



LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS TUTELADOS EN ITALIA, Y DE LOS INCAPACITADOS EN ESPAÑA

PEDRO BOTELLO HERMOSA

SOMMARIO: 1. Introducción – 2. Importancia de la sustitución fideicomisaria en Italia y en España. – 3. Mejor respuesta a las exigencias de la Sociedad actual por parte de la institución italiana, que por parte de la española.

1. El presente artículo tiene como finalidad realizar una breve comparación entre la sustitución fideicomisaria española y la italiana.

La sustitución fideicomisaria podría quedar definida como aquella disposición testamentaria en cuya virtud, el testador impone al heredero fiduciario, la obligación de conservar y restituir la herencia fideicomitida a los herederos fideicomisarios ya designados en testamento.

Al dirigirnos a esta institución hacemos referencia, bajo mi punto de vista, a una de las figuras jurídicas de mayor relevancia dentro del ámbito del Derecho Sucesorio Español e Italiano.

Debido a su condición bimilenaria, la sustitución fideicomisaria podría considerarse una institución anticuada y caduca, pero nada más lejos de la realidad.

El origen de la institución se encuentra en la época Romana, apareciendo concretamente en el siglo I de nuestra era, siendo su antecedente histórico el conocido como *fideicommissum familiae relictum* o fideicomiso familiar romano, institución a través de la cual el testador podía vincular sus bienes a su familia de generación en generación.

Por ello, la sustitución fideicomisaria representó a lo largo de la historia en ambos países, un instrumento muy eficaz para mantener íntegramente el patrimonio hereditario y transmitirlo de generación en generación, siendo sobre todo en el Derecho intermedio, en el Medievo en conexión con la economía feudal, cuando tuvo su mayor difusión, respondiendo, así, a la exigencia entonces dominante, de mantener íntegro el patrimonio familiar para conservar con todos los bienes protegidos, fuerza y prestigio político.

En Italia, el Codice Civile¹ de 1.865 abolió la sustitución fideicomisaria del Ordenamiento jurídico italiano.

¹ En adelante, CC.



En este sentido, imitando a lo prescrito en el artículo 896 del Código de Napoleón, el artículo 899² del CC de 1.865 recogía que: *“Cualquier disposición a través de la cual el heredero o legatario sea gravado mediante una expresión que le obligue a conservar y restituir a favor de una tercera persona, será considerada sustitución fideicomisaria. Dicha sustitución está prohibida”*.

Es decir, que a través de dicho artículo, el CC italiano de 1.865 prohibió toda disposición con la cual el heredero o legatario fuese gravado con cualquier expresión de conservar y restituir a una tercera persona, intentándose, con ello, evitar obstáculos a la libre circulación de los bienes, a la libertad de testar y al fomento de la diferencia entre los hijos.

Sin embargo, con la entrada en vigor del CC de 1.942 (CC actual), se reintrodujo la sustitución fideicomisaria a través de su artículo 692, admitiéndose la institución aunque con límites muy reducidos, previendo únicamente dos formas: el “fideicomiso familiar”, y el llamado “fideicomiso de beneficencia”.

Sobre estos extremos no existen dudas en la doctrina italiana, tal y como se acredita con las afirmaciones de GENGHINI y CARBONE³, MORETTI⁴, CAPOZZI⁵, PUTTI⁶, VANNI⁷, o, por último, TAMBURRINO⁸.

² Recogía el artículo 899 del CC de 1.865 que: *“Qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario é gravato con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona é sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione é vietata”*.

³ GENGHINI e CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Tomo II, Cedam, 2.012, pág. 1.264: *“Totalmente abolita dal codice del 1.865, ispirato al massimo liberalismo, essa è stata reintrodotta nel codice del 1.942 come strumento per garantire la continuità del patrimonio familiare (fedecommesso familiare), o per scopi benefici (fedecommesso di beneficenza), fermo restando che l'istituto doveva essere un figlio o un fratello”*.

⁴ MORETTI, “La sostituzione fedecommissaria”, en *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni, La successione testamentaria*, diretto da Giovanni Bonilini, II, Giuffrè Editore, Milano, 2.009, pág. 1.787.

⁵ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza Edizione, Tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 2.009, pág. 1.029: *“Il código del 1.942, al fine di favorire la continuità e l'integrità del patrimonio domestico, ammise l'istituto in limite peraltro ben ristretti, prevedendone soltanto due forme: il <<fedecommesso familiare>>(istituiti potevano essere un figlio o un fratello del testatore, sostituiti tutti indistintamente i figli nati o nati del nascituro dell'istituto) e il c.d. <<fedecommesso di beneficenza>> (istituiti, sempre e unicamente, il figlio o il fratello, sostituito un ente pubblico)”*.

