

DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA PARA REALIZAR LA
AFECCIÓN DE BIENES EN DERECHO ITALIANO. UNA HIPÓTESIS
MÁS ALLÁ DEL PATRIMONIO PROTEGIDO Y DEL TRUST.

*TESTAMENTARY PROVISION TO ACHIEVE A SEGREGATION OF ASSETS
IN ITALIAN LAW. A HYPOTHESIS BEYOND PROTECTED ASSETS AND
TRUSTS.*

Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 204-247



Vincenzo
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de junio de 2019

RESUMEN: Este artículo pretende ilustrar la experiencia italiana más reciente sobre el contrato de confianza fiduciaria, como una herramienta capaz de realizar una segregación patrimonial, diferente del trust. El contrato de confianza fiduciaria, que en 2010 fue regulado por una ley de San Marino, aún no está regulado por ninguna ley italiana, incluso si el proyecto de reforma del código civil establece que el legislador debe dictar su propia disciplina. El hecho de que no esté expresamente regulado no excluye que este negocio ya haya tenido mucho éxito. En este artículo, después de describir las características del negocio y proponer una nueva reconstrucción, se presta atención a su interferencia con el derecho de sucesiones. Verificando, en particular, el caso en el que la confianza se realiza tanto por un acto entre vivos como por testamento. Con respecto a ambas hipótesis, se analizan los contenidos del acto, así como sus límites y las interferencias con disciplina de tutela de los herederos forzosos.

PALABRAS CLAVE: Trust; confianza fiduciaria; afección de bienes; segregación patrimonial; testamento; herederos forzosos; acción de reducción; disposición inoficiosa.

ABSTRACT: *This article intends to illustrate the very recent Italian experience on the fiduciary contract, as a tool capable of realizing a patrimonial segregation, different from trust. The contract of fiduciary, which in 2010 was expressly regulated by a law of San Marino, is not yet regulated by any Italian law, even if the project of reform of the civil code provides that the legislator should dictate its own discipline. The fact that it is not expressly regulated does not exclude that the instrument has already been successful. In this article, after describing the features of the fiduciary contract and proposing a new reconstruction, attention is paid to its interference with inheritance law. In particular, verifying the case in which the assignment is arranged with an act inter vivos and with a will. With respect to both hypotheses, the contents of the act are analyzed, its limits and interferences with the discipline of protection of the forced heirs.*

KEY WORDS: Trust; fiduciary contract; asset segregation; will; forced heirs; action contra inofficious disposition.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. – II. UNA NUEVA HIPÓTESIS DE NEGOCIO JURÍDICO PARA LA AFECCIÓN DE BIENES: EL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA. UNA HIPÓTESIS MÁS ALLÁ DEL TRUST Y DE LA SIMPLE VINCULACIÓN DE BIENES – III. SIGUE: EL PATRIMONIO AFECTADO. – IV. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA VERSUS TRUST. – V. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE. – VI. NATURALEZA LIBERAL DEL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA. – VII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y ACCIÓN DE REDUCCIÓN. – VIII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA POR TESTAMENTO. – IX. SIGUE: EL PROBLEMA DE TUTELA DE LOS LEGITIMARIOS.

I. INTRODUCCIÓN

El acto de última voluntad y, entre ellos, el testamento es, sin duda, el área de la autonomía privada en la que el perfil de confianza y de relaciones fiduciarias ha desempeñado históricamente un papel decisivo. La razón es muy simple cuando consideramos que el acto de última voluntad está destinado, por su naturaleza, a producir efectos cuando su autor no vive y, por lo tanto, en un momento en el que no solo no podrá encargarse de su ejecución, sino, también, no podrá asumir ni siquiera otras nuevas voluntades o seguir tratando los intereses de las personas queridas o cumplir cualquier programa o propósito que ya haya emprendido o establecido.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros sistemas contemporáneos, ha ofrecido algunas respuestas a estas aspiraciones de la persona a través de instituciones legales que encuentran su fundamento precisamente en la relación de confianza. De hecho, se podría decir que esta última ha encontrado una relevancia positiva al menos en todos los casos en que no disminuye la voluntad del autor del acto de última voluntad, sino que la fortalece y garantiza su cumplimiento. En esta dirección, explicamos el papel y la importancia del albacea, las reglas que permiten al testador poner al tercero en la posición de identificar al legatario, entre varias personas o categorías de personas determinadas por el mismo testador (art. 631 CC it.)¹, las reglas que permiten al testador dar al juez indicaciones sobre la persona

¹ Está previsto en el art. 631 CC it., que establece una regla parecida a la que se encuentra en el art. 671 CC es. Más bien me parece que la regla italiana es más permisiva que la española. Esta es la regla italiana: "È nulla ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dalbarbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario, ovvero la determinazione della quota di eredità. Tuttavia, è valida la disposizione

• Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Roma "La Sapienza"; autor de 5 monografías y más de 100 artículos científicos y capítulos de libro; conferenciante en más de cincuenta congresos italianos y extranjeros; responsable de numerosos proyectos de investigación financiados por el Ministerio Italiano y la Universidad. Sus intereses científicos se centran prevalentemente en el derecho de sucesiones y de familia y en el de obligaciones y contratos. Director y fundador de la revista "Diritto delle successioni e della famiglia"; es miembro del comité científico de numerosas revistas italianas y extranjeras. Profesor de la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino; ha sido visiting profesor de la Universidad Pavarésia de Vlorá (AL), y de la Universidad de La Habana. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it.

que debe ocupar el cargo de tutor, curador o administrador de apoyo del hijo durante el tiempo posterior a su muerte, las reglas que permiten el establecimiento de una fundación o una fundación familiar; las reglas que permiten la creación de un fondo de familia². También se explica la singular disciplina dictada para el caso de disposición en favor de una persona interpuesta, que excluye la acción dirigida a acertar que la provisión sea para el beneficio de una persona distinta de la indicada en el testamento, sin establecer que la disposición testamentaria fiduciaria sea nula y, por tanto, sin excluir su posible ejecución voluntaria por parte del responsable³.

Al poner estas reglas en sistema, es plausible afirmar que el ordenamiento jurídico mira favorablemente las reglas que, respetando la autonomía de la decisión del autor del acto de última voluntad y los derechos reservados a los legitimarios, permiten la implementación de la voluntad y la realización de programas y proyectos que la persona pretende perseguir; incluso en el momento en que habrá dejado de vivir.

Las herramientas de implementación de las relaciones fiduciarias, que en la práctica son cada vez más importantes, deben analizarse con un espíritu positivo, suponiendo que la desconfianza que la jurisprudencia italiana ha mostrado a menudo no depende tanto del instrumento en sí considerado, sino de la necesidad de garantizar la plena protección de los derechos de los legitimarios y de la sospecha, no siempre infundada y en ocasiones verdadera, de que algunas de estos instrumentos se han utilizado no para perseguir los fines para que la ley los ha puesto, sino para eludir la aplicación de normas imperativas, como las de protección fiscal o las de protección de los legitimarios o las de igualdad de trato.

En esta perspectiva se puede explicar y creo que debe ser explicado, incluso más allá del alcance de los actos de última voluntad, la difícil historia del *trust*, el fracaso de las fundaciones de la familia, la inicial, y no superada por completo, desconfianza en los actos para la vinculación de bienes (a partir de ahora: vinculación de bienes)⁴,

a titolo particolare in favore di persona da scegliersi dall'onerato o da un terzo tra più persone determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o categorie di persone da lui determinate, ed è pure valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno tra più enti determinati del pari dal testatore. Se sono indicate più persone in modo alternativo e non è stabilito chi deve fare la scelta, questa si considera lasciata all'onerato. Se l'onerato o il terzo non può o non vuole fare la scelta, questa è fatta con decreto dal presidente del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, dopo avere assunto le opportune informazioni”.

- 2 Se trata de un particular régimen patrimonial de la familia por el cual los cónyuges o uno de ellos o un tercero (este último, también con testamento) puede destinar uno o más bienes inmuebles o mueble registrados a satisfacer los intereses de la familia. Si se constituye el fondo patrimonial, los bienes del fondo pueden ser usados solo para satisfacer los intereses de la familia y pueden ser atacados solo por los acreedores de la familia, mientras que nunca por los acreedores personales de los cónyuges. El fondo de familia está regulado en los arts. 167, 168, 169, 170, 171 CC it. Para las cuestiones que más nos importan, cabe destacar la regla del art. 170 CC it., que establece: “L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia”.
- 3 La referencia es al art. 627 CC it.
- 4 Esta hipótesis está regulada en el art. 2645-ter CC it., que establece: “Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta

la idea de que todos los legitimarios debe participar, bajo pena de nulidad, al pacto de familia⁵, la regla del art. 2929-bis CC it., introducidas en 2016, sobre la expropiación de los bienes sujetos a restricciones o alienaciones de forma gratuita. En otras palabras, cabe considerar que herramientas capaces de crear una relación de confianza no solo no deben despertar sospechas, sino que deben considerarse con atención renovada, consciente que se prestan, especialmente cuando están vinculadas a los actos de última voluntad, para implementar la voluntad del autor del acto y para cumplir los propósitos y programas que, en muchos casos, tienen una importancia muy significativa por su autor. En otras palabras, cabe considerar que estos instrumentos pueden cumplir perfectamente los principios y valores constitucionales italianos.

II. UNA NUEVA HIPÓTESIS DE NEGOCIO JURÍDICO PARA LA AFECCIÓN DE BIENES: EL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA. UNA HIPÓTESIS MÁS ALLÁ DEL TRUST Y DE LA SIMPLE VINCULACIÓN DE BIENES

La importancia cada vez mayor de las relaciones fiduciarias no se evidencia solo por el éxito del llamado trust “interno”⁶, sobre cuya historia y sobre la admisibilidad de la cual en el ordenamiento jurídico italiano no tendría sentido insistir, no solo de la atención renovada del legislador italiano a la cuestión de la afección de bienes, que han recibido un importante reconocimiento legislativo (v. art. 2645-ter⁷ CC it., art. 2447-bis CC it.), sino también y, sobre todo, del reciente reconocimiento del

anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

- 5 Hago referencia al contrato previsto en el art. 768-bis CC it. Esta regla es parecida a la contenida en el art. 1056, párrafo 2, CC es.
- 6 El trust, que en Italia tuvo un éxito significativo, no tuvo la misma fortuna en otros países. Para la situación en el derecho español, ver, por todos, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, pp. 1757-1865; CÁMARA LAPUENTE, S.: “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en PRATS ALBENTOSA, L.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, t. I., *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Wolters-Kluwer - La Ley, Madrid, 2012, pp. 691-939. Para una reconstrucción del debate italiano sobre el trust interno, LUPOI, M.: *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2016, p. 263 ss., GATT, L.: *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 3 ss.
- 7 Es imposible recordar toda la bibliografía italiana relacionada con el acto de vinculación de bienes (art. 2645-ter CC it). Ver, al menos, las principales obras monográficas., CEOLIN, M.: *Destinazioni e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2010, p. 3 ss.; CALVO, R.: *Vincoli di destinazione*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 3 ss.; AA.VV.: *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea (a cura di M. Bianca e A. Donato)*, Fondazione Nazionale del Notariato, Gruppo 24 ore, Milano, 2013, p. 3 ss.; CORRIERO, V.: *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 3 ss.; BONINI, R.: *Destinazione di beni ad uno scopo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 3 ss. Ver, también, BARBA, V.: “Disposizione testamentaria di destinazione”, *Il foro napoletano*, 2016, pp. 325-351 y, ahí, más referencias de doctrina y jurisprudencia.

contrato de confianza fiduciaria, que fue recientemente nombrado en la ley del 22 de junio de 2016, n. 112⁸ (conocida como la ley sobre el después de nosotros)⁹.

Más allá de esta referencia, en nuestro sistema jurídico no existe una disciplina específica del contrato de confianza fiduciaria y su elaboración es principalmente el resultado de la investigación de la doctrina¹⁰, a la que es esencial agregar, también por las importantes consecuencias en términos de derecho privado internacional, la rica disciplina del instituto ofrecido por la ley de San Marino I de marzo de 2010, n. 43.

El hecho de que el contrato de confianza fiduciaria no esté regulado expresamente por el legislador italiano no excluye, por supuesto, la posibilidad de que encuentre la ciudadanía en el ordenamiento italiano, especialmente si se comprueba su idoneidad para dar orden a intereses dignos de protección jurídica y su idoneidad para ofrecer respuestas concretas y adecuadas a intereses de nuestra contemporaneidad.

Obviamente, en ausencia de una disciplina específica, es necesario no solo comprender el significado de este instituto, es decir, el interés que pretende regular, marcar su diferencia con respecto al trust y a la vinculación de bienes, sino también verificar mediante qué instrumentos técnicos se puede obtener este resultado en nuestro sistema jurídico y cuál es la resistencia de estos instrumentos con respecto a los intereses contrarios.

En primer lugar, porque tengo la intención de prestar atención predominante al acto de última voluntad, prefiero hablar de negocio de confianza fiduciaria, en lugar de contrato de confianza fiduciaria. La exaltación del perfil contractual, que también parece constituir la perspectiva dominante, terminaría relegando a este instituto

8 Una disciplina similar está prevista en el ordenamiento jurídico español, cuya ley L. 41/2003 de 18 de noviembre, sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, prevé la posibilidad de constituir el patrimonio especialmente protegido. Cabe considerar que el patrimonio especialmente protegido de derecho español, regulado en la dicha ley, puede ser asimilado al acto de vinculación de bienes regulado en el derecho italiano en el art. 2645-ter CC it. Estos son dos tipos de actos jurídicos diferentes. Según la legislación española, el patrimonio especialmente protegido es admisible solo para personas con discapacidad y no implica la segregación del patrimonio. En derecho italiano, la vinculación de bienes es un instrumento más general (ver el texto de la disciplina en la nota n. 5), no necesariamente orientado a la protección del patrimonio de la persona con discapacidad y adecuado para determinar la segregación del patrimonio. Según el art. 5, párrafo 4, de la ley española: "todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido". Se lee en la exposición de motivos, párrafo II: "los bienes y derechos que forman parte del patrimonio, que no tienen personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares". Dice CÁMARA LAPUENTE, S.: "Trusts y patrimonios fiduciarios", cit., p. 696, que el patrimonio protegido "constituye un instrumento inacabado al no garantizarse legalmente la separación patrimonial".

9 V. TATARANO, M.: "La c.d. legge dopo di noi: profili giusprivatistici", *Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 1565.

10 El procesamiento del contrato fiduciario en Italia se debe a LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 311 ss.; LUPOI, M.: *L'affidamento fiduciario nella vita professionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 3 ss.; LUPOI, M.: "Il contratto di affidamento fiduciario", *Rivista del notariato*, 2012, pp. 513-523. Después de la investigación realizada por el A. y como resultado de la aprobación de la Ley 112/2016, parte de la doctrina expresó interés en la figura.

dentro de los actos entre vivos, sin considerar el acto de última voluntad. Por lo tanto, es necesario ignorar la estructura del instituto y detener la atención sobre su función, teniendo en cuenta que lo que domina en el mundo contemporáneo es siempre la función y que la estructura varía de acuerdo con ella¹¹.

