

# EL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO Y EL TRUST ANGLOSAJÓN: APUNTES PARA UNA INDAGACIÓN COMPARATIVA<sup>1</sup>

Stefano Cavanna  
Colaborador del  
Instituto de Derecho Privado  
de la Universidad de Génova

## 1. NOCIÓN Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso en sentido lato, según la definición del Código Civil italiano de 1865, abrogado por el nuevo Código Civil de 1942, consiste en cualquier disposición que obliga de cualquier modo al heredero o al legatario a conservar los bienes objeto de la disposición testamentaria para entregarlos, a la muerte del testador, a otra persona.

La institución, de origen feudal, respondía a la *ratio* de vincular a los herederos a una línea de transmisión predeterminada por el *de cuius* con la finalidad de mantener compacto el patrimonio en las subsiguientes generaciones<sup>2</sup>.

El moderno Derecho italiano concede a este antiguo instituto un espacio verdaderamente restringido.

El actual ordenamiento, en efecto, persigue la finalidad de conciliar armónicamente dos principios fundamentalmente opuestos.

De un lado debe ser reconocida la relevancia determinante de la voluntad del *de cuius* de decidir el destino *post mortem* del propio patrimonio, aunque eventualmente éste quede fuera de la familia; y por otro lado, es necesario impedir que el ejercicio equivocado por parte del *de cuius* de su facultad de disposición *post mortem* prive a los familiares

*Mucha controversia genera la cuestión acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, institución que regula de manera restringida el moderno Derecho italiano, pues en la actualidad se disciplina fundamentalmente como sustitución fideicomisaria; es decir, como el nombramiento como heredero de un pariente interdicto (instituido) que gozará de los bienes en vida, debiendo a su muerte restituirse dicho patrimonio al ente que haya prestado efectivamente asistencia al incapaz. El doctor Stefano Cavanna describe y analiza las características de la sustitución fideicomisaria, poniendo de relieve sus puntos de contacto con la figura del trust anglosajón.*

<sup>1</sup> La presente traducción fue realizada por Johan Otoyá Calle, alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y Hugo Sifuentes Doménack, miembro de THEMIS – Revista de Derecho. Agradecemos la valiosa colaboración del doctor Juan Espinoza Espinoza al cedernos el presente artículo para su publicación y por colaborar con nosotros en la realización de la presente traducción.

<sup>2</sup> TRIMARCHI P. *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè. Milano. 1983, p. 885.

supérstites de cualquier expectativa tutelada en relación a los bienes que forman parte del ámbito familiar en sentido lato.

Para impedir que el primer interés prevalezca sobre el segundo, el legislador ha previsto la disciplina de la sucesión necesaria y, para evitar la elusión de las reglas de la *pars legitima*, ha sido establecida la prohibición de disponer *post mortem* del propio patrimonio fuera de las formas del testamento, con la consiguiente nulidad de todo lo pactado, lo acordado o lo contratado con eficacia después de la muerte de quien transfiere el bien, como deja entrever la reciente jurisprudencia sobre el tema del mandato *post mortem*<sup>3</sup>. En este marco se inserta la prohibición general del fideicomiso, al menos en la forma en la que ha estado tradicionalmente concebido<sup>4</sup>.

El Derecho Sucesorio no considera más al patrimonio de la familia como una entidad en sí misma, para mantenerlo íntegro a través de los siglos, sino que lo considera en función al mantenimiento de todas las

personas pertenecientes a la familia. En ese sentido, la reforma del Derecho de Familia de 1975<sup>5</sup> ha modificado la naturaleza misma del fideicomiso, admitiéndolo sólo y exclusivamente si es justificado por la voluntad de garantizar los necesarios cuidados al interdicto instituido<sup>6</sup>.

En esencia, la sustitución fideicomisaria consiste hoy en el nombramiento como heredero de un pariente interdicto (instituido), el cual gozará de los bienes en vida. A su muerte el patrimonio será devuelto a la persona o al ente que haya prestado efectivamente asistencia al incapaz (sustituido).

