

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Económico

SERVIDUMBRES O DERECHOS REALES DE CONSERVACIÓN.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MARIO ANDRÉS BEZANILLA LASTRICO

DIRECTORA DE MEMORIA: VALENTINA DURÁN MEDINA

Santiago, Chile - 2005

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN A LA MEMORIA .	1
1.1 Resumen. Objetivo y desarrollo de la Memoria . .	1
1.2 Tendencias regulatorias y derecho ambiental: El modelo tradicional y las nuevas tendencias .	2
1.3 El derecho de la conservación. Generalidades .	3
1.4 Mecanismos de conservación . .	5
1.4.1 Generalidades . .	5
1.4.2 Mecanismos regulatorios tradicionales de conservación en Chile. El SNASPE .	5
1.4.3 Mecanismos de conservación privada en la actualidad. Chile y el derecho comparado .	7
1.4.4 Mecanismos modernos de conservación privada. Instrumentos económicos .	8
1.5 Transición desde los mecanismos públicos a los mecanismos privados de conservación . .	9
1.6 Derechos de propiedad y conservación. Generalidades .	10
1.7 Beneficios que presenta la utilización de derechos de propiedad como mecanismo de conservación . .	10
1.7.1 Superación de la “tragedia de los comunes” .	11
1.7.2 Identificación del titular con mejores ventajas comparativas .	11
1.7.3 Disminución de costos de transacción .	12
1.7.4 Creación de “mercados ecológicos” o “green markets” .	12
1.8 Derechos reales de conservación y creación de derechos de propiedad sobre atributos ecológicos . .	12
1.9 Conclusiones de la doctrina. Argumentos que servirán de base a la hipótesis de la Memoria .	13
CAPITULO 2. DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE .	15
2.1 Concepto de servidumbre .	15
2.1.1 Génesis y desarrollo histórico de la servidumbre. La servidumbre en el derecho romano . .	15
2.1.2 La servidumbre en el “common law”. El caso del derecho estadounidense .	17

2.1.3. La servidumbre en los sistemas jurídicos continentales. Derecho español y derecho chileno .	18
2.2 Naturaleza jurídica .	19
2.3 Servidumbres forzosas y voluntarias . .	20
2.4 Servidumbres prediales y personales .	21
2.5 Servidumbres negativas y positivas. Derechos reales “in faciendo” y obligaciones ambulatorias o “propter rem” . .	22
2.5.1. Criterio de distinción entre servidumbres positivas y negativas .	22
2.5.2. La servidumbre positiva. Obligaciones ambulatorias o “propter rem” .	23
2.5.3. Carácter accesorio de las obligaciones ambulatorias . .	25
CAPÍTULO 3. LA SERVIDUMBRE O LOS DERECHOS REALES COMO MECANISMOS DE CONSERVACIÓN .	27
3.1 Generalidades .	27
3.2 Sujetos involucrados en los DRC .	28
3.2.1. Titular del derecho de dominio sobre el predio sirviente .	28
3.2.2. Titular de los DRC .	29
3.2.3. Terceros titulares de derechos accesorios . .	29
3.3 Constitución del DRC . .	30
3.4 Finalidad de los DRC. Restricciones de uso, obligaciones de hacer, derechos accesorios de terceros. Conservación intensiva y actividades sustentables .	31
3.4.1 Generalidades . .	32
3.4.2. Restricciones de uso . .	32
3.4.3 Analogía del “ <i>bundle of rights</i> ” o “haz de derechos” . .	32
3.4.4 Derechos y obligaciones .	33
3.4.5 Derechos accesorios de terceros (“ <i>third party enforcement right</i> ”) . .	34
3.4.6 Finalidad de los DRC. Conservación intensiva y actividades sustentables . .	34
3.5 Terminación de la servidumbre de conservación .	37
3.5.1 Formas tradicionales de terminación . .	37
CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES . .	41
4.1 Generalidades .	41

4.2 Organizaciones privadas de conservación y la servidumbre de conservación . .	42
4.2.1 Generalidades . .	42
4.2.2 Dificultades que la servidumbre de conservación impone a sus titulares .	42
4.2.3 Requisitos mínimos para ser titular de DRC .	43
4.2.4 Organizaciones privadas de conservación o “land trusts” .	43
4.3 Inexistencia de servidumbres personales .	43
4.4 Servidumbre positiva y obligaciones ambulatorias o propter rem .	44
4.5 Resumen de conclusiones. El caso del derecho chileno: necesidad de modificaciones legales . .	44
BIBLIOGRAFIA .	47
ANEXO N° 1 . .	49
ANEXO N° 2 . .	57

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN A LA MEMORIA

1.1 Resumen. Objetivo y desarrollo de la Memoria

La presente memoria tiene por objeto analizar y proponer a la servidumbre o al derecho real de conservación ¹, como una herramienta idónea y eficiente para la conservación de la biodiversidad.

Los derechos reales de conservación constituyen un mecanismo altamente flexible y adaptable a los diferentes modelos regulatorios posibles. La flexibilidad de esta institución se debe, básicamente, a su carácter eminentemente privado, a las múltiples posibilidades de combinación con otros mecanismos de conservación, y a la variedad de objetos susceptibles de conservarse y protegerse a través de ellos. El derecho real de conservación puede y debiera ser aplicado no solo en áreas de valor ecológico, sino también en áreas verdes en general, cuerpos de agua de relevancia ecosistémica o

¹ Como se verá, sin perjuicio de que se utilizan las expresiones “servidumbre de conservación” y “derecho real de conservación” indistintamente, se estima como más apropiada la denominación de “derecho”, pues refleja el “valor” de los bienes sobre que recae y no solamente el beneficio que recibe el titular del derecho.

respecto de bienes inmuebles con valor cultural o histórico.

En su primer capítulo, el presente trabajo tratará en forma general y a modo introductorio la evolución que han sufrido las tendencias regulatorias, exponiéndose y desarrollándose los principales argumentos que han llevado a la doctrina a concluir la existencia de fallas estructurales en los modelos regulatorios tradicionales, y específicamente en los mecanismos utilizados por el derecho de la conservación. De esta forma, y tomando como base dichos argumentos, se planteará la hipótesis de que la institución de derecho civil denominada “servidumbre” posee características internas que la hacen susceptible de ser utilizada con éxito como mecanismo de conservación privada que permita superar algunos de los límites y falencias presentes en dichos modelos tradicionales.

En el segundo capítulo se analizará a la servidumbre como institución de derecho civil, poniendo especial énfasis en los aspectos y características que posean relevancia desde el punto de vista de su utilización como mecanismo de conservación. Se comenzará el análisis con una breve exposición de la génesis de la institución de las servidumbres en el derecho romano, para continuar con algunos ejemplos de cómo se encuentra regulada esta institución en el derecho actual.

El tercer capítulo desarrollará el análisis de la servidumbre civil en su utilización como mecanismo de conservación, con el objeto de delinear y destacar como las características internas de las servidumbres civiles tradicionales se conforman con la consecución de fines de conservación. El análisis se enfocará en las características que le son comunes a la servidumbre en su regulación en los sistemas jurídicos continentales.

Finalmente, el capítulo cuarto expondrá las conclusiones obtenidas del análisis realizado en los capítulos segundo y tercero, exponiéndose aquellos aspectos de los derechos reales de conservación que requieren de especial cuidado al momento de utilizarlos como mecanismos de conservación.

1.2 Tendencias regulatorias y derecho ambiental: El modelo tradicional y las nuevas tendencias

El derecho en general, y el derecho ambiental en particular, cuentan con múltiples posibilidades y herramientas para hacer frente a los conflictos y materias que se someten a su regulación. Así, ante un mismo tema, el derecho tiene a su disposición diversas maneras de abordarlo, y cada enfoque involucra la utilización de determinadas herramientas y medidas. La elección del enfoque o modelo a utilizar debiera estar motivada por su idoneidad en lograr en mayor grado y en la forma más eficiente el objetivo propuesto.

Tradicionalmente, el derecho ambiental se ha constituido como un conjunto de normas que se orientan a evitar aquellos impactos o acciones significativas al medio ambiente que sean evitables, y a controlar los efectos nocivos que sean consecuencia de

intervenciones inevitables en el medio ambiente ². De acuerdo a lo que se expondrá en las Secciones 1.3 y siguientes del presente capítulo introductorio, el derecho ambiental, y específicamente el derecho de la conservación, así enfocado, se ha mostrado incapaz de hacer frente en forma adecuada y efectiva a los problemas medioambientales. En términos generales, la doctrina ha identificado dos problemas estructurales que presenta este modelo regulatorio tradicional: (i) es inhábil para manejar la creciente complejidad que deriva de la también creciente diferenciación de los lenguajes sociales y organizacionales ³; y (ii) es incapaz de producir la internalización en los sujetos regulados de estructuras capaces de generar conocimiento y prácticas ecológicas ⁴.

Las limitaciones del modelo regulatorio tradicional, también denominado de “comando y control”, pueden resumirse en las siguientes: (i) rigidez y baja adaptabilidad en el cumplimiento de sus metas; (ii) inexistencia de instancias de encuentro o acople entre los ámbitos o sistemas socio-económico y medioambiental; (iii) baja generación de conocimiento sobre las interacciones entre la actividad humana y el medioambiente; y (iv) bajos incentivos a la participación activa de entes privados en el cumplimiento de las políticas ambientales nacionales y locales.

1.3 El derecho de la conservación. Generalidades

El derecho de la conservación es aquella parte del derecho ambiental que se ocupa de la protección de la biodiversidad.

Para efectos del presente trabajo, entendemos por biodiversidad o diversidad biológica la “variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras

² Farmer y Teubner, *Ecological Self-Organization*, in “Environmental Law and Ecological Responsibility”, John Wiley and Sons, 1994, citado por Ubilla Jaime, “La Conservación Privada de la Biodiversidad y el Derecho Real de Conservación”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 1, 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

³ Luhmann Niklas, *Ecological Communication*, 1989, Polity Press, Chapter 7, pág. 33,34; Luhmann Niklas “Closure and Openness: On Reality in the World of Law”, In *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society* 1988. Edited by Gunther Teubner. Walter de Gruyter; Luhman Niklas, “The Improbability of Communication”, in *Luhmann Essays on Self Reference* Cap. 4, 1990, pág. 86, Ubilla Jaime, “La Conservación Privada de la Biodiversidad y el Derecho Real de Conservación”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 1, 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

⁴ Ubilla Jaime, “La Conservación Privada de la Biodiversidad y el Derecho Real de Conservación”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 1, 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El autor señala que esta incapacidad del derecho regulatorio se ha manifestado en materia ambiental en: la incapacidad de la autoridad de fiscalizar las normas ambientales; los incentivos perversos para eludir o defraudar las normas que genera en los entes regulados; los incentivos perversos a los mismos para ocultar información –deteniendo la creación de conocimiento; el enfoque estático a la relación empresa-entorno que deriva en el desincentivo a la creación de nuevo conocimiento y tecnología; a la fragmentación regulatoria entre los diversos componentes –aire, agua suelo- que impide regular los impactos finales y totales; el enfoque en los daños e impactos más que en la prevención; la incapacidad de generar nuevo conocimiento ante la creciente incertidumbre.

cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”⁵.

En el ordenamiento jurídico chileno, esta parte del derecho ambiental se funda principalmente en los siguientes cuerpos legales y su correspondiente reglamentación:

(i) Constitución Política de la República⁶.

(ii) Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)⁷.

(iii) Ley N° 18.362, que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.

(iv) Convención para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas de América, firmada el 12 de Octubre de 1940, promulgada por Decreto Supremo N° 531 de 1967 de RR.EE.

(v) Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), de 1973, ratificada por Chile el 14 de Febrero de 1975, y promulgada por Decreto Supremo N° 141 de 1975, Ministerio de Relaciones Exteriores.

(vi) Convención de Ramsar, para la Conservación de los Humedales y las Aves Acuáticas de 1971, ratificada por Chile el 27 de Julio de 1981, y promulgada por Decreto Supremo N° 771 de 1981, Ministerio de Relaciones Exteriores.

(vii) Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, ratificada por Chile el 9 de Septiembre de 1994, y promulgada por Decreto Supremo N° 1963 de 1994, Ministerio de Relaciones Exteriores.

(viii) Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMCC), de 1992, ratificada por Chile el 22 de Diciembre de 1994 y promulgada por Decreto Supremo N° 123 de 1995, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Asimismo, debe señalarse que el día 13 de Diciembre del año 2003 se aprobó por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente una Estrategia Nacional de Biodiversidad, dando así cumplimiento a los compromisos asumidos en el marco de la Convención sobre la Diversidad Biológica, ratificada por Chile el 9 de Septiembre de

⁵ Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, artículo 2°. Cabe señalar que los cuerpos legales que definen a la diversidad biológica o biodiversidad en el ordenamiento jurídico chileno son la Convención sobre la Diversidad Biológica recién referida y la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Se prefirió la definición de la Convención por considerarse más completa que la utilizada por la Ley N° 19.300.

⁶ En Chile, existe un imperativo constitucional a la protección del medioambiente. En este sentido, el artículo 19 de la Constitución Política de la Republica señala que: “*La Constitución asegura a todas las personas: N° 8 El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que el este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.*

⁷ Los artículos 34 y siguientes de la Ley N° 19.300 establecen el marco legal para la implementación de un sistema de áreas protegidas, tanto públicas como privadas. Como se verá en el 1.4.2 y siguientes, existe actualmente un sistema público de áreas protegidas.

1994, y promulgada por Decreto Supremo N° 1963 de 1994, Ministerio de Relaciones Exteriores. Básicamente, esta estrategia se ha propuesto como meta para el año 2010, el proteger al menos un 10% de las áreas y ecosistemas de relevancia ecológica en Chile.

1.4 Mecanismos de conservación

1.4.1 Generalidades

Entre los principales mecanismos para llevar a cabo la conservación de la biodiversidad se encuentra la creación de áreas protegidas, pues estas tienen el potencial de abarcar amplios hábitats y ecosistemas.

En términos generales, el modelo regulatorio tradicional ha propendido a:

(i) establecer “prohibiciones” e “imperativos” (en ciertos casos, representativas de expropiaciones regulatorias);

(ii) expropiar áreas ecológicas de valor prioritario a fin de designarlas como áreas protegidas públicas;

(iii) declarar áreas ecológicas de valor prioritario de propiedad fiscal como áreas protegidas públicas.

En este enfoque tradicional, las áreas ecológicas de valor prioritario son en la práctica excluidas de la actividad económica local y de la participación ciudadana, debido principalmente a que, en general, el marco legal de las áreas protegidas no es suficientemente flexible y/o no presenta mecanismos que permitan evaluar en forma adecuada las actividades susceptibles de desarrollarse en dichas áreas sin afectar las cualidades ecológicas protegidas⁸.

1.4.2 Mecanismos regulatorios tradicionales de conservación en Chile. El SNASPE

En Chile, el principal instrumento de conservación de la biodiversidad es la creación de áreas silvestres protegidas administradas por el Estado. El Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), creado por la Ley N° 18.362 de 1984, cuenta actualmente con 14.123.556 hectáreas distribuidas en 94 unidades de manejo, las que a su vez se clasifican en 4 categorías de manejo: Reservas de Regiones Vírgenes⁹, Parques Nacionales¹⁰, Monumentos Naturales¹¹ y Reservas Naturales¹². Estas

⁸ v. Nota N° 14

⁹ Ley N° 18.362, art. 4°, inc. 1°: “área donde existen condiciones primitivas naturales de flora, fauna, vivienda y comunicaciones, con ausencia de caminos para el tráfico de vehículos motorizados, y vedada a toda explotación comercial”.

unidades de manejo son creadas por decreto supremo del Ministerio de Bienes Nacionales y administradas por el Ministerio de Agricultura, a través de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), la cual elabora los Planes de Manejo a que se encuentra sujeta cada unidad.

Actualmente, el SNASPE representa el 18% del territorio continental, lo cual es relativamente alto en cuanto a la extensión de áreas protegidas en Chile. Sin embargo, se ha reconocido¹³ que el SNASPE carece de una representatividad relevante en términos de biodiversidad. Así, por un lado existen ecosistemas sobre-representados, y por el otro, terrenos de alta relevancia que no se encuentran dentro del sistema.

Las áreas protegidas que integran el SNASPE se encuentran sujetas a la prohibición expresa de realizar en ellas actividades que no se encuentren comprendidas en los respectivos planes de manejo¹⁴. Esto se ha traducido en que estas áreas protegidas están, en la práctica, excluidas del tráfico económico-social, impidiendo la interacción entre el sistema social y el entorno ecológico, y consecuentemente, dificultando la creación y acumulación de conocimiento sobre los efectos de las actividades humanas en el medio ambiente.

Por otro lado, en Chile se protege indirectamente la biodiversidad a través de la planificación urbana –uso de suelo¹⁵ - y rural –cambio de uso de suelo¹⁶ -. Sin embargo, estos mecanismos son poco flexibles y de alta discrecionalidad administrativa, por lo que no constituyen mecanismos adecuados para lograr en forma eficiente objetivos de conservación.

¹⁰ Ley N°18.362, art. 5°, inc. 1°: “área generalmente extensa, donde existen diversos ambiente únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo”.

¹¹ Ley N°18.362, art. 6°, inc. 1°: “área generalmente reducida, caracterizada por la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios de interés geológico relevantes desde el punto de vista escénico, cultural, educativo o científico”.

¹² Ley N°18.362, art. 7°, inc. 1°: “área cuyos recursos naturales es necesario conservar y utilizar con especial cuidado, por la susceptibilidad de éstos a sufrir degradación o por su importancia relevante en el resguardo del bienestar de la comunidad”.

¹³ Sepúlveda Claudia, Revista Ambiente y Desarrollo, Marzo 2002, Seminario Conservación Privada en la Región de Los Lagos, VOL XVIII - N°1, pp. 42 - 43 (ISSN 0716 - 1476).

¹⁴ De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 25 y 32 de la Ley N° 18.362, existen algunas excepciones, como por ejemplo, la realización de actividades de carácter científico, educativo o aquellas necesarias para el cumplimiento de los fines de la unidad de manejo, las cuales requieren de resolución fundada de CONAF. Asimismo, y solamente por razones de interés nacional, el Ministerio de Agricultura puede autorizar por medio de un decreto supremo la ejecución de actividades y obras no contempladas en el plan de manejo. Como se puede observar, estas excepciones son altamente restringidas en el espectro de actividades susceptibles a ser autorizadas, y de muy difícil obtención.

¹⁵ A través del uso de suelo, la autoridad fija patrones de desarrollo urbano fijando cuales son los usos a que puede ser destinado un terreno ubicado dentro de los límites urbanos.

