

DOGLIOTTI, Massimo, BRAUN, Alexandra (Coords.) *Il «Trust» nel diritto delle persone e della famiglia*, Ed. Giuffrè, Milán, 2003, 284 pp.

Antes de comenzar con la recensión del libro, será preciso detenerse en el análisis de lo que se debe entender por «Trust» en Derecho italiano. En este sentido, Antonino Dimundo (presidente del Tribunal de Génova), en la presentación de la obra realiza esta tarea que sitúa al lector más cómodamente ante este trabajo. Y así escribe que se trata de una figura creada por el derecho anglosajón, que se ha introducido en el Derecho italiano con la ejecución en Italia de la Convención de la Haya de 1 de julio de 1985, mediante la cual se ha determinado su campo de aplicación estableciéndose que:

1.º Por «trust» se entiende la relación jurídica, instituida por escrito llevada a cabo por medio de actos *inter vivos*, o bien *mortis causa*, mediante la cual determinados bienes son puestos bajo la potestad de un «trustee».

2.º Los bienes in «trust» son puestos a nombre del «trustee», constituyendo una masa patrimonial distinta de su patrimonio privado.

3.º El «trustee» posee el deber y la potestad de gestionar y disponer de los bienes recibidos por «trust» conforme a las disposiciones concretas en que se le cedieron y los intereses del beneficiario.

4.º El «trust» debe ser regulado por una normativa elegida por el disponente que prevé la categoría y el instituto del «trust» en cada caso.

5.º El «trust», siempre que tenga tales características, será reconocido por el Derecho italiano, con la consiguiente segregación o separación de los bienes que se han determinado para tal efecto.

Esa regulación anglosajona, choca, entra en conflicto con la normativa interna, cuando, por ejemplo, hace referencia a disposiciones como la que existe en Derecho español e italiano según la cual el deudor responde con todos sus bienes, mientras que los bienes del «trust» quedan fuera de la masa económica del deudor.

La doctrina, como la Jurisprudencia, aunque en pocos supuestos han tenido la ocasión de pronunciarse, lo han hecho con dudas y perplejidad. El «Trust» ha estado excluido, e incluso el pretexto contrasta con la prohibición del pacto comisorio, que se entiende observado con la función de garantía crediticia exactamente de lo que se espera del «trust», y no más. Pero esa visión de garantía es una reducción simple del «trust», que presenta otras muchas variantes.

Esa autonomía privada que propugna el «trust» no resulta de igual aplicación en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En Derecho italiano, como por otra parte ocurre en nuestro ordenamiento jurídico español, la máxima extensión de la autonomía privada se manifiesta en el campo de las obligaciones. Sin embargo, la autonomía de la voluntad, en el campo del derecho de familia está fuertemente reducida. Por lo que al amparo del «trust» surge la muy interesante

pregunta: ¿hasta dónde llega la autonomía privada en el derecho de familia? Esta materia no ha sido ajena a la doctrina española, que ya ha tratado esta cuestión en numerosos y brillantes trabajos como, entre otros, en los de la Profesora Combalía.

Una vez que se han realizado unas breves consideraciones al respecto del título y el contenido genérico de la obra, el siguiente paso es detenerse en el examen de esta obra. En ella se recogen la actas del Congreso celebrado en Génova el 15 de febrero de 2003 bajo el mismo título del libro, y está dividido en dos partes junto a un apéndice documental con el que concluye.