En este sentido, partiendo de la disciplina positiva de la ley de San Marino, que creo que se puede usar para identificar el paradigma funcional de esta institución y, por lo tanto, las características capaces de marcar su identidad, creo que es posible afirmar que la confianza fiduciaria es aquel negocio jurídico con el que una persona determina un programa en vista de la realización del cual vincula un bien o un conjunto de bienes a uno o más beneficiarios¹². No se trata de un bien o complejo de bienes destinados a lograr un propósito, sino, por el contrario, de un programa para la realización del cual se constituye un patrimonio, que no solo tiene un carácter instrumental con respecto al programa, sino también un carácter fungible.

Por lo tanto, los elementos esenciales del negocio de confianza fiduciaria son: la determinación de un programa¹³; un bien o un complejo de bienes vinculados o afectados a la realización del programa, que podemos llamar “patrimonio confiado”; los beneficiarios¹⁴ o los métodos para determinar los beneficiarios del patrimonio confiado y sus posibles frutos; el fiduciario, es decir, la persona a quien se le confía la tarea de llevar a cabo el programa y, por lo tanto, la tarea de administrar el patrimonio confiado con plena autonomía, pero en estricto cumplimiento del programa.

Además, es significativa, considerando la ductilidad de los intereses que el negocio puede llevar a cabo¹⁵, la posición de un garante, que es la posición de una persona que tiene la función de controlar el trabajo del fiduciario y a quién se le podría pedir que

11 PERLINGIERI, P.: *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Joneve, Napoli, 1968, p. 138 ss.; PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, en *Commentario al Codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 1975, p. 21 ss.

12 Específicamente, LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 396 s., dice que el concepto de beneficiario no implica necesariamente que ellos adquirirán los bienes que constituyen el patrimonio confiado. “Il fondo può essere interamente o quasi interamente realizzato per l'attuazione del programma, per esempio per l'assistenza e il mantenimento di una persona disabile oppure il programma può consistere nell'attribuzione del fondo o di sue singole componenti a enti che vengano individuati via via nel corso di esecuzione del contratto in relazione alle finalità di pubblico interesse che essi perseguono”.

13 V. ALCARO, F.: “Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti”, en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Fondazione Italiana del Notariato, Gruppo 24 ore, 2017, Milano, p. 162 ss.

14 Dentro de los beneficiarios es necesario distinguir entre los beneficiarios, que podemos llamar final, es decir, aquellos que tendrán que recibir del fiduciario los bienes del patrimonio confiado en el momento de la terminación de la relación y los beneficiarios de los frutos, que son los beneficiarios de los beneficios derivados de los bienes del patrimonio confiado. Se entiende que no es necesario que existan beneficiarios de los frutos y que también podrían coincidir con los beneficiarios finales. Sin embargo, es importante distinguir, con pleno conocimiento de que tanto el uno como el otro son simplemente titulares de un derecho de crédito.

15 Para un ejemplo de la ductilidad del instrumento, además de la jurisprudencia y las hipótesis propuestas por LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 166 ss., v., también, PIAIA, F.: “Il contratto di affidamento fiduciario: esigenze concrete e profili teorici”, *Vita notarile*, 2017, p. 617 ss.

exprese, en caso de la realización de actos de disposición del patrimonio confiado particularmente importantes, opiniones, opcionales, obligatorias o vinculantes¹⁶.

Más allá de los elementos esenciales y los protagonistas del negocio de confianza fiduciaria, es necesario construir una disciplina que, por un lado, permita reemplazar al fiduciario en el caso de que no pueda o no quiera continuar en su cargo y, por otro lado, otorgue al garante o a los beneficiarios o a un tercero la facultad de reemplazar al fiduciario, si realiza actos que están en conflicto con el programa o pone en peligro su cumplimiento. Esta última disciplina se puede lograr mediante la combinación de cláusulas condicionales que, al ocurrir el hecho deducido (cumplimiento del acto conflictivo del programa), determinan la terminación del cargo del fiduciario y el surgimiento del poder de nominación de un nuevo fiduciario. Demostrando que la centralidad del programa es capaz de superar incluso el papel del fiduciario, que conserva este nombre no ya debido a la relación de confianza que lo une al disponente (o sea el autor del negocio), que en el caso que voy a considerar ya no está vivo (estamos lejos de la lógica del contrato fiduciario de tradición romana), sino por la razón, más simple, que es la persona a quien se le confía el patrimonio, que es fundamental para la realización del programa. No debe excluirse que la sustitución del fiduciario pueda llevarse a cabo a través del instrumento de la cesión del contrato.

Finalmente, cabe considerar que el negocio de confianza fiduciaria debe contar con la asistencia de una cláusula de único remedio, o sea una cláusula mediante la cual se establezca que el incumplimiento por parte del fiduciario u otros protagonistas del negocio y cualquier contingencia o eventos externos no pueden determinar la resolución del negocio de confianza fiduciaria, sino, la única consecuencia (por este motivo en la práctica esta se llama cláusula de único remedio) compensación por los daños o indemnización¹⁷ (nunca puede causar la resolución del negocio). Por el contrario, parecería que esta cláusula debería considerarse como inherente a la lógica del negocio de confianza fiduciaria, considerando que el cumplimiento del programa, que constituye el perfil destacado del negocio, sería incompatible con cualquier disciplina resolutoria y consistente solo con remedios de naturaleza compensatoria o indemnizatoria. Por lo tanto, debería ser posible concluir que la cláusula de único remedio constituye un tipo de contenido esencial y necesario, de

16 Hablamos en este sentido de autoprotección LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 324 ss., precisamente para indicar que toda la gestión del patrimonio confiado se realiza en la implementación del programa. Afirma BARALIS, G.: "Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario", en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., 148, este control se implementa a través de: "...una serie di pesi e contrappesi che si sostanziano in autorizzazioni, approvazioni, pareri, linee di indirizzo, dispense; ... una pluralità di soggetti con unico compito che, però, graduano fra di loro lo stesso potere (gestione di più affidatari); ... una figura specifica (il garante)".

17 Afirma ALCARO, F.: "Il programma contrattuale", cit., p. 163, que para garantizar que el negocio de confianza fiduciaria cumpla su función es necesario que "il programma [debba] essere preservato, reso stabile, contrassegnato da autosufficienza, insensibilità verso eventi esterni sopravvenuti, dovendosene assicurare la permanenza, per la missione da compiere, contro ogni ipotesi di anticipata sua decadenza o sopravvenuta inefficacia, salva l'opportunità di eventuali adeguamenti imposti da eventi sopravvenuti".

modo que, incluso en ausencia de una regla expresa en este sentido, este reglamento debe considerarse necesario para garantizar el cumplimiento del programa. Por lo tanto, se debe concluir que la exclusión de los recursos de resolución o demolición es un efecto natural del negocio de confianza fiduciaria.

III. SIGUE: EL PATRIMONIO AFECTADO

Una vez que se han realizado estas consideraciones iniciales, no se puede dudar de que el verdadero punto focal del negocio de confianza fiduciaria es el patrimonio confiado. Para concebir esta figura es necesario, de hecho, que el patrimonio confiado permanezca esencialmente inmunes a los eventos que pueden ocurrirle al fiduciario y que constituya una garantía genérica solo para aquellos acreedores, cuyo derecho surgió en función, en cumplimiento o en implementación del programa¹⁸.

Si el patrimonio confiado no es inmune a los eventos que pueden ocurrir al disponente o al fiduciario, el cumplimiento o la implementación del programa podría verse seriamente comprometida. Por lo tanto, es necesario que el patrimonio confiado permanezca insensible tanto a los eventos relacionados con el régimen patrimonial del disponente o del fiduciario, como a su sucesión y, finalmente, a sus acreedores personales¹⁹. Es, entonces, necesario que este patrimonio esté segregado,

18 No hay duda de que la segregación tiene implicaciones muy importantes con respecto al concepto de propiedad, ya que no hay duda de que la propiedad destinada parece absolutamente distante en comparación con el modelo original diseñado por el legislador italiano en el Código Civil de 1942. En ese modelo la propiedad no solo era el epicentro del sistema, sino que era una propiedad exclusivamente egoísta. El concepto cambia significativamente con la Constitución republicana y la llamada funcionalización de la propiedad privada. Con respecto al tema en cuestión, las destacadas consideraciones de GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale", en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., p. 158, quien afirma "per dissipare la spessa coltre di equivoci che si sono addensati in materia sarebbe necessario svolgere un discorso molto più lungo ed analitico, e perciò mi limito ad osservare che impostata l'analisi sul piano della proprietà costituzionale, risulta di primo acchito piuttosto bizzarro considerare ammissibile solo la proprietà "egoista" a scapito della proprietà "altruista", con la conseguenza ultima di rovesciare il senso del dettato costituzionale attribuendo una funzione sociale unicamente alle posizioni di appartenenza non proprietarie".

19 Según LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 366, sería suficiente para excluir que el patrimonio confiado está expuesto al riesgo de la agresión de los acreedores del fiduciario, el alivio que el art. 2740 CC it. (art. 911 CC es.) establece que el deudor es responsable del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. "Quei beni gli [all'affidatario fiduciario] provengono precisamente per non essere confusi con i "suoi" beni in quanto essi non sono suoi secondo il significato che questo aggettivo possessivo riveste nell'art. 2740 e quindi, non sono soggetti al regime della responsabilità patrimoniale generica". Sin embargo, en comparación con esta reconstrucción, debe señalarse que el acreedor del fiduciario, si no puede saber que el bien es parte del patrimonio confiado, está legítimamente autorizado para suponer que ese bien es parte del patrimonio general del fiduciario y, por lo tanto, que es de un su bien. Por lo tanto, es indispensable una herramienta que permita a todos los terceros conocer la afección de ese bien, es decir, que ese bien está vinculado a la realización del programa, de modo que ningún acreedor del fiduciario pueda confiar en ello. El tema se mueve, por lo tanto, sobre el instrumento a través del cual es posible oponer el título. También podría suponerse que es suficiente transcribir el contrato, pero es necesario, sin embargo, que se dé un régimen de publicidad. Como medida de precaución, creo que la transcripción de la vinculación de bienes siga siendo preferible, aunque los beneficiarios pueden afirmar que solo la transcripción del contrato sea suficiente, siempre que exista una nota clara sobre la naturaleza de la propiedad del derecho por parte del fiduciario. En otras palabras, se necesita una herramienta de publicidad que muestre a los terceros que el fiduciario es titular fiduciario del bien.

de modo que constituya una garantía genérica no de todos los acreedores del disponente y/o del fiduciario, sino únicamente de los acreedores del programa²⁰.

En otras palabras, surge el mismo problema que había planteado el *trust*. No creo que, aunque este discurso parezca de retaguardia, podemos escapar de él y creo que, una vez más, debemos sentir la distinción radical que existe en nuestro sistema jurídico entre la destinación y la segregación²¹.

La destinación²² implica solo la asignación de un bien a la realización de un propósito, que puede lograrse con un simple negocio jurídico unilateral, con el cual el sujeto, titular del bien o del conjunto de bienes, decide vincular ese bien a la realización de ese propósito. La destinación de un bien²³ se resuelve, esencialmente, en la asunción de una obligación de no cambiar la destinación del bien y en la obligación de administrarlo en conformidad con la destinación, es decir, en el supuesto de una obligación de *non facere* y una de *facere*. Esto significa que la destinación tiene, generalmente, naturaleza obligatoria y solo vincula a la persona o las personas que hayan puesto el vínculo.

20 Según ROPPO, V.: "Contratto di affidamento fiduciario e valore di garanzia dei beni", *Rivista del notariato*, 2012, p. 1244, la tesis de Lupoi sería excéntrica en la medida en que postula que el patrimonio confiado no puede subir agresión ni por parte de los acreedores del disponente ni por parte de los del fiduciario. "Nella costruzione di Maurizio Lupoi il dato eccentrico mi sembra questo: che si disegna una regione, unica al mondo, nella quale ci sono dei beni che non garantiscono nessun creditore; e quindi dei beni per così dire sterilizzati nel loro valore di garanzia del credito, che a me sembra una componente importante del valore sociale di un bene". Escribe, ahora bien, LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 314, que "il fondo affidato, in quanto patrimonio risponde delle sole obbligazioni, contrattuali o meno, inerenti la realizzazione del programma: il fondo affidato non si confonde nel patrimonio dell'affidatario fiduciario". En este sentido, me parece que constituye un dato indispensable de cada construcción jurídica relacionada con un patrimonio destinado y segregado que resulte sustraído a la garantía de los acreedores *personales* del disponente y del fiduciario. Sin embargo, esto no significa que ese patrimonio no garantice a ningún acreedor, ya que esos bienes constituyen una garantía para los acreedores de la vinculación, es decir, todos los acreedores cuyo título se basa en la administración del patrimonio confiado. En otras palabras, un patrimonio de confianza no constituye garantía para los acreedores *personales* del disponente y el fiduciario, pero constituye garantía para los acreedores del patrimonio, es decir, para todas las deudas contraídas para la administración del patrimonio confiado o el cumplimiento del programa.

21 n un sentido parcialmente diferente, con una motivación convincente, GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario", cit. p. 159, el cual escribe: "se si segue, invece, l'impostazione più recente (ma anche più antica) che vede nella proprietà del fiduciario la creazione di una particolare forma di proprietà strutturalmente conformata in modo da essere funzionale al raggiungimento di scopi altruistici, il problema dell'effetto segregativo si imposta in termini di conseguenze logiche della ammissibilità di una forma di proprietà in cui la determinazione dello scopo esercita la sua influenza conformatrice non per la via obbligatoria, ma direttamente nella sfera del potere giuridico attribuito al fiduciario. A ben vedere infatti tutti i profili che sono stati sottolineati nel corso della discussione attorno al cosiddetto effetto segregativo, da quello della unicità del patrimonio a quello della causa del trasferimento della titolarità proprietaria in capo al fiduciario, non sono altro che corollari della scelta iniziale di non ammettere, salvo espressa disposizione di legge, alcuna forma di proprietà che non sia perfettamente conforme al paradigma dell'art. 832 CC". Obviamente el A. se encarga de especificar que tal solución podría admitirse con mayor simplicidad en el caso en que la conformación de la propiedad sirva para proteger a los sujetos débiles, mientras que en otros casos se vuelve difícil, especialmente cuando el negocio de confianza fiduciaria tiene propósitos *neutrales*. La tesis de la A., que también es muy convincente, no excluye que, para que todos estén informados de la existencia de una propiedad conformada (ya que siempre existe la necesidad de hacer que este título sea oponible), la transcripción para los bienes inmuebles y el acto con fecha cierta para los bienes muebles siguen siendo la solución práctica-aplicativa aconsejable.

22 V. BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", *Rivista di diritto civile*, 2007, pp. 197-227.

23 V. D'AMICO, G.: "La proprietà destinata", *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 525-546.

Cada uno de nosotros puede decidir vincular un determinado bien a un propósito, ya que esto no significa nada más que asumir la obligación de usar ese bien determinado de acuerdo con ese propósito y la de no distraerlo de ese propósito, al menos hasta que cambiemos la regla. Si solo se piensa en un empresario que sea propietario de una finca, en la que decide ejercer su profesión, no se puede dudar de que esto implica una destinación de esa finca. No de otra manera, hay una destinación cuando una familia (*recte*: los miembros de la familia) decide reservar una suma de dinero para un viaje. Ese dinero está destinado para viajar y todos los miembros se comprometen a no usar ese dinero para otros fines y no distraerlo de eso. Obviamente, este destino es válido mientras dure el compromiso, es decir, hasta que se cambie la regla, o más precisamente, hasta que todos los sujetos que se han comprometido con ese destino no decidan otro destino diferente, o la extinción de ese vínculo.