1.4.3 Mecanismos de conservación privada en la actualidad. Chile y el derecho comparado

Nuestro derecho, en la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), considera especialmente a los mecanismos privados de conservación. Sin embargo, la elaboración de la normativa en cuestión se encuentra pendiente. Durante el año 2003 fue aprobado por el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) un reglamento de Áreas Silvestres Protegidas Privadas (ASPP)^{17 18}.

Por su parte, la sociedad ha comenzado a desarrollar voluntariamente iniciativas de conservación privada. No existe un catastro comprensivo de las Áreas Protegidas Privadas (APP) en Chile, sin embargo, a nivel nacional han sido varios los trabajos que han intentado llevar a cabo esta tarea¹⁹. Cabe señalar que estas iniciativas voluntarias de conservación privada no están sujetas a un marco regulatorio ni a incentivos.

En el derecho comparado, además de los Sistemas Públicos de Áreas Protegidas, se utilizan actualmente una serie de instrumentos jurídicos para fomentar la conservación privada. Estos son principalmente los siguientes²⁰:

- (a) La designación pública de áreas prioritarias privadas.
- (b) La declaración pública de área protegida privada.
- (c) Los incentivos tributarios o financieros de conservación.
- (d) Los convenios de manejo generadores de derechos personales.
- (e) Los convenios de manejo generadores de derechos reales.

¹⁶ El artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones señala, básicamente, que fuera de los límites urbanos no podrán ejecutarse obras que no sean estrictamente necesarias para la explotación agrícola del predio o la construcción de viviendas sociales. Sin embargo, a través del cambio de uso de suelo, es posible ejecutar obras no agrícolas fuera del límite urbano, previa aprobación de la Dirección de Obras Municipales, e informes favorables de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y del Servicio Agrícola Ganadero.

¹⁷ Este reglamento dispone, básicamente, que pueden ser afectadas como ASPP aquellas que contribuyan significativamente a asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio natural. La afectación será voluntaria y debe ser mantenida al menos por 25 años. El reglamento propone cuatro categorías de manejo basadas aquellas señaladas por la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas (Convención de Washington): Área Privada de Preservación Estricta; Parque Natural Privado; Monumento Natural Privado; y Reserva Natural Privada.

¹⁸ <http://www.conama.cl>. CONAMA ha desarrollado un catastro con 68 sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad, los que en su gran mayoría son privados.

¹⁹ Estudio de Instrumentos Económicos para Incentivar la Creación de Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada. Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1, cap. 3, pág. 19.

²⁰ Ubilla Jaime, Op. Cit. v. Nota N° 4

- (f) La adquisición de predios por particulares.
- (g) La permuta, el arriendo de predios.
- (h) Las servidumbres personales de conservación o derechos reales de conservación (en adelante, "DRC").

1.4.4 Mecanismos modernos de conservación privada. Instrumentos económicos

El derecho ambiental actual recomienda el diseño de mecanismos de conservación que sean capaces de superar los límites de los mecanismos tradicionales. Especialmente, debiera contarse con mecanismos que logren los siguientes objetivos: (i) la internalización del interés ambiental en sus actividades; (ii) perfeccionar estructuras internas de percepción del entorno y de acumulación y procesamiento de información ²¹. A los instrumentos que cumplen con estas características se les ha denominado "reflexivos" ²².

Entre los mecanismos que cumplen con estas premisas se encuentran los denominados "instrumentos económicos", que pueden ser definidos como todos aquellos instrumentos que inciden en los costos y beneficios imputables a los cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes económicos ²³. En lo relativo a la conservación privada de la biodiversidad, se puede considerar como instrumentos económicos a aquellos que incidan en las decisiones alternativas de los agentes económicos, reduciendo los costos de la decisión de conservar, y/o aumentando los costos de la decisión de no conservar.

Estos instrumentos son básicamente los siguientes ²⁴:

- (a) Instrumentos de derecho de propiedad ²⁵.

²¹ Gunther Teubner, 1993, *Law as an autopoietic System*, Blackwell publishers, Pag. 65, citado por Ubilla Jaime, Op. Cit., 1.

²² Ubilla Jaime, *Ootopoiesis Sisutemu Riron, Kankyo ni Okeru Kigyou no Sekinin*, 1997, Tesis de M.A. in Law, Waseda University, pag. 49. El autor señala que los elementos reflexivos son aquellos que aumentan la capacidad de observación recíproca de los subsistemas lingüísticos (derecho, economía, política, moral, ciencia, etc.).

²³ CEPAL y PNUMA, "Instrumentos económicos para le gestión ambiental en América Latina y el Caribe", Ciudad de México, 1997, 1, pág. 2. Citado por "Estudio de Instrumentos Económicos para Incentivar la Creación de Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada", Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1, cap. 5.

²⁴ Ronald Mejías, "Incentivos para la conservación de tierras privadas en América Central, documento de trabajo, abril 2000; CEPAL y PNUMA, Op. Cit.; Zdenka Piskulich, "Incentives for the Conservation of Private Lands in Latin America", The Nature Conservancy. Citados por "Estudio de Instrumentos Económicos para Incentivar la Creación de Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada", Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1, cap.5.

²⁵ Por ejemplo: servidumbres o derechos reales de conservación; derechos negociables de desarrollo ("Tradeable Development Rights" o "TDRs"); derechos de emisión de CO2.

- (b) Instrumentos fiscales directos²⁶ .
- (c) Instrumentos financieros directos²⁷ .
- (d) Instrumentos fiscales y financieros indirectos. Servicios²⁸ .

Entre los instrumentos de derecho de propiedad se encuentra la servidumbre o derecho real de conservación.

1.5 Transición desde los mecanismos públicos a los mecanismos privados de conservación

Como se expresara anteriormente, tradicionalmente ha sido el Estado quien ha desarrollado las iniciativas y políticas encaminadas a la conservación de la biodiversidad, lo que se ha debido principalmente a las características de la biodiversidad como objeto de conservación. La biodiversidad constituye un bien de interés general, tanto a nivel nacional como mundial, ya que los beneficios que de ella derivan se extienden a todas las personas.

Sin embargo, como se expuesto precedentemente, el modelo regulatorio tradicional implementado por el Estado de Chile tiene, básicamente, las limitaciones y problemas siguientes:

(a) No obstante un alto porcentaje del territorio chileno forma parte del SNASPE, no se ha logrado una representatividad y relevancia en términos de biodiversidad que permita cumplir los objetivos nacionales de conservación²⁹ .

(b) Existen altos costos asociados a la adquisición, administración y monitoreo del SNASPE, lo cual limita las posibilidad del Estado de cumplir los objetivos nacionales de conservación³⁰ .

²⁶ Por ejemplo: instrumentos tributarios (exenciones tributarias, deducciones tributarias, cargos por uso de recursos naturales, certificados de pago, tributos diferenciados, tarifas de acceso y utilización de áreas de conservación, impuestos al turismo); subsidios.

²⁷ Por ejemplo: pagos por servicios ambientales; créditos blandos; microcréditos; fondos ambientales; fondos de compensación; medidas de mitigación dentro del marco de un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

²⁸ Por ejemplo: capacitación y asistencia técnica; programas de promoción de servicios ambientales; programas de educación; creación de bolsas de inversión verdes; regularización de títulos de dominio.

²⁹ v. Nota N° 13

³⁰ Víctor Lagos, José Miguel Torres, Carlos Noton, Libro Rojo de la Flora Nativa y de los Sitios Prioritarios para su Conservación: Región de Coquimbo (F.A. Squeo, G. Arancio y J.R. Gutiérrez, Eds.) Ediciones Universidad de La Serena, La Serena, Chile (2001) 13: 205 - 224

(c) Las áreas protegidas por el SNASPE se encuentran excluidas del desarrollo local y nacional, debido a las estrictas limitaciones a las actividades que pueden ejecutarse en ellas.

Como consecuencia, la doctrina, el derecho comparado, y el derecho internacional han propuesto la introducción de instrumentos legales privados de conservación de biodiversidad.

En el derecho chileno, el inciso primero del artículo 35 de la LBGMA dispone expresamente que el Estado deberá fomentar e incentivar la creación de APP, con el objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. En este sentido, el artículo 35 y siguientes de la LBGMA establece el marco legal básico de un sistema nacional de áreas silvestres protegidas privadas (SNASPP). Sin embargo, todavía no se ha dictado el Reglamento que debe regular el SNASPP.

Como ya se ha expuesto, los mecanismos privados de conservación, entre los cuales se encuentran los derechos reales, permiten superar las graves deficiencias en los sistemas y mecanismos tradicionales de conservación de la biodiversidad, y permiten lograr de manera más eficiente y adecuada los objetivos de una política de conservación de biodiversidad consistente con el desarrollo sustentable. En términos generales, puede sostenerse que el modelo regulatorio futuro debiera envolver una combinación de incentivos públicos e instrumentos privados.

1.6 Derechos de propiedad y conservación. Generalidades

Los derechos de propiedad constituyen una herramienta fundamental en el diseño de estrategias que incentiven la participación privada en la consecución de los fines de conservación.

El análisis económico del derecho permite identificar una serie de ventajas y beneficios asociados al uso de derechos de propiedad como mecanismo de conservación.

1.7 Beneficios que presenta la utilización de derechos de propiedad como mecanismo de conservación

A continuación se exponen los principales beneficios que presenta el uso de derechos de propiedad como mecanismo de conservación, desde el punto de vista del análisis económico del derecho.

1.7.1 Superación de la “tragedia de los comunes”

Las características ecológicas que puede presentar un área determinada representan un valor no solo para el dueño de los bienes en los cuales se radica dicho atributo ecológico, sino que también posee un valor de carácter global. Así, se hace difícil en la práctica poder separar el aspecto global y el aspecto privado de dichos atributos ³¹. En este sentido, la problemática que enfrenta la conservación de la biodiversidad o de cualquier área que presente algún interés ecológico, puede ser entendida como un caso de la denominada “tragedia de los comunes” ³².

La tragedia de los comunes se presenta, básicamente, en aquellos escenarios en que los agentes económicos tienen un acceso irrestricto a la utilización de un determinado recurso. Este acceso abierto provoca que el recurso en cuestión sea sobreutilizado, debido a que:

- (i) el impacto negativo de dicha sobreutilización no será internalizado por quien la ejerce, sino que será compartido por todos los agentes que hacen uso de dicho recurso; y
- (ii) los beneficios de dicha sobreutilización recaerán solamente en quien la ejerce.

De acuerdo a lo señalado, las características ecológicas tienden a ser sobreutilizadas por los dueños de los predios en los cuales dichos atributos se presentan.

La creación de derechos de propiedad sobre características ecológicas, vía servidumbres de conservación, constituye un mecanismo que permite evitar los incentivos perversos existentes en la denominada tragedia de los comunes. Esto ocurre debido a que:

- (i) “el derecho de propiedad tiene por supuesto la ventaja de incentivar a las personas a ser cuidadosas con los recursos bajo su control” ³³;
- (ii) permite la internalización de los costos externos provocados por el actuar de los agentes respecto de los bienes comunes.

1.7.2 Identificación del titular con mejores ventajas comparativas

La posibilidad de crear un derecho de propiedad sobre un atributo ecológico relevante permite e incentiva que éste sea adquirido por quien posea ventajas comparativas para administrar y explotar en forma sustentable dicho atributo. Asimismo, estos titulares con mejores ventajas comparativas asumirán una mayor responsabilidad en la conservación

³¹ Jaime Ubilla F., Op. Cit. 4

³² N. del A. Este término fue acuñado originalmente por Garrett Hardin en un artículo publicado originalmente bajo el título "The Tragedy of Commons" en la revista *Science*, v. 162 (1968), pp. 1243-1248.

³³ Carol M. Rose. Property Rights, and Responsibilities, in *Thinking Ecologically, The Next Generation of Environmental Policy*, edited by M.R. Chertow and D.C. Esty, Yale University Press, 1997, pág. 50.

de dichos atributos³⁴.

1.7.3 Disminución de costos de transacción

La creación de derechos reales de conservación (DRC) sobre características ecológicas relevantes permite facilitar la negociación y reducir los costos de transacción envueltos en la creación de áreas protegidas privadas. En este sentido, no será necesario adquirir la totalidad de los derechos de dominio sobre las áreas en las cuales se encuentran las características que se pretenden proteger, sino que se podrán lograr los fines de conservación adquiriendo solamente derechos de propiedad específicos sobre dichas características³⁵.

A esta figura se le ha denominado la analogía del “*bundle of rights*”³⁶ o la “división de los derechos”, en cuanto los haces de derecho se dividen o separan en distintos derechos reales. En este sentido, el derecho de dominio puede representarse como un haz o conjunto de derechos que representan la totalidad de los distintos usos que el dueño puede dar a su predio. Los DRC constituyen una remoción o traslado de los derechos que implican actividades contrarias a los atributos ecosistémicos que se pretenden conservar, los cuales son escindidos del “haz de derechos” que posee el dueño del predio y adquiridos por un tercero.

1.7.4 Creación de “mercados ecológicos” o “*green markets*”

La creación de derechos de propiedad sobre atributos ecológicos relevantes permite que dichos atributos puedan ser transados. De esta forma, se crea un espacio en donde se encuentran la oferta y la demanda por atributos ecológicos.

Este mercado ecológico permite la generación de conocimiento respecto de los atributos ecológicos transados, como asimismo reducir los costos de transacción envueltos en la creación de áreas protegidas privadas³⁷.

1.8 Derechos reales de conservación y creación de derechos de propiedad sobre atributos ecológicos

³⁴ Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, 1997, citado por Jaime Ubilla F., *Comments on the Use of Economic Instruments for Biodiversity Conservation*, paper de exposición en Congreso Interamericano de Conservación Privada, Chile, 2004.

³⁵ Jaime Ubilla F., *Op. Cit.* 29.

³⁶ Julie Ann Gustanski, *Protecting the Land: Conservation Easements, Voluntary Actions, and Private Lands.*, pág. 15.

³⁷ Jaime Ubilla F., *Op. Cit.* 29.

De acuerdo a lo expuesto en el presente capítulo, los derechos de propiedad presentan una serie de ventajas en su utilización como mecanismo de conservación privada.

En el presente trabajo se propone a los DRC como mecanismo idóneo para crear dichos derechos de propiedad sobre atributos ecológicos, debido a que, en términos generales, otorgan la estabilidad y flexibilidad necesarias para alcanzar de forma más eficiente y efectiva los fines de conservación.

1.9 Conclusiones de la doctrina. Argumentos que servirán de base a la hipótesis de la Memoria

Como se ha visto, la doctrina ha concluido que el derecho de la conservación se enfrenta a circunstancias crecientemente complejas, las cuales han dificultado e incluso puesto en peligro el logro de sus objetivos. En las décadas recientes ha existido un aumento sustancial de la actividad humana en el medioambiente, o dicho en otras palabras, ha existido una interacción creciente entre el sistema social y su entorno ecológico. Por lo tanto, se ha planteado que el aumento en esta interacción ha llevado a que exista una creciente incertidumbre respecto a los efectos y alcances de la acción humana en el medioambiente. Ante este escenario, la doctrina ha concluido que el derecho de la conservación requiere de mecanismos que incentiven el encuentro entre el sistema social y su entorno ecológico, así como la implementación de estructuras que permitan la generación de conocimiento y la recopilación de información para hacer frente a la creciente incertidumbre asociada a la problemática medioambiental. Específicamente, se requerirían mecanismos jurídicos que tengan la flexibilidad suficiente para ir adecuándose en forma constante a los nuevos datos que se vayan recopilando en su implementación. Por lo tanto, en el ámbito del derecho de la conservación es necesario avanzar desde un modelo regulatorio tradicional a uno que enfrente las antes mencionadas limitaciones de este modelo.

Como se vio precedentemente, la doctrina ha propuesto la utilización de mecanismos privados que permitan superar las falencias y fallos del derecho de la conservación tradicional, proponiendo entre estos mecanismos a la servidumbre de conservación. Tomando como base dichos argumentos y conclusiones, la presente memoria plantea la hipótesis de que la institución de derecho civil denominada “servidumbre” constituye una figura que presenta características propias suficientes para poder convertirse en un mecanismo privado de conservación que permita cumplir adecuadamente con los fines de conservación de la biodiversidad, superando los problemas y falencias que presentan los modelos regulatorios tradicionales.

Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto, la presente Memoria analizará a la institución civil servidumbre desde el punto de vista de su estructura interna, sin referirse a la regulación específica de la servidumbre en un ordenamiento jurídico determinado, sino que enfocando su análisis en aquellos aspectos que son comunes a las servidumbres en los distintos los sistemas jurídicos continentales.

CAPITULO 2. DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

Antes de analizar al derecho real de servidumbre como un mecanismo de conservación, es necesario revisar los aspectos relevantes de la servidumbre en su aspecto civil, específicamente aquellos aspectos que tengan incidencia en su utilización para la consecución de fines de conservación.

2.1 Concepto de servidumbre

A continuación se expondrá brevemente el desarrollo histórico de la servidumbre, y como ésta se ha materializado en los sistemas jurídicos del “*common law*”, en donde se utilizó a modo de ejemplo la legislación estadounidense, y en los sistemas continentales, en los cuales nos referiremos brevemente al derecho español y chileno.

2.1.1 Génesis y desarrollo histórico de la servidumbre. La servidumbre en el derecho romano

Las servidumbres fueron conocidas desde los orígenes de Roma, y surgieron junto a la aparición de la propiedad privada inmobiliaria, como exigencias de la vida en sociedad.

En el derecho romano antiguo, las servidumbres fueron consideradas en forma típica y no abstracta, esto es, como utilidades concretas de un predio a favor de otro predio, que se encontraban definidas y reguladas en forma específica atendiendo su contenido. Fue con posterioridad, en la época clásica, que los jurisconsultos desarrollaron una teoría general que permitió situar a las servidumbres dentro de una institución jurídica común³⁸.

Los romanos conocieron tanto la servidumbre predial como la personal, distinción que se mantiene hasta nuestros días. El concepto de servidumbre predial que elaboró el derecho romano no ha variado sustancialmente, siendo básicamente el mismo que consagran las legislaciones civiles actuales. Sin embargo, en el derecho romano las servidumbres personales incluían no solo a aquellas establecidas a favor de una persona, sino que también a los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

Respecto al contenido de las servidumbres, el derecho romano consideró que el gravamen impuesto por una servidumbre podía consistir solamente en una obligación para el dueño del predio sirviente de dejar hacer o en una de no hacer algo en su predio, lo que actualmente se conoce bajo la clasificación de servidumbres positivas o negativas, respectivamente. Se excluyeron por el derecho romano las servidumbres *in faciendo*, esto es, aquellas que imponen al dueño del predio sirviente una obligación de hacer, con la sola excepción de la servidumbre de apoyo, en la que se establecía para el propietario del predio sirviente la obligación de conservar en buen estado el muro sobre el cual el dueño del predio dominante tiene derecho a apoyar su construcción.