⁶ PUTTI, “La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la riforma del diritto di famiglia”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno VI, Parte Seconda, 1.990, pág. 424: *“Il codice del 1.865 lo aveva vietato senza eccezioni; il legislatore del 1.942 aveva ravvisato in tale istituto uno strumento idoneo da un lato ad impedire gli sperperi dei figli e dare così solidità al patrimonio familiare, dall'altro a dare nuova forza espansiva ai beni conservati per le generazioni future, il tutto nel nome della tutela dell'unità familiare come centro di interessi economici”*.

⁷ VANNI, “La sostituzione fedecommissaria. La trasformazione attuata dalla riforma del diritto di famiglia e l'indifferente disciplina del nuovo testo unico delle imposte sulle successioni”, en *Il fisco*, 19, giugno 1.995, pág. 6.283: *“L'istituto della sostituzione fedecommissaria era stato del tutto vietato dal codice del 1.865 ed invece ammesso dal codice del 1.942, si apure in limiti assai circoscritti, quale strumento reputato idoneo al impedire la dilapidazione del patrimonio da*



Pero fue a raíz de una reforma introducida en el Derecho de Familia italiano por la Ley de 19 de mayo de 1.975, N° 151⁹, cuando la sustitución fideicomisaria asumió definitivamente en Italia un único fin, concretamente el asistencial, sufriendo, por ello, el artículo 692 del CC de 1.942 una profunda reforma que acabó con la sustitución fideicomisaria familiar y de beneficencia, e introdujo la figura existente hoy en día, conocida como “sustitución fideicomisaria asistencial”, la cual queda regulada entre los artículos 692 a 699 del CC, ambos incluidos.

De hecho, tras la reforma de 1.975, la sustitución fideicomisaria quedó modificada no sólo en su contenido, sino, incluso, en su *ratio*. Así lo entiende VANNI¹⁰, cuando indica que “*consintiéndose la eficacia únicamente a favor de entes o personas que hayan cuidado del tutelado, hijo o descendiente o también cónyuge del testador, ha cambiado radicalmente la ratio de la institución, que ya no se dirige a la conservación del patrimonio en defensa de los intereses de la familia, sino que tiende exclusivamente a asegurar y a incentivar el cuidado y la asistencia del tutelado*”.

De ahí, precisamente, que la sustitución fideicomisaria sea una institución compleja, en cuanto que la delación no se producirá hasta que no se compruebe que el fideicomisario prestó los cuidados y asistencia necesaria al tutelado, bajo la supervisión del tutor, cosa que, por ejemplo, no sucede en la sustitución ordinaria.

Y es que, según el contenido del primer párrafo del artículo 692 del CC¹¹, fiduciario puede ser únicamente una persona tutelada, o un menor en condiciones que haga presuponer que, al alcanzar la mayoría de edad, será tutelado, y fideicomisario las personas o los entes que hayan tenido cuidado del tutelado bajo la vigilancia del tutor, de ahí que podamos afirmar que la finalidad de la actual sustitución fideicomisaria italiana es única y exclusivamente asegurar, incluso, incentivar, el cuidado del tutelado.

parte dei figli e ad assicurare la sussistenza dei beni alle future generazioni, a salvaguardia e tutela dell'unità della famiglia quale centro principale degli interessi economici”.

⁸ TAMBURRINO, Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano, Seconda Edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1.978, pág. 418: “*Il legislatore del 1.942, in nome della continuità ed integrità del patrimonio domestico e soprattutto in nome della tutela dell'unità familiare come centro di interessi economici oltre che morali, reintrodusse il fedecommesso (chiamandola più propriamente <<sostituzione fideicommissaria>>)*”.

⁹ Ley 19 de mayo de 1.975, N. 151, de reforma del Derecho de Familia.

¹⁰ VANNI, *Op. cit.*, pág. 6.284: “*Consentendone l'efficacia soltanto in favore di enti o persone che abbiano avuto cura dell'interdetto, figlio o discendente ovvero coniuge del testatore, è radicalmente mutata la ratio stessa dell'istituto, non più diretto alla conservazione del patrimonio in difesa degli interessi della famiglia, ma esclusivamente, tendente ad assicurare ed incentivare la cura e l'assistenza dell'incapace*”.

¹¹ Expone el primer párrafo del artículo 692 del CC que: “*Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo*”.