Por lo tanto, no se puede dudar de que la destinación de un bien, en su configuración más sencilla, se resuelve en una obligación, que afecta solo al sujeto o los sujetos que han creado el vínculo y que su violación puede determinar, solo consecuencias, de naturaleza y nunca la ineficacia del acto.

Para que el vínculo se pueda oponer a los terceros, es decir, para que los terceros no puedan realizar actos en detrimento del vínculo, es necesario que el acto con el que el vínculo está creado sea oponible a ellos, es decir, que se pueda otorgar una herramienta publicitaria que permita oponer el título (es decir, el acto de donde surgió el vínculo) a los terceros. En el ordenamiento jurídico italiano, hay que distinguir entre actos relativos a bienes inmuebles o bienes muebles registrados y actos relativos a bienes muebles. En el primer caso, la oponibilidad se logra mediante la inscripción del acto en el registro civil, mientras que en el segundo es necesario y suficiente que la escritura tenga fecha cierta.

Sin embargo, la publicidad no es suficiente para garantizar que el bien destinado sea ajeno a los eventos relacionados con el propietario (su sucesión y su régimen patrimonial matrimonial) y que no constituya garantía genérica de todos sus acreedores, ya que solo sirve para evitar que los terceros puedan realizar actos en contra de la destinación.

Para que se pueda obtener un resultado de segregación, es decir, para que el bien o el complejo de bienes permanezca insensible con respecto a las vicisitudes del propietario y constituya una especie de patrimonio idealmente separado (ajeno también a la sucesión), es necesaria una específica norma jurídica que establezca este efecto²⁴.

24 En sentido contrario Lupoi, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 364, según el cual la transcripción no es necesaria en absoluto, siendo suficiente la sola conclusión del negocio de confianza fiduciaria, como herramienta capaz de conformar la propiedad del patrimonio. La tesis es más clara cuando se piensa que

Todo esto significa que el negocio de confianza fiduciaria para que realmente pueda funcionar debe poder beneficiarse de un mecanismo jurídico de segregación patrimonial, en falta del cual no puede garantizar su plena utilidad. Antes de verificar la posibilidad de constituir un negocio de confianza fiduciaria por testamento y su diferencia del trust, es necesario verificar si existe en el ordenamiento jurídico italiano un instrumento general de segregación patrimonial, capaz de hacer que los bienes vinculados sean independientes del patrimonio del fiduciario y garantizar su afectación al cumplimiento y implementación del programa.

En este sentido, no dudo que podamos dar una respuesta positiva.²⁵

En mi opinión, se pueden dar dos formas diferentes de segregación, que podrían definirse una como confianza fiduciaria interna y la otra como confianza fiduciaria de derecho interno.

En el primer caso, se trataría de aplicar, inmediata y directamente, la ley de San Marino n. 43 de 2010, a través del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, ratificado en Italia con la Ley de 16 de octubre de 1989, n. 364²⁶; en el segundo, en cambio, se trataría de aplicar la regla establecida en el art. 2645-ter CC it., que es, en mi opinión, una regla de portada general²⁷, que admite y legitima en el ordenamiento jurídico italiano el principio de la articulación del patrimonio de la persona²⁸.

según el A. "il bene oggetto del contratto di affidamento fiduciario non è il bene o non sono i beni inclusi nel fondo affidato, ma è il valore di scambio di tali beni".

- 25 Vale la pena señalar que, según Lupoi, no sería necesario transcribir el acto para lograr el efecto de segregación. Esta segregación resultaría, de hecho, de la funcionalización específica de la propiedad a los intereses indicados en el programa, por lo que ya no sería necesario algo para que los bienes no sean atacados por los acreedores personales del fiduciario. LUPOI, M.: "Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust", en AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., pp. 128-133) afirma: "la segregazione dei beni affidati è ora sancita dalla l. 22 giugno 2016, n. 112 ... si tratta di una conferma legislativa, certo importante e per alcuni essenziale, ma a mio parere non necessaria: infatti, la non confusione fra i beni affidati e gli altri beni dei quali l'affidatario fiduciario sia titolare deriva dal riconoscimento della conformazione del titolo dell'affidatario fiduciario, come sopra illustrata". El A. afirma que la segregación sería un efecto natural del contrato, con respecto al cual sería necesario y suficiente que el título sea conocido por los terceros. Escribe LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 351, que el título de la confianza fiduciaria es tanto la razón justificativa del derecho como la misma medida del derecho "Il titolo dell'affidatario fiduciario è, al tempo stesso, pieno e instabile nel tempo; inoltre, è ambulatorio". LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 424 s. no excluye, aunque no sea la hipótesis preferible, la posibilidad de transcripción ex art. 2645-ter CC it. "Ragionare in termini di vincolo di destinazione rassicura il notaio: tuttavia così si tradisce non solo la norma, nei limiti accettabili sopra indicati, ma anche la funzionalità dei contratti di affidamento fiduciario. Su questo occorre non scendere a compromessi perché deve restare fermo l'assunto principale: è necessario pubblicizzare la specificità del titolo dell'affidatario fiduciario, sia egli l'affidante auto-investitosi, sia egli l'affidatario fiduciario al quale il diritto reale immobiliare è stato trasferito dall'affidante o da terzi. Questa specificità consiste nella inerente temporaneità della posizione, conseguente alla sua conformazione come a suo tempo chiarito".
- 26 Esta es la única hipótesis que parece admisible a VICARI, A.: "L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica", *I contratti*, 2018, p. 363 s.
- 27 V., GENTILI, A.: "Le destinazioni patrimoniali atipiche. Eseggesi dell'art. 2645 ter CC", *Rassegna di diritto civile*, 2007, pp. 1-50.
- 28 Escribe CARRABBA, A.A.: "Testamento e destinazione patrimoniale (Una lettura per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter CC", *Giustizia civile (online)*, 2015, p. 191, "non ci si può non rendere conto che con riferimento al considerato ultimo profilo è necessario superare una valutazione in termini di regola ed eccezioni delle diverse articolazioni del regime di responsabilità pure in rapporto

Comencemos con la primera hipótesis que he llamado confianza fiduciaria interna. Considerando que el Convenio de La Haya establece, en el art. 2, que se consideran trust todas las relaciones jurídicas en las cuales un patrimonio se coloca bajo el control de un sujeto en interés de un beneficiario o de un propósito, creo que en esta definición es posible incluir también la disciplina del contrato de confianza fiduciaria regulado en la Ley de San Marino n. 43 de 2010. Esto significaría que, al combinar estas dos disciplinas, sería posible concluir un negocio de confianza fiduciaria todo interno (es decir, disponente y fiduciarios italianos, bienes ubicados en el territorio italiano), cuyo único elemento extranjero sería la ley reguladora. Por lo tanto, el negocio de confianza fiduciaria estaría regulado por la ley extranjera y, en particular, por la ley de San Marino, que admite, expresamente, la segregación de los bienes como efecto fundamental.

Mucho más interesante es la segunda hipótesis, que he definido como confianza fiduciaria de derecho interno, justo para señalar que el negocio estaría completamente regido por el derecho italiano. Para lograr este resultado sería necesario hacer uso de la disciplina establecida por el art. 2645-ter CC it. sobre la vinculación de bienes²⁹.

Partiendo de la perspectiva que considera que esa regla es de carácter general y es capaz de regular cualquier forma de destinación digna de protección³⁰, no creo

a uno stesso soggetto e tanto soprattutto se si dovessero apprezzare efficienza dei beni e dinamicità del patrimonio in ragione delle attività per le quali essi sono impiegati, come sembra aver fatto il legislatore, sempre a voler esemplificare, con la previsione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 bis CC., ed ancora se si dovesse considerare l'evoluzione dei criteri di concessione del credito, i quali risultano basati non più o, quanto meno, non solo sulla capacità del soggetto debitore di produrre ricchezza ma sulla disponibilità in garanzia di specifiche entità, essendo stata peraltro depotenziata la portata delle garanzie personali". Efficazmente, LENZI, R.: "Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter CC", *Contratto e Impresa*, 2007, p. 249, afirma que la norma admite "finalmente di prendere atto dell'equivalenza funzionale tra personalità giuridica e organizzazione di un patrimonio in compendi separati, come tecniche alternative e sostanzialmente equivalenti, attraverso le quali si possono manifestare i regimi giuridici della garanzia patrimoniale".

- 29 En este sentido, BARALIS, G.: "Autotutela e autorizzazioni, cit., p. 145 s., GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario", cit. p. 155 s. Por todos, TATARANO, M.: "La c.d. legge *dopo di noi*", cit., p. 1477 s., que escribe: "esprimo la mia ferma convinzione che l'"ibridazione" fra il contratto di affidamento fiduciario e la fattispecie di cui all'art. 2645-ter sia il mezzo tecnico per elezione che permette quella stabilità di cui si è scritto. Del resto, seppur in maniera meno convinta, questo utilizzo è anche prefigurato da Lupoi, naturalmente nella versione attiva e dinamica della fattispecie di cui all'art. 2645-ter". También, PIAIA, F.: "Il contratto di affidamento fiduciario", cit., p. 187, que en el ejemplo propuesto prevé expresamente la transcripción de la vinculación de bienes ex art. 2645-ter CC it. relativamente a la finca que constituye parte del patrimonio confiado. En particular, la A. construye el art. 32 del contrato de confianza fiduciaria de la siguiente manera: "A.) L'Affidante e l'Affidatario fiduciario, ai fini della più opportuna pubblicità dell'avvenuto mutamento del titolo dell'Affidante rispetto all'Immobile, e conseguentemente dell'inerenza dell'Immobile al Fondo Affidato, richiedono al Conservatore dei Registri Immobiliari competente con riferimento all'Immobile, la trascrizione: 1. del vincolo ex art. 2645-ter CC., contro l'Affidante; 2. del trasferimento della proprietà, contro l'Affidante ed a favore dell'Affidatario Fiduciario, sottoposto a condizione (descritta nel Quadro "D" della nota di trascrizione quale *risolutiva* quanto all'Affidante e *sospensiva e risolutiva* quanto all'Affidatario Fiduciario). B.) L'Affidatario Fiduciario manleva espressamente il Conservatore dei Registri Immobiliari competente da ogni responsabilità in ordine alla trascrizione richiesta".
- 30 Sobre el significado de *intereses dignos de protección*, en el contexto de la vinculación de bienes, por todos, PERLINGIERI, G.: "Il controllo di *meritevolezza* degli atti di destinazione ex art. 2645-ter CC", *Il foro napoletano*, 2014, p. 63 ss. que especifica que este control no concierne tanto a la función concreta del acto de autonomía (que en cualquier caso se impone), sino a la relación de afección, que se convierte en un control *externo y dinámico*. El legislador requiere evaluar no solo la relación entre el bien y el propósito y, por lo

que podamos dudar de su utilidad para lograr la afección del patrimonio³¹. Con el entendimiento de que, en este caso, la vinculación de bienes se registraría por el negocio de confianza fiduciaria, que establecería el programa, con respecto al cual el patrimonio confiado sería instrumental. Esta solución parece presentar solo dos límites, con respecto a los cuales se requieren algunas consideraciones adicionales.

Primero, en el caso de edificios ubicados en diferentes provincias, sería necesario inscribir en el registro civil la vinculación en cada uno de los bienes que conforman el patrimonio confiados, de modo que una sola inscripción no sería suficiente, y necesitarían tantas inscripciones cuantas son los diferentes registros civiles competentes por cada territorio. Con el entendimiento de que, en el caso de compra de nuevos bienes, sería necesario prever a una nueva inscripción del vínculo. No sería posible superar el problema, ni siquiera si quisiéramos considerar, y me parece posible, que el patrimonio confiado constituye una universalidad³². Teniendo en cuenta que los bienes que constituyen un patrimonio confiado en términos de universalidad solo ayudan a comprender que los bienes tienen un destino unitario y que cada bien que constituye la universalidad puede ser objeto de actos y relaciones legales separados, pero no ayudan ni resuelven el problema de inscripción en el registro civil. Como no existe, hasta la fecha, la posibilidad de una única inscripción en el registro civil relativa a todos los bienes que forman parte de la universalidad es necesario, consiente que esto importa una mayor carga económica, que todos los bienes que forman parte del patrimonio confiado se mencionen en la nota de inscripción.

En segundo lugar, habría un problema para los bienes muebles, con respecto a los cuales no es posible una inscripción en el registro civil y, por lo tanto, la aplicación de la regla del art. 2645-ter CC. it. podría parecer imposible.

La imposibilidad de inscribir en el registro civil un acto jurídico sobre un bien mueble requiere preguntarse si es posible, en cualquier caso, lograr un efecto de

tanto, la relación de congruencia y adecuación entre el bien destinado y el interés perseguido, sino también comparar el interés del beneficiario y el interés de los acreedores, teniendo en cuenta que este balanceo debe tener en cuenta la jerarquía de intereses y valores fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la vinculación de un bien desproporcionado o incongruente con respecto al propósito, o una vinculación de bienes capaz de vaciar, sustancialmente, el patrimonio del disponente no puede ser aprobada. Esta evaluación no se limita solo a la fase genética de la relación jurídica, sino que también se extiende a la fase dinámica, de modo que la congruencia entre el viene afectado y el interés protegido se espera que se verifique también durante el curso de la relación, porque no se puede excluir que una relación originalmente congruente y proporcionales se convierten, con el tiempo, en desproporcionadas e incongruentes. En este sentido, es un control dinámico, ya que espera ser verificado a lo largo del tiempo, legitimando, en la hipótesis del desequilibrio subsiguiente, una acción dirigida a hacer que la afección sea declarada ineficaz en todo o en parte.

- 31 Afirma, eficazmente, LENZI, R.: "Atto di destinazione", en *Enciclopedia del diritto*, *Annali V*, 2012, p. 71, que la ley no permite vincular para proteger, sino proteger para vincular.
- 32 Sobre el tema las observaciones de GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva", cit., p. 155 ss., que señala que "se ci si attiene a questa conclusione ne deriva che la titolarità del diritto di proprietà su una *universitas* comporta il permanere della stessa identica titolarità anche se muta la composizione dell'insieme, dando quindi luogo ad un fenomeno di surrogazione reale".

segregación, similar al previsto para los bienes inmuebles y muebles registrados por el art. 2645-ter CC it., o si esta posibilidad debe considerarse excluida debido a la imposibilidad de inscribir el acto. Si razonamos en términos exclusivamente formalistas, la solución tendría que ser negativa, con la consecuencia de que el patrimonio confiado podría incluir solo y exclusivamente bienes muebles registrados y bienes inmuebles.

