

## VIII. EL DERECHO DE TRUSTS

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN \*

Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, coordinato con la legge di conversione 23 febbraio 2006, n. 51, recante: «Definizione e proroga di termini, nonché' conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative» (GU n.49 del 28.2.2006– Suppl. Ordinario núm.47).

El artículo 39-novies del D.L. núm. 273, de 30 de diciembre de 2005, añadido por la ley de conversion n. 51 de 23 de febrero de 2006, ha introducido tras el artículo 2645bis del Código civil italiano, el artículo 2645ter. Este nuevo apartado del artículo 2645 tiene por objeto –según indica el propio precepto– *«la inscripción de los actos de destino dirigidos a la realización de intereses mercedores de tutela, referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas»*. De acuerdo con el mismo, *«los actos otorgados en forma pública por medio de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos, durante un período no superior a noventa días o durante la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses mercedores de tutela referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas, de acuerdo con el artículo 1322 apartado segundo, pueden inscribirse con el fin de oponer a terceros el vínculo de destino; para la realización de tales intereses puede actuar, además de quien confiere el acto, cualquier interesado, inclusive durante la vida del mismo conferente. Los bienes conferidos y sus frutos sólo pueden emplearse para la realización del fin de destino y sólo pueden ser objeto de ejecución, salvo lo previsto en el artículo 2915 apartado primero, por las deudas contraídas con tal finalidad»*.

Dicha norma entró en vigor el 1 de marzo de 2006 y ha suscitado un animado debate doctrinal acerca de su naturaleza y alcance y de cuál es su relación con la figura del *trust*. Y es que Italia carece de una normativa interna que regule la figura de origen anglosajón, a pesar de haber sido el primer país de *civil law* en ratificar el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» (en el año 1989) y no obstante la preparación en ese país de diferentes proyectos legislativos dirigidos a trasplantar la figura.

La inexistencia de una ley italiana sobre *trusts* no ha impedido que las autoridades judiciales y administrativas reconozcan a sus ciudadanos la posibilidad de constituir *trusts* internos. Es decir, *trusts* cuyos elementos esenciales se encuentran vinculados exclusivamente con Italia pero que el constituyente ha decidido someter al derecho de un ordenamiento que conoce el instituto. Esta posibilidad, hoy mayoritariamente reconocida por la doctrina y praxis italianas, se ha ido abriendo paso de forma paulatina al amparo, fundamentalmente, de una discutida interpretación de los artículos 6 y 13 del Convenio de la Haya. Frente a quienes entienden que el carácter de norma de derecho internacional del texto legal sólo justifica su aplicación ante supuestos que presentan conexiones con diversos ordenamientos jurídicos, ha terminado por prevalecer la opinión de quienes invocan el tenor literal del artícu-

\* Profesora contratada dra., Universidad de Cantabria.

lo 6 del Convenio, que consagra el principio de autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable, o el carácter facultativo del artículo 13, que prevé «la posibilidad» de no reconocer un *trust* cuyos elementos significativos estén vinculados con Estados que desconocen la institución.

Con la promulgación del nuevo artículo 2645ter, hubo quien entendió –principalmente entre el sector del notariado italiano– que quedaban definitivamente eliminadas las reticencias hacia la admisibilidad del *trust* interno pero, lejos de hacerlo, la norma ha abierto un nuevo debate doctrinal que sigue teniendo al instituto angloamericano como principal punto de mira. Pasamos a señalar a continuación los aspectos más problemáticos del artículo 2645ter para valorar, en un segundo momento, el tipo de cobertura legal que en ella encuentra la figura del *trust*.

Como se ha visto, el precepto prevé expresamente la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los actos en virtud de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles registrados, a la realización de intereses mercedores de tutela. Este vínculo de destino no puede tener una duración superior a 90 años o a la vida de la persona física beneficiaria del acto.

La primera cuestión que ha suscitado la norma es la de su naturaleza y alcance. El precepto se inserta en el artículo 2645 del Código civil italiano y por lo tanto en el seno de la disciplina referente a la «*Inscripción de actos relativos a bienes inmuebles*» (Libro VI, Título I, sección 1.<sup>a</sup>). No obstante, también es cierto que contiene algunos aspectos de derecho sustantivo, como la referencia a la duración máxima, la legitimación procesal de las partes implicadas o la mención del beneficiario. Esto indujo a pensar, en un primer momento, que el artículo introducía en el ordenamiento jurídico italiano un nuevo tipo de acto o negocio jurídico dotado de eficacia real: el acto de destino; un negocio traslativo atípico cuya causa sería el destino del bien a la realización de intereses mercedores de tutela.