En este sentido, expresa BENEDETTI¹² que “*asegurar de hecho, incentivándolo, el cuidado del incapacitado: ésta es la razón actual del fideicomiso*”

En España, en cambio, se puede afirmar que la sustitución fideicomisaria siempre ha formado parte de nuestro sistema, desde la época romana, pasando por el Código de las Partidas, hasta la Novísima Recopilación, así como por las Leyes Desvinculadoras y por diferentes Proyectos de Códigos Civiles, hasta nuestro definitivo Código Civil¹³ de 1.889, el cual desde su promulgación regula la sustitución fideicomisaria entre sus artículos 781 y 789.

Es decir, que a diferencia de lo que ocurrió en Italia, el legislador español de nuestro C.c. de 1.889 no apostó por la abolición de la institución, sino por su inclusión en nuestro Código desde su promulgación, lo cual acredita su importancia.

Pero fue en el año 2.003, a raíz de la promulgación de la Ley 41/2003¹⁴, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPD), cuando la sustitución fideicomisaria pasó a convertirse no sólo en una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio Español, sino también, en una institución de imprescindible conocimiento para todos los profesionales jurídicos españoles, ya que desde entonces, en España cualquier padre o ascendiente de una persona incapacitada judicialmente, con independencia de que beneficie al hijo incapacitado con el tercio de libre disposición y el de mejora, podrá establecer también sobre todo el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria, en la que fiduciario será el incapacitado, y fideicomisario el resto de herederos forzosos, los cuales, a través de esta institución, verán gravada su legítima estricta, lo cual atenta contra el principio sagrado del Derecho Sucesorio de su intangibilidad.

¿Qué quiere decir esto? Pues que el legislador de 2.003, tal y como expone VIVAS TESÓN¹⁵, ha introducido un supuesto de tangibilidad de la legítima al conceder al testador la facultad, si lo desea, de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente incapacitado judicialmente sobre el tercio de legítima estricta.

Pero si en España es importante el objeto de la institución, es decir, el tercio de legítima estricta, también lo es su alcance actual, porque debido a la redacción del legislador de la LPPD, la sustitución fideicomisaria especial podrá establecerse a favor

¹² BENEDETTI, “Note introduttive agli articoli 197-199 Nov.”, in *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO e TRABUCCHI, I, 2, Cedam, Padova, 1.977, págs. 877 y 888: “*Assicurare in fatto, incentivandola, la cura dell’incapace: questa la ragione attuale del fedecommesso*”.

¹³ En adelante, C.c., y que fue publicado en GACETA de 25 de Julio de 1889.

¹⁴ Publicada en el B.O.E. núm. 277, de 19 noviembre de 2003.

¹⁵ VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2.010, pág. 168.



de “los hijos o descendientes incapacitados judicialmente”, es decir, tanto a favor de los tutelados como de los curatelados, a diferencia de lo que sucede en Italia, donde el legislador de 1.975 (previsor del problema en el que nos encontramos hoy en día los españoles), decidió limitar como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria asistencial exclusivamente a los tutelados, y nunca a los curatelados.

La doctrina española coincide en denominar esta modalidad de la institución como “sustitución fideicomisaria especial”, no sólo por su ámbito de aplicación, el tercio de legítima estricta, sino también, por las personas a las que protege, como son las personas necesitadas de una protección especial, es decir, las personas incapacitadas.

Concluyendo con esta breve introducción entiendo oportuno remarcar que en Italia, la sustitución fideicomisaria como medio de protección de las personas tuteladas se introdujo en 1.975, mientras que en España no ha sido hasta el año 2.003 cuando a la institución se le ha otorgado el papel de medio de protección de las personas incapacitadas judicialmente, es decir, de las personas tuteladas como de las curateladas.

2. Debido a la apuesta decidida de los legisladores español e italiano por esta institución como instrumento jurídico de protección de las personas tuteladas en Italia, e incapacitadas (tuteladas y curateladas) en España, se puede afirmar que la sustitución fideicomisaria ha sido elegida en ambos países como el instrumento jurídico a través del cual se permite vulnerar por primera vez el principio sagrado e histórico del Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, y, al mismo tiempo, como el instrumento jurídico que conlleva una diferente libertad de testar para los testadores italianos con hijos o descendientes tutelados respecto a los otros testadores que no tengan hijos o descendientes tutelados, así como la diferente libertad de testar que existe hoy en día en España entre los testadores con hijos o descendientes judicialmente incapacitados y los testadores sin hijos o descendientes incapacitados.