Sin embargo, creo que una solución de signo opuesto puede ser propuesta y que ni siquiera puede considerarse *a priori* como asistemática si solo se considera que la hipótesis está expresamente prevista en el art. 2645-ter³³ CC it., según el cual la afectación tiene que referirse no solo a los bienes inmuebles, sino también a sus frutos (aunque por estos bienes no sería posible una inscripción en el registro civil). Después de todo, de no ser así, los frutos podrían ser atacados por un acreedor personal del fiduciario, o podrían considerarse como parte de su comunión ganancial, o, lo que es peor, podrían considerarse *relictum* de su herencia. Esta simple observación, cuya importancia tiene una relevancia que va más allá del problema del negocio de confianza fiduciaria, y afecta, más generalmente, cualquier hipótesis de destinación y segregación patrimonial, creo que establece claramente los términos del problema y justifica la oportunidad de experimentar una solución capaz de garantizar que la segregación pueda referirse aun a los bienes muebles.

Una solución a este problema solo puede partir de la disciplina mencionada en los arts. 2914, n. 4 y 2915 CC it., en la parte en la que afirman que los actos que importan una restricción de la disponibilidad del bien pueden ser opuestos a los acreedores solo cuando tienen una fecha cierta³⁴.

Basado en estas reglas y partiendo del supuesto de que la regla del art. 2645-ter CC it. es una expresión de un principio más general, que permite la articulación del patrimonio de una persona, debería ser posible afirmar que un acto que importa una vinculación si e cuando tiene una fecha cierta no solo es oponible a los terceros, sino que implica, también una segregación del bien³⁵ (de modo que constituye garantía

33 De hecho, la regla en cuestión (establecida en el art. 2645-ter CC it. v. nota n. 5) establece que la segregación se refiere no solo a los bienes conferidos, sino también a sus frutos. Por lo tanto, no se puede dudar de que, en el caso de que se establezca una vinculación sobre una finca, todos los frutos producidos, es decir, las rentas recibidas gradualmente, no puede ser atacada por acreedores personales del fiduciario.

34 En este sentido, TATARANO, M.: "La c.d. legge *dopo di noi*", cit., p. 1477. Ver para un análisis detallado sobre el tema, las obras de CEOLIN, M.: "Destinazioni e vincoli", cit., p. 197; MEZZANOTTE, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli 2015, p. 96 ss.

35 En este sentido, también LUPOLI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 369 s. El A., confirmando la reconstrucción, cita este ejemplo, entre otros. Imaginamos que dos personas entre las cuales hay una disputa sobre la propiedad de un bien, entreguen la cosa a un tercero, para que la mantenga hasta el final de la disputa. El A. dice que en este caso un acreedor de la persona a quien se entrega la cosa no podría secuestrarla o, más precisamente, el secuestro no sería eficaz si prueba la custodia. Sin embargo, es cierto que en este caso la persona a la que se entrega la cosa no tiene la propiedad del bien, por lo que es fácil para el verdadero propietario oponerse. El caso de custodia fiduciaria sería diferente, ya que el fiduciario no sería un simple custodio, sino el propietario, incluso si el bien está destinado a la realización del programa.

solo por los acreedores del vínculo y no por todos los acreedores personales de la persona propietaria del bien vinculado). Si se excluye esta posibilidad, se llegará al resultado paradójico de que una segregación de un bien mueble no sería posible, de acuerdo con las normas de la ley italiana, mientras que sería posible a través de la aplicación de la ley extranjera (por ejemplo, la ley de San Marino). Si se establece un trust, declarando que la disciplina aplicable es la de Jersey, no habría duda de que la segregación de los bienes muebles podría ocurrir, ya que está específicamente prevista por esa ley.

Para evitar tal contradicción y en el supuesto de que sería apropiado introducir una nueva regla que admita una vinculación general también para los bienes muebles, como lo ha hecho el art. 2645-ter CC it., para los bienes inmuebles, no creo que deba excluirse esta solución interpretativa. Más cuando consideramos que el art. 2645-ter CC it. es importante no solo por su disciplina específica, sino también por haber aclarado, como se anticipó, que en el ordenamiento jurídico italiano existe, ahora, un principio general que permite la articulación del patrimonio de la persona, cuando esta responde a intereses dignos de protección³⁶. Se debe admitir, por lo tanto, que se puede lograr un fenómeno de segregación del bien mueble y que esta segregación depende de la sola existencia de un acto de vinculación que tenga fecha

36 Vale la pena precisar que la expresión “intereses dignos de protección” puede entenderse en la ley italiana con distintos significados, de modo que, en ausencia de una aclaración precisa, es posible dar lugar a malentendidos, que tienen un sabor más nominalista que sustancial. En primer lugar, sirve para indicar la verificación de conformidad con el orden público constitucional. Se trata del significado más importante. Es una verificación de mérito, que se basa, no solo y no solo en la regla establecida en el art. 1322, párrafo 2, CC it., sino en el sistema en general (o sea a los principios y valores normativos) y, en particular, en los arts. 2, 3, 41, 118, Cost. it.; con el entendimiento de que este control concierne a la función concreta del acto. Este juicio, que debe expresarse a la luz de los principios fundamentales del sistema, permite verificar que el ejercicio de la autonomía privada cumple con las reglas de nuestro sistema, garantizando que el acto de autonomía privada responda a una función legal y socialmente útil, y sea adecuado para la implementación y el cumplimiento de los valores y principios normativos fundamentales. Se refiere, entonces, a cualquier acto de autonomía privada, independientemente de que sea reducible al contrato típico o atípico, al acto entre vivos o de última voluntad, a un acto jurídico o a un negocio jurídico.

Otro problema diferente es si, más allá del control civil-constitucional, en el que debe invertirse cualquier acto de autonomía privada, el art. 1322, párrafo 2, CC it. no contempla un control preventivo específico, solo para contratos que no tienen una disciplina particular. Creo que se puede dar una contestación afirmativa. El ordenamiento jurídico italiano subordina la admisibilidad de contratos atípicos (o sea, que no tienen una disciplina particular) a un juicio de mérito, que debe entenderse, en este sentido específico y limitado, como un control de la idoneidad del modelo para componer, de manera abstracta, intereses dignos de protección. Aunque este control tiene una relevancia limitada, no creo que sea inútil. En este sentido, de la misma manera que esta evaluación, se podría afirmar que un contrato de maternidad subrogada oneroso, independientemente de los intereses reales, independientemente de las partes que lo hayan celebrado, independientemente de sus efectos esenciales, constituye una hipótesis en la que el derecho italiano debe rechazar (diferente sería el discurso sobre el contrato de maternidad subrogada gratuito o liberal).

Por último, la expresión “intereses dignos de protección” parece ser aún diferente cuando nos la referimos a la vinculación de bienes. En este sentido, por simplicidad, podemos llamar “interés de afección”. Este control se solicita no para comprobar la validez del acto (este control se hace, de todas formas, pero es el control civil-constitucional), sino solo con el propósito de verificar si existe un válido interés de afección y si la vinculación de bienes sea adecuada y proporcionada con respecto al interés de afección. Un acto de vinculación de bienes que, aunque válido y eficaz, por haber superado el control de validez y el de la legalidad civil-constitucional, no es, por esta razón, también capaz de lograr una separación patrimonial. Para la realización de la que sirve también superar el escrutinio del interés de afección. Este último control, como ha explicado PERLINGIERI, G.: “Il controllo di meritevolezza”, cit., p. 54 ss. es externo y dinámico (v. nota n. 31).

cierta, de modo que sea oponible a todos los acreedores y, más generalmente, a todas las partes interesadas.

IV. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA VERSUS TRUST

Habiendo evaluado la posibilidad de establecer un negocio de confianza fiduciaria, es necesario insistir en su función, también para aclarar su diferencia con respecto al *trust*³⁷ y a la vinculación de bienes³⁸.

La diferencia con respecto a la última me parece fácil de entender, cuando se considera, por un lado, que la vinculación de bienes en la perspectiva de la confianza fiduciaria es solo el instrumento técnico para garantizar la segregación patrimonial del bien o del conjunto de bienes y, por otro lado, que una vinculación de bienes sin una confianza fiduciaria se resuelve en la mera segregación del bien.

Aunque en la perspectiva en que me pongo la regla del art. 2645-ter CC it., lejos de ser una regla especial o, lo que es peor, una regla excepcional, es más bien la expresión de un nuevo principio general del sistema jurídico italiano³⁹, que permite y legitima vincular unos bienes por unos intereses o propósitos, es decir, la articulación del patrimonio de la persona, incluyendo también los bienes muebles, ciertamente no podemos negar que la restricción del destino es, por su naturaleza, de tipo estático.

El valor agregado del contrato de confianza fiduciaria es ofertado no solo por el dinamismo de la administración, sino también por el programa y por el conjunto de reglas negociales, que constituyen la esencia del mismo negocio de confianza fiduciaria, y que, no solo fijan el propósito y función de la vinculación, sino también las reglas de administración, previendo los límites y los poderes del afidatario, las hipótesis de su sustitución, la identificación del beneficiario, los sistemas de control y la cláusula de único remedio⁴⁰.

37 Sobre el tema, v. LUPOI, M.: "Le ragioni della proposta dottrinale", cit., p. 128 ss.

38 V. GENTILI, A.: "Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario", en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., p. 134.

39 Sobre el potencial del testamento como fuente de una vinculación de bienes, por todos, CARRABBA, A. A.: "Testamento e destinazione patrimoniale", cit., p. 177 ss.; MOSCATI, E.: "Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione", *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 253-274; BARBA, V.: "Disposizione testamentaria di destinazione", cit., p. 325 ss.

40 Muy claramente, ALCARO, F.: "Il programma contrattuale", cit., p. 162, el cual escribe: "tradotto in clausole e previsioni giuridicamente rilevanti ed efficienti, il programma contiene perciò, nella sua intrinseca carica normativa, la rappresentazione dei comportamenti futuri e degli itinerari operativi, da perseguire, con modalità peculiari e non identificantesi nella tipologia e logica proprie della pura attività gestoria: l'affidatario non è - come si vedrà - un semplice mandatario-gestore, ma diretto interprete ed attuatore delle finalità, oggetto dell'affidamento". LUPOI, M.: "Le ragioni della proposta dottrinale", cit., p. 738, escribe: "Il programma stabilisce quali siano gli interessi preminenti e se necessario li *gradua*, così apprestando il metro di giudizio di qualsiasi comportamento che potranno tenere le parti del rapporto".

La circunstancia de que la vinculación de bienes para intereses dignos de protección puede ser también dinámica no permite superponer las dos instituciones, ya que el solo dinamismo de la administración constituye un *minus* con respecto al programa. A todo esto, debemos agregar que en un ordenamiento jurídico en el que la confianza fiduciaria no es una figura positiva, es muy difícil afirmar o decir en qué se diferencia de otras instituciones expresamente reguladas. Esta diferenciación presupondría, de hecho, una tipificación legal del negocio de confianza fiduciaria, que en el sistema jurídico italiano carece, haciendo un discurso para las similitudes y diferencias de utilidad limitada.

Lo que realmente importa no es la tipificación ni la calificación, sino la identificación de la disciplina aplicable al caso específico. El problema del jurista no es tanto clasificar y calificar, sino identificar la disciplina que se aplicará al caso concreto, teniendo en cuenta los intereses en juego y considerando los principios en concurso. En un ordenamiento constitucional contemporáneo, la calificación no puede ni debe transformarse en una prisión de disciplina, ni debe obligar al intérprete a hacer la aplicación necesaria de todas las normas dictadas para ese tipo y la exclusión de todas las demás normas dictadas por tipos o figuras diferentes. Al contrario, el jurista siempre debe sopesar los intereses subyacentes en el caso concreto individual, exaltando cada perfil del hecho, balanceando los principios en concurso e identificando una disciplina que sea razonable y proporcional⁴¹.

No hay diferencias menores entre la confianza fiduciaria y el trust. Una vez más, el papel del programa, que constituye la esencia de la confianza fiduciaria, vuelve con un carácter decisivo, mientras que asume una relevancia muy menor en el trust, en el que lo relevante es la segregación patrimonial del bien para la realización del propósito o para la realización de los intereses del beneficiario.

Ciertamente, no se puede afirmar que trust y confianza fiduciaria constituyan universos distintos entre ellos, ya que son instituciones cuyo efecto es, entre otras cosas, realizar una segregación patrimonial de un bien o de un conjunto de bienes. Sin embargo, no puede descuidarse cuánto es diferente una segregación que tiene su punto de relevancia en la mera realización del propósito o en la mera realización de los intereses del beneficiario, respecto a una segregación en la que el programa media este resultado⁴².

41 V., por todos, PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 3 ss.

42 Escribe, al final de su artículo, GENTILI, A.: "Atti di destinazione e negozio fiduciario", cit., p. 144, "un vincolo forte del ruolo o ufficio, sostenuto da pieni poteri sui beni, a prescindere dalla persona o dal bene è - se intendo bene - proprio il *novum* cui tende il modello dell'affidamento fiduciario. Possiamo e dobbiamo verificare se esso soddisfi tutte le condizioni. Ma - mi pare - orientati finché possibile a favorirne il successo. Sarebbe un modo di colmare una lacuna del nostro ordinamento rispetto agli altri dell'area occidentale. E sarebbe la logica conclusione di un percorso storico. Un percorso iniziato quando la fiducia ha tentato di forgiare lo strumento per lo scopo che fosse buono per il diritto, e che si concluderà quando il diritto forgerà lo strumento per lo scopo che sia buono per la fiducia".

Podría decirse, tomando prestadas las palabras del Convenio de La Haya sobre el trust y las de la ley de San Marino sobre el contrato de confianza fiduciaria, que en el trust el elemento característico es la mera sujeción del bien o del complejo de bienes bajo el control de otra persona en interés de un beneficiario o por un propósito específico⁴³, mientras que en la confianza fiduciaria el elemento característico es el programa, que asigna ciertos bienes y sus frutos en favor de uno o más beneficiarios⁴⁴.

En este sentido, me parece muy diferente la posición legal del *trustee* con respecto a la del fiduciario. En el primer caso, la relación de confianza, en el sentido más tradicional del término, ciertamente tiene un carácter más marcado, ya que el *trustee* es la persona que el disponente elige para que el bien o el conjunto de bienes se coloquen bajo su control, de ahí el *trustee* asume una posición de importancia significativa. Por el contrario, en la confianza fiduciaria, lo que es de importancia decisiva es el programa, de modo que la relación de confianza, en el sentido más tradicional del término, toma un carácter, si no secundario, al menos accesorio o subsidiario al programa.

Mientras que el reemplazo del *trustee* es un evento particularmente significativo en la economía general del fenómeno, porque es un negocio en el que detectan, sin menos, sus cualidades personales, su relación personal con el disponente, el reemplazo del fiduciario (en el contrato de confianza fiduciaria) no es un evento de extraordinaria importancia, precisamente porque su actividad siempre está mediada por el programa. Desde este punto de vista, amén de un nivel estructural, podría explicarse por qué no es fácil la modificación (a través de cesión del contrato) del *trustee*, mientras que parece plausible en el contrato de confianza fiduciario. Podría decirse que, si bien la figura del *trustee* es básicamente inalcanzable, aparte de los mecanismos de individuación establecidos en el trust, precisamente por la relación de confianza con el disponente que lo colocó en ese papel, la figura del fiduciario disfruta de mayor fungibilidad, ya que su actividad sigue siendo limitada y mediada por el programa. En resumen, mientras que en el trust el elemento caracterizado es la sujeción de un patrimonio bajo el control del *trustee* (que goza de la máxima confianza por parte del disponente), en la confianza fiduciaria el elemento característico es el programa para la realización del cual un patrimonio está afectado. Esto no tiene un valor puramente descriptivo, sino un alivio significativo en términos de disciplina. Si es cierto, de hecho, que la disciplina depende de la función,

43 El art. 1, párrafo 1, del Convenio I de julio 1985, ratificado en Italia por la Ley 16 de octubre 1989, n. 354, establece: "Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

44 El art. 1, párrafo 1, de la Ley San Marino I de marzo 2010, n. 43 establece: "L'affidamento fiduciario è il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni".

entonces no se puede negar que se refleja de manera importante precisamente en la disciplina aplicable al caso concreto.

V. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

La interrelación del negocio de confianza fiduciaria con el derecho de sucesiones por causa de muerte tiene lugar en dos niveles distintos, que describen diferentes órdenes de problemas. Considerando, de hecho, que el derecho de sucesiones no puede considerarse un mero sector o área de derecho civil, sino que, más bien, un horizonte a través del cual los intereses, patrimoniales y no, de la persona y los problemas de circulación legal pueden y deben analizarse, es necesario distinguir el caso en que el negocio de confianza fiduciaria afecta la regulación de la sucesión, del caso en que la relación de confianza fiduciaria encuentra su génesis en el fenómeno de la sucesión. En otras palabras, es necesario distinguir el caso en el que el negocio de confianza fiduciaria ya existe cuando se abre una sucesión, del caso en que el negocio de confianza fiduciaria está constituido por el acto de la última voluntad, es decir, por un acto capaz de regular la sucesión de la persona.

En el primer caso, el horizonte de los problemas que pueden plantearse gira en torno a la estabilidad del negocio de confianza fiduciaria. Cabe investigar la naturaleza de este acto y, en particular, su posible calificación en términos de un acto liberal, verificar si y en qué medida es capaz de resistir la agresión de cualquier legítimo y de la agresión de cualquier acreedor del causante o de los herederos y, finalmente, en qué medida permanece insensible a los eventos relacionados con la partición hereditaria y la posible colación. Así, en primer lugar, surge una pregunta sobre su naturaleza jurídica y, posteriormente, en el supuesto de que este acto puede considerarse reducible dentro de las liberalidades, todos los problemas habituales relacionados con la regulación de una sucesión.

En el segundo caso, el horizonte de las preguntas más relevantes se relaciona con el contenido del acto de última voluntad, es decir, la identificación de los elementos mínimos necesarios para que un negocio de confianza fiduciaria pueda establecerse con un acto de última voluntad. Este tipo de problema se divide en una pluralidad de sub-temas, ya que es necesario verificar cuál es la estructura del acto, cuál debería ser su contenido esencial y cuál es su estabilidad.

En la perspectiva, que sigo proponiendo hace mucho tiempo, que considera que el testamento no es el único acto de última voluntad de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵, es necesario verificar si el negocio de confianza fiduciaria debe hacerse

45 Para el desarrollo de esta idea, v. BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018, p. 141 ss., según el cual el testamento es el acto de última voluntad al que el ordenamiento jurídico italiano asigna la función de disponer de la delación (institución de heredero

por una disposición testamentaria o se puede hacerse, también, con un acto de última voluntad distinto del testamento. Una vez que se ha establecido si el negocio de confianza fiduciaria reclama una disposición testamentaria o un mero acto de última voluntad que no sea testamento, es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales mínimos, es decir, cuál debe ser el contenido esencial mínimo, en ausencia de los cuales el negocio de confianza fiduciaria no es válido. Finalmente, es necesario verificar cuál es la estabilidad de la disposición testamentaria, es decir, si el acto regulador de la sucesión con el que nace una confianza fiduciaria pueda ser atacado por un legitimario.

VI. NATURALEZA LIBERAL DEL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA.

La primera pregunta sobre la cual se necesita una reflexión, asumiendo un carácter absorbente y preliminar con respecto a todas las demás, se relaciona con la naturaleza del negocio de confianza fiduciaria, teniendo que verificar si se trata de una liberalidad o no. En la hipótesis en la que se niega su cualificación dentro del área de la liberalidad, la mayoría de los problemas que giran en torno al derecho de sucesión se deben considerar definitivamente superados. De hecho, se sabe que las cuestiones relativas a la imputación a la cuota hereditaria, a la acción de reducción y restitución por parte de los legitimarios⁴⁶, a la partición y a la colación se plantean únicamente con respecto a las liberalidades, mientras que son extrañas con respecto a los actos no liberales. Esto significa que se niega en la raíz que el negocio de confianza fiduciario es un acto de liberalidad, todos esos problemas deben considerarse superados, con el obvio corolario de que la constitución de un negocio de confianza fiduciaria por acto entre vivos sería completamente irrelevante con respecto a la sucesión de la persona.

Aunque es innegable que esta perspectiva es muy atractiva y aunque el art 3, párrafo I de la ley de San Marino 43/2010 establece que ni el traspaso del derecho ni el vínculo requieren la forma y las formalidades establecidas por los artos gratuitos, estoy convencido de que no se puede negar que la confianza fiduciaria constituye un acto de liberalidad.

Creo que es posible excluir, sin duda, que el negocio de confianza fiduciaria sea una donación, ya que, en nuestro sistema jurídico, para que un contrato sea

de legado), con el obvio corolario de que todos los demás intereses *post mortem* que no afecten de forma inmediata y directa a la delación hereditaria pueden ser regulados por actos de última voluntad, diferentes del testamento.

46 Cabe considerar que, en el derecho italiano, los legitimarios gozan de una protección muy fuerte, ya que, pueden, si reciben bienes por un valor inferior a su cuota legítima, obtener los bienes hereditarios y, también, si el valor de los últimos no fuera suficiente, los bienes que el causante había donado durante su vida. Se dice que gozan de una protección de naturaleza real, dado que pueden conseguir, inmediata y directamente los bienes hereditarios y, también los bienes que fueron objeto de donación. No gozan, por lo tanto, de una protección de naturaleza obligatoria, por la cual tendrían solo derecho a un valor, sino de una protección de naturaleza real.

calificado como una donación, no es suficiente que una parte enriquezca a la otra con espíritu de liberalidad, siendo, en cambio, necesario que el enriquecimiento tenga lugar ya sea por la disposición de una cosa de uno en favor de otro (donación real), o por la asunción de una obligación (donación obligatoria)⁴⁷.

En el caso de un negocio de confianza fiduciaria, incluso si es posible suponer que el disponente pretende enriquecer al beneficiario o a los beneficiarios, debe excluirse que este enriquecimiento tenga lugar en una de esas dos formas. Por el contrario, el enriquecimiento se lleva a cabo precisamente a través del cumplimiento del programa y mediante la actividad jurídica del fiduciario, que además de administrar el bien o el complejo de bienes afectados, conforme al programa, está obligado (cuando termine el contrato, el programa se realice completamente o se haya vuelto imposible de cumplir), a disponer de ese patrimonio confiado en favor de los beneficiarios cuando o.

Incluso si el disponente hubiera previsto que el fiduciario podría o debería proporcionar a los beneficiarios, durante la implementación del programa, algunas sumas o los ingresos de algunos bienes, no se duda que el enriquecimiento de los beneficiarios siempre se realizaría a través de la mediación de la actividad jurídica del fiduciario.

Esto permite excluir, con razonable certeza, que el negocio de confianza fiduciaria puede considerarse un contrato de donación: el disponente enriquece a los beneficiarios no mediante la disposición de su derecho en favor de estos, ni mediante la asunción de una obligación hacia ellos.

Excluyendo que el negocio de confianza fiduciaria puede considerarse una donación, solo permite excluir que por su validez es necesario respetar las formas y formalidades específicamente establecidas para la donación, pero no puede superar definitivamente los problemas, ya que es necesario acertar si se trata de un acto liberal⁴⁸. Esta calificación, aunque sería irrelevante para los propósitos de respetar las formas y formalidades requeridas para la donación, tiene, de hecho, una importancia decisiva en asuntos de derecho de sucesiones, ya que, también de conformidad con el art. 809 CC it., los actos liberales son relevantes a los efectos de determinar: el caudal hereditario (art. 556 CC it.) y, por lo tanto, la cuota concretamente reservada para los legitimarios (art. 536 CC it.); la imputación a su cuota (art. 564 , párrafo 2,

47 V., también para mayores referencias de doctrina y jurisprudencia, BARBA, V.: "Art. 769 – Definizione", en BONILINI, G.: *Delle donazioni*, Utet, Torino, 2014, p. 3 ss.

48 Sobre la relevancia del interés a donar, por todos, CHECCHINI, A.: "L'interesse a donare", *Rivista di diritto civile*, 1976, I, p. 234 ss. En la p. 299 s., escribe: "lo spirito di liberalità è quindi, sostanzialmente, un intento obiettivato nella dichiarazione negoziale, o comunque socialmente percepibile, interpretando il comportamento del soggetto in relazione alle circostanze, di soddisfare direttamente -attraverso lo spostamento patrimoniale anzidetto- un proprio interesse di natura non patrimoniale".

CC it.); la colación (art. 737 CC it.); la acción de reducción (artt. 554 y 555 CC it.)⁴⁹; la acción de restitución (art. 561 ss. CC it.)⁵⁰; la partición hereditaria (artt. 724, 725 ss. CC it.).

Partiendo de la premisa de que la onerosidad y la gratuidad se refieren al título y, en particular, a la identificación del sujeto que soporta los sacrificios económicos, de manera tal que el acto en el que una parte no soporta ningún sacrificio económico⁵¹ o soporta sacrificios económicos de poca importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra parte⁵², debe considerarse gratuito, está claro que el concepto de liberalidad, que no puede ser una mera réplica de esto, no puede vincularse a una mera evaluación económica del título. La liberalidad se relaciona con el efecto económico que deriva, directa o indirectamente, del acto, o más bien con la atribución jurídica espontánea y desinteresada que alguien lleva a cabo en beneficio de otros. Se puede decir que el concepto de liberalidad describe no solo la ausencia de cualquier restricción que conduzca al cumplimiento del acto, sino también la generosidad y la munificencia, con la consecuencia de que una liberalidad presupone una atribución jurídica desinteresada, que determina un enriquecimiento en favor de la otra parte del acto o de la relación jurídica.

Al razonar en estos términos, no creo que sea posible dudar de que el negocio de confianza fiduciaria deba considerarse un acto liberal. De hecho, si nos movemos del supuesto de que la confianza fiduciaria es el negocio con el que el disponente establece el programa que vincula ciertos bienes y sus frutos en favor de uno o más beneficiarios, se deduce que la operación económica tiene como objetivo beneficiar a los beneficiarios, aunque sea a través de la mediación y a través de la implementación del programa.

Debe decirse, queriendo estar en las categorías tradicionales y clásicas, que el negocio de confianza fiduciaria constituye una verdadera donación indirecta, ya que el disponente enriquece a los beneficiarios a través de un acto distinto a la donación y para la mediación jurídica de un tercero, a quien la tarea es asignada.

Decir que el negocio de confianza fiduciaria es un acto de liberalidad en favor de los beneficiarios, es decir, que el fiduciario no debe ni puede ser considerado un beneficiario. Incluso si él es el titular del patrimonio confiado y, por lo tanto, el que tiene la propiedad formal de estos bienes, debe excluir, categóricamente, que sea un beneficiario. Para ser riguroso, el fiduciario no solo no es un beneficiario, sino que es, incluso, una parte gravada por el contrato, ya que, para él, excepto en el caso de

49 V. nota n. 47.

50 V. nota n. 47.

51 V. TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuità", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, p. 63.

52 Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1984, p. 3 ss.

que se prevea una compensación por su cargo⁵³, la actividad del fiduciario constituye un compromiso. Incluso si el fiduciario tuviera el derecho de compensación, no sería un enriquecimiento en absoluto, ya que sería un mero beneficio económico para la administración del patrimonio confiado.

Una vez comprobado que es un acto de liberalidad, es necesario establecer cuál es su valor exacto, ya que este dato es extraordinariamente significativo para los asuntos que plantea el derecho de sucesiones.

Aunque inmediatamente se puede hacer pensar que el valor de la liberalidad es exactamente el mismo que el enriquecimiento que reciben los beneficiarios, creo que esta hipótesis debe estar sujeta a críticas.

El negocio de confianza fiduciaria supone que el patrimonio confiado es adquirido por el fiduciario que tiene que administrarlo y implementarlo, de acuerdo con el programa, en los intereses de los beneficiarios. Teniendo en cuenta la duración del negocio de confianza fiduciaria es bien posible que el valor del patrimonio confiado cambie con el tiempo también debido a la administración del fiduciario.

Si partimos de la suposición, aparentemente obvia, de que el valor de las liberalidades debe considerarse igual a lo que los beneficiarios reciben o recibirán como resultado de la actividad del fiduciario, corremos el riesgo de considerar un valor que no solo sea muy diferente del valor del patrimonio que el disponente había vinculado en el momento de conclusión del contrato de confianza fiduciaria, sino, también, que eso podría ser muy difícil de estimar, especialmente si entre la muerte del disponente y el tiempo de finalización del negocio de confianza fiduciaria llevaría mucho tiempo. A esto se debe agregar que la mayor parte de los problemas podrían aumentar considerablemente si durante el tiempo de la administración del fiduciario, cumpliendo el programa, decide vender uno o más bienes del complejo y comprar nuevos, de la manera que la composición misma del patrimonio confiado es radicalmente diferente de la original⁵⁴.

A la luz de todas estas consideraciones, creo que el valor de la liberalidad debe estimarse en el momento en el que se concluye el contrato de confianza fiduciaria, teniendo en cuenta, exclusivamente, el valor de los bienes que el disponente vincula originariamente, independientemente, por lo tanto, de cuál será la consistencia del patrimonio confiado al tiempo de apertura de la sucesión del disponente y, más

53 Cabe considerar que la Ley San Marino, 1 de marzo 2010, n. 43, art. 1, párrafo 3 establece que el contrato de confianza fiduciario se presume gratuito.

54 *Mutatis mutandis* y con alguna diferenciación obvia y clara, me parece que surgen problemas que no son muy diferentes de los que surgen en el caso de la donación de participaciones sociales que deben evaluarse en el momento de la apertura de la sucesión. Sobre el tema, recientemente, ver BARBA, V.: "Collazione di partecipazioni sociali e criteri di determinazione del loro valore", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, p. 723.

aún, de cuál será la consistencia del patrimonio confiado al momento en el que el fiduciario dispone de los bienes en favor de los beneficiarios. Para estimar la liberalidad, hay que considerar el valor de los bienes que el disponente vincula al programa, descontando, obviamente, ese valor al momento de la apertura de la sucesión y excluyendo el valor de los frutos producidos (arg. ex art. 745 CC it) y excluyendo los bienes que hayan perecido por razones no atribuibles al fiduciario (arg. de conformidad con el artículo 744 CC it.).

Si se debe considerar que la liberalidad del disponente en favor de los beneficiarios tiene este valor, no debe descuidar que los beneficiarios, quienes ciertamente son titulares de un derecho, recibirán estos activos solo en el plazo establecido convencionalmente, o cuando el programa se vuelva imposible.