De acuerdo a lo arriba señalado, se puede afirmar que el derecho romano elaboró una concepción amplia de las servidumbres, entendiéndolas como aquellos “derechos reales desmembrados del derecho de propiedad y establecidos sobre cosa ajena”³⁹, o también aquel “derecho real sobre una res aliena, limitativa del dominio, en virtud del cual el titular de una cosa se encuentra obligado a un non facere, o a tolerar que otro haga algo, bien a favor de una persona determinada, ora en beneficio de una heredad”⁴⁰.

Posteriormente, en el Derecho intermedio (Edad Media), se agregaron a las servidumbres personales romanas una serie de tipos de sumisión de persona a persona, sobre los cuales se estructuró el sistema del vasallaje. Sin embargo, con el advenimiento de la Revolución Francesa, el Código de Napoleón redujo el contenido de las servidumbres personales en los siguientes aspectos⁴¹: (i) se pone término a los tipos de sumisión de persona a persona; y (ii) se excluyen de las servidumbres personales a los derechos reales de usufructo, uso y habitación, los cuales pasan a tener una existencia como derechos reales independientes. Así, la servidumbre personal subsistió como un derecho real consistente en un servicio de un predio en favor de una persona o un grupo de personas.

³⁸ Paul Ourliac y J. de Malafosse, “Derecho Romano y Francés Histórico”, Tomo II, “Los Bienes”, Parte Tercera, 1963, pag. 643.

³⁹ Paul Ourliac y J. de Malafosse, “Derecho Romano y Francés Histórico”, Tomo II, “Los Bienes”, Parte Tercera, 1963, pag. 643.

⁴⁰ Rodrigo Vieira Puerta, “Los Derechos Reales según el Derecho Romano y el Código Civil Colombiano”, 1974, pag. 173.

⁴¹ Federico Puig Peña, Compendio de Derecho Civil Español, Volumen 2, pág. 455 – 456, Ediciones Pirámide S.A, 1976.

Los códigos civiles inspirados por el Código de Napoleón ⁴² mantuvieron la concepción napoleónica de las servidumbres personales, lo que se debe a que los legisladores modernos reconocieron las diferencias sustanciales entre la servidumbre y los derechos reales de usufructo, uso y habitación ⁴³. Cabe señalar que la doctrina se encuentra, en forma mayoritaria, de acuerdo con la decisión de distinguir como diversas dichas instituciones, atendiendo a que el único elemento común entre ellas corresponde al hecho de ser derechos sobre cosa ajena, lo que no es criterio suficiente para catalogarlos como instituciones análogas, ya que este elemento no es específico, sino que propio a todos los derechos reales en un sentido lato ⁴⁴.

2.1.2 La servidumbre en el “*common law*”. El caso del derecho estadounidense

El sistema jurídico del “*common law*” difiere en aspectos sustanciales con el sistema continental en la regulación de los derechos reales. El sistema de derecho consuetudinario considera la propiedad sobre inmuebles como un cúmulo de intereses específicos sobre el mismo, siendo las leyes de cada Estado la que determina la cantidad y contenido de intereses inmobiliarios posibles. Estos intereses son considerados “reales” no por tener características y contenidos específicos en cuanto tales, como los derechos reales bajo el sistema continental, sino que por el solo hecho de recaer sobre inmuebles.

Esta concepción del “*real interest*” es concordante con la teoría obligacionista o personalista que inspira al derecho del *common law* ⁴⁵, en la cual los derechos (intereses) sobre las cosas asumen la configuración de relaciones entre personas, y no una relación directa con la cosa, como lo constituyen los derechos reales de los sistemas continentales. De esta manera, en el derecho anglosajón no existe una acción específica que emane directamente de un “*real interest*” que tenga por objeto reclamar una cosa de que se es dueño, sino que las acciones se fundan en que el demandado ha cometido una trasgresión contra el actor. En otras palabras, la acción que protege a los “*real interests*” se funda solamente en la posibilidad de alegar un mejor derecho en poseer la cosa, y no en la existencia de un derecho específico y absoluto sobre la cosa reclamada ⁴⁶.

⁴² Por ejemplo, los códigos civiles español y chileno.

⁴³ Estas diferencias se refieren tanto a la extensión del goce sobre la cosa, como a su duración y el objeto sobre el cual recaen. En este sentido, y respecto a la extensión del derecho que estos derechos reales conceden sobre cosa ajena, las servidumbres son de contenido esencialmente específico. En cambio, el derecho real de usufructo y el de uso y habitación se refieren al goce de una cosa en un sentido amplio.

⁴⁴ Scaevola Quintus Mucius, X Código Civil, 5ª edición, 1947, pág. 199-200. Citado por Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op, Cit., pág. 11.

⁴⁵ Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op, Cit. 21-24

⁴⁶ Hernán Molina Vellejo, Aspectos Principales del sistema jurídico anglosajón, Editorial Universitaria, 1955, Santiago de Chile, pág. 67

En el derecho estadounidense existen básicamente tres instituciones que tienen por objeto limitar los “*real interests*” del dueño de un inmueble en favor de otro: las “*easements*”, los “*real covenants*” y las servidumbres en equidad. Estas tres figuras tienen el mismo objetivo de limitar los derechos sobre un predio propio en beneficio ajeno. Sus diferencias se refieren a la mayor o menor flexibilidad para lograr sus objetivos. Esto se debe a que las servidumbres en equidad y los *real covenants* se desarrollaron en forma posterior a las *easements*, con el objeto específico de superar las limitaciones que se habían impuesto a las *easements* en forma jurisprudencial a través de los años⁴⁷.

Las servidumbres en el derecho estadounidense han tenido un desarrollo jurisprudencial que las ha acercado a las categorías elaboradas en el derecho continental. Es así que desde sus inicios, se reconocieron dos clases de servidumbres, las “*easements appurtenant*”, que conceden el derecho a usar en forma específica un predio ajeno en favor del dueño de otro predio; y las “*easements in gross*”, en las cuales el derecho a usar la finca ajena se concede a una persona en forma independiente de si es o no dueña de otro predio⁴⁸.

Como se puede apreciar, las figuras señaladas son análogas a las servidumbres prediales y personales, conocidas por el sistema continental. Además, la jurisprudencia ha reconocido las *negative* y las *positive easements*, las de uso continuo y aparente, y de constitución voluntaria o legal, todas categorías que son propias a las servidumbres en el derecho continental.

2.1.3. La servidumbre en los sistemas jurídicos continentales. Derecho español y derecho chileno

2.1.3.1 La servidumbre en el derecho español

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil Español en su artículo 530, “*la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, perteneciente a distinto dueño*”. Esta definición corresponde a la llamada servidumbre predial, esto es, aquella en que el gravamen impuesto por la servidumbre sobre un predio representa una utilidad específica para otro predio de distinto dueño.

Por su parte, el artículo 531 admite la posibilidad de constituir una servidumbre “*en provecho de una o más personas o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada*”, esto es, consagra en forma expresa lo que hoy se denomina “servidumbres personales”. Sin embargo, no las regula en forma específica⁴⁹, en vista de lo cual éstas deberán registrarse por lo que disponga el respectivo título que las constituye, y

⁴⁷ Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op. Cit. 21-24

⁴⁸ Hernán Molina Vellejo, Op. Cit. Pg. 67

⁴⁹ N. del A. Una excepción a lo señalado lo constituyen los artículos 603 y 604 del Código Civil español, que regulan en forma específica la servidumbre personal de “pastos, leñas y demás productos de los montes de propiedad particular”.

supletoriamente, por las normas que regulan a las servidumbres prediales, en cuanto les sean aplicables.

Respecto a su contenido, en su artículo 533 el Código Civil Español distingue entre las servidumbres positivas y negativas, reconociendo expresamente la posibilidad de que las servidumbres positivas comprendan ya sea un dejar hacer, o una obligación de hacer establecida directamente sobre el dueño del predio sirviente.

2.1.3.2 La servidumbre en el derecho chileno

El Título XI del Libro II del Código Civil señala en su artículo 820 que “*servidumbre predial*, o simplemente *servidumbre*, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”.

Asimismo, el inciso 2 del artículo 577 del Código Civil, lo enumera entre los derechos reales, esto es, aquellos que “tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.

Cabe destacar que la definición de servidumbre que entrega el Código Civil chileno, aún reconociendo la distinción entre servidumbres prediales y servidumbres personales, se inclina por identificar a las servidumbres prediales con las servidumbres en general. En este sentido, el Código Civil chileno no considera en sus disposiciones ningún caso de servidumbres constituidas a favor de personas o comunidades.

2.2 Naturaleza jurídica

La servidumbre es un derecho real, esto es, aquel derecho que su titular ejerce sobre una cosa en forma directa e inmediata, sin respecto a una persona determinada. Las características generales del derecho real de servidumbre son las siguientes⁵⁰ :

1) Es un derecho real. Esto significa que es un derecho que recae sobre la cosa misma y es oponible *erga omnes*. Así, el titular del derecho real tendrá la propiedad de su derecho y podrá ejercer las acciones que el ordenamiento jurídico le otorgue para que se le reconozca su derecho y no se le turbe en su legítimo ejercicio, aún si quien se opone es el dueño de la finca gravada.

2) Recae sobre cosa ajena. Es éste un elemento de la esencia de la servidumbre, ya que no es posible ser titular de un derecho de servidumbre sobre cosa propia, ya que los derechos que se ejercen sobre una cosa propia se tienen en virtud del derecho de propiedad y no por la servidumbre⁵¹ .

⁵⁰ Castán Tobenas José, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, 14° edición, 1988, pág. 111.

⁵¹ Cabe señalar que en gran parte de las legislaciones, la confusión de las calidades de titular del derecho real de servidumbre y de dueño de la cosa sobre la cual este derecho recae constituye un modo de extinguir la servidumbre. Este modo de extinción de la servidumbre está expresamente contemplado en el Código Civil chileno en su artículo 885 n°3.

3) Constituye una limitación al dominio. Esta limitación cede en beneficio de otra persona o predio, y por lo mismo, debe: (i) tener un contenido específico, ya que este derecho real debe coexistir con el derecho de propiedad del dueño de la cosa sobre la cual recae, y no puede nunca llegar a suplantarlo; (ii) debe representar una utilidad para el titular del derecho de servidumbre, ya que no cabe limitar el dominio sobre una cosa sin que represente un beneficio para alguien; y (iii) su interpretación debe ser siempre restrictiva a favor del predio sirviente.

Como se puede observar, la servidumbre tiene una naturaleza dual, ya que puede ser vista desde el punto de vista del titular del derecho real de servidumbre (o el titular del predio dominante) como un beneficio, así como desde el punto de vista del dueño del predio gravado con la servidumbre (predio sirviente), para el cual constituye un gravamen que cede en beneficio de otra persona o predio.

2.3 Servidumbres forzosas y voluntarias

Atendiendo a su fuente y a su objetivo, las servidumbres pueden ser, básicamente: (i) forzosas, cuando están establecidas por la ley y tienen por objeto la utilidad pública o particular; y (ii) voluntarias, que son aquellas creadas por la voluntad de los particulares⁵². Existen legislaciones y autores que distinguen dentro de las servidumbres forzosas entre las naturales y las legales, atendiendo a si ellas provienen o no de la natural disposición de los predios⁵³, clasificando a las servidumbres en naturales, legales y voluntarias. Sin embargo, aparece más adecuado como criterio de distinción el atender a si son impuestas por la ley (forzosas) o tienen como fuente la voluntad de las partes (voluntarias). Usando este criterio, las servidumbres naturales, cualquiera sea la razón que el legislador haya utilizado para regularlas, son impuestas por la ley y corresponden, por lo tanto, a servidumbres forzosas.

Las servidumbres forzosas corresponden más al derecho administrativo que al privado, ya que generalmente son reguladas por ordenanzas o reglamentos locales, y solo supletoriamente se rigen por las disposiciones de derecho privado⁵⁴.

⁵² Por ejemplo, el Código Civil de Puerto Rico señala en su artículo 472 que *“Las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquellas se llaman legales y éstas voluntarias”*.

⁵³ Esta distinción existe en el Código Civil chileno, que clasifica a las servidumbres en naturales, legales y voluntarias. Define a las naturales como aquellas que *“provienen de la natural situación de los lugares”*, a las legales como las *“que son impuestas por la ley”*, y a las voluntarias como aquellas *“constituidas por un hecho del hombre”*. Entre los autores que reconocen esta distinción, véase Albaladejo Manuel, *“Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”*, 1978.

⁵⁴ El Código Civil chileno establece una servidumbre natural y siete legales. Señala que respecto de las legales, están serán, en general, establecidas por los reglamentos u ordenanzas respectivas, o por las ordenanzas de policía rural.

2.4 Servidumbres prediales y personales

La servidumbre puede ser predial o personal, atendiendo a si el titular del derecho real de servidumbre es un predio (servidumbre predial) o una persona o grupo de personas (servidumbre personal).

La doctrina moderna ha denominado a las servidumbres personales como servidumbres irregulares, servidumbres personales limitadas o simplemente servidumbres personales⁵⁵. Se han definido como “aquel tipo de servidumbres que se establecen no como las reales en beneficio de un predio, sino en consideración a una persona determinada, y que consisten, por consiguiente, en la atribución a una persona, con eficacia real, de cualquier utilidad parcial y determinada que un predio sea capaz de proporcionar”⁵⁶.

La doctrina tiene opiniones divergentes respecto a la naturaleza jurídica de las servidumbres personales. Para parte de la doctrina, éstas corresponden a verdaderas servidumbres, que tienen como única diferencia respecto a las prediales el estar constituidas a favor de una persona o grupo de personas⁵⁷. Para otros, no corresponde denominarlas servidumbres, sino que corresponden más a un derecho real de usufructo de contenido específico cuantitativamente limitado, o a lo más a una figura intermedia entre la servidumbre predial y el derecho de usufructo, restringiendo la denominación de servidumbres solamente a las prediales⁵⁸.

Sin perjuicio de las opiniones señaladas, no existen razones sustanciales para no considerar a la servidumbre personal como verdadera servidumbre. El análisis debe enfocarse en el fondo de la noción de servidumbre, esto es, en la naturaleza de su contenido. En este sentido es posible distinguir claramente las diferencias entre el derecho de usufructo y la servidumbre personal: el usufructo consiste en el derecho a percibir los frutos de una cosa ajena y a usar genéricamente de ella, esto es, en gozar de la cosa en un sentido amplio. La servidumbre, en cambio, tiene como contenido un uso específico (servidumbre positiva), o la prohibición de un uso específico (servidumbre negativa) de la cosa ajena. Lo mismo ocurre si comparamos la servidumbre personal con los derechos reales de uso y habitación, ya que en éstos el uso de la cosa corresponde

⁵⁵ Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op. Cit., pág. 13.

⁵⁶ Castán Tobenas José, Op. Cit., pág. 145.

⁵⁷ Scaevola Quintus Mucius, Op. Cit., pág. 274-275; Fernández Lucas, “La servidumbre Predial de Paso en el Derecho Civil Común Español”, en Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, 1963, pág. 109. Citados por Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op. Cit., pág.

⁵⁸ Sustentan esta posición: Puig Brutau José, Op. Cit., pág. 389; Vasquez Bote Eduardo, “Derecho Privado Puertorriqueño: Derechos Reales”, 1993, pág. 347-349.

solamente al uso propio y natural de la cosa⁵⁹.

Por lo tanto, se puede afirmar fundadamente que las servidumbres personales son verdaderas servidumbres que solo se distinguen de las prediales en que el titular del derecho es una persona o grupo de personas, y no un predio. El considerar a las servidumbres personales como verdaderas servidumbres no es solo un problema de semántica, ya que es su naturaleza jurídica la que indica que estatuto se debe utilizar en su regulación: el de las servidumbres o el del derecho de usufructo⁶⁰.

2.5 Servidumbres negativas y positivas. Derechos reales “in faciendo” y obligaciones ambulatorias o “propter rem”

2.5.1. Criterio de distinción entre servidumbres positivas y negativas

Tradicionalmente, las servidumbres se clasifican en negativas y positivas atendiendo a la naturaleza del gravamen que estas imponen al titular del predio sirviente. Las servidumbres negativas son aquellas que solo imponen al titular del predio sirviente la prohibición de hacer algo en su predio que, de no mediar la servidumbre, le sería lícito ejecutar. Las positivas, por su parte, son aquellas que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar que el titular de la servidumbre haga algo en su predio, o que le imponen la obligación de hacer una cosa por sí mismo. Como se puede observar, el criterio para distinguir entre unas y otras atiende a la manera en que la servidumbre se manifiesta desde el punto de vista del dueño del predio sirviente, y no en como se manifiesta para el titular de la servidumbre.

Sin embargo, este criterio para distinguir entre servidumbres positivas y negativas no es concluyente, ya que, de acuerdo con éste, una misma servidumbre puede ser positiva y negativa a la vez⁶¹. Es así como se debe buscar un criterio de distinción que nos permita establecer en forma más precisa la naturaleza negativa o positiva de una servidumbre. Este criterio puede ser encontrado en la posibilidad de adquirir las servidumbres por prescripción adquisitiva (usucapión)⁶². En general, las distintas

⁵⁹ Fernández Lucas, Op. Cit., pág. 275-277.

⁶⁰ Como se verá en el capítulo cuarto, desde el punto de vista de los derechos reales de conservación, es esencial poder considerarlos como servidumbres personales, debido principalmente, a la posibilidad de que subsistan a perpetuidad o por largos lapsos de tiempo, lo cual constituye algunos de los elementos esenciales para que ésta logre sus fines.

⁶¹ Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op, Cit., pág. 5. Los autores dan el ejemplo de una servidumbre de paso (tránsito), en la que el dueño del predio sirviente debe no solamente permitir el libre tránsito por su predio (servidumbre positiva), sino que debe abstenerse de realizar actos que impidan el tránsito (servidumbre negativa).

legislaciones continentales permiten adquirir por usucapión las servidumbres, positivas o negativas, que sean continuas⁶³ y aparentes⁶⁴. Así, para los casos en que la adquisición de una servidumbre por usucapión sea posible, es posible utilizar como criterio de distinción entre servidumbres positivas y negativas el momento desde el cual se debe comenzar a computar el plazo de prescripción, en relación a la necesidad de posesión aparente que la usucapión requiere. En el caso de las servidumbres negativas, solamente cabe la prescripción adquisitiva si existe un acto obstativo, esto es, cuando existe oposición por parte del potencial titular de la servidumbre a la ejecución de un acto que al dueño del eventual predio sirviente le es lícito ejecutar en su predio, ya que solo en ese momento el gravamen se hace aparente al dueño del eventual predio sirviente. En las servidumbres positivas, en cambio, el plazo prescriptivo comenzará a correr simplemente desde que se ejercen, esto es, desde que el potencial titular del derecho real de servidumbre ejecuta actos en predio ajeno, ya que la ejecución de actos en predio ajeno constituye suficiente apariencia del gravamen que se intenta imponer.