La primera parte se titula Temática general, donde tienen acogida siete interesantes trabajos:

1.º *Autonomía negocial y relaciones familiares. La evolución de los últimos treinta años* (pp. 3-18), a cargo de Gilda Ferrando, Profesora Ordinaria de la Universidad de Génova. Se expone en este trabajo cómo el derecho de familia ha ido evolucionando desde la indisolubilidad del vínculo matrimonial y desde sistemas de separación culposa a esquemas donde la imposibilidad de la convivencia habilita la quiebra del vínculo. En resumen, se ha pasado de un sistema de interés público a interés personal de los cónyuges, donde la libertad personal prevalece sobre la solidaridad, donde el Derecho se limita a proporcionar un vínculo meramente formal y regula la consecuencia de la disolución de la unión en relación a los intereses de los hijos y del cónyuge más débil. Así, la diferente conceptualización de la familia donde el «capo» o cabeza de familia deja lugar a un «gobierno» conjunto de la pareja en términos de absoluta igualdad entre hombre y mujer donde sí tiene mayor cabida la autonomía de la voluntad entre sujetos que se sitúan en el mismo plano jurídico y más concretamente, se sitúa esa autonomía en el ámbito de las relaciones personales, donde actúan como límite las cláusulas generales de solidaridad, respeto, lealtad recíproca, pero la discusión vendrá de la mano de la extensión, o mejor dicho, de los límites de los pactos entre cónyuges. Con respecto a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia, la doctrina ha manifestado su opinión mayoritaria de indisponibilidad de lo contenido en el artículo 160 del Código Civil que actuaría como límite, estableciendo la contribución proporcional de los cónyuges en función de sus posibilidades económicas. El tercero de los puntos donde se detiene la autora es en el momento en que se someten a valoración los pactos de los cónyuges que, en todo caso, es en el momento de la crisis matrimonial. En Derecho de familia, el control judicial de los pactos entre cónyuges está más que justificado por el interés superior de los hijos que resultan, a la postre, los terceros implicados directamente interesados en la justicia del contenido de dichos acuerdos. El siguiente punto donde se detiene es en la naturaleza de los acuerdos de los cónyuges que son capaces de transformar una separación o divorcio contencioso en consensual. En esos casos, la jurisprudencia italiana se ha pronunciado a favor

de que dicho acuerdo no tiene naturaleza consensual y sí transaccional, con lo cual se indica la naturaleza dispositiva de la materia. Aunque sí es cierto que los acuerdos no homologados en sede judicial no tendrán el valor de los homologados en sentencia judicial, no por ello, en ocasiones, dejan de tener fuerza de obligar. La última parte se dedica a la autonomía de la voluntad en las uniones de hecho.

2.º *Por qué el «trust» en Italia* (pp. 19-24), a cargo de Maurizio Lupoi, Profesor Ordinario de la Universidad de Génova. Comienza el autor indicando que el número de pronunciamientos jurisprudenciales en Italia en materia de «trust» en los últimos tres años es probablemente mayor que la suma de las sentencias dictadas en todos los otros países de tradición civilista del mundo. En las notas se a once se detallan numerosas Sentencias relacionadas con la materia.

3.º *«Trust» interno y ley extranjera* (pp. 25-36) a cargo de Sergio Maria Carbone, Profesor Ordinario de la Universidad de Génova. Se afirma, a modo de síntesis, que la aplicación del «trust» deberá realizarse, caso por caso, sea sobre la reserva de los principios de la Convención de La Haya y de los principios que se deducen del derecho interno que completan e integran necesariamente aquella parte de la disciplina de derecho uniforme que exigen, o sea, en función de la tutela de valores específicos de la *lex fori* o sobre aquellos que en concreto inciden en los efectos del «trust».

4.º *La Jurisprudencia italiana sobre el «trust»* (pp. 37-46) a cargo de Alexandra Braun, Doctora en Derecho Privado Comparado. Comienza afirmando que el Derecho italiano, a diferencia del Derecho francés, que ha asimilado el «trust» a una categoría jurídica interna, ha tomado una postura maximalista asumiendo una posición cerrada sobre el «trust», por la cual se ha reconocido su aplicación en la mayoría de los casos en Italia. Algunas de las Sentencias más interesantes que se comentan aparecen en el apéndice final y en resumen concluye alabando la labor realizada por la jurisprudencia italiana al respecto del «trust», indicando que ha sabido profundizar en la figura como no lo han hecho ni en Alemania, ni Francia, ni en ningún otro lugar.