La doctrina y la jurisprudencia identifican tres elementos constitutivos: la doble llamada (no conjunta o alternativa pero sí sucesiva), el orden sucesivo y la obligación del instituido de conservar para "restituir" los bienes luego de la muerte.<sup>7</sup>

Bajo este último aspecto el interdicto, aún teniendo el goce más completo y la libre administración del

<sup>3</sup> Tribunal de Milán, 18.04.1974. En: *Giur. Comm.* 1975. II, p. 694, con nota de Carnevali. *Negozio fiduciario e mandato post mortem*.

<sup>4</sup> IUDICA. *Fondazioni, fedecomesserie, trust e trasmissione della ricchezza familiare*. En: *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. 1994. II, p.77.

<sup>5</sup> Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151.

<sup>6</sup> En el artículo 692, último párrafo, del Código Civil italiano, se prevé que "En cualquier otro caso la sustitución es nula", lo que revela el carácter excepcional del fideicomiso, instituido tolerado sólo por la presencia de restringidas circunstancias juzgadas por el legislador como socialmente merecedoras de reconocimiento jurídico.

El texto completo del artículo 692 del Código Civil italiano señala: "Sostituzione fedecommissaria.

Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare o restituire alla sua morte y beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'art. 416 interverrà la pronuncia d'interdizione.

Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma y beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durante il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto.

La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal reggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. E' anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato degli obblighi di assistenza.

In ogni altro caso la sostituzione è nulla".

("Sustitución fideicomisaria.

Cualquiera de los padres o de los otros descendientes en línea recta o el cónyuge del interdicto pueden instituir respectivamente al hijo, al descendiente, o al cónyuge con la obligación de conservar o restituir a su muerte los bienes que constituyen la legítima, en favor de la persona o de los entes que, bajo la vigilancia del tutor, han cuidado al interdicto.

La misma disposición se aplica en el caso del menor de edad, si se encuentra en las condiciones de habitual enfermedad demente, tales que hacen presumir que en el término indicado por el artículo 416 se producirá la declaración de interdicción.

En el caso de pluralidad de personas o entes a los que se refiere el primer párrafo, los bienes son atribuidos proporcionalmente al tiempo durante el cual los mismos han cuidado al interdicto.

La sustitución no tiene efectos en el caso en el cual la interdicción haya sido negada o el relativo procedimiento no se haya iniciado dentro de los dos años a partir de la obtención de la mayoría de edad del menor, enfermo demente de manera habitual. Tampoco tiene efecto en el caso de la revocación de la interdicción o respecto a las personas o a los entes que hayan violado las obligaciones de asistencia.

En cualquier otro caso la sustitución es nula).

<sup>7</sup> PERLINGERI P. (*a cura di*). *Coilice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Zanichelli. 1991. II, p. 509.

En jurisprudencia de Casación del 15 de julio de 1985, n. 4137. En: *Riv. Not.*, donde se ha afirmado que "la atribución (a cargo del primer instituido de un *modus* consistente en erigir una fundación) y el previsto pasaje de la herencia (en la hipótesis en la cual la fundación no surja y sin que el incumplimiento del *modus* pueda dar lugar a la resolución de la disposición testamentaria) a otro instituido, pero sólo después de la muerte del primer instituido que en tanto se encuentra como usufructuario de los bienes hereditarios, se ubican plenamente en el esquema del doble orden sucesorio, típico de la sustitución fideicomisaria, vedada en los límites del artículo 692 Código Civil italiano, en cuanto las dos instituciones de heredero, a favor, respectivamente, del primer instituido y del sustituido, están destinadas a producir efectos

patrimonio, está sujeto a un vínculo de naturaleza real en lo que se refiere al poder de disposición de los bienes. Él no puede, en consecuencia, alienar algún bien, salvo que sea a través del excepcional procedimiento previsto en el artículo 694 del Código Civil italiano<sup>8</sup>.