Esta teoría puede considerarse superada tras el respaldo jurisprudencial que ha recibido aquella otra postura que ve en el artículo 2645ter un nuevo tipo de *efecto* negocial, y no de negocio jurídico. Las recientes resoluciones del tribunal de Trieste (*Giudice Tavolare*, decretos de 7 de abril de 2006 –*T. & AF.*, 2006, III, p. 417– y 19 de septiembre de 2007 –*T. & AF.*, 2008, I, p. 42– confirman que «no hay ningún indicio que permita deducir que se ha acuñado una nueva figura negocial, de la que se desconoce si es unilateral o bilateral, a título oneroso o gratuito, con efectos traslativos u obligatorios». «La norma sólo introduce en el ordenamiento un particular tipo de efecto negocial, el del destino [...], accesorio respecto de los demás efectos propios del negocio típico a atípico al que puede acompañar».

No obstante, y aun aceptando –tanto por su colocación sistemática como por su contenido– que el artículo 2645ter del Código civil es una norma sobre los efectos y no sobre los actos, siguen existiendo dudas importantes acerca de los elementos que han de darse en el negocio de destino para que éste pueda ser objeto de inscripción.

En la primera de las tres partes en que se estructura la norma, se delimita el ámbito de aplicación del precepto: sólo pueden inscribirse los «*actos*» (formulación amplia que admite cualquier estructura negocial) de destino «*otorgados en forma pública*». Entre ellos habría que incluir –de acuerdo con la resolución del tribunal de Reggio Emilia, *Sezione I Civile*, de 26 de marzo de 2007–*T. & AF.*, 2007, III, p. 419–, el convenio regulador homologado judicialmente en virtud del cual se destinan derechos reales sobre bienes inmue-

bles al cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales y excluir –según la circular dictada por la *Agenzia del Territorio* acerca de la forma de llevar a cabo la inscripción de los actos de destino– aquellos actos redactados en escritura privada autenticada o reconocida judicialmente (formas en cambio admitidas, con carácter general, por el artículo 2657, como título apto para la inscripción).

Dichos «actos», que sólo son susceptibles de inscripción si tienen por objeto «*bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos*», deben destinar los bienes «*durante un período no superior a noventa días o durante la vida de la persona física beneficiaria, a la realización de intereses merecedores de tutela referentes a personas con discapacidad, administraciones públicas, u otros entes o personas físicas, de acuerdo con el artículo 1322 apartado segundo*». La remisión al artículo 1322 (que somete con carácter general la autonomía de la voluntad a la realización de intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico), lejos de clarificar, ha añadido más confusión a la ya de por sí difícil interpretación de la expresión «intereses merecedores de tutela».

La teoría respaldada por buena parte de la doctrina y por la resolución del tribunal de Trieste de 7 de abril de 2006 equipara –tal y como lo han hecho doctrina y jurisprudencia respecto del artículo 1322– intereses merecedores de tutela con intereses lícitos. Es decir, que serían intereses merecedores de tutela y por ende susceptibles de legitimar un acto de destino inscribible, todos aquellos que fueran lícitos en cuanto no contrarios al ordenamiento italiano. Pero también hay quien ha visto en el artículo 2645ter un *quid pluris* que exigiría, en cada caso, una valoración de los intereses perseguidos por las partes, con arreglo a criterios como la «utilidad pública», o quien ve en el reclamo a los «intereses merecedores de tutela», cuando menos un instrumento de control de la autonomía privada, un canon de conciliación de los diferentes intereses implicados.

En una segunda parte, el artículo reconoce legitimación procesal para la realización de los intereses a los que ha de responder el vínculo de destino «*además del conferente*», a «*cualquier interesado, inclusive durante la vida del mismo conferente*». Aunque, una vez más, el término «conferente» empleado por el legislador ha sido criticado por su falta de rigor, parece que es suficientemente amplio para abarcar los actos transmisivos de derechos reales a terceros, a los que se superpone un vínculo de destino, así como aquellos otros actos en virtud de los cuales se vincula un bien propio a la realización de intereses merecedores de tutela, sin que exista transmisión alguna.

La norma termina con una clara referencia de derecho sustantivo, impropia de un precepto sobre publicidad registral: «*Los bienes conferidos y sus frutos sólo pueden emplearse para la realización del fin de destino y sólo pueden ser objeto de ejecución, salvo lo previsto en el artículo 2915 apartado primero, por las deudas contraídas con tal finalidad*». En otros términos, se introduce en el ordenamiento italiano una regla general de la que ya se conocían algunas aplicaciones específicas (el fondo patrimonial *ex arts.* 167 ss. CC, los patrimonios destinados *ad uno specifico affare ex* artículo 2447bis CC): la separación patrimonial a efectos de responsabilidad por deudas. Cualquier sujeto puede –siempre que se cumplan los requisitos del artículo 2645ter– dar vida a uno o más patrimonios separados que no responderán de las deudas contraídas por su titular con finalidad distinta a aquella a la que obedeció su creación; sin perjuicio de la posibilidad de los acreedores del

conferente de recurrir a la acción revocatoria (art. 2901 CC) o por simulación (art. 2900 CC) si se dieran los presupuestos para ello. La norma no parece, sin embargo, sustraer los bienes objetos del destino patrimonial al régimen económico matrimonial ni a la sucesión *mortis causa* de su titular.

