado de la entidad de custodia de cualquiera de dichos derechos con un modo que la obligue a pasar alimentos o una renta al heredero. Si éste es el caso, para que la entidad de custodia pueda financiar esta atribución (sin utilizar recursos propios), es recomendable que le pasen un derecho de superficie, mejor que el usufructo o el derecho de aprovechamiento parcial, porque es más fácilmente hipotecable.

c) Si la familia no tiene ningún interés en la finca (es más bien una carga para ellos) pero necesitan un sustento, el causante puede atribuir el pleno dominio de la finca a la entidad de custodia la cual, como sucedía en el caso anterior, podría ser

gravada con un modo de pagar renta periódica o alimentos a los herederos/viudo hasta que éstos lo necesiten o, por ejemplo, hasta el valor de la finca (en este caso, es como si “comprasen” la finca a plazos, pero con beneficio fiscal).

d) Y, por último, si considera que tiene interés en la custodia pero no le importa que sus herederos alteren la finca para conseguir rendimientos económicos (entiende que igual los pueden necesitar o que la finca se revalorizará enormemente) o, simplemente, no tiene fincas, puede contribuir económicamente con la entidad de custodia:

- Aportación dineraria. Además, el causante puede matizarla tanto como quiera de manera que puede condicionar o gravar el legado de manera que el dinero que esté aportando a la entidad de custodia sirva solamente para que ésta pueda adquirir una finca de otro (en la preservación de la cual el causante pudiese tener un interés especial) para que la custodie. Si el causante no tiene un interés particular, puede poner una lista de actuaciones (ej. para reparar nidos, para reconstruir un castillo, etc.).

- Gravar con un modo la adquisición de la finca por parte de los herederos u obligarles a satisfacer un legado por el que satisfagan una renta periódica a una entidad de custodia.

- Constituir una fundación con el resto de bienes para que los gestione adecuadamente, mantengan su unidad (ej. en caso de valiosas colecciones) y pueda ir sacando rendimientos para ir contribuyendo con una o diversas entidades de custodia.

- Dejar un legado a la entidad de custodia consistente en valores negociables o hacerla beneficiaria de un seguro de vida.

En cualquiera de estas situaciones, el causante puede prever, además:

- a) La presencia de un albacea para asegurarse el cumplimiento de legados y modos.

- b) Que los legados (de derechos, bienes, dinero, valores, etc.) para la entidad de custodia se hagan sólo si no le sobreviven cónyuge/pareja e hijos (condición suspensiva); o sólo mientras sus herederos/viudo no lo necesiten (condición resolutoria); o sólo durante un tiempo (término resolutorio); o sólo cuando transcurran los años necesario para que su hijo llegue a la mayoría de edad o ya no necesite alimentos, por ejemplo (término suspensivo).

- c) Que si finalmente el legado consiste en un derecho real de aprovechamiento parcial (activo o pasivo) es muy importante que el causante establezca la duración del mismo (hasta 99 años, art. 563-2.4 CCC) porque de lo contrario regiría el plazo por defecto de 30 años (art. 562- 2.3 CCC), quedando la finca custodiada mucho menos tiempo. Debería evaluarse, además, la validez y el alcance del modo que el causante podría imponer al heredero para que éste renunciase a la redención a la que queda legitimado tras el transcurso de los 20 primeros años (art. 563-3 CCC).

d) Es muy importante, además, que el causante pueda prever la sustitución vulgar de la entidad de custodia legataria –con otra entidad del mismo tipo- para el caso que ésta no existiese (o no pudiese aceptar) cuando él muriese. Si no lo hiciese, la finca no podría quedar en custodia, dado que el legado no podría ser aceptado.