De acuerdo a lo señalado, y extendiendo el criterio anterior a las servidumbres que por no ser aparentes y continuas no admiten su adquisición por usucapión, el criterio para distinguir entre servidumbre positiva y negativa podría plantearse como aquel que atiende a la manera en que la servidumbre en predio ajeno se hace aparente al dueño del predio sirviente.

2.5.2. La servidumbre positiva. Obligaciones ambulatorias o “propter rem”

La servidumbre positiva tiene dos modalidades, las cuales pueden presentarse en forma simultánea en una misma servidumbre: (i) las que imponen al titular del predio sirviente la obligación de dejar hacer algo en su predio; (ii) las que imponen al titular del predio sirviente una obligación de hacer alguna cosa por sí mismo⁶⁵.

⁶² Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op, Cit., pág. 5-6. El artículo 882 del Código Civil chileno dispone expresamente que las servidumbres discontinuas o inaparentes no son susceptibles de adquirirse por prescripción adquisitiva. El inciso 2° del mismo artículo dispone que las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por prescripción de 5 años.

⁶³ Se distinguen las servidumbres en continuas y discontinuas, atendiendo básicamente a si es necesario o no un hecho actual del hombre para que se ésta se ejerza. El artículo 822 del Código Civil chileno señala que: “*servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre...*; y *servidumbre discontinua la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre...*”.

⁶⁴ Las servidumbres pueden ser aparentes e inaparentes, atendiendo a si se manifiestan por una señal externa o no. El Código Civil chileno en su artículo 824 las define: “*Servidumbre aparente es la que está continuamente a la vista...*; e *inaparente, la que no se conoce por una señal exterior*”.

⁶⁵ Como se verá más adelante, esta distinción es esencial para el estudio de la servidumbre de conservación, ya que, prácticamente en la totalidad de los casos, los objetivos de conservación de una servidumbre solo podrán lograrse en la medida que puedan imponerse al dueño del predio sirviente obligaciones positivas de conservación.

Las obligaciones ambulatorias, también denominadas “propter rem” son aquellas que obligaciones que un derecho real imponen a su titular. En la doctrina, se ha discutido ampliamente la naturaleza de las estas obligaciones ⁶⁶.

Las denominadas obligaciones “propter rem” o “ambulatorias” han sido históricamente objeto de discusión doctrinaria, ya que, por un lado, crean la figura de las servidumbres “in faciendo”, rechazadas desde el derecho romano ⁶⁷, y se oponen al principio general de que las personas son solo susceptibles de obligaciones y no a que sobre ellas se constituyan derechos reales ^{68 69}.

En el caso de las obligaciones propter rem o ambulatorias, no es necesario considerar en ellas la existencia de un deudor y un acreedor, o en otras palabras, no se requiere subsumirlas en el concepto de la relación crediticia. La titularidad para exigir la prestación contenida en la obligación ambulatoria no surge de la posición de acreedor sino de la titularidad del derecho real de servidumbre. En este sentido, debe recordarse que la exigencia de una prestación no es exclusiva de la relación crediticia.

De acuerdo a la doctrina, y utilizando la enumeración utilizada por la jurisprudencia española ⁷⁰, las obligaciones ambulatorias presentan las siguientes características:

- (a) Son accesorias a un derecho real.
- (b) El sujeto pasivo está determinado solamente por la titularidad de un derecho real.
- (c) Se transmiten o transfieren por el hecho de transmitir o transferir el derecho real.
- (d) Son susceptibles de renuncia y abandono liberatorio.

⁶⁶ Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, Op, Cit., pág. 7-8. Las teorías sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones ambulatorias son básicamente cuatro: (i) teoría de la realidad, de acuerdo a la cual no se ven inconvenientes en admitir que un derecho real tenga por contenido una obligación de hacer, sin dejar de encontrarse por completo en el campo de los derechos reales; (ii) teoría personalista, para la cual las obligaciones ambulatorias no son el contenido de la servidumbre, sino que obligaciones accesorias destinadas a posibilitar el ejercicio del verdadero contenido de la servidumbre; (iii) teoría mixta, que las considera como figuras intermedias entre los derechos reales y personales; (iv) teoría ecléctica o relativa, que afirma que son obligaciones reales o personales atendiendo al caso particular.

⁶⁷ Albaladejo Manuel, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, 1978, pág. 45; Miquel Juan, “Explicaciones de Derecho Romano”, pág. 117; Castán Tobenas José, Op. Cit. Pág. 121 n°1. La única excepción fue la “servitus honeris ferendi”, la que imponía al propietario del predio sirviente no solo la obligación de soportar en pared propia el peso de una construcción vecina, sino que además debía repararla y mantenerla en buen estado.

⁶⁸ Scaevola Quintus Mucius, Op. Cit., pág. 279.

⁶⁹ Sin perjuicio de lo señalado, en la práctica las obligaciones existen y pueden ser exigidas en forma forzada, por lo que las dificultades señaladas se radican en el ámbito teórico y no práctico.

⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19° de 2 de diciembre de 1998, citado por Sánchez-Ferrero y García Martín, “Las Obligaciones Ambulatorias o “propter rem” en el Régimen de Propiedad Horizontal”, <http://www.ceresnet.es/martin/art.htm>; Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, México, <http://www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/luisfernando/conceptoobligacion.htm>.

(e) El obligado responde de la deuda con la cosa misma, y no con la totalidad de su patrimonio.

Las diferencias entre las obligaciones ambulatorias y aquellas asociadas a los derechos personales son sustanciales, siendo principalmente las siguientes: (i) no es necesaria la voluntad del sujeto pasivo para que se obligue, basta ser titular del derecho real respectivo; (ii) siguen a la cosa misma (al derecho real) y son inseparables de ella; (iii) su cumplimiento se garantiza con la cosa misma, no es aplicable para garantizar su cumplimiento el denominado “derecho de prenda general del acreedor”.

2.5.3. Carácter accesorio de las obligaciones ambulatorias

Sin perjuicio de lo arriba señalado, cualquiera sea la naturaleza jurídica de las obligaciones ambulatorias, estas no deben ser consideradas como el contenido principal de una servidumbre, sino que como accesorias a los fines perseguidos con la servidumbre. Las obligaciones ambulatorias debieran surgir solamente en aquellos casos en que es necesario llevar a cabo acciones positivas para mantener la servidumbre en estado de cumplir sus fines, estando siempre al servicio del cumplimiento del contenido principal de la servidumbre.

CAPÍTULO 3. LA SERVIDUMBRE O LOS DERECHOS REALES COMO MECANISMOS DE CONSERVACIÓN

3.1 Generalidades

Atendiendo el carácter de bien público de la biodiversidad, su conservación constituye una tarea que debe ser asumida tanto por el sector público como privado. Sin perjuicio de ello, estimamos que corresponde a la autoridad el ofrecer los mecanismos idóneos que incentiven en los sujetos privados el asumir dichos objetivos de conservación.

En Chile, el Estado debe de tomar las medidas y acciones necesarias para dar cumplimiento al mandato constitucional de proteger y conservar el patrimonio natural de la nación⁷¹. Estas iniciativas públicas pueden implementarse por diferentes medios, los

⁷¹ La Constitución Política de la República de Chile señala en el número 8° del artículo 19 que: “La constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y *tutelar la preservación de la naturaleza*” (el énfasis es nuestro). Así, la Constitución chilena impone expresamente al Estado el deber de conservar (preservar) la biodiversidad (naturaleza).

cuales pueden o no involucrar a privados. Estas iniciativas, básicamente, pueden presentar dos líneas de acción: (i) el uso del poder estatal para conservar áreas de significación ecológica, por medio de la planificación del desarrollo a través de la zonificación del uso de suelo y la adquisición de predios de alta significación ecológica, o incluso la expropiación de éstos por razones de interés nacional; y (ii) la implementación de una estructura de incentivos y mecanismos que permitan a los privados involucrarse en actividades de conservación congruentes con los objetivos nacionales.

A continuación, se analizan los aspectos fundamentales de la servidumbre como institución de derecho civil desde el punto de vista de su utilización como mecanismo de conservación. El análisis se enfocará en los aspectos comunes que presenta la servidumbre como institución civil en el derecho continental, sin referirse a ninguna ordenamiento jurídico específico.

De acuerdo a lo arriba señalado, al referirnos a continuación a la “servidumbre de conservación” o a los “derechos reales de conservación”(DRC), nos estaremos refiriendo a la institución civil denominada servidumbre como mecanismo de conservación de la biodiversidad.

3.2 Sujetos involucrados en los DRC

La servidumbre de conservación⁷² relaciona, básicamente, a dos sujetos: el dueño del predio sirviente, y el titular de los DRC. Adicionalmente, pueden existir terceros titulares de derechos accesorios tendientes a que los fines perseguidos por la servidumbre sean efectivamente cumplidos.

3.2.1. Titular del derecho de dominio sobre el predio sirviente

El dueño del predio sirviente es quien, de manera autónoma y voluntaria, ha tomado la decisión de gravar su predio con DRC, asumiendo no solo restricciones en el uso que le pueda dar a su predio en el futuro, sino que también obligaciones positivas de hacer.

Está decisión privada, cuando incida en áreas prioritarias, debiera ser incentivada por la autoridad, reconociendo de esta manera el interés público envuelto en consecución de objetivos de conservación.

La naturaleza real del derecho real de servidumbre permite que el gravamen impuesto por ésta se mantenga vigente no obstante eventuales cambios en la titularidad del derecho de dominio sobre el predio, lo cual constituye la principal ventaja de la servidumbre respecto de otros mecanismos de conservación privados. En otras palabras, el gravamen impuesto por los DRC constituye una carga impuesta sobre el predio, y cualquiera sea el dueño del predio deberá asumir las restricciones y obligaciones positivas que impone la servidumbre en las mismas condiciones en que fueron

⁷² N. del A. Respecto del uso de los términos “servidumbre de conservación” y “derecho real de conservación”, v. Nota N° 1.

originalmente pactadas⁷³.

3.2.2. Titular de los DRC

La constitución de DRC permite que el derecho real de conservación sea adquirido por un tercero distinto del dueño, quien tendrá la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la servidumbre, debiendo llevar a cabo acciones permanentes de monitoreo y vigilancia del estado de la servidumbre. Asimismo, el titular del derecho real de conservación deberá contar con los medios suficientes para exigir el cumplimiento forzado de los términos de la servidumbre en caso de incumplimiento por parte del dueño del predio sirviente, ya sea a través de la negociación o el litigio. Estas responsabilidades se ven agravadas por el hecho de que la contraparte con quien se deberá tratar no será siempre la misma, lo que hace prever que no siempre existirá la misma disposición a dar cumplimiento a la servidumbre, como en el caso de herederos o terceros adquirentes del predio que no tengan interés en los fines de conservación de la servidumbre. Así, la definición del titular de los derechos de conservación constituye un elemento esencial para la consecución de los fines de la servidumbre.⁷⁴

3.2.3. Terceros titulares de derechos accesorios

Teniendo en cuenta el interés público envuelto en el cumplimiento de fines de conservación, y las dificultades que existen en mantener y monitorear el cumplimiento de una servidumbre por un lapso de tiempo indefinido, es recomendable que se otorguen a terceros derechos accesorios tendientes a exigir el debido cumplimiento de los términos de la servidumbre. Existen principalmente dos maneras de involucrar a terceros en las servidumbres: (i) por medio de derechos accesorios especiales; (ii) por medio de disposiciones de carácter general.

(a) Derechos accesorios especiales

Una posibilidad consiste en designar en forma expresa en el título de la servidumbre a un tercero determinado, quien será titular de un derecho para exigir el cumplimiento de los términos de la servidumbre, tanto respecto al dueño del predio sirviente como del titular de los derechos de conservación. En este caso, serán las partes al momento de negociar los términos de la servidumbre quienes designarán voluntariamente a los terceros titulares de estos derechos accesorios.

Estos derechos debieran otorgarse a sujetos que tengan, al menos, un interés en la

⁷³ Es en este ámbito donde se hace importante el delimitar y definir en forma precisa la naturaleza y alcance de las obligaciones ambulatorias o “propter rem”, ya que constituyen la máxima garantía de que la servidumbre tendrá la estabilidad necesaria para cumplir sus fines, no obstante los sucesivos cambios de dueños del predio sirviente.

⁷⁴ En la Sección 4.2 del capítulo siguiente se profundizará el análisis de las dificultades que representa el ser titular de derechos reales de conservación, así como los requisitos mínimos que deberán cumplir dichos titulares para dar garantía del debido cumplimiento de sus obligaciones como tal.

conservación de las variables protegidas y la posibilidad de contar con información actualizada sobre el estado de cumplimiento de la servidumbre de conservación. El objetivo es que este tercero pueda, en caso de incumplimiento, no solo exigir el cumplimiento forzado de la servidumbre, sino también tomar medidas positivas que eviten daños permanentes que un incumplimiento pueda generar en las variables protegidas por la servidumbre. Algunas legislaciones, por ejemplo, exigen que estos terceros cumplan con los mismos requisitos para ser titular de DRC⁷⁵, lo que constituye una medida eficaz de garantizar la idoneidad de los terceros titulares de derechos accesorios a la servidumbre.

(b) Disposiciones de carácter general

Otra opción es que exista una disposición legal que designe, de manera general, a personas naturales y/o jurídicas que podrán accionar con el objeto de obtener el cumplimiento forzado de los términos de la servidumbre. Esta designación general puede ser de una mayor o menor amplitud, ya sea señalando a determinadas personas o categorías de personas, hasta llegar a conceder una “acción popular” para que cualquier persona pueda exigir el cumplimiento de la servidumbre^{76 77}.

Cualquiera sea la forma de designar a los terceros que podrán accionar para exigir el cumplimiento de la servidumbre, estos debieran tener la facultad de exigir la restitución del predio a su condición original, en caso de que el incumplimiento haya derivado en daños a las variables protegidas, y la posibilidad de exigir la indemnización de los gastos empleados en ejercer dicha facultad.

3.3 Constitución del DRC

El DRC, o la servidumbre de conservación, constituye una servidumbre eminentemente

⁷⁵ Uniform Conservation Easement Act (“UCEA”), EE.UU., 1981, Section 1, (3). Ver Anexo N° 2. La UCEA señala que: “*Third-party right of enforcement* means a right provided in a conservation easement to enforce any of its terms granted to a governmental body, charitable corporation, charitable association, or charitable trust, which, although eligible to be a holder, is not a holder”. Así, los terceros susceptibles de ser titulares de estos “rights to enforcement”, podrán ser entes públicos o privados sin fines de lucro, que cumplan con los requisitos exigidos por la misma ley para ser titular de la servidumbre.

⁷⁶ Por ejemplo, la Ley N°183 del 27 de diciembre de 2001 (“Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico”) opta por designar en forma amplia y general a los terceros que podrán accionar, y dispone en su artículo 13°, “Acciones judiciales y resarcimiento de daños”, que en caso de incumplimiento de obligaciones establecidas por una servidumbre de conservación, podrán entablar una acción civil las siguientes personas: (i) el titular de la servidumbre; (ii) El Estado; (iii) cualquier persona, natural o jurídica, que demuestre un interés en la conservación de los recursos naturales de Puerto Rico. Ver Anexo N° 2.

⁷⁷ Por su parte, la UCEA se inclina por dejar que sean las partes quienes, en general, decidan si designan a terceros como titulares de un derecho para exigir el cumplimiento de la servidumbre. En su Sección 3°, “Judicial Actions”, dispone que podrán accionar: (i) el propietario de un interés en el bien raíz gravado por la servidumbre; (ii) el titular de la servidumbre; (iii) personas titulares de derechos para exigir el cumplimiento; (iv) personas establecidas por otra ley. Ver Anexo N° 2

voluntaria, esto es, creada por la voluntad de los particulares. No existen razones para establecer reglas específicas para la constitución de servidumbres de conservación, ya que aparecen como suficientes las reglas generales aplicables a las servidumbres voluntarias⁷⁸. Sin embargo, atendiendo las características, la complejidad y la duración de las servidumbres de conservación, se debe poner especial cuidado en elegir la forma en que esta se constituye.

Una de las mayores dificultades en el diseño e implementación de los DRC consiste en la constante tensión entre los derechos del dueño del predio sirviente y el titular de la servidumbre. Esta fuente de eventuales conflictos debe ser minimizada en la medida de lo posible, por lo que es recomendable utilizar en su constitución los medios y las formalidades que den la mayor certeza y claridad posible a los términos pactados por las partes. La constitución de una servidumbre de conservación debiera realizarse a través de: (i) escritura pública, la que debe contener todas las disposiciones y datos necesarios para la ejecución de la servidumbre; (ii) inscribirse en el registro público correspondiente al predio sirviente⁷⁹.

En general, las distintas legislaciones continentales establecen como único requisito para efectuar la tradición del derecho de servidumbre, el otorgamiento de una escritura pública en que se exprese la voluntad de las partes de constituir la servidumbre. La inscripción del título en un registro público no es requisito para la tradición o la constitución de la servidumbre, sino que solamente para que ésta sea oponible a terceros⁸⁰. Sin embargo, en el ámbito de las servidumbres, y específicamente en la servidumbre de conservación, la inscripción adquiere una especial importancia, ya que es la oponibilidad a terceros lo que otorga a la servidumbre la capacidad de tener una duración indefinida o perpetua. En Chile, la inscripción lo que permitirá que los terceros adquirentes del predio sirviente se vean en la necesidad de respetar los términos de la servidumbre y cumplir con las obligaciones que les impone.

3.4 Finalidad de los DRC. Restricciones de uso, obligaciones de hacer, derechos accesorios de terceros. Conservación intensiva y actividades sustentables

⁷⁸ Esta solución es la adoptada por la UCEA, EE.UU., 1981.

⁷⁹ Ver Anexo N° 1. La Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico, en su artículo 11, establece como única manera de constituir la servidumbre su otorgamiento por escritura pública y la inscripción en el Registro de Propiedad.

⁸⁰ Código Civil chileno, artículo 698;

3.4.1 Generalidades

Los DRC imponen restricciones al ejercicio del derecho de dominio sobre el predio sirviente. Las limitaciones a los usos y actos que se puedan ejecutar en el predio son los que, en definitiva, van a permitir lograr el objetivo de conservación. Sin embargo, las restricciones al ejercicio del derecho de dominio son necesarias pero no suficientes para asegurar el cumplimiento de los fines de los DRC, lo que hace necesario que exista la posibilidad de exigir la ejecución de acciones positivas tendientes a lograr los fines de la servidumbre. Por esto, los DRC deben ser capaces de imponer no solo restricciones en el uso del predio, sino también derechos y obligaciones sobre los sujetos involucrados en los DRC.