Dicho esto, he de resaltar que mientras que en Italia la legítima estricta que se vulnera es la del propio tutelado, en España, en cambio, la legítima estricta que queda gravada mediante la sustitución fideicomisaria es la del resto de herederos forzosos, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

3. Llegados a este punto, tras resaltar la finalidad asistencial de la institución italiana y su ratio de acción, me permito adelantar que, en mi opinión, de haber tomado como referente el legislador español de 2.003 la regulación dada por el legislador italiano de 1.975 a la sustitución fideicomisaria asistencial, seguramente gran parte de las dudas que surgen hoy en nuestro Ordenamiento respecto a la regulación de la institución especial no existirían.



En este sentido coincido con CLAVERÍA GOSÁLBEZ¹⁶ cuando tras abogar por que la ley española 7/1998 de condiciones generales de la contratación se asemejase lo más posible a la ley alemana de condiciones generales de 1.976, acaba manifestando que “*Obviamente cabía también hacer una ley española original técnicamente aceptable, pero, si no se atrevían los redactores a tanto, quedaba la solución de la prudente imitación de una Ley extranjera, como la apuntada. (...)Hacer leyes es muy importante y muy difícil*”.

Los motivos que me llevan a entender que como medio de protección de las personas incapacitadas la sustitución fideicomisaria italiana de 1.975, aun existiendo 28 años de diferencia entre ambas, responde mejor a las exigencias de la sociedad actual que la sustitución fideicomisaria española de 2.003, son los siguientes:

3.1.- Finalidad asistencial en Italia, frente a la finalidad patrimonial en España

Como sabemos, la principal preocupación de las personas con hijos o descendientes incapacitados judicialmente es: ¿quién cuidará de él cuando yo no esté?

Aunque en ambos países la intención del legislador fue la de introducir una medida de protección a favor de las personas incapacitadas, en Italia primó más la protección desde un punto de vista asistencial del tutelado durante toda su vida¹⁷, mientras que en España primó la protección patrimonial del incapacitado, al cual, a partir de 2.003 se le podía dejar incluso todo el patrimonio hereditario, estableciéndose sobre el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria.

Bajo mi punto de vista, la preocupación anteriormente expuesta de los testadores con hijos o descendientes incapacitados se resuelve de forma más eficaz con la finalidad asistencial de la institución italiana, que con la finalidad patrimonial de la institución española, porque podemos afirmar que en Italia, el testador que establezca una sustitución fideicomisaria asistencial dejará de preocuparse de quién y cómo cuidará de su hijo o descendiente tutelado, ya que sabe que el fideicomisario se encargará de éste si quiere heredarle¹⁸, y que los cuidados del fideicomisario serán supervisados por el tutor del tutelado; sin embargo en España, los testadores que establezcan una sustitución fideicomisaria especial lo único que saben es el patrimonio que le habrán dejado en testamento al incapacitado, si bien, le seguirá preocupando quién y cómo cuidarán del incapacitado hasta su muerte.

¹⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, 1.998, pág. 1.302.

¹⁷ Ya que si el fideicomisario quería llegar a heredar al fiduciario tenía que cuidar de él hasta su muerte, y siempre bajo la vigilancia del tutor.

¹⁸ Imaginemos el descanso que tiene que ser para un testador con un hijo o descendiente tutelado, establecer una sustitución fideicomisaria asistencial en la que el fideicomisario será una clínica o un ente privado que se dedica al cuidado de personas tuteladas.



3.2.- La sustitución fideicomisaria como medio de protección a favor de los tutelados en Italia, y no de los curatelados

Otro de los motivos por los que consideramos la institución italiana más actual que la española, o al menos, mejor regulada, es el alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria en Italia, donde únicamente podrá establecerse a favor de las personas que debido al grado de su enfermedad mental, necesitan ser tuteladas, lo cual excluye del ámbito de su protección a las personas curateladas.

En España, en cambio, tal y como expusimos anteriormente, podrán ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial tanto las personas tuteladas como las curateladas, ya que el requisito exigido en nuestro C.c. para poder ser fiduciario es el de ostentar la condición de incapacitado judicialmente, siendo indiferente que el grado de enfermedad haya hecho necesario la incapacitación total (tutela), o la incapacitación parcial (curatela), como medida de guarda y protección ideal a favor de la persona incapacitada.

En nuestra opinión, esta puede ser la diferencia de mayor alcance desde el punto de vista práctico-jurídico, ya que desde la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la curatela es la medida de protección preferida por los Tribunales en nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual supone que en España los curatelados podrán ser fiduciarios de la sustitución fideicomisaria especial, quedando gravados con ello el resto de herederos forzosos en su cuota de legítima estricta.