Para definir los restantes derechos y obligaciones del instituido, el artículo 695 del Código Civil italiano remite a la disciplina del usufructo. En particular se considera que el interdicto debe usar la diligencia del buen padre de familia en el goce y la administración de los bienes<sup>9</sup>, aunque en doctrina haya incertidumbre acerca del grado de culpa apto para provocar la responsabilidad del sustituido.

En el caso que se verifique la violación de las obligaciones del instituido, se considera que el sustituido puede exigir al juez la sustitución del tutor e intentar una acción personal en contra del tutor, conforme a los principios de la responsabilidad por hecho ilícito.<sup>10</sup>

Otro aspecto interesante está referido a la legitimación procesal. Según el artículo 693 del Código Civil italiano, al tutor del instituido le corresponde la legitimación procesal activa y pasiva en todas las acciones relativas a los bienes objeto del fideicomiso, comprendida la reivindicación<sup>11</sup>.

El artículo 695 del Código Civil Italiano está dedicado a los acreedores personales del instituido. Esta norma establece la imposibilidad de someter, por parte de sus acreedores personales, a ejecución forzada el derecho del instituido sobre los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria. Estos últimos podrían valerse solamente de los frutos de los bienes, nunca sobre el capital.

Los bienes de la sustitución fideicomisaria representan, entonces, un patrimonio separado<sup>12</sup>, aunque sea parcialmente. En efecto, si es verdad que el capital es insensible a las pretensiones de los acreedores del instituido, en dirección opuesta esto no constituye un límite a las pretensiones de los acreedores hereditarios, los cuales, a diferencia del caso de herencia beneficiada, podrán satisfacerse sobre los otros bienes del instituido, salvo la posibilidad de este último de aceptar el fideicomiso con beneficio de inventario.

A la muerte del interdicto el sustituido, con la aceptación, se subroga al instituido en la titularidad de las situaciones jurídicas transmisibles que corresponden al testador<sup>13</sup>. El sustituido tendrá el derecho de solicitar la entrega de los bienes, de solicitar el equivalente en dinero de las cosas ilícitamente alienadas, y por otro lado, como habíamos visto, el resarcimiento por los daños causados por la mala gestión de parte del tutor<sup>14</sup>.

En particular, según la doctrina tradicional, del principio de la doble llamada se deriva que "las vocaciones hereditarias son inmediatas a favor del instituido y del sustituido, mientras que las delaciones son respectivamente inmediatas y sucesivas."<sup>15</sup>

Según parte de la doctrina<sup>16</sup>, el sustituido ostentaría la titularidad previamente a la muerte del interdicto, de los mismos derechos espectantes que corresponden al instituido a término final.

Otros autores consideran al sustituido heredero del interdicto, y no del testador<sup>17</sup>.

una sucesivamente a la otra, el sustituido es llamado indirectamente a la sucesión y entra, por voluntad del *de cuius*, no en lugar del primer instituido sino sucesivamente a éste", ver también Casación del 17 de mayo de 1984, n. 3049. En: *Mass.* 1984.

<sup>8</sup> CASULLI V.R. y G.V. *Voz. Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*. En: *Novissimo Digesto*, apendice VII. Torino. 1987, p.470.

<sup>9</sup> RICCA L. *Fedecommissio*. 129. NATOLI U. *L'amministrazione dei beni ereditari*. Milano. Giuffrè. 1947 - 1949. II, p.64.

<sup>10</sup> BENEDETTI. En: *Commentario*. I, 2, p. 898.

<sup>11</sup> GIANNATASIO. *Delle successioni*. Torino. 1971, p.373.

<sup>12</sup> RICCA. *Op.cit.*, p.128.

<sup>13</sup> PERLINGIERI. *Op.cit.*, p. 471.