El derecho de los beneficiarios, lejos de ser un derecho real sobre los bienes, es más bien un derecho de crédito, o sea el derecho a reclamar por el fiduciario, de acuerdo con lo previsto en el programa, los bienes o una cierta cuota de ellos. El beneficiario no tiene ningún derecho real sobre el patrimonio confiado, sino solo un mero derecho de crédito, es decir, el derecho a exigir que el fiduciario preste el servicio en su beneficio. Pero hay aún más, porque el derecho del beneficiario no solo es un derecho de crédito, sino que también un derecho a plazo, ya que puede pretender la entrega del vieno o de los bienes solo cuando se concluye la relación jurídica. Aún más, el derecho de crédito del beneficiario podría ser, incluso un derecho condicional, ya que el disponente puede haber identificado ciertas circunstancias en las cuales el beneficiario podría perder sus derechos. La circunstancia de que el beneficiario es el titular de un mero derecho de crédito o incluso una mera expectativa explica y justifica por qué no es esencial que el beneficiario sea identificado inmediatamente por el disponente y que este último también pueda limitarse a indicar los criterios para su identificación.

Por lo tanto, se deduce que el negocio de confianza fiduciaria es un acto de liberalidad, cuyo valor para cada asunto de derecho de sucesiones es igual al valor de los bienes que el disponente vincula para el cumplimiento del programa, actualizado en el momento de la apertura de la sucesión. Que el destinatario de la liberalidad goza de un mero derecho de crédito a plazo, a veces sujeto a condiciones. Que el fiduciario, incluso si es el propietario del patrimonio confiado, no puede estar expuesto a la acción de reducción.

VII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y ACCIÓN DE REDUCCIÓN

Habiendo afirmado que la confianza fiduciaria es un negocio liberal con el cual el disponente enriquece a los beneficiarios, que el valor de la liberalidad es igual al valor de los bienes conferidos por el disponente al momento de la apertura de la sucesión y que los beneficiarios son titulares de un mero derecho a crédito a

plazo y, a veces incluso sujeto a condiciones, permite establecer y resolver algunos problemas que surgen en derecho de sucesiones.

En primer lugar, cabe señalar que el al ser calificado como un acto liberal, se vuelve relevante para determinar el caudal hereditario (art. 556 CC it.) y, por lo tanto, para determinar la cuota de reserva de los legitimarios (art. 536 CC it.). En el momento de la determinación del caudal hereditario, será necesario agregar el valor de los bienes que el causante haya destinado para el cumplimiento del programa, en el entendimiento de que el valor que esos bienes tenían en aquel momento, debe ser actualizándolo al momento de la apertura de la sucesión.

No creo que sea posible dudar de que los beneficiarios, si son legitimarios, deben imputar lo que han recibido como liberalidad a su cuota (art. 564, párrafo 2, CC it.). Sin embargo, el problema de la imputación depende del hecho de que los beneficiarios no son titulares de un derecho real, sino de un crédito a plazo. Esto significa que deben proceder con una imputación solo cuando el plazo llegue a su fin y que solo en ese momento será posible proceder con una posible remodelación de las cuotas. No es diferente de lo que sucede, al revés, en el caso de que el legitimario reciba *mortis causa* un derecho a plazo o esté sujeto a una condición suspensiva.

Habiendo dicho que la confianza fiduciaria determina una liberalidad en favor del beneficiario, requiere que este último, si se cumplen las condiciones, debe colacionar lo que recibe. Obviamente, la colación se refiere al derecho al crédito, por lo tanto, es una colación que debe hacerse por imputación, en el entendimiento de que la colación debe hacerse solo cuando el beneficiario consigue el bien o los bienes.

Finalmente, haber dicho que el negocio de confianza fiduciaria es una donación indirecta, que beneficia al beneficiario a través de la mediación de la actividad jurídica del fiduciario, también tiene importantes consecuencias en términos de acción de reducción y restitución (si el negocio es inoficioso).

Si partimos de la suposición de que el título bajo el cual el legitimario adquiere el bien hereditario no es la sentencia de reducción, sino su condición de heredero, ya que la sentencia tiene el único efecto de acertar la lesión (o sea que el testador haya perjudicado su legítima) y hacer que el acto de disposición (inoficioso) sea ineficaz, con la consecuencia de que el bien, que fue objeto de la liberalidad, se considere nunca escapado del patrimonio hereditario y, entonces, libremente adquirible por parte del legitimario en virtud de su cualidad de heredero establecida con la sentencia de reducción, se deduce que este mecanismo no puede funcionar cuando el objeto de la acción de reducción es una liberalidad indirecta, es decir, una liberalidad en la que el beneficiario no recibe una ventaja inmediata del causante, sino a través de la mediación de la actividad jurídica de otro y otro sujeto diferente. La protección del legitimario contra una donación indirecta (contrario a lo que

normalmente pasa) puede realizarse siempre por un equivalente⁵⁵, incluso fuera del caso indicado en el segundo párrafo del art. 560 CC it.

Lo que impide la protección real de los legitimarios, no es, como, a menudo, se ha afirmado, la diferencia entre lo de que se empobrece el disponente y lo de que se enriquece el beneficiario⁵⁶, sino la ausencia de un acto entre el disponente y el beneficiario. La no coincidencia entre el empobrecimiento (el bien del que dispone el causante) y el enriquecimiento (el bien entregado al beneficiario) es un tema que se refiere, principalmente, a la identificación del objeto de liberalidad indirecta. Sin embargo, este tema tiene, en mi opinión, poca, o incluso ninguna relevancia con respecto al problema de la acción de reducción, en relación con la cual debe plantearse un mero problema de valores. La acción de reducción sirve para determinar la lesión del legitimario y hacer ineficaz el acto realizado por el causante, que viola el derecho del legitimario. Se ha aclarado, de hecho, que el legitimario adquiere el bien objeto de la disposición testamentaria o de la donación (directa o indirecta), en virtud de su propia vocación hereditaria y no por efecto de la sentencia.

A la luz de estas consideraciones, no creo que se pueda dudar de que, en el caso de un negocio de confianza fiduciaria, el legitimario, que haya conseguido menos de la legítima (de ahora en adelante: legitimarios mermado), debe ejercitar acción contra el beneficiario del acto inoficioso. Este beneficiario no es ni puede ser el fiduciario, que no obtiene ninguna ventaja de la asignación, lo que, por el contrario, constituye una carga para él, ya que debe administrar los bienes y cumplir el programa, sin obtener una ventaja personal. El beneficiario real solo puede ser el

55 Así, Cass., 12 de mayo 2010, n. 11496, en *Notariato*, 2010, p. 508, con nota de IACCARINO, G.: "Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni sono sicuri", *Nuova Giur. Civ.*, 2010, p. 1238, con nota de TODESCHINI PREMUDA, A.: "Liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito", *Fam. e dir.*, 2011, p. 348, con nota de MARI, A. y RIDELLA, G.: "Gli effetti dell'azione di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative, secondo la Corte di Cassazione", en *Trust*, 2011, p. 128, con nota de DI PAOLO, M.: "La riduzione delle liberalità indirette", en *Imm. e prop.*, 2012, p. 105, con nota de SCUCCIMARRA, R.: "L'azione di riduzione nelle donazioni indirette", según la cual "alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 Cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 Cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano della circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legitimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito".

56 Así, CARNEVALI, U.: "Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima", en AA.VV.: *Scritti in onore di Luigi Mengoni, I*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 133 ss. espec. p. 136, "poiché tale coincidenza non si verifica nella riduzione delle donazioni indirette—in cui l'oggetto della riduzione è ora il depauperamento del donante, ora l'arricchimento del donatario—, risulta difficile estendere anche alle liberalità indirette l'affermazione che l'azione di riduzione elimina il titolo di acquisto del donatario: titolo di acquisto che nei casi qui esaminati normalmente consiste in un negozio a titolo oneroso stipulato dal gratificato con un terzo (contratto di assicurazione sulla vita a favore altrui, contratto di compravendita e via dicendo), non escludendosi peraltro anche un acquisto a titolo originario (ad es. nel caso di costruzione con materiali propri sul fondo altrui)". DELLE MONACHE, S.: *Successione necessaria e sistema di tutele del legitimario*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 108 s.

beneficiario final, es decir, la persona que, al final del programa, o cuando ya no se puede lograr el programa, adquiere el patrimonio confiados.

La hipótesis de que el legitimario mermado puede o debe ejercitar la acción de reducción contra el fiduciario, solo porque es el propietario del patrimonio confiado, no me convence en absoluto. No solo porque la acción de reducción debe dirigirse contra el beneficiario de la disposición perjudicial, es decir, contra la persona que, directa o indirectamente, recibe o recibió el beneficio del causante, sino también porque en el momento de la apertura de la sucesión, especialmente si ha transcurrido un período de tiempo considerable desde el momento en que se estableció el negocio de confianza, el patrimonio confiado podría ser completamente diferente del original, ya que el cesionario podría haber vendido los bienes originales y comprados, con los ingresos, otros.

Si es cierto que la persona que realmente se beneficia de la confianza fiduciaria es el beneficiario y si es cierto que el cesionario es, más bien, el titular de un verdadero oficio de derecho privado, que tiene que implementar el programa al que están destinados los bienes, hay que deducir que la persona contra la cual es necesario ejercitar la acción es el beneficiario final.

En el momento en que el legitimario actúe en reducción contra el beneficiario, solicitará, dentro de los límites necesarios para la satisfacción de su cuota legítima, la ineficacia total o parcial del acto perjudicial, es decir, del acto que otorga al beneficiario el derecho de crédito. Al final de la acción de reducción, la adquisición del derecho de crédito por parte del beneficiario va a volverse ineficaz, en todo o en parte, y el derecho de crédito que constituía el objeto del acto volvería al patrimonio del causante o, más exactamente, en el caudal hereditario. A partir de ahí, dada la determinación de la calidad del heredero del legitimario mermado, él adquirirá tal derecho.

Por lo tanto, se deduce que el legitimario mermado adquiere, en todo o en parte, el derecho de crédito que correspondía al beneficiario. Sin embargo, este derecho sería un derecho a plazo, ya que asigna el derecho de exigir por parte del fiduciario la entrega del patrimonio, en el momento de la finalización del programa, o en el momento en que el programa no sea viable.

En este punto, no creo, aunque esto no se pueda descartar con certeza, que el legitimario mermado puede pedirle al fiduciario la satisfacción inmediata de su derecho de crédito. Surge un conflicto entre el interés del legitimario, que quiere conseguir pronto la entrega de los bienes por un valor correspondiente al derecho de crédito adquirido como resultado de la oficiosidad del acto, y el interés del causante, que quiere el cumplimiento de su programa. Todo sin dejar de considerar que la entrega inmediata, total o parcial, del patrimonio confiado podría ocasionar

daños, ya que el fiduciario, precisamente en ejecución del programa, podría haber llevado a cabo actos de administración de tal manera que una liquidación previa pudiera ser perjudicial.

Teniendo en cuenta los dos intereses opuestos, no creo que el legitimario mermado, a menos que se encuentre en una situación de necesidad, pueda solicitar la liquidación inmediata de su derecho de crédito y deba obtener la liquidación cuando el programa llegue a su término. Esta solución esencialmente termina conciliando ambos intereses: no afecta el interés del legitimario, quien consigue, desde el principio, el derecho al crédito, incluso si es un derecho a plazo; protege el interés del causante en la realización del programa elaborado con el negocio de confianza fiduciario. No me parece que deba prevalecer el interés del legitimario en una liquidación inmediata del derecho de crédito sobre el interés del causante para cumplir el programa. Lo que el legislador garantiza al legitimario es una cuota abstracta del patrimonio hereditario, que es una protección predominantemente cuantitativa. Este interés debe considerarse satisfecho cuando el legitimario adquiere el derecho de crédito, incluso si este crédito es a plazo y se resuelve en el derecho a reclamar la entrega de una parte del patrimonio confiado solo cuando finaliza el negocio o el programa.

Todo esto, obviamente, no excluye que el fiduciario pueda hacer la liquidación inmediata, especialmente si esta posibilidad está establecida expresamente en el negocio de confianza fiduciaria.

Desde este punto de vista, si queremos suponer una hipótesis de un negocio de confianza fiduciaria, que plantea el menor número posible de problemas, podríamos recomendarle al disponente que inserte una disposición que obligue al fiduciario a pagar la cuota correspondiente al legitimario, previendo, si es necesario, también algunas precauciones para permitir la mejor liquidación posible. Obviamente, debe ser una obligación que nace de la solicitud expresamente formulada por el legitimario, que ha actuado con éxito en la reducción. De hecho, no se puede excluir que el mismo legitimario tenga interés en que el fiduciario complete el programa, especialmente si a partir de la implementación de este programa, el patrimonio confiado puede aumentar significativamente.

Se debe hacer una consideración final con respecto a los sujetos legítimos pasivos a la acción de reducción.

El legitimario mermado debe ejercitar la acción de reducción contra los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria. En la hipótesis en la que los beneficiarios ya están determinados por el causante en el negocio de confianza fiduciaria o, posteriormente, en el testamento, no creo que se pueda dudar del hecho de que ellos serán los legitimados pasivos.

Sin embargo, el problema podría surgir en el caso de que no se identifique a los beneficiarios, o porque el causante haya establecido en el negocio de confianza fiduciaria que los beneficiarios deberán ser identificados por un tercero, o porque, reservando el poder de designarlos por testamento, ha establecido, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 631 CC it., que la designación debe ser hecha por un tercero.

En estas hipótesis es necesario establecer contra quiénes deben ejercitarse la acción de reducción, es decir, quiénes son los legítimos pasivos. Por supuesto, debe ignorar el caso de que la no designación de los beneficiarios, o el aplazamiento de su designación, se haga, únicamente, con el propósito de esquivar una regla imperativa, o con el único propósito de causar un perjuicio a un legitimario. Si se prueba tal evidencia, el acto debe considerarse inválido, porque es abusivo.

Aparte de esta hipótesis y, por lo tanto, en los casos en que el aplazamiento de la designación está respaldado por un interés razonable y justificado del disponente, que merece ser protegido, es obvio que debe identificarse un sujeto legitimado pasivo, para que esta situación no se traduzca en un perjuicio por el legitimario mermado.

El caso, por más extravagante que parezca, exige una solución similar a la que debe proponerse cuando el legitimario tiene que ejercer la acción contra un legado cuyo beneficiario debe ser determinado por un tercero (art. 631 CC it.), o contra una institución de heredero sometida a condición (art. 641 CC it.), o en contra de una disposición a favor de un concebido o, aún mejor, un *concepturus* (643 CC it.). El parecido entre estas hipótesis y la que nos interesa es obvio, ya que en ambas falta un beneficiario, en concreto, porque aún no se ha identificado o porque no existe, o porque es incierto. En estas hipótesis, el legislador, aunque con una variedad de matices, esencialmente establece que la acción de reducción, que sigue siendo una acción dirigida a determinar la inoficiosidad de la disposición testamentaria perjudicial, se dirige, sustancialmente, a la dirección de la persona que administra, en interés del beneficiario, el bien o el conjunto de bienes. Por lo tanto, parece razonable suponer que, en los casos, aunque poco frecuentes, en los que el beneficiario de la disposición perjudicial no esté determinado, cualquier acción de reducción debe ejercerse contra la persona a quien se le confía, por el tiempo intermedio, la administración de los bienes. Además, la elección legislativa es muy razonable, ya que la persona encargada de administrar los bienes es la única que, en ausencia del beneficiario, tiene interés en preservar la misma disposición.