5.º *La publicidad del «trust» en el sector inmobiliario* (pp. 47-54), a cargo de Ricardo Dogliotti, Notario en Génova. Desde el punto de vista de este autor, como no podría ser de otra forma, la viabilidad del «trust» en el sector inmobiliario depende de su inscripción en los Registros correspondientes, y en este sentido ha surgido una polémica en Italia dibujada por dos corrientes doctrinales, una a favor de la inscripción y otra contraria a tal extremo.

6.º *Aspectos prácticos de la institución del «trust»* (pp. 55-73), a cargo de Luigi Francesco Riso, Notario en Génova. Comienza definiendo la institución del «trust» junto a sus características básicas, para desarrollar con fino detalle los aspectos jurídicos prácticos que se derivan de esta institución.

7.º *La función del «trustee» en Italia* (pp. 75-85), a cargo de Paolo Panico, Director General de la Banca Sella, y Profesor contratado de Economía de las

grandes áreas geográficas. Llama la atención el análisis de las raíces de esta institución en Gran Bretaña donde realiza algunas consideraciones de interés. Señala algunas consideraciones prácticas de la figura del «trust» en Italia relacionadas con profesionales liberales como abogados, o de personas jurídicas, como entidades financieras. Del contenido del artículo se debe destacar la mención de la Circular de 8 de febrero de 2001 de la sociedad fiduciaria (Assofiduciaria), que contiene un modelo de modificación estatutaria que amplía el objeto de las empresas asociadas comprendiendo entre otras actividades el «trust».

La segunda parte se titula *Trust, Familia y Persona*, donde se contienen diez sugestivos artículos:

1.º *Los convenios matrimoniales y el posterior destino de bienes por medio de «trust»* (pp. 89-101), a cargo de Antonio Palazzo, Profesor Ordinario de la Universidad de Perusa. En concreto, la institución del «trust» es fácilmente operativa en esta materia, precisamente por la autonomía de la voluntad de los cónyuges en un plano de igualdad, aunque, por otra parte, debe mantener equilibrio con los intereses generales de la familia, entendida en sentido amplio. Más concretamente, el Derecho de familia italiano, construido bajo los pilares diseñados en los artículos 1.322 y 1.372 del Código Civil, permite un gran ámbito de la voluntad privada en materia patrimonial entre los cónyuges. Ese juego de la autonomía de la voluntad permite una aplicación atípica del «trust», que facilita a los cónyuges una nueva herramienta negocial. La aplicación del «trust» permite como ejemplo hipotético que se restrinja el objeto del régimen legal hasta tal punto que se pierda su carácter comunitario, o también el establecimiento de un régimen intermedio entre la separación y comunidad de bienes. De la misma forma, el acuerdo que se adopte por medio del «trust» debe ser inscrito en los registros correspondientes, de manera que el contenido del artículo 12 del Convenio de La Haya de forma que se dé publicidad al acuerdo adoptado a tenor de la institución del «trust». Cuestiones sobre la publicidad del acuerdo se plantean, a tenor de la anotación del «trust», sobre si debe obtener una publicidad completa o parcial. La discrecionalidad permitida a los cónyuges para decidir sobre la administración y la disposición de sus bienes coincide con la duración del vínculo matrimonial, y su esencia es una norma que previene una devolución a su dueño que son los propios cónyuges. Las limitaciones serán aquellas relacionadas con la tipología de los bienes que deberán ser reintegrados, y la esencia de la previsión de un mecanismo subrogatorio, constituye una limitación de la operatividad del instrumento constituido por la propia cualidad del «trust» establecido.