3.4.2. Restricciones de uso

La intensidad y naturaleza de las restricciones al ejercicio del derecho de dominio que la servidumbre impone al dueño del predio sirviente, se encuentran determinadas por el objetivo que ésta persigue. Estas restricciones pueden ir desde excluir prácticamente cualquier uso del predio gravado, en casos de conservación intensiva, hasta aquellas que solamente prohíben determinados usos y actividades, dejando abierta la posibilidad a la ejecución de actividades que no se contrapongan a los fines de conservación (actividades sustentables).

3.4.3 Analogía del “*bundle of rights*” o “haz de derechos”

Las restricciones que imponen los DRC deben coexistir con el derecho de dominio que tiene el dueño sobre su predio. Se puede ilustrar la manera en que las restricciones se relacionan con el derecho de dominio del titular del predio sirviente a través de la analogía del “*bundle of rights*”⁸¹ o “haz de derechos”. El derecho de dominio se puede representar como un haz o conjunto de derechos que representan la totalidad de los distintos usos que el dueño puede dar a su predio, como el desarrollo de proyectos, de actividades mineras, forestales, agrícolas o de recreación, por mencionar algunos. Las restricciones impuestas por los DRC significan la remoción o traslado de los derechos que implican actividades contrarias a sus fines, los cuales son escindidos del “haz de derechos” que posee el dueño del predio y adquiridos por un tercero quien no los utilizará, con el objeto de lograr los fines de conservación.

En este esquema, las restricciones impuestas por los DRC permiten que el dueño del predio gravado pueda ejecutar todas las actividades y dar a su predio cualquier uso que no se oponga a los fines que con ellos se persiguen, permitiendo la optimización de los recursos destinados a la conservación. Esto se debe a que no es necesario comprar la totalidad de un predio, o siguiendo la analogía, la totalidad del “haz de derechos”, para conservar determinadas características, sino solo aquellos derechos que se opongan a

⁸¹ Julie Ann Gustanski, *Protecting the Land: Conservation Easements, Voluntary Actions, and Private Lands.*, pág. 15.

los fines de conservación de la servidumbre. Asimismo, se evita que las áreas protegidas por medio de servidumbres se excluyan del tráfico económico-social, pudiendo desarrollarse en ellas actividades sustentables que promuevan el desarrollo económico regional y al mismo tiempo faciliten la adquisición de conocimiento e información sobre los “servicios ambientales” y su interacción con los procesos productivos.

3.4.4 Derechos y obligaciones

Los DRC deben ser capaces de crear un conjunto de derechos y obligaciones que permitan a las partes adecuar de la mejor manera posible los intereses, a veces en conflicto, que cada una de ellas tiene al momento de negociar los términos de una servidumbre de conservación.

Dentro de las obligaciones que pueden generar los DRC, las obligaciones positivas de hacer constituyen un elemento esencial para lograr a cabalidad los fines de una servidumbre de conservación. Sin embargo, de acuerdo a lo ya expuesto⁸², existe discusión respecto a la naturaleza jurídica y los alcances de las obligaciones que emanan de un derecho real. Existen numerosas legislaciones que no contemplan la posibilidad de que una servidumbre genere obligaciones de hacer, o en el mejor de los casos, no se regula adecuadamente su funcionamiento⁸³.

La falta de una legislación adecuada ha llevado, en muchos casos, a intentar extraer obligaciones de hacer a partir de una restricción, ya que, a fin de cuentas, una restricción (obligación de no hacer) implica muchas veces el realizar actos tendientes a que no se ejecuten los actos restringidos, los cuales pueden ser tomados como verdaderas obligaciones de hacer implícitas en una restricción⁸⁴. Sin embargo, esta situación es de alta incertidumbre, y puede constituir una fuente de conflictos futuros entre el dueño del predio sirviente y el titular de los DRC, con el peligro de que los fines de la servidumbre se frustren. La solución es que sea permitido en forma expresa que la servidumbre de conservación genere derechos y obligaciones (tanto de hacer como de no hacer) sobre cualquiera de las partes involucradas en la negociación de una servidumbre.

Las obligaciones que generan los DRC deben poder recaer tanto en el dueño del predio sirviente como en el titular de los DRC⁸⁵. Las partes, al momento de negociar los

⁸² v. Sección 2.5.2.

⁸³ Entre las legislaciones que no contemplan obligaciones afirmativas, están los estados de California, Connecticut, Delaware y Montana. Por otro lado, el Código Civil de Chile en su artículo 823 inciso 2°, señala que las servidumbres positivas imponen a veces obligaciones de hacer, pero solamente sobre el dueño del predio sirviente.

⁸⁴ Mayo Todd D., “A Holistic Examination of the Law of Conservation Easements”, en “Protecting the Land. Conservation Easements: Past, Present and Future”, pág. 34.

⁸⁵ En Puerto Rico, la Ley N° 183 del 27 de diciembre de 2001 (“Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico”), en sus artículos 9° y 10°, admite en forma expresa la posibilidad de que una servidumbre de conservación genere derechos y obligaciones tanto respecto del dueño del predio sirviente como en el titular de los derechos reales de conservación. Ver Anexo N° 1.

términos de la servidumbre, deben contar con la mayor libertad y flexibilidad para determinar en forma precisa los derechos y obligaciones que a cada una de ellas les cabe en la servidumbre. En este esquema, se debe establecer un conjunto de derechos y obligaciones que: (i) permita el funcionamiento adecuado y fluido de la servidumbre; (ii) delimite claramente los derechos y obligaciones que imponen los DRC a cada una de las partes; (iii) establezca cargas y facultades proporcionadas a los fines de conservación, las que deben ser equilibradas entre ambas partes. La idea detrás de estos requisitos es, al igual que en un contrato, lograr que los fines que las partes se han propuesto puedan ser cumplidos con la mayor flexibilidad y eficiencia, minimizando las posibilidades de conflicto y favoreciendo las instancias de diálogo y negociación.

3.4.5 Derechos accesorios de terceros (“*third party enforcement right*”)

Existe la posibilidad de que, adicionalmente al conjunto de restricciones y obligaciones positivas que constituyen el cuerpo de los DRC, se constituyan en el título de la servidumbre derechos en favor de terceros, con el objeto de que éstos puedan exigir a quien corresponda el cumplimiento de la servidumbre.

Son derechos accesorios que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de los DRC, otorgando a sus titulares la facultad de ejercer los derechos y acciones que de ellos emanan y que tienen por objeto exigir su cumplimiento, como por ejemplo, la acción reivindicatoria y las querellas posesorias, así como el derecho a exigir la ejecución de las obligaciones de hacer que pueden recaer sobre los sujetos principales de la servidumbre. Estos derechos pueden llegar a ser una garantía importante del cumplimiento de los términos de la servidumbre, ya que se aumenta el número de sujetos susceptibles de hacer ejecutar los DRC, y se hace disminuir la posibilidad de incumplimiento por falta de diligencia del titular de la servidumbre.

3.4.6 Finalidad de los DRC. Conservación intensiva y actividades sustentables

Los DRC, debido principalmente a su estabilidad y flexibilidad, pueden ser usados para la conservación de una amplia variedad de valores. No solo la biodiversidad y las características ecológicas son susceptibles de conservación por medio de servidumbres, sino también las características históricas, turísticas, arqueológicas, científicas y escénicas de un área determinada, entre otras.

Las distintas legislaciones que contemplan la figura de la servidumbre de conservación, no son uniformes al momento de determinar los valores que ésta puede tener por propósito conservar. Sin embargo, existen ciertos elementos que se repiten en las distintas legislaciones, aunque en muchos casos bajo terminología diferente⁸⁶.

En términos generales, los valores susceptibles de ser protegidos por medio de DRC, se encuentran comprendidos en los siguientes objetivos generales:

(a) protección de elementos o características naturales (fauna, flora, ecosistemas).

(b) protección de características culturales (históricas, escénicas, científicas, turísticas).

(c) disponibilidad de terrenos para fines agrícolas.

Los objetivos específicos de cada DRC, por su parte, responden a distintas variables y circunstancias que van a ser diferentes para cada caso. En algunos, el propósito será proteger un valor que, por su vulnerabilidad, requerirá la exclusión de cualquier actividad en el área protegida. En otros, el objetivo podrá ser cumplido a través de restricciones específicas, dejando abierta la posibilidad a la ejecución de actividades que no pongan en peligro las características protegidas. En estos casos se puede apreciar que la intensidad y profundidad de los diversos objetivos pueden variar de manera sustancial.

Atendiendo a su objeto, es posible distinguir, en términos generales, entre dos clases de DRC: (i) los que tienen por objeto la conservación intensiva; (ii) aquellos que persiguen objetivos de conservación compatibles con actividades sustentables.

(a) Conservación intensiva.

En un escenario de conservación intensiva, los DRC restringen en forma estricta los posibles usos y actividades a ejecutarse en el predio sirviente, pudiendo llegar a excluir, en la práctica, cualquier intervención humana en el área. Sin perjuicio de que en ciertos casos excepcionales este modelo puede ser apropiado, existen razones para evitar este modelo de servidumbre.

Una de las mayores ventajas de la servidumbre de conservación consiste en su capacidad de hacer posible la coexistencia del derecho de dominio del dueño del predio sirviente con los DRC. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que esta capacidad puede debilitarse cuando las restricciones son excesivas, ya que cuando los DRC imponen restricciones demasiado amplias y estrictas, por un lado garantizan de manera más efectiva la protección de los valores protegidos, pero por el otro aumenta la posibilidad de futuros conflictos con el dueño del predio, haciendo peligrar el cumplimiento de los fines de conservación⁸⁷.

Sin perjuicio de que la pérdida neta de valor del predio se encontrará en muchos casos sujeta a algún mecanismo de compensación, un gravamen excesivo del predio

⁸⁶ N. del A. Dos ejemplos ilustrativos por la diferencia en la forma en que establecen los posibles objetivos de una servidumbre de conservación es el caso de la UCEA y la Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico. En el caso de la UCEA, Section 1, (1), al definir una servidumbre de conservación, señala que podrá tener como propósito: (i) mantener o proteger valores naturales, escénicos o de espacios abiertos en bienes raíces; (ii) asegurar la disponibilidad de terrenos para fines agrícolas, forestales, recreacionales, o de uso de espacios abiertos; (iii) proteger recursos naturales; (iv) mantener o mejorar la calidad del aire o el agua; (v) preservar aspectos históricos, arquitectónicos, arqueológicos, o culturales en bienes raíces. Por su parte, en Puerto Rico, los términos que se refieren a los posibles valores a ser protegidos gozan de una mayor generalidad: (i) la protección o conservación de áreas de valor natural; (ii) protección o conservación de propiedades con valor cultural o agrícola. Ver Anexos N° 1 y N° 2.

⁸⁷ Dennis G. Collins, "Enforcement Problems with Successor Grantor", en "Protecting the Land. Conservation Easements: Past, Present and Future", pág. 164-165.

serviente podría llegar a dificultar posteriores transferencias, incentivando a que el dueño busque medios de hacer menos gravosa la servidumbre y, por lo tanto, más atractiva para posteriores adquirentes. Así, el dueño podría cuestionar las cláusulas que le resulten más gravosas, pretendiendo interpretarlas a su favor, apoyándose en pasajes ambiguos de las disposiciones pactadas por los constituyentes de la servidumbre.

Los conflictos y eventuales litigios entre el dueño del predio serviente y el titular de los DRC no solo generan gastos importantes que no todos los titulares del derecho real de conservación van poder asumir, sino que produce una publicidad negativa que puede indisponer a la opinión pública respecto a las actividades de conservación. En el caso del litigio, además, siempre existe la posibilidad de una interpretación favorable al dueño del predio, lo que es más probable que ocurra si el juez estima que la servidumbre es abusiva y entorpece la libre circulación comercial del predio⁸⁸.

Así, al momento de diseñar y negociar una servidumbre, el futuro titular de los derechos de conservación debe no solo lograr una adecuada conservación de los valores que intenta proteger, sino también asegurarse de que ésta sea capaz de perdurar en el tiempo, pues una servidumbre técnicamente perfecta y con planes de manejo profesionalmente diseñados, puede fallar en lograr su permanencia en el tiempo debido a cambios de circunstancias y, consecuentemente, fracasar en sus objetivos. Se recomienda⁸⁹ que, al entrar a negociar los términos de la servidumbre, el eventual titular tenga definidas las restricciones mínimas que deben exigirse para lograr los fines de conservación, y partiendo de esa base, negocie mejores cláusulas que al mismo tiempo garanticen la conservación y la estabilidad de la servidumbre

(b) Actividades sustentables

Los objetivos de conservación de una servidumbre pueden, en gran parte de los casos, ser compatibles con el desarrollo de actividades humanas en el predio serviente, las que se han denominado “actividades” o “desarrollo sustentable”. De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, existen razones poderosas para privilegiar el diseño de servidumbres que no restrinjan en exceso el derecho de dominio del dueño del predio serviente, por lo que las actividades sustentables debieran, en general, ser permitidas en la medida que no interfieran con el cumplimiento de los fines de conservación.

Un elemento esencial al momento de tomar la decisión de constituir una servidumbre de conservación, corresponde a la posibilidad que tendrá su dueño en el futuro de ceder el predio a un tercero a título oneroso, esto es, la comerciabilidad del predio una vez constituida la servidumbre. Evidentemente, la servidumbre significará en forma inicial una pérdida de valor de mercado para el predio, pero la tendencia del mercado es a reconocer los valores económicos de los distintos atributos ecosistémicos de los bienes, de manera que en el mediano o largo plazo el precio de mercado tiende a aumentar. Más

⁸⁸ En Chile, el principio de la “libre circulación de la riqueza”, contenido en el Código Civil, puede generar que los tribunales tiendan a realizar interpretaciones favorables al dueño del predio serviente, si consideran que las restricciones de la servidumbre son excesivas, y por lo tanto incompatibles con éste principio.

⁸⁹ John B. Wright, “Reflections on Patterns and Prospects of Conservation Easement Use”, en “Protecting the Land. Conservation Easements: Past, Present and Future”, pág. 499.

aún, la transacción sobre servicios ecosistémicos provee una fuente adicional de financiamiento⁹⁰.

En todo caso, la inicial pérdida de valor del predio gravado con una servidumbre de conservación ha llevado a que en muchas legislaciones ésta sea compensada a través de beneficios económicos o tributarios. La magnitud de la pérdida inicial de valor del predio estará en directa relación con el gravamen impuesto por la servidumbre, de manera que a más gravosa la servidumbre, mayor pérdida de valor para el predio, y viceversa.

3.5 Terminación de la servidumbre de conservación

3.5.1 Formas tradicionales de terminación

Tradicionalmente, los sistemas continentales han contemplado una serie de causales de extinción de la servidumbre. A continuación se enumeran algunas las principales causales tradicionales de terminación⁹¹:

- (a) La resolución del derecho del constituyente.
- (b) La confusión, esto es, la reunión en una misma persona de los predios sirviente y dominante.
- (c) La prescripción, esto es, la extinción de la servidumbre por no ser ejercida durante un determinado plazo.
- (c) Plazo extintivo o condición resolutoria.
- (d) La renuncia del dueño del predio dominante.
- (e) La redención, esto es, el contrato a través del cual los sujetos de la servidumbre deciden ponerle término.
- (f) Cambio de estado, o modificación sustancial en las circunstancias.

3.5.2 Modos de terminación de la servidumbre que son relevantes desde el punto de vista de la servidumbre de conservación

Atendiendo a la naturaleza de los objetivos que persigue una servidumbre de conservación, los cuales difieren a los fines tradicionales que la servidumbre ha perseguido en los sistemas jurídicos continentales, se hace necesario analizar de que manera los modos de terminación tradicionales influyen en la consecución de los fines de conservación de los DRC. Como se verá a continuación, es recomendable que la servidumbre de conservación posea una regulación específica en cuanto a sus causales

⁹⁰ Jaime Ubilla F., Op. Cit. v. N° 4

⁹¹ Se han utilizado como fuente al Código Civil español, artículo 546; y al Código Civil chileno, artículo 885.

de terminación.

(a) Modificación sustancial de las circunstancias

Las eventuales modificaciones que puedan sufrir las circunstancias en el transcurso del tiempo constituye una causal de terminación (o modificación) especialmente relevante en el derecho comparado.

Atendiendo su duración generalmente perpetua, cabe preguntarse que ocurrirá en aquellos casos en que las circunstancias en que la servidumbre de conservación fue originalmente constituida cambien de manera sustancial⁹².

Puede darse el caso en que el cambio de circunstancias haga excesivamente gravosa las servidumbre para el dueño del predio sirviente, o incluso que las nuevas circunstancias hagan imposible el cumplimiento de los fines de conservación. También es posible que sea el titular de los derechos reales quien en algún momento deje de existir o sea incapaz de cumplir con las obligaciones que la servidumbre de conservación le imponga.

En los casos en que las nuevas circunstancias hagan absolutamente imposible el cumplir con los objetivos de la servidumbre, ésta debiera extinguirse de pleno derecho, toda vez que no cabe el gravar un predio con una servidumbre sin que exista un beneficio para una persona u otro predio. Todo ello sin perjuicio de las eventuales responsabilidades e indemnizaciones en el caso que el cambio de las circunstancias se deba a una acción atribuible a una persona determinada.

Sin embargo, en el caso que los cambios en las circunstancias no hagan imposible la subsistencia de la servidumbre, sino que la hagan más gravosa para el dueño del predio sirviente, es recomendable que existan mecanismos que permitan a las partes negociar modificaciones a la servidumbre, en el sentido de equilibrar la necesidad de cumplir con los fines de la servidumbre con la carga que debe sufrir el dueño del predio sirviente. En lo posible, el título de la servidumbre debiera considerar una cláusula compromisoria u otro mecanismo de que permita la resolución del conflicto que el cambio en las circunstancias genera.

Finalmente, en el caso que el titular de los DRC se extinga o se halle en una situación que le impida el llevar a cabo debidamente su rol de garante del cumplimiento de los fines de la servidumbre, debiera existir la posibilidad de que dicha titularidad pueda ser asumida de pleno derecho por otra persona, o en forma supletoria y de pleno derecho por el estado⁹³, con el objeto de evitar que los objetivos de conservación fracasen.