Razonando de esta manera y considerando que las reglas referidas terminan expresando un principio, aunque técnico, de nuestro sistema jurídico, me parece que esta solución debe seguirse en el caso en cuestión.

Esto significa que en ausencia de beneficiarios ya determinados y en espera de su determinación, siempre que este aplazamiento responda a un interés digno del testador; la acción de reducción por parte del legitimario mermado debe ser ejercitada contra el administrador del patrimonio, es decir, contra el fiduciario. No porque sea el beneficiario de la disposición, sino porque es el sujeto que representa a las partes interesadas, contra quienes se puede oponer a una sentencia de reducción.

Esta solución es capaz de conciliar tanto el interés del testador como el del legitimario. Por un lado, satisface el interés del disponente en la que los beneficiarios se identifican posteriormente, por otro lado, satisface el interés del legitimario mermado que está en condiciones de poder ejercer su acción, aunque el beneficiario de la disposición inoficiosa aún no está determinado. El interés del posible beneficiario también encuentra protección, que verá reducido su derecho, en todo o en parte, en función de cuánto sea necesario para restablecer la cuota legítima, sin que la reducción sea un perjuicio para él.

Este razonamiento me parece que permite superar el problema planteado. Si existe un interés digno de protección, que justifica el aplazamiento de la determinación de los beneficiarios en un momento incluso muy posterior al de la apertura de la sucesión, la posición del legitimario mermado no está afectada. El legitimario puede ejercer la acción de reducción para determinar su lesión y solicitar la reducción de las disposiciones inoficiosas. En el caso de que los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria aún no estén determinados, la acción se puede ejercer contra el fiduciario. Todo, en el entendido de que: el fiduciario no es el beneficiario del negocio; la acción de reducción no afecta la asignación del bien o el complejo de bienes al fiduciario, sino solo el derecho de crédito a favor de los beneficiarios; el derecho crédito que se ha vuelto, en todo o en parte inoficioso regresa a la masa hereditaria; el legitimario adquiere solo ese derecho de crédito; la liquidación del derecho de crédito tendrá lugar cuando finaliza el negocio o el programa, a menos que se el disponente haya establecido una regla diferente en el negocio de confianza fiduciaria.

VIII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA POR TESTAMENTO

El extraordinario potencial del acto de la última voluntad nos permite afirmar que el negocio de confianza fiduciaria puede encontrar su fuente en el testamento. La constitución puede llevarse a cabo sea de manera indirecta, obligando a un heredero o legatario a hacer el negocio de confianza fiduciaria, ya sea directamente y sin la mediación necesaria de la actividad jurídica del heredero o legatario que, a lo sumo, podría tener una mera función ejecutiva. De las dos hipótesis, la de mayor interés es ciertamente la segunda, a la que se dedican principalmente las siguientes consideraciones.

Partiendo de la suposición de que el negocio de confianza fiduciaria determina una atribución patrimonial a favor de los beneficiarios y que esta atribución se resuelve en un derecho de crédito, creo que el único acto de la última voluntad adecuado para este resultado es el testamento o, más precisamente, la disposición testamentaria.

Incluso queriendo admitir que el testamento no es el único acto de última voluntad de nuestro ordenamiento jurídico y que todos los intereses *post mortem* de la persona que no afectan, inmediata y directamente, en la delación se pueden realizar con actos de última voluntad, diferentes del testamento⁵⁷, no creo que pueda revocar en duda que el negocio de confianza fiduciaria *post mortem* reclame una disposición testamentaria. Dado que es la atribución de un derecho patrimonial a favor de sujetos determinados o determinables, no se duda que afecte a la delación.

Dado esto, es necesario establecer cuáles son los elementos mínimos necesarios del contenido de la disposición testamentaria, de modo que uno pueda, de manera válida y efectiva, constituir una confianza fiduciaria por testamento.

Deben ser determinados y/o determinables, indicando en este segundo caso los métodos de determinación, los elementos esenciales del negocio de confianza fiduciaria.

En primer lugar, la disposición testamentaria debe prever la determinación del programa, de modo que sea claro bien el propósito de la asignación, bien las facultades y las obligaciones del fiduciario y del garante, bien los métodos para el nombramiento de otro fiduciario o para su sustitución. No es necesario, aunque puede ser útil, que el testador especifique que el contrato fiduciario se rige por una cláusula de único remedio, ya que esta disciplina debe considerarse coesencial para el negocio de confianza fiduciaria.

La disposición testamentaria debe indicar la persona que asume el cargo de fiduciario, o los procedimientos para el primer nombramiento, así como, cuando sea útil con respecto a las necesidades del caso individual, la persona que asume el cargo de garante. Obviamente, en el caso de designación del garante, deben indicarse sus poderes, los procedimientos para su eventual sustitución y los casos en que se requiere su posible opinión para el cumplimiento de un acto determinado, indicando también si la opinión es opcional, obligatoria o vinculante.

Finalmente, se debe indicar a los beneficiarios, o se deben indicar, claramente, los métodos para determinar a los beneficiarios. Teniendo en cuenta que los beneficiarios deben considerarse legatarios de un derecho de crédito, es posible

⁵⁷ Para esta reconstrucción ver, por todos, BARBA, V.: *Contenuto del testamento*, cit., p. 141 ss.

que los beneficiarios sean designados de forma inmediata y directa por el testador, o que el testador encargue a un tercero para que realice esta elección. Esta opción se considera válida si están respectadas las condiciones establecidas en el art. 631 CC it. Dado que los beneficiarios deben considerarse como legatarios de un derecho de crédito, la determinación del tercero es válida si se le exige que elija entre varias personas determinadas por el testador o que pertenecen a familias o categorías de personas expresamente determinadas por el legislador.

Por último, es necesario que el testador asigne uno o más bienes al programa, para que pueda realizarse y que el fiduciario tenga la posibilidad de implementarlo. Estos bienes deberán destinarse a la realización del programa. Los bienes serán adquiridos por el fiduciario, en el entendido de que la atribución patrimonial a su favor no debe considerarse una atribución liberal, ni una atribución que implique la atribución de la calidad de heredero o legatario.

Quisiera decir, al ofrecer una demostración adicional del potencial extraordinario del acto de última voluntad, que el fiduciario, aunque adquiera la propiedad de patrimonio confiado, que el testador asigna para el cumplimiento del programa, no debe considerarse ni heredero ni legatario.

Él no será heredero, porque no hay voluntad del testador en este sentido; porque la atribución, sin embargo, tendría por objeto un bien específico o un conjunto de bienes determinados a; porque el testador no quiere que él suceda en la universalidad del patrimonio o en una cuota, sino que él sea el fiduciario. La atribución de la calidad de heredero se deriva, de hecho, de la ley o del testamento, con el entendimiento de que en este segundo caso se necesita una voluntad precisa del testador. Además, suponiendo que el fiduciario sea un heredero, la construcción del negocio de confianza fiduciario por testamento podría ponerse en grave peligro y quedar nula. Si el fiduciario fuera heredero, él, al final de la administración del patrimonio por un cierto período de tiempo, incluso si la administración fuera completamente dinámica (de modo que el cesionario tuviera el poder de vender uno o más bienes y de comprar nuevos con los ingresos de los vendidos), tendría que transferir el patrimonio confiado a los beneficiarios, la disposición testamentaria podría contrastar con regla que prohíbe el fidecomiso puesta al art. 692 CC it.

También me parecería excluir que el fiduciario pueda ser considerado un legatario, incluso si parece ser el beneficiario de una atribución patrimonial de un bien específico, es decir, la atribución del patrimonio que el testador afecta a la realización del programa. Para que un sujeto sea considerado un legatario, debe recibir una ventaja, inmediata y directa, de la disposición, ya que debe excluir la posibilidad de que pueda ser considerado legatario el que logre ventajas indirectas o

*condicionis implendae causa capiens*⁵⁸. Debe señalarse que la exclusión de la calidad de legatario debe excluirse no porque falte el enriquecimiento, sino porque debe excluirse que el fiduciario obtenga una ventaja inmediata e indirecta. Nuestro ordenamiento jurídico admite que el legatario puede, en la práctica, no enriquecerse con la atribución patrimonial recibida (porque el legado se ve afectado por una forma que absorbe completamente el valor de la atribución), sin embargo, no admite que el legatario no reciba una ventaja inmediata e indirecta⁵⁹. En el caso en cuestión, me parece que la calificación del legatario debe excluirse no porque falte el enriquecimiento, sino porque debe excluirse que el fiduciario obtenga una ventaja inmediata y directa de la atribución patrimonial. Para evaluar la hipótesis en cuestión con cuidado y rigor, debe decirse que el fiduciario no solo no recibe una ventaja inmediata y directa de la atribución patrimonial, sino que no recibe, ni siquiera una ventaja, mediada e indirecta, si solo se considera que él tiene la delicada función de administrar el patrimonio en los intereses de los beneficiarios, cumplir el programa y transferir el patrimonio confiado, al final del programa, a los beneficiarios.

Desde este punto de vista, por lo tanto, el fiduciario no puede ser considerado, incluso si adquiere el patrimonio destinado, ni heredero, ni legatario, con la consecuencia de que quedaría más demostrada la posibilidad que una atribución patrimonial por testamento no determina, por necesidad, la calidad de heredero o legatario y que las disposiciones testamentarias, incluso si son de naturaleza patrimonial, no pueden reducirse, exclusivamente, a las instituciones de heredero o al legado.

58 Por todos, v. BONILINI, G.: "I legati. Artt. 649-673", en *Il codice civile. Commentario* (dir. SCHLESINGER), Milano, 2001, p. 63; BONILINI, G.: "Legato", en AA.VV., *Dig. IV, Sez. civ.*, vol. X, Torino, Utet, 1993, p. 433.

59 En este sentido, puede ser útil, aunque con respecto a un tema diferente, la reciente orientación de la jurisprudencia de legitimidad sobre el trust, la cual afirma que el supuesto de imposición implica un aumento patrimonial efectivo de manera que debe excluirse en presencia de un acto "neutral", es decir, un acto que, si bien atribuye la propiedad del derecho al sujeto, no importa, también su enriquecimiento. En este sentido, recientemente, Cass., 30 de abril de 2019, n. 1401, en *Leggi d'Italia*, en cuya máxima leemos: "in tema di trust, relativamente alla variegata tipologia dei trasferimenti a titolo gratuito disposti dal settlor in favore del trustee, è da privilegiare l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2, commi 47 ss. del D. L. 3 ottobre 2006, n. 262, la quale, con confacente richiamo dell'art. 53, comma 1, Cost., circoscrive l'applicazione della suddetta norma tributaria, correlandola, in senso restrittivo, al rilievo della capacità contributiva comportata dal trasferimento del bene; sicché, quando il conferimento costituisce un atto sostanzialmente neutro, che non arreca un reale ed effettivo incremento patrimoniale al beneficiario, meramente formale dell'attribuzione, resta esclusa la ricorrenza di alcun trapasso di ricchezza suscettibile di imposizione indiretta".

En este sentido, la Casación, que también muestra una importante sensibilidad hacia los principios constitucionales, especifica que la mera atribución de un derecho a un sujeto no determina, por esta sola razón e independientemente del perfil causal que respalda y justifica la atribución patrimonial, una ventaja de carácter económico, siendo bien posible que la atribución no determine ningún aumento patrimonial. Desde esta perspectiva, se afirma que la tributación no debe relacionarse con la atribución hecha por el disponente al fiduciario, cuando tiene un carácter puramente instrumental en la transferencia posterior, sino con la atribución hecha por este último al beneficiario, ya que solo en ese momento se realiza un enriquecimiento real y concreto. Se lee en la motivación de la sentencia de Casación, 15 de enero de 2019, n. 734, en *Leggi d'Italia* "coerentemente con la natura e l'oggetto del tributo, sono rilevanti i vincoli di destinazione in grado di determinare effetti traslativi collegati al trasferimento di beni e diritti, che realizzano un incremento stabile, misurabile in moneta, di un dato patrimonio con correlato decremento di un altro".

Los únicos sujetos que reciben una ventaja, inmediata y directa, del testador son los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria, es decir, los sujetos a favor de los cuales el fiduciario debe transferir; al final del programa, el patrimonio confiado, incluso si, por el dinamismo que caracteriza a la confianza, el patrimonio sea al final totalmente diferente con respecto al que el testador había asignado inicialmente al programa.

Precisamente por este motivo, los beneficiarios deben considerarse legatarios, ya que son destinatarios de una asignación de viene específica y, por lo tanto, los sujetos que reciben un beneficio, inmediato y directo, de la atribución patrimonial. Sin embargo, tienen no un derecho real, es decir, un derecho de dominio sobre el patrimonio que el testador asigna al programa, sino un derecho de crédito, ya que tienen el derecho a que el fiduciario les entregue, al final del programa, la universalidad o una parte del patrimonio confiado. El hecho de que el patrimonio confiado al final del programa puede ser, total o parcialmente, diferente del inicial, y que el fiduciario, en el cumplimiento del programa, tiene el poder y el deber de administrar los bienes, disponer de ellos, vender algunos de ellos y comprar otros con los ingresos, requiere que los beneficiarios sean considerados titular de un mero derecho de crédito. El derecho de pretender por parte del fiduciario la entrega del patrimonio confiado. La circunstancia de que el fiduciario tiene la obligación de entregar, al final del programa, los bienes a los beneficiarios, impone de considerarles titulares de un derecho de crédito a plazo. Antes de ese momento (la finalización de la confianza fiduciaria o del programa), ellos no tienen ninguna reclamación contra el fiduciario y no pueden exigir ninguna liquidación o atribución. Por supuesto, esto no excluye que el testador pueda prever que el fiduciario debe, durante la implementación del programa, proporcionar sumas mensuales o anuales a los beneficiarios o solo a favor de algunos, o que el fiduciario debe dar una suma de dinero o un bien *una tantum* en circunstancias especiales (por ejemplo, matrimonio, graduación, inicio de actividad profesional, inscripción en un registro profesional). En estos casos, los beneficiarios serán beneficiarios de derechos de crédito adicionales, que pueden considerarse, dependiendo de la voluntad del testador, ya sea en cuenta o además de lo que se le debe a cada beneficiario al final del programa.

Dado que los beneficiarios deben considerarse legatarios, nada excluye que, como se anticipó, el testador pueda, dentro de los límites de lo establecido por el art. 631 CC it., hacen que la indicación del beneficiario dependa de la voluntad de un tercero, siempre que sea una elección entre varias personas determinadas por el testador o pertenecientes a familias o categorías de personas determinadas por él. Nada excluye que el testador, considerando que el cumplimiento del programa puede durar un período significativo, más allá de su muerte, establece que la elección del beneficiario o los beneficiarios se remite a un tercero y que se le pide que haga

la elección, no al momento de la apertura de la sucesión, sino en un momento posterior; que también podría estar cerca del final del programa.