<sup>14</sup> CASULLI. *Op.cit.*, p. 471.

<sup>15</sup> CICU A. *Il testamento*. Milano. 2 ed. Giuffrè. 1951, p. 220.

<sup>16</sup> PIRAS S. *La sostituzione fedecommissaria nel diritto civile italiano*. Milano. Giuffrè. 1952, p. 47.

<sup>17</sup> BRUNELLI G. y ZAPULLI C. *Il libro delle successioni e donazioni*. En: *Commento al nuovo Codice Civile italiano*. Milano. Sel. 1940 - 1943. II, p. 469.

Otros consideran al sustituido heredero del testador, pero no inmediatamente, sino sucesivamente a la muerte del instituido.<sup>18</sup>

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

Mucha controversia genera, naturalmente, la cuestión acerca de la naturaleza jurídica de este singular instituto, sobre todo después de la reforma del año 1975.

En general, el argumento se afronta por la doctrina que ubica como punto de referencia la posición jurídica del instituido y del sustituido.

Como habíamos visto, el primero de ellos está obligado a conservar y "restituir" a su muerte los bienes. Además, la doctrina dominante<sup>19</sup> reconoce sobre las cosas objeto del fideicomiso un verdadero y propio vínculo de destinación de naturaleza real a favor del sustituido. Ello conseguiría, según parte de la doctrina<sup>20</sup>, que el interdicto no podría válidamente disponer de los bienes: el acto realizado por el tutor del instituido, estando este último privado de un poder relativo, a falta de autorización, sería inválido por falta de legitimación, sin la posibilidad de un saneamiento sucesivo.

En otros términos, en el caso del fideicomiso, nos encontramos ante una especie de titularidad limitada *ex lege* sea en el contenido, estando presente el vínculo de destinación, sea en la duración, tratándose de una verdadera y propia titularidad temporalmente limitada a la vida del interdicto.

Sobre la base de estas observaciones, la doctrina dominante<sup>21</sup> reputa al instituido como titular de una propiedad temporal, a la cual la ley misma pondría el término final para la primera institución, que es el término inicial para la segunda.

Una minoría establece<sup>22</sup>, en cambio, que rigiendo el principio "*semel heres semper heres*", la propiedad del

interdicto no sea estructuralmente temporal, sino superpuesta a condición eventual.

En fin, es de señalar la corriente doctrinal<sup>23</sup> que individualiza en el fideicomiso una hipótesis de titularidad fiduciaria caracterizada por la obligación de conservar y restituir las cosas. Pero es claro que, si se considera, según la doctrina tradicional, que la denominada "relación fiduciaria" haga surgir un mero vínculo obligatorio, no podríamos asimilar a ésta el fideicomiso que está, por el contrario, caracterizado por un vínculo de naturaleza real.<sup>24</sup>

## 3. FIDEICOMISO Y TRUST.

Una vez examinadas las características sobresalientes de la sustitución fideicomisaria, se evidencian los puntos de contacto entre este instituto y el *trust*.

Seguramente el aspecto más relevante en esta materia está constituido, según la doctrina predominante, por la previsión *ex lege* de una especie de titularidad potencialmente ya limitada, en la duración y en el objeto, desde el momento de su surgimiento.

Nos referimos, naturalmente, a la prohibición impuesta por ley (*ex artículo 694 del Código Civil italiano*) al instituido de disponer libremente de los bienes a falta de específica autorización de la autoridad judicial.

Como hemos visto, la violación de esta norma imperativa genera la invalidez del acto, aunque hasta ahora es objeto de discusión si tal invalidez debe ser más propiamente calificada como anulabilidad<sup>25</sup> o como nulidad radical<sup>26</sup>.

El vínculo de destinación resulta también de la tutela del patrimonio fideicomisario con respecto a los acreedores personales del interdicto, los cuales, como hemos referido, no pueden accionar sobre el capital.