4. Dependiendo de varios factores (oportunidad, tratamiento fiscal, etc.), el causante, debidamente aconsejado, deberá determinar **cuándo** (durante su vida o en testamento) y **cómo** (testamento o codicilo) quiere hacer el legado, instituir el modo, etc. Lo normal es que lo haga en testamento, pero si ya lo tiene hecho y sólo necesita añadir o modificar algún legado o modo, puede hacerlo por codicilo, mucho más sencillo (art. 421-20 CCC). En cualquiera de los casos, es muy recomendable que el causante indique a la entidad de custodia que será beneficiaria de una disposición *mortis causa*, lo que la ayudará a planificarse y a mantener una relación más estrecha con el causante y su familia.

5. Una vez verificada la muerte del causante, la entidad de custodia podrá **reclamar** del gravado (normalmente el heredero) el **cumplimiento** del legado (entrega de la cosa, si tiene eficacia real, o cumplimiento de la obligación, si la tiene sólo obligacional, correspondiéndole las acciones descritas en el punto 2.1.2 a la entidad de custodia si no lo hiciese; arts. 427-18 y 427-22 CCC) o del modo (art. 428-1 CCC), o **tomar por sí la posesión**, sin necesidad de esperar a que le heredero acepte la herencia o a que se lo entregue, del bien donado *mortis causa* (art. 432-4 CCC) o del atribuido particularmente (art. 431-29.3 CCC).

Una vez adquirido, de tratarse de un bien inmueble o de un derecho sobre él, es muy recomendable que la entidad de custodia inscriba a su favor lo adquirido en el Registro de la Propiedad con el máximo detalle (especialmente si se trata de un derecho de aprovechamiento parcial en el que se describen las facultades transmitidas o las limitaciones del uso para el heredero) para evitar futuros conflictos (su contenido debe ser claro y público).

Tras la adquisición, la entidad de custodia debe ser consciente de cumplir los legados con la máxima diligencia y, en su caso, con respeto a la decisión del causante. Así, en los legados activos (usufructo, superficie, derecho real de aprovechamiento parcial activo) se espera de ella una actuación en pos del conservacionismo y una apertura de la finca a la colectividad para su disfrute general; y respecto del legado de derecho real de aprovechamiento parcial pasivo o del modo impuesto sobre el heredero se exigirá de ella un control exhaustivo del heredero/titular de la finca en el cumplimiento de las limitaciones en el uso y facultades sobre la misma (para ello, sería interesante que a parte de las visitas regulares que la entidad de custodia debería hacer a la finca, contase con la complicidad de los dueños de fincas vecinas, haciéndoles participar de las actividades de custodia, abriéndoles la finca, manteniéndolos informados, porque su rol, según la experiencia comparada, en el control de la finca –*watchful neighbours*-custodiada es muy importante).

Si se trata de legados de dinero o valores, la entidad de custodia deberá tener en cuenta diligentemente y con la máxima transparencia (ej. información e implicación de la familia del premuerto) los deseos del causante respecto a las actuaciones a financiar con ello.

4. Conclusiones

1. Las entidades de custodia desarrollan hoy por hoy en multitud de jurisdicciones una tarea fundamental que completa la acción pública de protección medioambiental (con la que es necesario coordinarse), cultural e histórica, para lo que necesitan una adecuada financiación, siendo las aportaciones *mortis causa* una importante vía para ello, además de para conseguir fincas a custodiar.

2. Los derechos o facultades con los que se puede beneficiar a una entidad de custodia para poder desarrollar su finalidad son muy variados, desde una atribución de una suma en metálico hasta la transmisión del dominio de fincas, siendo hoy por hoy la más común en Estados Unidos el *conservation easement*, que en derecho catalán podría adoptar la forma de un aprovechamiento parcial negativo/pasivo o de una disposición modal limitativa de facultades y usos del heredero-titular de la finca.

3. Todas las atribuciones de bienes o derechos que el aportante puede realizar en vida, las puede realizar también *mortis causa*. Éstas suelen ser más atractivas tanto para el aportante como para la entidad beneficiaria en tanto que el primero puede retener el control de la finca hasta su muerte y revocar las atribuciones libremente y sin gastos ni perjuicios extras y la segunda se beneficia normalmente de atribuciones más generosas. Además, la mayoría de ellas son compatibles con planes y mecanismos de protección de los intereses de los herederos o viudos, a través de rentas periódicas, alimentos o respeto a que puedan seguir teniendo el dominio e incluso la posesión de la finca.