Sin duda son muchas las similitudes entre el acto de destino cuyos efectos regula el artículo 2645ter y el instituto del *trust*: la existencia de un conferente/disponente y de uno o varios beneficiarios; el destino o afectación de los bienes y de sus frutos; un plazo máximo de duración, análogo; la obligación del titular de los bienes –que en este caso también puede ser el propio disponente o un tercero– de utilizar los bienes recibidos para realizar el interés tutelado; la imposibilidad de que los acreedores agredan los bienes si no es por deudas contraídas con ocasión de la realización del destino. No obstante, también existen diferencias relevantes: la imposibilidad de oponer a terceros un acto de destino que tenga por objeto bienes muebles no inscritos en registros públicos; la posibilidad del conferente de dirigirse al titular de los bienes (lo que no constituye la regla general en el caso del *trust*) para exigirle la realización de los intereses tutelados; y sobre todo, la ausencia de obligaciones fiduciarias por parte del titular/adquirente de los bienes; y la existencia de una separación patrimonial unilateral e imperfecta: los bienes vinculados no solamente no se sustraen al régimen económico matrimonial ni a la sucesión *mortis causa* de su titular sino que además nada impide que los bienes personales de este último respondan de las obligaciones contraídas para atender a la realización del destino.

Estas diferencias y la postura de la que se debe partir en torno a la naturaleza del artículo 2645ter –norma sobre los efectos– llevan a la conclusión de que el precepto no introduce el instituto del *trust* en el derecho italiano sino que permite su inscripción y con ello su oponibilidad frente a terceros, así como la de aquellos otros negocios típicos o atípicos que reúnan los requisitos mencionados. Por lo que respecta al *trust*, la norma supone la confirmación de una práctica que ya se venía desarrollando en Italia desde el año 2000 y en cuyo favor se ha pronunciado expresamente el Consejo Nacional del Notariado (*Notizie del 22 febbraio 2006*). Al amparo del artículo 2 del Convenio de la Haya (que reconoce al *trustee* la posibilidad de solicitar la inscripción de un bien mueble o inmueble, en calidad de *trustee* o de cualquier otra forma en que se ponga de manifiesto la existencia del *trust*, siempre que no esté prohibido por la ley del Estado en que ha de tener lugar la inscripción o sea incompatible con dicha ley), se venía admitiendo la posibilidad de inscribir actos relativos a *trusts* en los diferentes registros de la propiedad y registro mercantil, y con ello la de oponer a terceros el vínculo de destino.

La dificultad estriba en compatibilizar este instituto, que hasta ahora sólo debía pasar por el tamiz de los requisitos establecidos por la ley reguladora y el respeto al orden público italiano, con los elementos previstos en el artículo 2645ter a efectos de su publicidad. Por ejemplo, ¿es ahora preciso, para poder oponer a terceros un *trust* interno, que éste responda a la realización de intereses mercedores de tutela ex. artículo 2645ter? Y si el reclamo a este criterio constituye un *quid pluris* respecto a cómo doctrina y jurisprudencia vienen interpretando el artículo 1322 CC, ¿debemos considerar que el artículo 2645ter representa un límite al ingreso del *trust* en el ordenamiento italiano?

Efectivamente, la norma no se limita a los *trusts* sino que se refiere a una categoría genérica de negocios, típicos o atípicos, dotados de eficacia traslativa u obligatoria, pero a los que se puede dotar de un particular tipo de efecto oponible a terceros: el destino. El artículo 2645ter se erige así en una nueva

regla a integrar con la que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 2740 CC). Constituye la prueba palpable de la tendencia del ordenamiento jurídico a reconocer nuevas formas de garantía patrimonial y nuevas causas de prelación ligadas a determinado tipo de acreedores.

La experiencia italiana en la recepción de la figura angloamericana no está exenta de dificultades y sigue siendo de las que más polémica ha generado. Al amparo de una norma de Derecho internacional privado y sin ningún apoyo legislativo más allá de la ley italiana de ratificación del Convenio de la Haya, los *trusts* se ha ido abriendo paso con éxito en la praxis italiana. Con el artículo 2645ter, el legislador no se limita a confirmar la posibilidad de inscribir y oponer a terceros los *trusts* internos sino que aprovecha para elevar a la categoría de regla general una necesidad que el instituto angloamericano había simplemente puesto de manifiesto: la posibilidad de crear vínculos de destino oponibles a terceros. Confiamos en que, una vez más, la labor doctrinal y jurisprudencial ponga remedio a las incertidumbres suscitadas por la redacción de la norma.