(b) Prescripción extintiva o el no uso

⁹² Julie Ann Gustanski, Op. Cit. En el derecho anglosajón, la posibilidad de que las circunstancias originalmente existentes al momento de constituir la servidumbre varíen en forma sustancial, han dado origen a las doctrinas de las “changed conditons” y “cy pres”. En términos generales, estas doctrinas plantean que un juez podría llegar terminar o modificar una servidumbre en los casos en que las nuevas circunstancias lo recomienden.

⁹³ Esta última es la solución que adopta la legislación puertorriqueña en el artículo 6, inciso 2 de la Ley N° 183 del año 2001, Ley de Servidumbre de Conservación.

Tanto el Código Civil chileno como el español contemplan el no uso de la servidumbre como una causal de terminación. Como ha señalado la doctrina⁹⁴, el fundamento de esta causal consiste en que la servidumbre se justifica solamente por la utilidad que presta a alguna persona. Asimismo, la doctrina se encuentra de acuerdo en que a esta causal no le son aplicables los límites establecidos por el legislador a la prescripción adquisitiva de una servidumbre, en el sentido de que ésta solo es posible en el caso de servidumbres continuas y aparentes⁹⁵. En el caso de la prescripción extintiva de una servidumbre, la distinción entre continuas, discontinuas, aparentes e inaparentes solamente adquiere relevancia para determinar el momento desde el cual se comienza a computar el plazo prescriptivo. En este sentido, al no distinguir el legislador, la prescripción extintiva de la servidumbre se aplica tanto a aquellas continuas como discontinuas, aparentes e inaparentes.

Respecto a la servidumbre de conservación, es recomendable que no le sea aplicable la prescripción extintiva como causal de terminación. Cabe señalar que la misma naturaleza de la servidumbre de conservación entrega un argumento ello. La utilidad que presta la conservación de atributos ecosistémicos se extiende no solo al titular de los respectivos DRC, sino que se extiende *erga omnes*, atendido el valor global que poseen los atributos ecológicos. Así, la utilidad que genera el gravamen impuesto por una servidumbre de conservación existirá mientras la servidumbre sea capaz de cumplir con sus fines de conservación, sin que sea necesario probar una utilidad pecuniaria o cuantificable para el titular de los DRC. En vista de ello, desaparece el fundamento que justifica a la prescripción extintiva como causal de terminación, en el sentido que la utilidad que generan los DRC se mantienen por el solo hecho de cumplir con la conservación de atributos ecológicos.

Por lo tanto, y atendiendo los fines específicos que persiguen los DRC, es altamente recomendable que la prescripción extintiva no sea aplicable a la servidumbre de conservación. En este sentido, una disposición legal expresa en el sentido de excluir a las servidumbres de conservación de la posibilidad de terminar por prescripción extintiva podría cumplir con el objeto de evitar eventuales litigios respecto a la determinación y cuantificación de la utilidad que presta una servidumbre de conservación.

(c) Confusión

El fundamento de la confusión como causal de extinción de las servidumbres, nace del principio de derecho civil expresado en la fórmula *nemini res sua servit*, en virtud del cual las cosas sirven a su propietario en su calidad de dueño, y no en virtud de otro título⁹⁶.

Sin embargo, en el caso de las servidumbres de conservación, no sería adecuado

⁹⁴ Federico Puig Peña, Op. Cit. 36; Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga, Antonio Vodanovic H., Tratado de los Derechos Reales, parágrafo 1.172, Editorial Jurídica, 1985.

⁹⁵ Federico Puig Peña, Op. Cit. 36; Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga, Antonio Vodanovic H., Tratado de los Derechos Reales, parágrafo 1.172, Editorial Jurídica, 1985.

⁹⁶ Federico Puig Peña, Op. Cit. 36, pág. 469.

aplicar esta forma de terminación. En este sentido, es posible que la adquisición del predio sirviente por parte del titular del respectivo DRC constituya, en algunos casos, una medida necesaria que tenga por objeto evitar el fracaso de los objetivos de la servidumbre de conservación. Así, la aplicación de la confusión como causal de extinción de los DRC merman la flexibilidad que éstos requieren para cumplir con sus fines.

En vista de lo señalado, debiera ser posible para el titular de los DRC el adquirir el predio sirviente, sin que se produzca de pleno derecho la extinción de la servidumbre.

CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES

4.1 Generalidades

Como hemos visto, y tratando de contestar la hipótesis inicial planteada en el presente trabajo ⁹⁷, creemos haber demostrado que la institución de derecho civil denominada servidumbre posee características propias que la hacen susceptible de ser utilizada con éxito como mecanismo de conservación de la biodiversidad.

Como ya se expuso en el desarrollo del Capítulo 1 del presente trabajo, la doctrina ha llegado a concluir que existen argumentos consistentes para considerar que la utilización de mecanismos privados de conservación permite superar en gran medida los fallos y falencias de los sistemas regulatorios tradicionales, específicamente en el caso del derecho de la conservación. En este sentido, los derechos reales de conservación se presentan como un instrumento de derecho civil que:

- (i) Permiten la realización de negocios jurídicos sobre atributos de los bienes que tradicionalmente han quedado ocultos tras una valorización puramente agrícola o forestal de los inmuebles;
- (ii) Reduce los costos de transacción asociados a la realización de los negocios

⁹⁷ v. Sección 1.9 precedente.

jurídicos relativos a tales atributos;

(iii) Permite el encuentro y acoplamiento estructural de distintos lenguajes sociales que concurren en las prácticas de uso de suelo.

Por nuestra parte, luego del análisis expuesto en los Capítulos 2 y 3 en relación a la servidumbre como institución de derecho civil y como mecanismo de conservación, respectivamente, podemos concluir que existen aspectos de la servidumbre que son especialmente relevantes cuando ésta se utiliza como mecanismo de conservación.

A continuación se señalan las conclusiones del presente trabajo en relación con los aspectos relevantes o problemáticos que pueden presentarse en la utilización de los derechos reales como mecanismo de conservación.

4.2 Organizaciones privadas de conservación y la servidumbre de conservación

4.2.1 Generalidades

La determinación del titular del derecho real de conservación constituye uno de los elementos que decidirán el éxito o fracaso de la servidumbre en cumplir sus objetivos. Como ya se señaló⁹⁸, la naturaleza del objeto que persigue una servidumbre de conservación, exige o al menos aconseja que el titular de la servidumbre posea ciertas características que le permitan asegurar el logro de los fines de la servidumbre.

4.2.2 Dificultades que la servidumbre de conservación impone a sus titulares

El velar por el cumplimiento de una servidumbre de conservación constituye una tarea compleja y desafiante para su titular. Esto se debe, básicamente, a las siguientes circunstancias:

- (i) el carácter generalmente perpetuo o de larga duración de la servidumbre;
- (ii) la posibilidad cierta de que en el transcurso del tiempo, el predio tenga diversos dueños, distintos de aquel que originalmente la constituyó; y
- (iii) la necesidad de llevar a cabo acciones permanentes de monitoreo de las variables protegidas, y en caso de ser necesario, implementar y ejecutar las medidas y acciones tendientes a lograr el éxito de los objetivos de la servidumbre y/o a exigir el cumplimiento forzado de los términos de la servidumbre.

⁹⁸ v. Sección 3.2.2

4.2.3 Requisitos mínimos para ser titular de DRC

Atendiendo a los desafíos que una servidumbre de conservación de conservación impone a sus titulares, así como a las contingencias a las que los DRC pueden verse expuestos, se hace necesario que sus titulares posean características suficientes para asegurar en forma razonable el cumplimiento de sus fines. En este sentido, existen legislaciones extranjeras que exigen a los adquirentes de DRC el cumplir con requisitos específicos⁹⁹.

Es recomendable regular expresamente los requisitos mínimos que debieran cumplir los titulares de DRC. Estos requisitos mínimos son, básicamente, los siguientes:

(i) tener la estabilidad necesaria para asegurar el cumplimiento de la servidumbre en el largo plazo. En este sentido, se recomienda que el titular de DRC sea una persona jurídica entre cuyos objetos se encuentren aquellos de conservación;

contar los recursos suficientes para llevar a cabo las acciones necesarias para lograr el objetivo de la servidumbre, entre las cuales se incluye el llevar a cabo acciones constantes de monitoreo de las variables protegidas, el asumir los costos de eventuales litigios con futuros dueños de los predios sobre los cuales recae la servidumbre de conservación, y llevar a cabo las acciones directas que tengan por objeto evitar el fracaso de la servidumbre.

(iii) contar con la experiencia y el manejo político que le permitan minimizar los roces con la comunidad y la autoridad, hacer frente a eventuales escenarios adversos y presiones políticas o sociales, nacionales o locales, que exijan modificar o incluso poner fin a la servidumbre de conservación.

4.2.4 Organizaciones privadas de conservación o “land trusts”

De acuerdo a lo señalado en las secciones anteriores, los titulares de DRC debieran ser personas jurídicas, dentro de cuyos fines se encuentren aquellos de conservación, y que cuenten con los recursos (o el acceso a ellos) suficientes para asegurar el cumplimiento de los fines de conservación.

Así, la titularidad de los DRC debiera ser asumida idealmente por organizaciones especializadas en la conservación, las cuales pueden utilizar a la servidumbre como una herramienta de conservación flexible, que constituye una alternativa menos onerosa a la adquisición de la totalidad de los derechos sobre los predios en los cuales se encuentran las variables a ser protegidas.

4.3 Inexistencia de servidumbres personales

Una dificultad importante que presenta, entre otros, el ordenamiento jurídico chileno en

⁹⁹ Es el caso de la UCEA, EE.UU., 1981. Ver Anexo N° 2.

relación al uso de la servidumbre como mecanismo de conservación, consiste en el no contemplar la posibilidad de que existan servidumbres constituidas en favor de una persona o grupo de personas, o en el caso de contemplarlas, no las regula adecuadamente.

Atendiendo a lo señalado en el párrafo anterior, cabe recordar la importancia que tiene la elección del titular de la servidumbre de conservación en el cumplimiento de sus fines. De acuerdo a lo ya señalado en el presente trabajo ¹⁰⁰, el titular de DRC debiera idealmente ser una persona jurídica entre cuyos fines se encuentren aquellos de conservación.

Sin embargo, no todas las legislaciones contemplan la existencia de servidumbres personales, como es el caso de la legislación chilena.

En este sentido, para la implementación de la servidumbre de conservación se hace recomendable que exista un reconocimiento legal a la figura de la servidumbre personal.

4.4 Servidumbre positiva y obligaciones ambulatorias o propter rem

La facultad de que la servidumbre de conservación imponga obligaciones de hacer a los sujetos que en ella intervienen constituye un elemento esencial para el logro de sus fines ¹⁰¹. En este sentido, ordenamientos jurídicos como el chileno, contemplan expresamente la posibilidad de que las servidumbres establezcan obligaciones de hacer al dueño del predio sirviente.

Sin embargo, generalmente contemplan solo la posibilidad de que la servidumbre imponga obligaciones de hacer al dueño del predio sirviente, y no a su titular.

Con el objeto de utilizar con éxito a los derechos reales de conservación como mecanismo de conservación, es recomendable que la legislación establezca expresamente la posibilidad de que la servidumbre imponga a todos los sujetos que en ella intervienen las obligaciones de hacer que se consideren como necesaria para cumplir con sus fines.

4.5 Resumen de conclusiones. El caso del derecho chileno: necesidad de modificaciones legales

De acuerdo a lo señalado en las secciones anteriores, y específicamente en relación con

¹⁰⁰ v. Sección 4.2

¹⁰¹ v. Sección 2.5.2.

el derecho chileno, se hace recomendable tomar una serie de medidas legales tendientes a: (i) superar algunas de las limitaciones en la regulación civil de la servidumbre; y (ii) crear un marco legal adecuado para el uso de la servidumbre como mecanismo de conservación. En este sentido, las principales medidas a tomar serían las siguientes:

(a) Regular expresamente la posibilidad de establecer servidumbres de conservación a favor de personas jurídicas.

(b) Otorgar la flexibilidad necesaria para que la servidumbre imponga a los sujetos las obligaciones de hacer que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines.

(c) Crear un sistema de áreas protegidas privadas que permita a los privados gravar sus predios con servidumbres de conservación y enmarcar dichas iniciativas en estrategias nacionales de conservación de la biodiversidad.

(d) Sin ser una medida esencial, es recomendable establecer incentivos económicos específicos para los privados que graven con servidumbres de conservación aquellos predios definidos en forma previa como prioritarios para la conservación de la biodiversidad.

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri Rodríguez Arturo, Somarriva Undurraga Manuel, Vodanovic H. Antonio, "Tratado de los Derechos Reales", Editorial Jurídica, 1985.
- Barzel Yoram, "Economic Analysis of Property Rights", Cambridge University Press, 1997.
- Castán Tobenas José, "Derecho Civil Español, Común y Foral", 14º edición, 1988, pág. 111.
- "Estudio de Instrumentos Económicos para Incentivar la Creación de Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada", Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Farmer y Teubner, "Ecological Self-Organization", in "Environmental Law and Ecological Responsibility", John Wiley and Sons, 1994.
- Godreau Michel J. y García Saúl Ana Isable, "Servidumbres de Conservación", Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, 1998, 67 Rev. Jur. U.P.R. 249.
- Lagos Víctor, Torres José Miguel, Noton Carlos, Libro Rojo de la Flora Nativa y de los Sitios Prioritarios para su Conservación: Región de Coquimbo (F.A. Squeo, G. Arancio y J.R. Gutiérrez, Eds.) Ediciones Universidad de La Serena, La Serena, Chile (2001)
- Luhmann Niklas, "Ecological Communication", 1989, Polity Press.
- Luhmann Niklas "Closure and Opneness: On Reality in the World of Law", In

- “Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society” 1988, Edited by Gunther Teubner, Walter de Gruyter.
- Luhman Niklas, “The Improbability of Communication”, in Luhmann Essays on Self Reference, 1990.
 - Molina Vellejo Hernán, “Aspectos Principales del sistema jurídico anglosajón”, Editorial Universitaria, 1955, Santiago de Chile.
 - Ourliac Paul y de Malafosse J., “Derecho Romano y Francés Histórico”, Tomo II, “Los Bienes”, Parte Tercera, 1963.
 - Puig Peña Federico, “Compendio de Derecho Civil Español”, Volumen 2, pág. 455 – 456, Ediciones Pirámide S.A, 1976.
 - Rose Carol M., “Property Rights and Responsibilities”, in “Thinking Ecologically, The Next Generation of Environmental Policy”, edited by M.R. Chertow and D.C. Esty, Yale University Press, 1997.
 - Sánchez-Ferrero y García Martín, “Las Obligaciones Ambulatorias o “propter rem” en el Régimen de Propiedad Horizontal”, <http://www.ceresnet.es/martin/art.htm>; Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, México.
 - Sepúlveda Claudia, Revista Ambiente y Desarrollo, Marzo 2002, Seminario Conservación Privada en la Región de Los Lagos, VOL XVIII - Nº1 (ISSN 0716 - 1476)
 - Squires Roderick, “Protecting the Land: Conservation Easements Past, Present, and Future”, Island Press, 2000.
 - Teubner Gunther, “Law as an autopoietic System”, Blackwell publishers, 1993.
 - Ubilla Jaime “La Conservación Privada de la Biodiversidad y el Derecho Real de Conservación”, Revista de Derecho Ambiental Nº 1, 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
 - Ubilla Jaime, “Ootopoiesis Sisutemu Riron, Kankyo ni Okeru Kigyuu no Sekinin”, 1997, Tesis de M.A. in Law, Waseda University.
 - Ubilla Jaime, “Comments on the Use of Economic Instruments for Biodiversity Conservation”, en Congreso Interamericano de Conservación Privada, Chile, Abril, 2004.
 - Vieira Puerta Rodrigo, “Los Derechos Reales según el Derecho Romano y el Código Civil Colombiano”, 1974.

ANEXO N° 1

Texto de la Ley N° 183 del 27 de Diciembre de 2001

“Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico”

(P. del S. 258)

LEY 183

27 DE DICIEMBRE DE 2001

Para crear la “Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico”; establecer sus disposiciones aplicables; establecer, bajo ciertas condiciones, incentivos contributivos a los dueños de propiedades que constituyan una servidumbre de conservación; y para otros fines.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Sección 19 del Artículo VI de la Constitución de Puerto Rico dispone que será política pública del Estado Libre Asociado la más eficaz conservación de sus recursos naturales, así como la conservación y mantenimiento de los edificios y lugares de valor histórico o artístico.

A pesar de esta política pública, son muchos los problemas ambientales y de pérdida de patrimonio cultural y de terrenos agrícolas que enfrenta la Isla en la difícil tarea de armonizar el crecimiento económico con la conservación. El desarrollo urbano desparramado, la erosión de los suelos, la desaparición de estructuras históricas, la remoción de material arqueológico, la deforestación, la contaminación de cuerpos de

agua, la desaparición de manglares y arrecifes, y

la destrucción de hábitats de flora y fauna, son sólo algunos de estos problemas. El Gobierno, por sí solo, no puede solucionar el creciente deterioro de las áreas de valor natural, cultural y agrícola de Puerto Rico. Se requiere identificar nuevas herramientas para integrar al sector privado en el esfuerzo por proteger y conservar áreas de valor natural, cultural y agrícola.

La figura jurídica de la servidumbre de conservación puede colaborar en el esfuerzo por rescatar áreas de valor natural, cultural o agrícola. Esta figura jurídica, de probado éxito en jurisdicciones como Estados Unidos y Costa Rica, establece un mecanismo mediante el cual un dueño de una propiedad puede acordar, con una agencia del Gobierno o una organización sin fines de lucro, una servidumbre de conservación sobre un área de valor natural o cultural con la intención de protegerla a perpetuidad. Este mecanismo tuvo acogida en muchos estados de Estados Unidos que procedieron a crear variadas leyes estatales de servidumbres de conservación. Dicha legislación creó problemas de interpretación en los tribunales debido a la falta de uniformidad. Para resolver este problema, la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes adoptó en 1981 la Ley Uniforme de Servidumbre de Conservación, que fue posteriormente adoptada por una veintena de estados. Este mecanismo ayuda a conservar propiedades a perpetuidad sin el pesado costo de adquisición por el Gobierno. El mecanismo de servidumbre de conservación podría ser muy útil en apoyar las políticas de desarrollo sustentable y de ecoturismo para Puerto Rico.

Para aumentar la eficacia y utilidad de esta ley se crea un incentivo contributivo para que se produzcan donaciones de servidumbres de conservación. El incentivo consiste en una deducción contributiva a la persona que done dicha servidumbre a una entidad gubernamental o a una organización sin fines de lucro dedicada a la conservación del ambiente. El incentivo contributivo para estas donaciones se crea mediante una enmienda al Código de Rentas Internas.