4. En el CCC existen diversas posibilidades de atribución de estos derechos o facultades *mortis causa*. La utilización de una o de la otra dependerán de los siguientes factores:

a. **Certeza** con la que se quiere atribuir la cosa o el derecho a la entidad de custodia.

Desde la menos segura, como podrían ser la donaciones *mortis causa*, hasta quizás la más cierta que podría ser el modo -en tanto que los herederos están controlados por un especialista para que cumplan, aun forzosamente si es necesario-, pasando por las atribuciones particulares por razón de muerte -en las que se limita la disposición del bien por parte del donante si no tiene consentimiento del donatario, quien en cualquier caso recibirá el valor, si no se revoca tal atribución adecuadamente- y los legados, cuya flexibilidad los hace una herramienta ideal para ajustar al máximo la atribución.

b. El **momento** en que se quiera realizar.

Mediante una atribución particular o una donación *mortis causa* la aportación se acuerda en vida del aportante, aunque los efectos quedan condicionados a su muerte. Los legados y modos, sin embargo, se constituyen en testamentos o codicilos.

c. Según el **grado de protección** que se pretenda tanto del aportante como de los herederos.

La atribución particular *inter vivos* es la más “pro entidad de custodia” pero limita las facultades del aportante y de sus herederos (aunque naturalmente puede revocar; pero mientras tanto las facultades de disposición sobre el bien quedan mermadas), mientras que los legados condicionados a la fortuna de los hijos o al viudo contribuyen a no dejar desamparada a la familia pero asegurarse que se hará la atribución en cuanto ya no necesiten lo que se les ha dejado.

d. Según el **grado de aseguramiento del destino** de los bienes y la profesionalidad con la que se lleve a cabo la función de custodia. Los legados más abiertos a escoger por un tercero experto o la existencia de albacea pueden aportar una optimización del legado, porque es factible la identificación del mejor destinatario (según la voluntad del causante, la entidad más especializada en la custodia concreta que se pretende, profesionalidad de la entidad, empatía con el aportante y su familia, etc.) y el mejor control de que se está llevando a cabo adecuadamente. La creación de una fundación *mortis causa* representa el máximo exponente en el control del destino final.

e. Los **beneficios tributarios**.

Aunque su estudio en profundidad caiga más allá de las pretensiones de este informe –se recomienda otro en este sentido realizado por un tributarista–, la experiencia comparada demuestra la importancia de los beneficios fiscales tanto para el otorgante como para el beneficiario a la hora de realizar la contribución. Las diversas situaciones que allí ocurren son:

1. Liberación de patrimonio del aportante o de la herencia, de manera que se reducen los impuestos sobre el patrimonio/inmuebles.
2. Liberación por mecenazgo del aportante por lo que aporta a la entidad de custodia.
3. Exoneración o ventajas fiscales de la entidad de custodia tanto por la adquisición del bien como por su tenencia y gestión posterior, siempre que se dedique a la finalidad de custodia.

5. Para el definitivo **éxito** de una atribución *mortis causa* de custodia hace falta que el instrumento mediante el que se haga cumpla los requisitos legales para su validez, siendo la mejor opción el testamento notarial abierto. Además, la concienciación de los posibles aportantes es imprescindible, así como la transparencia, calidad y cantidad en la información que se les ofrece, junto a un adecuado servicio de asesoramiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ARNOLD, Craig Anthony, *For the sake of water: land conservation and watershed protection*, "Legal Studies research paper series", Paper No. 2008-17, University of Louisville-Law.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coord.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, 2007, Ed. Bosch.

AUTEN, G. y JOULFAIAN, D, *Charitable contributions and intergenerational transfers*, "Journal of Public Economics", 1996, 59: 58-68.