2.º *Límites del fondo patrimonial* (pp. 103-110), a cargo de Luigi Rovelli, Presidente de la Sección de la Corte de Apelación de Génova. Por fondo patrimonial se entienden aquellos elementos económicos, de diversa naturaleza jurídica, que se destinan al sostenimiento de la familia. Sin embargo, no siempre

el fondo es constituido por ambos cónyuges, pero se constituye por ellos y es de todo punto correcto su encuadre dentro de los convenios matrimoniales. Por lo que, dentro de la operatividad de ese fondo, es preciso sujetar determinados bienes concretos a un régimen patrimonial diferenciado. Por otra parte, el «trust» permite que un tercero aporte fondos económicos para ayudar a la familia cuya titularidad sigue perteneciendo a ese tercero, pero cuyo uso recae en la propia familia, sería una especie de contrato de «ayuda a la familia», de forma que esos bienes obtenidos por «trust» entran dentro del fondo familiar, aunque su titularidad recae en un tercero. En concreto, esta tipología de aplicación del «trust», bien proveniente del propio fondo familiar, privativamente de los cónyuges, o de un tercero, quedaría dentro de la categoría denominada «trust irregular». La autonomía de los cónyuges en la regulación de sus relaciones patrimoniales puede reconducirse a dos tipos de vínculos: el primero, el respeto a las existencias primarias de la familia y de los hijos; y el segundo, en razón a la finalidad del régimen legal elegido por los cónyuges. Esos dos elementos innegables de la autonomía de la voluntad no se contradicen en ningún caso con la constitución de un fondo patrimonial, incluso constituido por los cónyuges, cuando su fin es la colaboración de los cónyuges para con el ahorro de la familia. En todo caso, estima el autor que el reconocimiento del «trust» no comporta reducción de tutela de los acreedores. Para ello, se señala la aplicación de la acción revocatoria, en el caso de que se constituya un fondo patrimonial mediante «trust» realizado a título gratuito. La posición del acreedor del «trustee» es asimilable a la del acreedor del mandatario sin representación.

3.º *«Trust» y fondo patrimonial* (pp. 111-133), a cargo de Maria Luisa Cenni, Notaria in Ozzano dell'Emilia. Al igual que en el trabajo anterior se incide en la naturaleza de patrimonio separado del «trust» dentro del fondo patrimonial familiar. Se insiste en que, como principio general, el «trust» se presenta como un instrumento principalmente regulado por la voluntad de la persona del disponente, y este aspecto indica la diferencia respecto al fondo patrimonial, el cual presenta los elementos estructurales, previstos legalmente que constituyen la causa de rigidez práctica de este último, representados, entre otras, por los principios de cotitularidad de los bienes, las reglas existentes de administración y la responsabilidad legal del fondo. Por ello, para analizar la aplicación del «trust» dentro del fondo patrimonial resulta necesario tener en cuenta la existencia de elementos normativos inderogables, e indisponibles por las partes. Una vez indicadas las ideas generales, se realizan en este trabajo una serie de consideraciones prácticas sobre la aplicación del «trust» dentro del fondo patrimonial que resultan atrayentes (pp. 122-126).

4.º *El «trust» en la crisis de la familia* (pp. 135-142), a cargo de Máximo Dogliotti, *Consigliere* de la Corte de Casación y Profesor de la escuela de práctica jurídica de la Universidad de Génova y Federico Piccaluga, Doctor en Derecho. Ambos autores comienzan indicando que la institución del «trust» está

poco utilizada en derecho de familia. En las crisis familiares uno de los problemas fundamentales se da cuando se incumplen las obligaciones autónomamente asumidas en un proceso de separación o divorcio consensual o determinadas en proceso de separación o divorcio contencioso. Aunque no es menos cierto que el ordenamiento jurídico prevé instrumentos de tutela para tal efecto, no es menos cierto, que para algunos casos, la institución del «trust» se puede mostrar perfectamente operativa para tal efecto aunque, en opinión de ambos autores, será necesario superar las lagunas existentes en esta materia. Más sencillo resulta en los procedimientos consensuales, donde se pueden atribuir bienes a un tercero para que se constituya una prestación periódica. Sin embargo, lo más interesante quizá resulta la construcción que se realiza cuando en caso de procedimientos contenciosos el juzgador pueda establecer garantías de cumplimiento de las prestaciones a través del establecimiento de la institución del «trust», derivado de una interpretación del propio artículo 156 del Código Civil. En ese caso estaríamos ante la formación de un «trust» contrario a la voluntad del disponente, importándose los modelos de Derecho norteamericano, como los establecidos en la Sentencia *Fuller v. Evans*, de la *High Court (Chancery Division)*, 7 de octubre de 1999.