Una servidumbre de conservación puede establecerse para propósitos tan diversos como conservar el atributo natural, agrícola, de bosque o escénico de una propiedad, o su condición como espacio abierto; proteger cuencas hidrográficas; mantener o mejorar la calidad del aire o las aguas; o conservar propiedades con valor cultural de carácter histórico, arquitectónico o arqueológico. Puede apoyar la implantación de un permiso para el desarrollo de terrenos queexija la conservación de un área de valor natural o cultural; puede ser un mecanismo mediante el cual se motiva a que un propietario otorgue voluntariamente una servidumbre de conservación a cambio de un incentivo contributivo; puede ser parte de un acuerdo, mutuamente beneficioso,

entre una agencia u organización sin fines de lucro y un propietario para realizar trabajos que protejan o conserven un terreno de valor natural, cultural o agrícola; o puede, entre otros, ser un mecanismo mediante el cual un propietario decide voluntariamente establecer una restricción a su propiedad para conservar a perpetuidad el valor natural o cultural de la misma.

El propósito final de esta medida es lograr la colaboración entre el sector privado, las organizaciones sin fines de lucro y el Gobierno para viabilizar la conservación de áreas

de valor natural o cultural mediante el establecimiento de servidumbres de conservación.

DECRÉTASE POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PUERTO RICO:

Artículo 1.- Título

Esta Ley se conocerá como la “Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico”.

Artículo 2.- Facultad de establecer servidumbres de conservación

Se reconoce la facultad de establecer servidumbres de conservación como servidumbres personales o prediales sobre predios rústicos o urbanos para lograr los propósitos de esta Ley.

Artículo 3.- Política Pública

Se declara como política pública del Estado Libre Asociado de Puerto Rico el propiciar la constitución de las servidumbres de conservación, a los fines de conservar las áreas de valor natural, cultural o agrícola.

Artículo 4.- Definiciones

A los fines de esta Ley, los siguientes términos tendrán el significado indicado:

(1) "servidumbre de conservación"- Significa un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de una persona o un predio que impone obligaciones, derechos y condiciones sobre el inmueble y su dueño para propósitos de protección o conservación de un área de valor natural o de una propiedad con valor cultural o agrícola.

(2) "titular de la servidumbre"- Persona dueña de la servidumbre de conservación.

(3) “Estado Libre Asociado de Puerto Rico”- Incluye las agencias, instrumentalidades, departamentos, oficinas, dependencias, municipios y corporaciones públicas del Estado Libre

Asociado de Puerto Rico.

(4) "organización sin fines de lucro"- Toda entidad, asociación, fideicomiso, organización o institución privada sin fines de lucro, constituida como tal de acuerdo a las leyes de Puerto Rico, entre cuyas funciones o propósitos principales está la protección o conservación de un área de valor natural o de una propiedad de valor cultural o agrícola. Además, dicha organización sin fines de lucro debe ser reconocida como tal por el Secretario del Departamento de Hacienda y los donativos hechos a ésta deberán ser deducibles conforme a la Sección 1023 (o) y 1023 (aa)(2)(M) del Código de Rentas Internas de Puerto Rico de 1994, según enmendado.

(5) "área de valor natural"- Área abierta no urbanizada -- en su estado natural, en área de bosque, de valor escénico o adaptada para uso agrícola totalmente cuya protección y conservación es importante.

(6) propiedad de valor cultural"- Propiedad que incluye importantes rasgos o atributos históricos, arquitectónicos o arqueológicos.

Artículo 5.- No aplicación de las disposiciones del Artículo 467.

Las servidumbres personales constituidas al amparo de esta Ley no estarán sujetas

a las limitaciones que impone el Artículo 467 del Código Civil de Puerto Rico.

Todas las servidumbres constituidas al amparo de esta Ley no se considerarán como donaciones inoficiosas para los efectos del Artículo 747 del Código Civil.

Artículo 6.- Donaciones y transferencias al Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Las donaciones otorgadas al amparo de esta Ley se considerarán onerosas en consideración a los beneficios contributivos que la misma dispone en su articulado.

En el caso de la extinción o disolución de la entidad sin fines de lucro a quien se confirió originalmente el derecho de servidumbre, el mero hecho de la extinción o disolución del titular de la servidumbre constituirá una transferencia ipso iure al Estado Libre Asociado de Puerto Rico y así se hará constar en toda escritura constitutiva de servidumbre de conservación y la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad.

Artículo 7.- Propósitos de la Servidumbre de Conservación

La servidumbre de conservación podrá constituirse, entre otros, para los siguientes propósitos:

- (1) conservar el atributo natural, agrícola, de bosque o escénico de una propiedad o su condición como espacio abierto;
- (2) proteger cuencas hidrográficas;
- (3) mantener o mejorar la calidad del aire o las aguas; o
- (4) conservar propiedades con valor cultural;
- (5) conservar propiedades con valor agrícola.

Artículo 8.- Personas que pueden ser titular de la servidumbre

Se considerarán personas calificadas para ser titular de la servidumbre las siguientes:

- (1) El Estado Libre Asociado de Puerto Rico; o
- (2) una organización sin fines de lucro entre cuyas funciones o propósitos principales está la protección o conservación de un área de valor natural o de una propiedad de valor cultural. Esta organización será *bonafide* y tendrá, al menos, cinco (5) años desde su fundación.

Artículo 9.- Derechos y obligaciones del dueño de la propiedad gravada

El dueño de la propiedad gravada con una servidumbre de conservación tendrá los derechos y obligaciones establecidos en la escritura pública. Tales derechos y obligaciones podrán limitar el desarrollo o el uso de un inmueble hasta incluir la prohibición de realizar la explotación económica del mismo.

El dueño de la propiedad gravada no podrá menoscabar la servidumbre constituida y siempre tendrá la obligación de supervisar diligentemente su subsistencia.

Artículo 10.- Derechos y obligaciones del titular de la servidumbre

El titular de la servidumbre de conservación tendrá los derechos y las obligaciones

establecidos en la escritura pública y tendrá la obligación de supervisar diligentemente el cumplimiento de sus disposiciones.

Artículo 11.- Constitución

La servidumbre de conservación deberá constituirse en escritura pública con la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

La inscripción o liberación de la servidumbre de conservación estará exenta de pago de derecho.

Artículo 12.- Duración

La servidumbre de conservación se constituirá a perpetuidad. No obstante, cuando se constituyere una servidumbre de conservación a término al amparo de las disposiciones del Código Civil, el donante titular del dominio no tendrá derecho a los beneficios contributivos que dispone esta Ley y la donación no se considerará inoficiosa a los efectos del Artículo 747 del Código Civil de Puerto Rico.

Artículo 13.- Acciones judiciales y resarcimiento de daños

En el evento de que se incumplan las obligaciones contenidas en la escritura de constitución de servidumbre el titular de la servidumbre, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y cualquier persona, natural o jurídica, que demuestre un interés en la conservación de los recursos naturales de Puerto Rico podrán instar una acción civil para requerir su cumplimiento.

Si una parte incumplió sus obligaciones y con ello causa daño a la servidumbre de conservación, el titular de la servidumbre, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y cualquier persona, natural o jurídica, que demuestre un interés en la conservación de los recursos naturales de Puerto Rico tendrán derecho a reclamar que se devuelva el predio afectado a su condición original a costo de la parte incumplidora. En aquellos casos en que sea imposible devolver el predio a su condición original, la parte incumplidora será responsable de compensar a el titular de la servidumbre con una suma monetaria que podrá ascender a tres veces el valor de la servidumbre.

El titular de la servidumbre, el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y cualquier persona, natural o jurídica, que demuestre un interés en la conservación de los recursos naturales de Puerto Rico podrá reclamar el pago o compensación a la parte incumplidora por cualquier gasto incurrido en asumir o exigir las obligaciones dispuestas en la escritura pública.

Artículo 14.- Extinción de una Servidumbre de Conservación y de los beneficios contributivos

A.- La servidumbre de conservación se extingue:

- (1) por la redención convenida entre el dueño del predio y el titular de la servidumbre;
- o
- (2) cuando los predios vengan a tal estado que sea imposible volver a disfrutar de la misma.

B.- Los beneficios contributivos que esta Ley concede cesarán tan pronto se extinga

la servidumbre o se modifique ésta de tal forma que, aunque no se extinga, su modificación impida el logro de los objetivos de esta Ley.

Artículo 15.- Salvedad

Nada de lo dispuesto en esta Ley se interpretará como una limitación a la constitución de servidumbres de conservación entre particulares.

Artículo 16.- Beneficios contributivos por deducciones del ingreso bruto

Una servidumbre de conservación que fuera resultado de una donación recibirá beneficios contributivos por deducciones del ingreso bruto si satisface uno de los siguientes requisitos:

(1) La propiedad está incluida dentro del inventario del Programa de Patrimonio Natural del Departamento de Recursos Naturales y Ambientales, o ha sido certificada por el Secretario de dicha agencia como una propiedad de importante valor natural.

(2) La propiedad está clasificada como terreno de alta productividad agrícola por el Departamento de Agricultura.

(3) La propiedad está incluida dentro del inventario de inmuebles con valor cultural del Instituto de Cultura Puertorriqueña.

(4) La propiedad ha sido designada por un municipio como una de valor histórico, de alta de productividad agrícola o de valor natural.

(5) La propiedad es considerada como importante para la conservación del medio ambiente, por una entidad bona fide sin fines de lucro que se dedique a la defensa del medio ambiente y que haya sido certificada como tal por el Secretario de Hacienda.

Artículo 17.- Enmiendas al Código de Rentas Internas de Puerto Rico

Se adiciona la cláusula (vi) al inciso (M) del párrafo (2) del apartado (aa) de la Sección 1023 de la Ley Núm. 120 de 31 de octubre de 1994, según enmendada, conocida como "Código de Rentas Internas de Puerto Rico de 1994", para que lea como sigue:

"Sección 1023.- Deducciones del Ingreso Bruto

(a).....(aa)
Opción de Deducción Fija o Deducciones Detalladas

(1).....(2)
Deducciones detalladas.- Para fines de este inciso, el contribuyente podrá reclamar como deducciones detalladas, en lugar de la deducción fija opcional, las siguientes partidas:

(A).....(M)
Donativos para Fines Caritativos y otras Aportaciones.- En el caso de un individuo, el monto de las aportaciones o donativos pagados durante el año contributivo a, o para uso de las organizaciones enumeradas a continuación, que exceda de tres (3) por ciento del ingreso bruto ajustado o el treinta y tres (33) por ciento del monto de las aportaciones o donativos pagados durante el año contributivo a, o para el uso de las organizaciones enumeradas a continuación, lo que sea mayor.

(i).....

(vi) Una agencia del Gobierno de Puerto Rico u organización sin fines de lucro cuando reciba mediante donación una servidumbre de conservación, sujeto a los requisitos establecidos en la Ley de Servidumbres de Conservación, y de cualquier otra ley que la sustituya o complemente. El monto o valor de la donación reflejará su valor real y efectivo utilizando cualquiera de los métodos y factores reconocidos en materia de valoración o tasación de la propiedad."

Artículo 18.- Se enmienda el último inciso del inciso (M) del párrafo (2) del apartado (aa) de la Sección 1023 de la Ley Núm. 120 de 31 de octubre de 1994, según enmendada, conocida como "Código de Rentas Internas de Puerto Rico", para que lea como sigue:

"La deducción admitida bajo este párrafo no excederá del quince (15) por ciento del ingreso bruto ajustado del contribuyente, excepto que se admitirá una deducción adicional, hasta el quince (15) por ciento del ingreso bruto ajustado del contribuyente, por donativos pagados a instituciones educativas acreditadas de nivel universitario establecidas en Puerto Rico o a la Fundación José Jaime Pierluisi o al Fondo Puertorriqueño para el Financiamiento del Quehacer Cultural. También se admitirá una deducción adicional, hasta el quince (15) por ciento del ingreso bruto ajustado del contribuyente, por donativos de servidumbres de conservación a agencias del Gobierno de Puerto Rico u organizaciones sin fines de lucro, sujeto a los requisitos establecidos en la Ley de Servidumbres de Conservación. El monto de las aportaciones para

finés caritativos en exceso del límite permitido por este párrafo podrá ser arrastrado, y de acuerdo con reglamentos promulgados por el Secretario, a los cinco (5) años contributivos siguientes, sujeto a los límites aquí provistos. La deducción ilimitada por aportaciones o donativos que excedan del noventa (90) por ciento del ingreso neto se registrará por el apartado (aa)(2) (N)."

Artículo 19.- Contribución sobre la propiedad

Para propósitos del pago de contribución sobre la propiedad al Centro de Recaudaciones de Ingresos Municipales, la propiedad gravada por una servidumbre de conservación será valorada de manera que refleje la limitación en valor, si alguna, impuesta por dicha servidumbre.

El titular de la servidumbre estará exonerado del pago de la contribución sobre la propiedad por el valor de la servidumbre de conservación.

El Estado Libre Asociado de Puerto Rico compensará a los municipios por la pérdida de ingresos resultante de la exoneración.

Artículo 20.- Normas para acogerse a los beneficios contributivos

Se ordena al Departamento de Hacienda y al Centro de Recaudaciones de Ingresos Municipales a que establezcan, dentro del término de seis (6) meses luego de la vigencia de esta ley, normas para acogerse a los beneficios contributivos establecidos en esta Ley.

Artículo 21.- Interpretación

En caso de dudas, la interpretación de la servidumbre deberá favorecer la mayor

preservación ecológica, histórica, cultural o agrícola a los propósitos enunciados en el Artículo 6.

Artículo 22.- Cláusula de separabilidad

En caso de que un tribunal declare alguna disposición de esta Ley nula, ineficaz o inconstitucional, dicha determinación no afectará a las restantes disposiciones de la misma.

Artículo 23.- Vigencia

Esta Ley comenzará a regir inmediatamente después de su aprobación.

Presidente del Senado

Presidente de la Cámara

ANEXO N° 2

Texto de la

“Uniform Conservation Easement Act”

Aprobada por el Encuentro Anual de la Conferencia de Comisionados para la Uniformidad de Leyes Estatales

31 de Julio de Agosto de 1981, New Orleans, Louisiana, Estados Unidos de América

UNIFORM CONSERVATION EASEMENT ACT

Drafted by the

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS
ON UNIFORM STATE LAWS

and by it

APPROVED AND RECOMMENDED FOR ENACTMENT
IN ALL THE STATES

at its

ANNUAL CONFERENCE
MEETING IN ITS NINETIETH YEAR
IN NEW ORLEANS, LOUISIANA
JULY 31 - AUGUST 7, 1981

WITH PREFATORY NOTE AND COMMENTS

Approved by the American Bar Association

Chicago, Illinois, January 26, 1982

UNIFORM CONSERVATION EASEMENT ACT

The Committee that acted for the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws in preparing the Uniform Conservation Easement Act was as follows:

RUPERT R. BULLIVANT, 1000 Wilamette Center, 121 Southwest Salmon Street, Portland, OR 97204, *Chairman*

K. KING BURNETT, P.O. Box 910, Salisbury, MD 21801

ROBERT H. CORNELL, 25th Floor, 50 California Street, San Francisco, CA 94111

CHARLES M. HAAR, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138

CHARLES G. KEPLER, P.O. Box 490, Cody, WY 82414

BROCKENBROUGH LAMB, JR., 1200 Mutual Building, Richmond, VA 23219

ANN REED, P.O. Box 629, Raleigh, NC 27602

ALLAN G. RODGERS, 2 Park Square, Boston, MA 02116

WILLIAM G. THOMAS, P.O. Box 820, Alexandria, VA 22313

ALLAN D. VESTAL, University of Iowa, College of Law, Iowa City, IA 52242

RUSSELL L. BRENNEMAN, 101 Pearl Street, Hartford, CT 06103, *Reporter*

JOHN J. COSTONIS, New York University, School of Law, Room 307, Vanderbilt Hall,

40 Washington Square, South, New York, NY 10012, *Reporter*

JOHN C. DEACON, P.O. Box 1245, Jonesboro, AR 72401, *President: 1979-81*
(Member Ex Officio)

GEORGE C. KEELY, 1600 Colorado National Building, 950 Seventeenth Street, Denver, CO 80202, *President: 1977-79 (Member Ex Officio)*

M. KING HILL, JR., Sixth Floor, 100 Light Street, Baltimore, MD 21202,
Chairman, Executive Committee (Member Ex Officio)

WILLIAM J. PIERCE, University of Michigan, School of Law, Ann Arbor, MI 48109,
Executive Director

EDWARD F. LOWREY, JR., Suite 1650, 3300 North Central Avenue, Phoenix, AZ 85012, *Chairman, Division B (Member Ex Officio)*

Review Committee

DON J. McCLENAHAN, 310 Simplot Building, Boise, ID 83702, *Chairman*

ALLISON DUNHAM, University of Chicago, School of Law, 1111 East 60th Street,
Chicago, IL 60637

EUGENE A. SCOLES, University of Oregon, School of Law, Eugene, OR 97403

R. BRUCE TOWNSEND, Indianapolis Law School, 735 West New York Street,
Indianapolis, IN 46202

**Advisors to Special Committee on
Uniform Conservation Easement Act**

JOHN M. FOWLER, Advisory Council on Historic Preservation

JOHN R. LINTON, National Association of Realtors

NORMAN MARCUS, New York, NY

ROSS B. NETHERTON, American Bar Association, Section of Real Property, Probate
and Trust Law

ROBERT E. STIPE, Chapel Hill, NC

GLENN T. TIEDT, U.S. Department of the Interior, National Park Service

WALTER G. VAN DORN, American Bar Association, Section of Taxation

ALBERT B. WOLFF, American Bar Association

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS

ON UNIFORM STATE LAWS

645 North Michigan Avenue, Suite 510

Chicago, Illinois 60611

UNIFORM CONSERVATION EASEMENT ACT

Commissioners' Prefatory Note

The Act enables durable restrictions and affirmative obligations to be attached to real property to protect natural and historic resources. Under the conditions spelled out in the Act, the restrictions and obligations are immune from certain common law impediments which might otherwise be raised. The Act maximizes the freedom of the creators of the transaction to impose restrictions on the use of land and improvements in order to protect them, and it allows a similar latitude to impose affirmative duties for the same purposes. In each instance, if the requirements of the Act are satisfied, the restrictions or affirmative duties are binding upon the successors and assigns of the original parties.

The Act thus makes it possible for Owner to transfer a restriction upon the use of Blackacre to Conservation, Inc., which will be enforceable by Conservation and its successors whether or not Conservation has an interest in land benefitted by the restriction, which is assignable although unattached to any such interest in fact, and which has not arisen under circumstances where the traditional conditions of privity of estate and "touch and concern" applicable to covenants real are present. So, also, the Act enables the Owner of Heritage Home to obligate himself and future owners of Heritage to maintain

certain aspects of the house and to have that obligation enforceable by Preservation, Inc., even though Preservation has no interest in property benefitted by the obligation. Further, Preservation may obligate itself to take certain affirmative actions to preserve the property. In each case, under the Act, the restrictions and obligations bind successors. The Act does not itself impose restrictions or affirmative duties. It merely allows the parties to do so within a consensual arrangement freed from common law impediments, if the conditions of the Act are complied with.