BYERS, Elizabeth y MARCHETTI PONTE, Karin, *The conservation easement handbook*, Estados Unidos, 2005, Land Trust Alliance y The trust for public land.

CRUZ AMORÓS, Miguel y LÓPEZ RIBAS, Silvia, *La fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, Madrid, 2004, CIDEAL y PriceWaterhouseCoopers.

FRENCH, Susan F., *Perpetual trusts, conservaron servitudes, and the problema of the future*, "Research Paper No. 05-36", University of California, Los Angeles Law School.

KING, Mary Ann y FAIRFAX, Sally K., *Beyond bucks and acres: land acquisition and water*, "Texas law review", vol. 83.

KORNGOLD, Gerald, *Solving the contentious issues of private conservation easements: promoting flexibility for the future and engaging the public land use process*, "Case School of Law y New York Law School", Paper 07-24 y Legal Studies paper 08/09-3.

LAITOS, Jan. G., et al, *Natural Resources Law*, American casebook series, 730, 2006, Thomson/West.

MAHONEY, Julia D., *Perpetual restrictions on land and the problem of the future*, "Law and Economics Research Papers", Working Paper 1-06, diciembre 2001, University of Virginia School of Law.

MARSAL GUILLAMET, Joan, *Els llegats*, en Ferran Badosa Coll (Dir.), *Manual de Dret Civil català*, Madrid y Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons.

McGRANAHAN, Leslie, *Charity and the bequest motive: evidence from seventeenth century wills*, "Working Papers Series", Research Department (WP-98-25), Federal Reserva Bank of Chicago.

McLAUGHLIN, Nancy A., *Conservation easements: perpetuity and beyond*, "Ecology Law Quarterly", vol. 34.

MIRAMBELL, Antoni, *La custòdia del territori en finques privades: alguns aspectes jurídics*, en "La Notaría", "Contratos de custodia del territorio", núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006.

NASARRE AZNAR, Sergio, *Los patrimonios fiduciarios y la protección del territorio. Experiencia en Inglaterra y aplicación en Cataluña*. "La Notaría", "Contratos de custodia del territorio", núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006.

NASARRE AZNAR, Sergio, *Panorama actual de la responsabilidad civil medioambiental en España. Especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre*, "Jornades sobre dret d'aigües, protecció i conservació del medi ambient a les Terres de l'Ebre. Jornades 3 i 4 d'abril 2008", Comunitat de Regants, Sindicat Agrícola de l'Ebre, 2008.

NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust. III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2006; *Contratos de custodia del territorio*, "La Notaría", núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006.

NATUURMONUMENTEN, *Natuurmonumenten Jaarverslag 2007*, www.natuurmonumenten.nl.

NAVAS NAVARRO, Susana, *Recursos naturales, valores culturales y contrato de custodia del territorio*, en en "La Notaría", "Contratos de custodia del territorio", núm. 35-36, Vol. I, Nov.-Dic. 2006.

PARKER, Dominic P., *Conservation easements: a closer look at federal tax policy*, "PERC Policy Series", issue nr. PS-34, octubre 2005.

SARGEANT, Adrian y HILTON, T., *The final gift: targeting the potential charity legator*, "Int. J. Nonprofit Volunt. Sect. Mark", febrero 2005.

STEWARDSHIP CENTRE FOR BRITISH COLUMBIA, *A donor's guide for B. C. Green Legacies*, "The Stewardship series", 2004.

TIMMONS, James D. Y DANIEL, Lara, *Conservation easements: windfall or straitjacket?*, "Law and Land", Fall 2007.

WOOD, Mary Christina, *Nature's trust: reclaiming an environmental disclosure*, "Virginia Environmental Law Journal", núm. 25

XARXA DE CUSTÒDIA DEL TERRITORI, *Proposta al Govern i al Parlament de Catalunya: prioritats jurídiques, fiscals i de suport a la custòdia del territori*, 2^a Edició, junio 2007, XCT.