5.º «Trust» y sujetos débiles (pp. 143-153), a cargo de María Rosa Spallarossa, Asistente Ordinario de la Universidad de Génova. Aborda el trabajo mediante la consignación de dos precisiones preliminares. La primera de ellas es ¿qué se entiende por protección?, respondiéndose que se trata no sólo de los intereses económicos, sino también a los intereses de la persona y de su desarrollo, para después hacer una somera referencia a los derechos de los menores. La segunda hace referencia a ¿qué se debe entender por sujetos débiles?, y así señala que por tal se debe entender a las personas incapaces de guiarse a sí mismas; hace referencia a aquellos que presentan alguna traba física o psíquica. Puesto que si bien el ordenamiento jurídico prevé una serie de garantías para con los menores, no se establece ninguna garantía especial para aquel colectivo sujeto a tutela o curatela. Pues bien, este extremo es el que se aborda en este artículo, precisamente la aplicación del «Trust» para con aquellas personas que presentan algún defecto físico o psíquico que les impide gobernarse a sí mismos. Por último, este trabajo presenta una extensa nota bibliográfica final.

6.º *Limites de la protección de los sujetos débiles* (pp. 155-161), a cargo de Antonino Dimundo, Presidente del Tribunal de Génova. Tal y como indica el autor, los límites a la capacidad de obras de los sujetos débiles, se debe buscar en la institución de la incapacitación civil, con las limitaciones de obrar que aparecen consignadas en el Derecho Civil italiano, que por otra parte son idénticas a las establecidas en el Derecho español. Entre otras, no pueden contraer matrimonio, no pueden disponer libremente de sus bienes, no pueden realizar libremente testamento, etc. ... Posteriormente se realizan interesantes considera-

ciones al respecto de la capacidad de obrar de los incapaces haciendo referencia a las diferentes posibilidades que pueden plantearse en Derecho.

7.º *El «trust» como «fondo fiduciario» a favor de los sujetos débiles* (pp. 163-193), a cargo de Tommaso Arrigo, investigador de la Universidad de Urbino. El título de este trabajo nace de una propuesta de trabajo de la Comisión para la revisión del Derecho mercantil, comenzada la pasada legislatura bajo la presidencia del *Consigliere* Luigi Rovelli, y cuyos trabajos culminaron con una propuesta de ley que implicaba una parcial modificación del Título n del libro I del Código Civil, y en particular del fondo fiduciario, con la propuesta de la introducción de un nuevo artículo 42 *ter*. En la propuesta se tuvo en cuenta la institución del «trust» en la experiencia inglesa, junto con una terminología que permitiera que el jurista formado en la tradición continental pudiera aplicar al código dicha institución. Al aplicar una institución extranjera, el primer problema que se presentaba era la traducción, que permitía una transcripción de la institución extranjera, o bien, una integración de la institución en el sistema jurídico donde debía aplicarse. La propuesta legislativa era la siguiente: «Habrà fondo fiduciario cuando un sujeto, llamado disponente, transfiera bienes o derechos a una o más personas o a un ente determinados en el título, llamado fiduciario, a fin de que los gestione, emplee o disponga en beneficio de uno o varios sujetos débiles». A dicha propuesta le seguía la enumeración de una serie de sujetos que se denominaban débiles, aquellos que presentaban algún tipo de traba o problema físico, menores de edad, mayores de 75 años, internados, personas afectas de graves patologías crónicas físicas o psíquicas, toxicómanos y alcohólicos. Así se diseñaba la aplicación del «trust» como fondo fiduciario para con ese concreto colectivo. A partir de ahí, en el artículo, se desarrolla convenientemente, y en particular, se entiende evidente el modelo en los siguientes términos: Derecho + obligaciones fiduciarias oponibles a los acreedores personales = posición subjetiva del trustee-fiduciario, que constituye la clave interpretativa del «trust-fondo fiduciario».