<sup>18</sup> CASULLI V.R. y G.V. *Op.cit.*, p. 471.

<sup>19</sup> Cfr. TALAMANCA. *Successioni testamentari*. Bologna. ZANICHELLI. 1965, P. 379. CASULLI V.R. *Op.cit.*, p. 983.

<sup>20</sup> TALAMANCA M. *Op.cit.*, p. 379.

<sup>21</sup> PIRAS S. *Op.cit.*, p. 37. BARBERO D., LISEZZE A., FLORIDIA G. *Il sistema del diritto privato italiano*. Torino. Utet. 1965, p. 1181.

<sup>22</sup> NATOLI U. *Op.cit.*, p. 44.

<sup>23</sup> TALAMANCA M. *Op.cit.*, p. 297, con amplia bibliografía.

<sup>24</sup> RICCA L. *Fedecomessa*, p.120.

<sup>25</sup> DE ROSA A. *La tutela degli incapaci*. Milano. Giuffrè. 1973, p. 193, nota 224.

<sup>26</sup> GANGI C. *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*. Milano. Giuffrè. 1947 - 1948. II, p.314.

El fideicomiso está, por consiguiente, mucho más cerca del *trust* que del concepto tradicional de negocio fiduciario. En efecto, mientras tradicionalmente se establece que la fiducia (confianza) genera un mero vínculo obligatorio para el fiduciario, la ley tutela, en cambio, al sustituido estableciendo un vínculo de naturaleza real en la cabeza del instituido.

Tienen importantes elementos en común el fideicomiso y el *trust*, tanto que el instituto del *civil law* representa un caso único de propiedad "unitaria". En efecto, siguiendo a la doctrina dominante, el fideicomiso es una noción distinta a la del usufructo, no obstante la referencia a su disciplina en cuanto le sea aplicable (artículo 693 del Código Civil italiano), por lo que parece evidente la circunstancia según la cual, a diferencia del usufructo, en la sustitución fideicomisaria la nuda propiedad y el goce de las cosas se reúnen en cabeza del mismo instituido, mientras el poder de libre disposición es excluido *ex lege*, sin que sea correlativamente atribuido a otro sujeto, salvo en la especial circunstancia en que es autorizado por la autoridad judicial.

Si es verdad que, en estos términos, *trust* y fideicomiso son asimilables bajo algunos aspectos relevantes, es necesario, sin embargo, establecer que diferencias sustanciales y estructurales se pueden distinguir entre estos dos institutos.

En primer lugar, sería útil establecer que el *trustee* no se puede considerar como un heredero o legatario en sentido técnico, porque, aunque ellos son titulares con amplios poderes de gestión y administración sobre el bien, generalmente no obtienen ninguna ventaja económica de su posición, de manera que cuando esto sucede, la compensación es percibida como un corresponsivo a la obra de administración realizada por él y no como consecuencia de un derecho personal sobre el disfrute del capital.

En segundo lugar, en el *trust* no existe necesariamente el "orden sucesivo de llamada", vale decir, que la sustitución se da entre *trustee* y *beneficiary*. En efecto, a menos que la figura del *beneficiary* no coincida con la del *remainderman*, el *trustee* no tiene la obligación de transferir el bien al beneficiario. El beneficiario, de hecho, hereda inmediatamente los derechos propios del *de cuius* y no en un segundo momento del *trustee*.

Podemos, entonces, afirmar en forma clara y precisa que en el *trust* no coexisten por lo menos dos de los requisitos constitutivos del fideicomiso. No existe el orden sucesivo, como habíamos visto, y no podemos hablar de la "doble llamada" sobre el mismo bien, porque en el *trust* sólo el beneficiario es quien hereda del *settlor*, mientras el *trustee* (que puede ser además una sociedad especializada en este género de operaciones) desarrolla un rol de simple administrador<sup>27</sup>.