These conditions are designed to assure that protected transactions serve defined protective purposes (Section 1(1)) and that the protected interest is in a "holder" which is either a governmental body or a charitable organization having an interest in the subject matter (Section 1(2)). The interest may be created in the same manner as other easements in land (Section 2(a)). The Act also enables the parties to establish a right in a third party to enforce the terms of the transaction (Section 3(a)(3)) if the possessor of that right is also a governmental unit or charity (Section 1(3)).

The interested protected by the Act are termed "easements." The terminology reflects a rejection of two alternatives suggested in existing state acts dealing with non-possessory conservation and preservation interests. The first removes the common law disabilities associated with covenants real and equitable servitudes in addition to those associated with easements. As statutorily modified, these three common law interests retain their separate existence as instruments employable for conservation and preservation ends. The second approach seeks to create a novel additional interest which, although unknown to the common law, is, in some ill-defined sense, a statutorily modified amalgam of the three traditional common law interests.

The easement alternative is favored in the Act for three reasons. First, lawyers and courts are most comfortable with easements and easement doctrine, less so with restrictive covenants and equitable servitudes, and can be expected to experience severe confusion if the Act opts for a hybrid fourth interest. Second, the easement is the basic less-than-fee interest at common law; the restrictive covenant and the equitable servitude appeared only because of then-current, but now outdated, limitations of easement doctrine. Finally, non-possessory interests satisfying the requirements of covenant real or equitable servitude doctrine will invariably meet the Act's less demanding requirements as "easements." Hence, the Act's easement orientation should not prove prejudicial to instruments drafted as real covenants or equitable servitudes, although the converse would not be true.

In assimilating these easements to conventional easements, the Act allows great latitude to the parties to the former to arrange their relationship as they see fit. The Act differs in this respect from some existing statutes, such as that in effect in Massachusetts, under which interests of this nature are subject to public planning agency review.

There are both practical and philosophical reasons for not subjecting conservation easements to a public ordering system. The Act has the relatively narrow purpose of sweeping away certain common law impediments which might otherwise undermine the easements' validity, particularly those held in gross. If it is the intention to facilitate private grants that serve the ends of land conservation and historic preservation, moreover, the

requirement of public agency approval adds a layer of complexity which may discourage private actions. Organizations and property owners may be reluctant to become involved in the bureaucratic, and sometimes political, process which public agency participation entails. Placing such a requirement in the Act may dissuade a state from enacting it for the reason that the state does not wish to accept the administrative and fiscal responsibilities of such a program.

In addition, controls in the Act and in other state and federal legislation afford further assurance that the Act will serve the public interest. To begin with, the very adoption of the Act by a state legislature facilitates the enforcement of conservation easements serving the public interest. Other types of easements, real covenants and equitable servitudes are enforceable, even though their myriads of purposes have seldom been expressly scrutinized by state legislative bodies. Moreover, Section 1(2) of the Act restricts the entities that may hold conservation and preservation easements to governmental agencies and charitable organization, neither of which is likely to accept them on an indiscriminate basis. Governmental programs that extend benefits to private donors of these easements provide additional controls against potential abuses. Federal tax statutes and regulations, for example, rigorously define the circumstances under which easement donations qualify for favorable tax treatment. Controls relating to real estate assessment and taxation of restricted properties have been, or can be, imposed by state legislatures to prevent easement abuses or to limit potential loss of local property tax revenues resulting from unduly favorable assessment and taxation of these properties. Finally, the American legal system generally regards private ordering of property relationships as sound public policy. Absent conflict with constitutional or statutory requirements, conveyances of fee or non-possessory interests by and among private entities is the norm, rather than the exception, in the United States. By eliminating certain outmoded easement impediments which are largely attributable to the absence of a land title recordation system in England centuries earlier, the Act advances the values implicit in this norm.

The Act does not address a number of issues which, though of conceded importance, are considered extraneous to its primary objective of enabling private parties to enter into consensual arrangements with charitable organizations or governmental bodies to protect land and buildings without the encumbrance of certain potential common law impediments (Section 4). For example, with the exception of the requirement of Section 2(b) that the acceptance of the holder be recorded, the formalities and effects of recordation are left to the state's registry system; an adopting state may wish to establish special indices for these interests, as has been done in Massachusetts.

Similarly unaddressed are the potential impacts of a state's marketable title laws upon the duration of conservation easements. The Act provides that conservation easements have an unlimited duration unless the instruments creating them provide otherwise (Section 2(c)). The relationship between this provision and the marketable title act or other statutes addressing restrictions on real property of unlimited duration should be considered by the adopting state.

The relationship between the Act and local real property assessment and taxation practices is not dealt with; for example, the effect of an easement upon the valuation of burdened real property presents issues which are left to the state and local taxation

system. The Act enables the structuring of transactions so as to achieve tax benefits which may be available under the Internal Revenue Code, but parties intending to attain them must be mindful of the specific provisions of the income, estate and gift tax laws which are applicable. Finally, the Act neither limits nor enlarges the power of eminent domain; such matters as the scope of that power and the entitlement of property owners to compensation upon its exercise are determined not by this Act but by the adopting state's eminent domain code and related statutes.

UNIFORM CONSERVATION EASEMENT ACT

1981 ACT

An Act to be known as the Uniform Conservation Easement Act, relating to (here insert the subject matter requirements of the various states).

Section

1. Definitions.
2. Creation, Conveyance, Acceptance and Duration.
3. Judicial Actions.
4. Validity.
5. Applicability.
6. Uniformity of Application and Construction.

§ 1. [Definitions]. As used in this Act, unless the context otherwise requires:

(1) "Conservation easement" means a nonpossessory interest of a holder in real property imposing limitations or affirmative obligations the purposes of which include retaining or protecting natural, scenic, or open-space values of real property, assuring its availability for agricultural, forest, recreational, or open-space use, protecting natural resources, maintaining or enhancing air or water quality, or preserving the historical, architectural, archaeological, or cultural aspects of real property.

(2) "Holder" means:

(i) a governmental body empowered to hold an interest in real property under the laws of this State or the United States; or

(ii) a charitable corporation, charitable association, or charitable trust, the purposes or powers of which include retaining or protecting the natural, scenic, or open-space values of real property, assuring the availability of real property for agricultural, forest, recreational, or open-space use, protecting natural resources, maintaining or enhancing air or water quality, or preserving the historical, architectural, archaeological, or cultural aspects of real property.

(3) "Third-party right of enforcement" means a right provided in a conservation easement to enforce any of its terms granted to a governmental body, charitable corporation, charitable association, or charitable trust, which, although eligible to be a holder, is not a holder.

Comment

Section 1 defines three central elements: What is meant by a conservation easement; who can be a holder; and who can possess a "third-party right of enforcement." Only those interests held by a "holder," as defined by the Act, fall within the definitions of protected easements. Such easements are defined as interests in real property. Even if so held, the easement must serve one or more of the following purposes: Protection of natural or open-space resources; protection of air or water quality; preservation of the historical aspects of property; or other similar objectives spelled out in subsection (1).

A "holder" may be a governmental unit having specified powers (subsection (2)(i)) or certain types of charitable corporations, associations, and trusts, provided that the purposes of the holder include those same purposes for which the conservation easement could have been created in the first place (subsection (2)(ii)). The word "charitable", in Section 1(2) and (3), describes organizations that are charities according to the common law definition regardless of their status as exempt organizations under any tax law.

Recognition of a "third-party right of enforcement" enables the parties to structure into the transaction a party that is not an easement "holder," but which, nonetheless, has the right to enforce the terms of the easement (Sections 1(3), 3(a)(3)). But the possessor of the third-party enforcement right must be a governmental body or a charitable corporation, association, or trust. Thus, if Owner transfers a conservation easement on Blackacre to Conservation, Inc., he could grant to Preservation, Inc., a charitable corporation, the right to enforce the terms of the easement, even though Preservation was not the holder, and Preservation would be free of the common law impediments eliminated by the Act (Section 4). Under this Act, however, Owner could not grant a similar right to Neighbor, a private person. But whether such a grant might be valid under other applicable law of the adopting state is left to the law of that state. (Section 5(c).)

§ 2. [Creation, Conveyance, Acceptance and Duration].

(a) Except as otherwise provided in this Act, a conservation easement may be created, conveyed, recorded, assigned, released, modified, terminated, or otherwise altered or affected in the same manner as other easements.

(b) No right or duty in favor of or against a holder and no right in favor of a person having a third-party right of enforcement arises under a conservation easement before its acceptance by the holder and a recordation of the acceptance.

(c) Except as provided in Section 3(b), a conservation easement is unlimited in duration unless the instrument creating it otherwise provides.

(d) An interest in real property in existence at the time a conservation easement is created is not impaired by it unless the owner of the interest is a party to the conservation easement or consents to it.

Comment

Section 2(a) provides that, except to the extent otherwise indicated in the Act, conservation easements are indistinguishable from easements recognized under the pre-Act law of the state in terms of their creation, conveyance, recordation, assignment, release, modification, termination or alteration. In this regard, subsection (a) reflects the Act's overall philosophy of bringing less-than-fee conservation interests under the formal

easement rubric and of extending that rubric to the extent necessary to effectuate the Act's purposes given the adopting state's existing common law and statutory framework. For example, the state's requirements concerning release of conventional easements apply as well to conservation easements because nothing in the Act provides otherwise. On the other hand, if the state's existing law does not permit easements in gross to be assigned, it will not be applicable to conservation easements because Section 4(2) effectively authorizes their assignment.

Conservation and preservation organizations using easement programs have indicated a concern that instruments purporting to impose affirmative obligations on the holder may be unilaterally executed by grantors and recorded without notice to or acceptance by the holder ostensibly responsible for the performance of the affirmative obligations. Subsection (b) makes clear that neither a holder nor a person having a third-party enforcement right has any rights or duties under the easement prior to the recordation of the holder's acceptance of it.

The Act enables parties to create a conservation easement of unlimited duration subject to the power of a court to modify or terminate it in states whose case or statute law accords their courts that power in the case of easement. See Section 3(b). The latitude given the parties is consistent with the philosophical premise of the Act. However, there are additional safeguards; for example, easements may be created only for certain purposes and may be held only by certain "holders." These limitations find their place comfortably within similar limitations applicable to charitable trusts, whose duration may also have no limit. Allowing the parties to create such easements also enables them to fit within federal tax law requirements that the interest be "in perpetuity" if certain tax benefits are to be derived.

Obviously, an easement cannot impair prior rights of owners of interests in the burdened property existing when the easement comes into being unless those owners join in the easement or consent to it. The easement property thus would be subject to existing liens, encumbrances and other property rights (such as subsurface mineral rights) which pre-exist the easement, unless the owners of those rights release them or subordinate them to the easement. (Section 2(d).)

§ 3. [Judicial Actions].

(a) An action affecting a conservation easement may be brought by:

- (1) an owner of an interest in the real property burdened by the easement;
- (2) a holder of the easement;
- (3) a person having a third-party right of enforcement; or
- (4) a person authorized by other law.

(b) This Act does not affect the power of a court to modify or terminate a conservation easement in accordance with the principles of law and equity.

Comment

Section 3 identifies four categories of persons who may bring actions to enforce, modify or terminate conservation easements, quiet title to parcels burdened by

conservation easements, or otherwise affect conservation easements. Owners of interests in real property burdened by easements might wish to sue in cases where the easements also impose duties upon holders and these duties are breached by the holders. Holders and persons having third-party rights of enforcement might obviously wish to bring suit to enforce restrictions on the owners' use of the burdened properties. In addition to these three categories of persons who derive their standing from the explicit terms of the easement itself, the Act also recognizes that the state's other applicable law may create standing in other persons. For example, independently of the Act, the Attorney General could have standing in his capacity as supervisor of charitable trusts, either by statute or at common law.

A restriction burdening real property in perpetuity or for long periods can fail of its purposes because of changed conditions affecting the property or its environs, because the holder of the conservation easement may cease to exist, or for other reasons not anticipated at the time of its creation. A variety of doctrines, including the doctrines of changed conditions and *cy pres*, have been judicially developed and, in many states, legislatively sanctioned as a basis for responding to these vagaries. Under the changed conditions doctrine, privately created restrictions on land use may be terminated or modified if they no longer substantially achieve their purpose due to the changed conditions. Under the statute or case law of some states, the court's order limiting or terminating the restriction may include such terms and conditions, including monetary adjustments, as it deems necessary to protect the public interest and to assure an equitable resolution of the problem. The doctrine is applicable to real covenants and equitable servitudes in all states, but its application to easements is problematic in many states.

Under the doctrine of *cy pres*, if the purposes of a charitable trust cannot be carried out because circumstances have changed after the trust came into being or, for any other reason, the settlor's charitable intentions cannot be effectuated, courts under their equitable powers may prescribe terms and conditions that may best enable the general charitable objective to be achieved while altering specific provisions of the trust. So, also, in cases where a charitable trustee ceases to exist or cannot carry out its responsibilities, the court will appoint a substitute trustee upon proper application and will not allow the trust to fail.

The Act leaves intact the existing case and statute law of adopting states as it relates to the modification and termination of easements and the enforcement of charitable trusts.

§ 4. [Validity]. A conservation easement is valid even though:

- (1) it is not appurtenant to an interest in real property;
- (2) it can be or has been assigned to another holder;
- (3) it is not of a character that has been recognized traditionally at common law;
- (4) it imposes a negative burden;
- (5) it imposes affirmative obligations upon the owner of an interest in the burdened property or upon the holder;
- (6) the benefit does not touch or concern real property; or

(7) there is no privity of estate or of contract.

Comment

One of the Act's basic goals is to remove outmoded common law defenses that could impede the use of easements for conservation or preservation ends. Section 4 addresses this goal by comprehensively identifying these defenses and negating their use in actions to enforce conservation or preservation easements.

Subsection (1) indicates that easements, the benefit of which is held in gross, may be enforced against the grantor or his successors or assigns. By stating that the easement need not be appurtenant to an interest in real property, it eliminates the requirement in force in some states that the holder of the easement must own an interest in real property (the "dominant estate") benefitted by the easement.

Subsection (2) also clarifies common law by providing that an easement may be enforced by an assignee of the holder.

Subsection (3) addresses the problem posed by the common law's recognition of easements that served only a limited number of purposes and its reluctance to approve so-called "novel incidents." Easements serving the conservation and preservation ends enumerated in Section 1(1) might fail of enforcement under this restrictive view. Accordingly, subsection (3) establishes that conservation or preservation easements are not unenforceable solely because they do not serve purposes or fall within the categories of easements traditionally recognized at common law.

Subsection (4) deals with a variant of the foregoing problem. The common law recognized only a limited number of "negative easements" - those preventing the owner of the burdened land from performing acts on his land that he would be privileged to perform absent the easement. Because a far wider range of negative burdens than those recognized at common law might be imposed by conservation or preservation easements, subsection (4) modifies the common law by eliminating the defense that a conservation or preservation easement imposes a "novel" negative burden.

Subsection (5) addresses the opposite problem - the unenforceability at common law of an easement that imposes affirmative obligations upon either the owner of the burdened property or upon the holder. Neither of those interests was viewed by the common law as true easements at all. The first, in fact, was labelled a "spurious" easement because it obligated the owner of the burdened property to perform affirmative acts. (The spurious easement was distinguished from an affirmative easement, illustrated by a right of way, which empowered the easement's holder to perform acts on the burdened property that the holder would not have been privileged to perform absent the easement.)

Achievement of conservation or preservation goals may require that affirmative obligations be incurred by the burdened property owner or by the easement holder or both. For example, the donor of a facade easement, one type of preservation easement, may agree to restore the facade to its original state; conversely, the holder of a facade easement may agree to undertake restoration. In either case, the preservation easement would impose affirmative obligations. Subsection (5) treats both interests as easements

and establishes that neither would be unenforceable solely because it is affirmative in nature.

Subsections (6) and (7) preclude the touch and concern and privity of estate or contract defenses, respectively. Strictly speaking, they do not belong in the Act because they have traditionally been asserted as defenses against the enforcement not of easements but of real covenants and of equitable servitudes. The case law dealing with these three classes of interests, however, had become so confused and arcane over the centuries that defenses appropriate to one of these classes may incorrectly be deemed applicable to another. The inclusion of the touch and concern and privity defenses in Section 4 is a cautionary measure, intended to safeguard conservation and preservation easements from invalidation by courts that might inadvertently confuse them with real covenants or equitable servitudes.

§ 5. [Applicability].

(a) This Act applies to any interest created after its effective date which complies with this Act, whether designated as a conservation easement or as a covenant, equitable servitude, restriction, easement, or otherwise.

(b) This Act applies to any interest created before its effective date if it would have been enforceable had it been created after its effective date unless retroactive application contravenes the constitution or laws of this State or the United States.

(c) This Act does not invalidate any interest, whether designated as a conservation or preservation easement or as a covenant, equitable servitude, restriction, easement, or otherwise, that is enforceable under other law of this State.

Comment

There are four classes of interests to which the Act might be made applicable: (1) those created after its passage which comply with it in form and purpose; (2) those created before the Act's passage which comply with the Act and which would not have been invalid under the pertinent pre-Act statutory or case law either because the latter explicitly validated interests of the kind recognized by the Act or, at least, was silent on the issue; (3) those created either before or after the Act which do not comply with the Act but which are valid under the state's statute or case law; and (4) those created before the Act's passage which comply with the Act but which would have been invalid under the pertinent pre-Act statutory or case law.

It is the purpose of Section 5 to establish or confirm the validity of the first three classes of interests. Subsection (a) establishes the validity of the first class of interests, whether or not they are designated as conservation or preservation easements. Subsection (b) establishes the validity under the Act of the second class. Subsection (c) confirms the validity of the third class independently of the Act by disavowing the intent to invalidate any interest that does comply with other applicable law.

Constitutional difficulties could arise, however, if the Act sought retroactively to confer blanket validity upon the fourth class of interests. The owner of the land ostensibly burdened by the formerly invalid interest might well succeed in arguing that his property would be "taken" without just compensation were that interest subsequently validated by

the Act. Subsection (b) addresses this difficulty by precluding retroactive application of the Act if such application "would contravene the constitution or laws of (the) State or of the United States." That determination, of course, would have to be made by a court.

§ 6. [Uniformity of Application and Construction]. This Act shall be applied and construed to effectuate its general purpose to make uniform the laws with respect to the subject of the Act among states enacting it.