8.º *La dote por medio del «trust» secular* (pp. 195-199), a cargo de Michele Marchesiello, Presidente de la sección del Tribunal de Génova. Tras comenzar con la cita de alguno de los testamentos del siglo xv, donde era absolutamente habitual la constitución de dotes para aquellas personas que contrajeran matrimonio o entraran a formar parte de algún convento o monasterio, hoy en día se trata de otra cosa, lo que se entiende por dote. En este sentido, la figura del «trust», bajo la opinión del autor, constituye una institución absolutamente idónea para salvaguardar respetuosamente la voluntad inicial de la persona que entrega la dote. En concreto, esta modalidad del «trust» se podría denominar «autodeclarado», donde el disponente puede establecer la entrega de bienes y derechos a una persona o personas para su administración, guarda y custodia para que beneficie bien a la pareja o bien a la descendencia de su unión. De esta manera, a juicio del autor, la institución del «trust» y la figura del «trustee» convertido en propietario,

con el tiempo da garantía a este tipo de situaciones, que no siempre la forma jurídica tradicional es capaz de asegurar.

9.º *«Trust» con disposiciones a favor del menor de edad* (pp. 201-206), a cargo de Francesco Mazza Galanti, Juez del Tribunal de Génova. Interesa de la exposición de este artículo el detalle de varios supuestos judiciales donde se ha constituido la figura del «trust» para asegurar los derechos de los menores, sobre todo en procedimiento de crisis matrimonial.

10.º *La conversión del fondo patrimonial en «Trust»* (pp. 207-229), a cargo de Saverio Bartoli, Abogado de Florencia. Comienza el artículo con la exposición de dos supuestos donde los cónyuges intentaron la conversión del fondo patrimonial en un «trust» para conseguir así un mejor aseguramiento de las necesidades de la familia después de la crisis matrimonial que, posteriormente, obtuvieron en sede judicial resoluciones diferentes con motivaciones jurídicas diversas. En todo caso, esa posibilidad permite que el fondo patrimonial continúe vivo tras la separación a través de la figura del «trust», con lo que no procede su disolución y reparto. Resultan de interés las consideraciones eminentemente prácticas contenidas en este artículo, que para una mejor ilustración terminan indicando la necesidad de una publicidad idónea que resulte oponible a terceros, tanto de la constitución del «trust» en los Registros Civiles donde conste la ruptura matrimonial, como en los Registros de la Propiedad donde consten los inmuebles.

Para finalizar la recensión de la obra sólo falta indicar la presencia de un apéndice que contiene diversas resoluciones judiciales bastante interesantes relacionadas con la aplicación del «trust» en esta materia.

Como resumen, podemos afirmar que el libro aborda la siempre interesante cuestión de Derecho comparado, y máxime cuando la institución del «trust» no se ha desarrollado en España, al menos que yo conozca, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, ya que se trata de una institución proveniente de Derecho anglosajón sin tradición en nuestro país. Sin embargo, las soluciones jurídicas que se han expuesto han sido abordadas en nuestro país a través de varias figuras. Por ejemplo, cuando se pretenden asegurar las prestaciones alimenticias en un procedimiento de crisis matrimonial, en ocasiones se han dispuesto medidas de aseguramiento para tal fin, aunque por otra parte no resulta demasiado habitual a no ser que se haya acreditado convenientemente el incumplimiento temerario del deudor. En definitiva, el acercamiento a la institución del «trust» puede llevarse perfectamente a cabo a través de este interesante trabajo, que, además, recoge las actas de la jornada celebrada en el lugar y fecha señalada al comienzo de la presente recensión, donde las opiniones de profesores se contrastan con las expresadas por profesionales del campo del ejercicio, de la banca y, sobre todo, del Derecho como magistrados y abogados.