3.3.- La enfermedad mental como única causa para incapacitar a alguien en Italia, a diferencia de lo que ocurre en España

En Italia, únicamente se podrá ser incapacitado cuando se sufra una enfermedad mental, y nunca física, a diferencia de lo que ocurre en España, donde tal y como recoge nuestro artículo 200 del C.c., son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

3.4.- Fijación del fallecimiento del incapacitado en Italia como momento en el que opera la delación hereditaria a favor del fideicomisario

En España, como sabemos, y a pesar de que nosotros abogamos por el fallecimiento del fiduciario incapacitado como único momento posible en la sustitución fideicomisaria especial para que opere la delación a favor del fideicomisario, lo cierto es que, al respecto, existen diversas corrientes doctrinales que se posicionan en diferentes líneas interpretativas.

En Italia, sin embargo, esta diversidad de interpretación no existe en tal sentido, ya que el CC recoge literalmente que no será hasta la muerte del incapacitado fiduciario cuando haya de operar la delación hereditaria, asegurándose el legislador



con ello, que la persona incapacitada estará asistida-cuidada por el fideicomisario hasta sus últimos días.

3.5.- Diferencia existente en los sujetos que conforman ambas instituciones

Mientras en Italia pueden ser fiduciarios los hijos, descendientes y cónyuges tutelados del testador, en España, en cambio, sólo podrán ostentar tal condición los hijos o descendientes incapacitados, nunca los cónyuges, siendo ésta, a nuestro parecer, una gran ventaja a favor de las personas tuteladas italianas respecto a las españolas.

En cuanto a los fideicomisarios, hemos de resaltar que en España los testadores que establezcan una sustitución fideicomisaria especial no pueden decidir libremente quienes van a ser los fideicomisarios, sino que serán por fuerza el resto de herederos forzosos, mientras que en Italia el nombramiento de los fideicomisarios depende única y exclusivamente de la voluntad del testador, pudiendo este fijar como fideicomisario cualquier persona o ente, público o privado, con las ventajas que ello puede suponer para el fiduciario incapacitado (no es lo mismo que se encargue del incapacitado una persona física, que una institución cuyo fin social es precisamente ese, el cuidado de personas necesitadas de protección).

3.6.- Diferente alcance de la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima en uno u otro Ordenamiento

Tal y como venimos exponiendo a lo largo del presente trabajo, en Italia, mediante la sustitución fideicomisaria, el legislador permitió la violación del principio de intangibilidad de la legítima, a través del gravamen de la cuota de ésta correspondiente al propio incapacitado, la cual iría a parar a favor de los fideicomisarios siempre y cuando hubiesen cumplido con la asistencia y el cuidado del fiduciario.

Sin embargo, en España, la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima va mucho más allá, ya que no es la legítima estricta del propio incapacitado la que se ve afectada por la sustitución fideicomisaria especial, sino que es la legítima estricta del resto de herederos forzosos del testador, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

Por esto precisamente, tal y como expusimos anteriormente, en España el testador no puede elegir libremente a los fideicomisarios, sino que son por fuerza el resto de herederos forzosos, ya que es sobre la legítima estricta de éstos sobre la que se establece la sustitución fideicomisaria especial.

En resumen, entendemos que el testador italiano encontrará menos dificultades a la hora de establecer la sustitución fideicomisaria asistencial, ya que, a través de ésta, no estará gravando al resto de sus herederos forzosos en su legítima, sino que únicamente perjudicará a los herederos del fiduciario incapacitado en el caso de que éstos existan, si bien hemos de tener en cuenta que el testador también los puede designar a ellos como fideicomisarios.



Nos gustaría finalizar la breve comparación realizada entre la sustitución fideicomisaria asistencial italiana y la sustitución fideicomisaria especial española, poniendo de manifiesto que si bien consideramos la regulación otorgada a la institución italiana más completa como medio de protección de las personas incapacitadas que la regulación de la institución especial española, hemos de aclarar que como figura jurídica es más completa la sustitución fideicomisaria española que la italiana, principalmente por dos motivos:

El primero, porque la asistencial es la única modalidad de sustitución fideicomisaria existente en Italia, donde cualquier otro tipo de modalidad de la institución es nula; mientras que en España, la modalidad especial es otra de las modalidades de sustitución fideicomisaria que existen en nuestro Ordenamiento jurídico, donde también pueden establecerse, por ejemplo, la sustitución fideicomisaria ordinaria, o la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, o la sustitución fideicomisaria de residuo.

Y el segundo motivo es el hecho de que en Italia únicamente puede establecerse la sustitución fideicomisaria a favor de personas tuteladas; mientras que en España no sólo puede darse a favor de personas incapacitadas, sino que también puede instituirse a favor de cualquier persona, incluso un tercero sobre el tercio de libre disposición.