Desde otro punto de vista, es necesario considerar que el fideicomiso, sobre todo después de la reforma italiana del Derecho de Familia del año 1975, es un instituto estrictamente creado para proteger y dar asistencia al interdicto, considerando además que con la citada reforma, la regla general es la nulidad radical de la sustitución fideicomisaria, salvo la hipótesis excepcionalmente admitida en el Código Civil italiano.

Se trata, en esencia, de un instituto susceptible de limitadas aplicaciones, rígidamente predeterminado en todos los aspectos más relevantes de la disciplina positiva. Éste encuentra entonces el fundamento más que en la voluntad del testador, en las normas imperativas de la ley, faltando aquellas características de ductibilidad y elasticidad típicas del *trust* anglosajón.

Por otro lado, se debe tener presente además que para el funcionamiento completo del fideicomiso es necesariamente inderogable la circunstancia objetiva de la protección y asistencia del interdicto por parte del sustituido.

Ahora bien, el hecho de que la sustitución fideicomisaria dependa de un evento incierto y legal, hace que ésta reproduzca una característica que no es análoga a todos los *trustee*, sino a una particular especie de ellos, es decir los *settlements* que atribuyen al *trustee* un *life estate*.

Todavía, no obstante la postura verdaderamente limitada del fideicomiso respecto a las infinitas potencialidades aplicativas del *trust*, y no obstante las incongruencias ontológicas entre estos dos institutos, se necesita admitir que la sustitución fideicomisaria representa un fenómeno digno de atención.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> BERNARDI P. *Il trust nel diritto internazionale privato*. En: *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*. Università de Pavia. 1957, p. 100.

<sup>28</sup> En materia de comparación entre el *trust* y el ordenamiento italiano, en el ámbito de la conservación en el tiempo del patrimonio familiar, ver POGGIANI *Il trust e le fondazioni*. En: *Il trust: aspetti civilistici e fiscali. Atti del convegno tenutosi in Milano el 5-6 de julio 1994*. Edición *Il sole* 24 ore.

En la práctica podríamos considerar al fideicomiso como una parcial "apertura" del legislador italiano frente a una noción de propiedad que no es más, según la concesión derivada del *Code Napoleon*, necesariamente incondicionada e ilimitada, sino entendida funcionalmente desde su inicio.

Se debe señalar que la Corte de Casación, en el año 1984<sup>29</sup>, confirmó la sentencia de mérito de segundo grado que ha admitido, no obstante las resistencias por parte de la doctrina, que la disposición fideicomisaria admitida en un Estado extranjero puede tener eficacia en Italia, en cuanto no contraríe a las normas de orden público, sino solamente a normas meramente "prohibitivas".

En particular la Corte, considerando que si bien todas las normas de orden público son imperativas,

pero no que las imperativas deban ser por fuerza de orden público, ha afirmado que el fideicomiso constituido según la normativa de un país extranjero, no está en contraposición con alguno de los "*fundamenta iuris*"; por el contrario, el hecho de que el legislador italiano lo haya previsto, aún con restringidos límites en el ámbito subjetivo y objetivo, permite al fenómeno crear ciudadanía, reconocimiento y eficacia en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano.

Sentencias de tal calidad constituyen, sin duda, una novedosa apertura en relación a un instituto como es el fideicomiso, generalmente considerado como supuesto de hecho sin aplicación y confinado a angostísimos espacios en el ámbito del ordenamiento italiano, pero que bajo ciertos aspectos es interesante y singular desde el punto de vista científico.

<sup>29</sup> Casación Civil del 15 de marzo de 1984, n. 2215. En: *Giur. It.* 1984, I, 1, p. 1368 con nota contraria de AZZARITI G. *Efficacia in Italia di sostituzione fideicommissaria disposta da cittadino di altro Stato ove en viene fatta ammissione*. App. Trento, 24 de abril de 1982. En: *Giur. di merito*, 1982, p. 352.