IX. SIGUE: EL PROBLEMA DE TUTELA DE LOS LEGITIMARIOS

No hay problema de mermar los derechos de los legitimarios, siempre que el valor del patrimonio confiado se incluya en la cuota disponible del testador. De lo contrario, en el caso de que el negocio de confianza fiduciaria incluya bienes por un valor superior a la cuota libre disposición, podría plantearse un problema de mermar los derechos e los herederos forzosos. En este caso es necesario verificar qué acciones concretas ellos pueden ejercer y qué consecuencias determinan con respecto al negocio de confianza fiduciaria por testamento.

Es necesario distinguir según si los legítimos son, o no, beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria.

Si los legitimarios no son beneficiarios, no hay duda de que podrían considerarse mermados y, por lo tanto, tendrían el derecho de ejercer la acción de reducción. Teniendo en cuenta la reconstrucción propuesta, que creo que es la única plausible si queremos evitar hipótesis de nulidad o dificultades concretas en la implementación del negocio de confianza fiduciaria, se deduce que la acción de reducción deberá dirigirse contra las disposiciones testamentarias inoficiosas, o sea las que mermen los derechos de los herederos forzosos.

En el caso de negocio de confianza fiduciaria por testamento, la disposición perjudicial no es la atribución de bienes en favor del fiduciario, que no es heredero ni legatario, sino las disposiciones en favor de los beneficiarios. En consecuencia, la acción de reducción no va a afectar la estabilidad del negocio de confianza testamentario, sino solo atribuir al legitimario mermado el derecho de crédito de los beneficiarios, dentro de los límites de lo necesario para satisfacer la cuota de legítima. En otras palabras, al final de la acción de reducción, el heredero forzoso consigue, en todo o en parte, el derecho de crédito, de modo que se convierte en un beneficiario del negocio de confianza fiduciaria.

Por supuesto, se aplican todas las consideraciones que ya he hecho para el caso de una acción de reducción contra un negocio de confianza fiduciaria hecho acto entre vivos.

El legitimario mermado, que adquiere, total o parcialmente, el derecho de crédito que le corresponde al beneficiario adquiere un derecho de crédito a plazo, que le otorga el derecho de exigir la entrega de los bienes solo al final del programa. Esta solución me parece lograr un equilibrio adecuado entre los intereses involucrados y, por lo tanto, entre el interés del testador en la realización del programa y el interés

de los herederos forzosos de obtener bienes por un valor correspondiente a su cuota legítima. Debe confirmarse la idea que puede ser útil, aunque no necesaria, una disposición testamentaria que otorgue al legitimario el derecho a obtener por parte del fiduciario una liquidación inmediata de su cuota, con advertencia de que este derecho le corresponde después de un experimento exitoso de la acción de reducción y que el fiduciario pueda tomar todas las precauciones necesarias o útiles para permitir la mejor liquidación posible. En el caso de que la determinación de los beneficiarios se deje razonablemente a la decisión del tercero, la acción de reducción debe ser ejercida contra la persona a quien se le confía la administración del patrimonio objeto, directa o indirectamente, de la disposición perjudicial, con el entendimiento de que él no es beneficiario de la disposición; que la reducción no afecta la asignación del bien o del complejo de bienes al fiduciario, sino solo el derecho de crédito a favor de los beneficiarios; que los herederos forzosos adquieran solo el derecho de crédito; que la liquidación del derecho tendrá lugar al final del término, a menos que se establezca una regla diferente en el testamento.

El tema es más complejo en la hipótesis en el que uno o más herederos forzosos son también los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria por testamento.

De acuerdo con la reconstrucción propuesta, la disposición testamentaria bajo la cual se designa al legitimario como beneficiario del negocio de confianza fiduciaria es un legado. Esto significa que este legado puede ser ordenado o en sustitución de la legítima (art. 551 CC it.), en el caso de que tal voluntad se exprese de manera expresa, o, en ausencia de una voluntad diferente del testador, un legado a cuenta de la legítima (art. 552 CC it).

Si era un legado sustitución de la legítima, el legitimario tiene una alternativa: aceptar el legado sin la posibilidad de exigir nada más, o rechazar el legado y reclamar la legítima. En el caso de que acepte el legado, no puede ejercer ninguna acción de reducción, aunque haya conseguido menos de lo que le corresponde. Ni siquiera surge un problema de imputación, precisamente porque esta atribución patrimonial puede silenciar cualquier reclamación que el sujeto tenga como legitimario. En el caso de que rechace el legado, a pesar de que no consiga el legado, puede ejercer la acción a reducción de todas las disposiciones testamentarias perjudiciales y, por lo tanto, obtener la cuota legítima. No hace falta decir que también logrará parte del derecho de crédito.

En el caso de que sea un legado a cuenta de legítima, el heredero forzoso puede decidir si rechazar el legado o no.

En el caso de que decida rechazar el legado, no consigue el legado y puede ejercer la acción de reducción, para obtener su cuota legítima.

En la hipótesis en la que decide conseguir el legado, es necesario establecer si el legado se ha ordenado con la dispensa de imputación o no. En el caso de que se ordene con la dispensa de imputación (esto debe ser expresado de modo inequívoco en la disposición testamentaria), esto significa que lo que el legitimario consigue en virtud del legado no debe considerarse para determinar la cuota de reserva que le corresponde, con la consecuencia de que tendrá derecho a obtener bienes por un valor correspondiente a su cuota de legítima. De lo contrario, en el caso de que el legado sea sin dispensa de imputación (tal es el legado en ausencia de una declaración expresa), el legitimario debe imputar lo que se recibió con el legado a su cuota legítima, con la consecuencia de que puede ejercer la acción de reducción solo si, aun teniendo en cuenta lo que ya ha conseguido, todavía quedan mermados sus derechos.

En conclusión, el heredero forzoso que también es el beneficiario del negocio de confianza fiduciaria por testamento es un legatario, por lo que se aplican las reglas ordinarias. Solo debe aclararse que, en el caso de confianza fiduciaria por testamento, la única disposición perjudicial contra la cual se puede configurar la acción de reducción es el legado a favor del beneficiario, debiendo excluir la posibilidad de ejercer la acción contra la disposición de designación del fiduciario o contra la disposición que atribuye, temporalmente, el patrimonio confiado al fiduciario.

Una vez que se han hecho estas aclaraciones, es necesario verificar la posible conexión entre el negocio de confianza fiduciaria dispuesto por testamento y la norma que prohíbe gravamen en la cuota legítima (art. 549 CC it.).

En este sentido, me parece que debemos excluir una interferencia y, por lo tanto, que puede considerarse nula por violación de esta regla la disposición testamentaria que atribuyera al heredero forzoso el derecho de crédito.

El motivo de la exclusión me parece simple, cuando se reflexiona sobre la circunstancia de que la disposición a favor del legitimario, precisamente porque le atribuye un derecho a título particular, es un legado y no una institución de heredero⁶⁰. La regla del art. 549 CC it. se aplica solo en los casos en que la disposición testamentaria establezca un heredero, mientras que debe excluirse que se pueda aplicar al legado. Por lo tanto, a partir de la suposición de que la asignación a favor del beneficiario es un legado, debe excluirse que no se puede considerar nula por la existencia de un gravamen sobre la cuota legítima.

En un perfil diferente, la aplicación de la regla en cuestión también debe excluirse en el caso contrario, es decir, en el caso en que el beneficiario es un heredero, y su lesión depende del hecho de que el testador haya dispuesto de bienes por un valor superior a su cuota disponible a través de un negocio de confianza fiduciaria.

60 Sobre el tema, v. BARBA, V.: "Pesi e condizioni sulla quota di legittima tra divieto e rimedi", *Annali della Sisdic*, 2019, p. 193 ss.

Debe excluirse que la institución de heredero pueda considerarse nula, de conformidad con el art. 549 CC it, precisamente porque en este caso, incluso si queremos considerar el legado como una carga, no pesaría sobre el heredero forzoso. Para poder aplicar la regla del art. 549 CC it. debe haber dos condiciones distintas: a) que el heredero forzoso sea heredero al menos en la cuota legítima; b) que el legado se carga exclusivamente a los legitimarios⁶¹. Si el legado no se cargara solo al heredero forzoso, no se podría considerar un gravamen sobre la cuota legítima, siendo, más bien, una carga que pesa sobre toda la herencia⁶². En este caso, el legitimario mermado debe ejercer la acción de reducción⁶³.

Por lo tanto, se debe descartar que el negocio de confianza fiduciaria constituya un gravamen sobre la legítima, incluso si el testador se hubiera limitado a instituir los legitimarios herederos en la sola cuota de legítima y hubiera nominado legatarios del negocio de confianza sujetos no legitimarios. Incluso si esta hipótesis ocurriera, no se podría afirmar que el legado (designación del beneficiario del negocio de confianza fiduciaria) sea un gravamen que pesa sobre la legítima, porque carecería del respeto de las condiciones de aplicación de la norma. Esto, obviamente, no significa que el legitimario que obtiene bienes por un valor inferior a la cuota de legítima que le corresponde no pueda hacer nada. Siempre puede ejercer la acción de reducción, pero no puede invocar la nulidad conforme al art. 549 CC. Esto excluye la constitución de confianza fiduciaria por testamento pueda ser nula de conformidad con el art. 549 CC it., incluso si los herederos forzosos son institutos en la sola cuota de legítima y el *relictum* es insuficiente para satisfacer la cuota legítima. También en este caso, el legitimario que quiere lograr su cuota de legítima tiene que ejercer la acción de reducción.

Me parece, en definitiva, que la reconstrucción propuesta, no solo nos permite preparar una disposición testamentaria no expuesta a ninguna nulidad, sino que también nos permite preservar el cumplimiento del programa, incluso en la hipótesis en que el legitimario mermados ejercitara la acción de reducción contra las disposiciones testamentarias que instituyen la confianza fiduciaria.

61 Así, MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4ª ed., in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, XLIII, 2, Milano, Giuffrè, 2000, p. 91 ss. En sentido adhesivo, SCHIAVONE, G.: *Le disposizioni testamentarie dirette ai legitimari*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 67 s.

62 TULLIO, A.: "L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni", en BONILINI G: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, III, La successione legittima*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 461.

63 CARIOTA FERRARA, L.: "Un caso in tema di legato a carico dei legitimari lesi", *Rivista di diritto civile* 1959, p. 510. MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte*, 2000, p. 92, "sono esclusi dal dominio di questa norma i legati ordinati a carico dell'eredità o a carico di un legitimario istituito erede in una quota superiore alla sua legittima, siamo legati con efficacia reale o allegati obbligatori. Nella misura in cui il loro valore eccede la porzione disponibile o la frazione di questa inclusa nella quota attribuita al legitimario onerato, essi sono riducibili a norma dell'art. 554, con l'avvertenza che nel secondo caso, ove la successione sia gravata da altre liberalità, non è applicabile il criterio di riduzione proporzionale, il legato essendo stato posto dal testatore a carico non genericamente della disponibile, ma specificamente della parte di essa compresa nella quota attribuita all'onerato".

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea* (a cura di M. Bianca e A. Donato), Fondazione Nazionale del Notariato, Gruppo 24 ore, Milano, 2013.

ALCARO, F.: "Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti", in AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Fondazione Italiana del Notariato, Gruppo 24 ore, 2017, Milano.

BARALIS, G.: "Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario". In AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017* (págs. 145-154). Milano: Fondazione Nazionale del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017.

BARBA, V.: "Art. 769 – Definizione", in BONILINI, G.: *Delle donazioni*, Utet, Torino, 2014.

BARBA, V.: "Disposizione testamentaria di destinazione", *Il foro napoletano*, 2016.

BARBA, V.: "Collazione di partecipazioni sociali e criteri di determinazione del loro valore", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018.

BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018.

BARBA, V.: *L'ordine pubblico internazionale. Rassegna di diritto civile*, 2018.

BARBA, V.: "Pesi e condizioni sulla quota di legittima tra divieto e rimedi", *Annali della Sisdic*, 2019.

BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", *Rivista di diritto civile*, 2007.

BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1984.

BONILINI, G.: "Legato", in AA.VV., *Dig. IV, Sez. civ., vol. X*, Torino, Utet, 1993.

BONILINI, G.: "I legati. Artt. 649-673", in *Il codice civile. Commentario* (dir. SCHLESINGER), Milano, 2001.

BONINI, R.: *Destinazione di beni ad uno scopo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015.

CALVO, R.: *Vincoli di destinazione*, Zanichelli, Bologna, 2012

CARIOTA FERRARA, L.: "Un caso in tema di legato a carico dei legittimari lesi", *Rivista di diritto civile*, 1959.

CARNEVALI, U.: "Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima", en AA.VV.: *Scritti in onore di Luigi Mengoni, I*, Milano, Giuffrè, 1995.

CARRABBA, A.A.: "Testamento e destinazione patrimoniale (Una lettura per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter CC)", *Giustizia civile (online)*, 2015.

CEOLIN, M.: *Destinazioni e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2010.

CHECCHINI, A.: "L'interesse a donare", *Rivista di diritto civile*, 1976, I.

CORRIERO, V.: *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015.

D'AMICO, G.: "La proprietà destinata", *Rivista di diritto civile*, 2014.

DELLE MONACHE, S.: *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, Giuffrè, 2008.

GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale". En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*. Milano: Fondazione Nazionale del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017

GATT, L.: *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

GENTILI, A.: "Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter CC", *Rassegna di diritto civile*, 2007.

GENTILI, A.: "Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario". En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre*

2016 Roma il 3 marzo 2017. Milano: Fondazione Italiana del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión", en PRATS ALBENTOSA, L.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, t. I., *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Wolters-Kluwer - La Ley, Madrid, 2012.

LENZI, R.: "Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter CC", *Contratto e Impresa*, 2007.

LENZI, R.: "Atto di destinazione", en *Enciclopedia del diritto, Annali V*, 2012.

LUPOI, M.: "Il contratto di affidamento fiduciario", *Rivista del notariato*, 2012.

LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014.

LUPOI, M.: *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2016.

LUPOI, M.: Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust. En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*. Milano: Fondazione Italiana del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017.

LUPOI, M.: *L'affidamento fiduciario nella vita professionale*, Giuffrè, Milano, 2018.

MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4ª ed., in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, XLIII, 2, Milano, Giuffrè, 2000.

MEZZANOTTE, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli 2015.

MOSCATI, E.: "Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione", *Rivista di diritto civile*, 2015.

PERLINGIERI, G.: "Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645-ter CC", *Il foro napoletano*, 2014.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P.: *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Joneve, Napoli, 1968.

PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, en *Commentario al Codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.

PIAIA, F.: "Il contratto di affidamento fiduciario: esigenze concrete e profili teorici", *Vita notarile*, 2017.

PIANA, P.: "Un'esperienza di contratto di affidamento fiduciario". En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*. Milano: Fondazione Italiana del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017

ROPPO, V.: "Contratto di affidamento fiduciario e valore di garanzia dei beni", *Rivista del notariato*, 2012.

SCHIAVONE, G.: *Le disposizioni testamentarie dirette ai legittimari*, Milano, Giuffré, 2012.

TATARANO, M.: "La c.d. legge dopo di noi: profili giusprivatistici", *Rassegna di diritto civile*, 2017.

TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuità", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953.

TULLIO, A.: "L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni", en BONILINI G: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, III, La successione legittima*, Milano: Giuffré, 2009.

VICARI, A.: "L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica", *I contratti*, 2018.

