

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera.



Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA EN EL DERECHO ITALIANO*

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza.**

SUMARIO:

Introducción	98
La sanción de nulidad:	98
1. Fundamento.	98
2. Fideicomiso de residuo.	99
3. Cláusula "si sine liberis decesserit"	99
Elementos objetivos de la sustitución fideicomisaria:	100
a) La doble vocación	100
b) Conservar y restituir.	101
c) "Ordos successivus"	102
Elementos subjetivos:	102
1. El instituido	102
2. El sustituido.	103
Derechos y obligaciones del instituido	104
Acreeedores personales del instituido	105
Devolución al sustituto.	106
Sustitución fideicomisaria de legados. Usufructo sucesivo. Premios de nupcialidad. Obras de asistencia	107
A modo de conclusión	108
Apéndice	109
Bibliografía	110

* En Costa Rica esta institución se encuentra prohibida expresamente en el artículo 582 Código Civil.

** Investigación presentada en el curso del Prof. Manuel Albaladejo García, "La sustitución fideicomisaria". Mayo, 1979.

INTRODUCCION

El Instituto de la sustitución fideicomisaria presenta a través de la historia un desarrollo particular, que tiene inicio con los romanos con la figura de la *mancipatio familiae*, la cual permitía disponer de los bienes en modo diferente a las acostumbradas formas del testamento (1). En la Edad Media su función fue la de servir de instrumento de conservación del patrimonio familiar (2); función que se prolonga hasta el Siglo XIX, en el cual desaparece a consecuencia de las críticas provenientes de los Iluministas (3).

Más tarde con el fin de favorecer la continuidad y la integridad del patrimonio doméstico, se reintroduce en el Código Civil de 1942. Finalmente con la reforma del Derecho de Familia —Ley del 19 de mayo de 1975, No. 151— se suprime la sustitución fideicomisaria en los términos del Código Civil de 1942, sin que sea una prohibición absoluta como la contenida en el Código Civil de 1865 (4); porque ahora el fin perseguido es la protección de un sujeto totalmente incapaz; el interdictado (5), o

también en atención al menor de edad que por sus condiciones de salud —habitual enfermedad de mente—, sea posible encuadrarlo en lo contemplado por el artículo 416 C.C. (6), resultando también la persona (s) o los entes que bajo la vigilancia del tutor han atendido al incapaz (7).

LA SANCION DE NULIDAD

1. La sustitución fideicomisaria parte de la prohibición absoluta (8) a su parcial reconocimiento como un instituto de carácter excepcional (9), de frente a la nulidad sancionada en el párrafo quinto del artículo 692 C.C., cuyo fundamento varía de un grupo a otro de autores. Así, hay quienes encuentran el fundamento de esta nulidad en el ámbito de la sucesión por causa de muerte, con base en el principio *semper heres semper heres* (10), de la libertad de dar testamento en relación con la limitada función del testamento (11), o en motivos de orden público (12); otro grupo opera en el ámbito de los derechos reales, haciendo reclamo al

-
- (1) Así explica TRIFONE, *Voce Fedecommeso (Diritto romano)*, en *Novissimo Dig. It.*, VIII, Turín, 1957, p. 188 ss. "Entre los romanos la primera forma de fideicomiso se tuvo cuando, al no quererse disponer de los propios bienes de acuerdo a las conocidas formas del testamento (*Calatis comitis o in procintu*) se recurrió a la *mancipatio familiae* en favor de un amigo, a quien se confiaba la propia voluntad".
 - (2) En la Edad Media el instituto en relación con la economía feudal, adquirió importancia dentro del núcleo familiar a fin de lograr la conservación del patrimonio de ésta; que se consolidó en el siglo XVI con la amplia difusión de la cultura y costumbres españolas en Italia. Así explica EULA, *Delle sostituzioni*, in comentario al *Codice Civile*, diretto da D'Amelio, *Libro delle successioni per causa di morte*, Firenze, 1941, p. 601 ss. Ver también GIARDINO, F., *Il fedecommeso oggi*, *Rev. Notarile*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 32 ss., CIRIANI, *Sulla liceità della sostituzione fedecommesaria a favore di enti non eventi il crisma della pubblicità*, *Rev. Notariato*, XXV, Giuffrè, Milano, 1971, p. 674.
 - (3) Ya en el tiempo del Iluminismo surgieron las críticas de este Instituto, con base en los nuevos ideales de la pública riqueza, la libre circulación de los bienes, de la nueva dimensión de la agricultura, la igualdad entre los hijos y de la misma libertad para testar. De tal forma que algunos Estados italianos precedieron al Code Napoleón, en la regla general sobre la nulidad de las sustituciones fideicomisarias; y con la unificación y el Estado Liberal se sanciona la nulidad de este instituto, sin excepciones en el artículo 899 del Código Civil de 1865, Cfr. CARAVALLE, *Voce Fedecommeso (Diritto intermedio)*, *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 119 ss. TRIFONE, op. cit., p. 192 ss.; DE GIORGI, *Fondazione di famiglia*, *Rev. Civ.*, CEDAM, Padova, 1973, II, p. 297.
 - (4) DELLA ROCCA, F., *Appunti sul nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 78.
 - (5) El anterior artículo 692, 1 y 2 del Código Civil de 1942 disponía: "Es válida la disposición con la cual el testador impone a su propio hijo la obligación de conservar y restituir en el momento de su muerte, todo o parte de los bienes integrantes de la "disponible", a favor de todos los hijos nacidos o *nascituri* del instituido o a favor de un ente público. También es válida la disposición que trae a cargo de un hermano o hermana del testador, la obligación de conservar y restituir los bienes dejados a favor de todos los hijos nacidos o *nascituri* de ellos o a favor de un ente público".
 - (6) Este artículo dispone: "El menor no emancipado puede ser interdictado o inhabilitado en el último año de su minoridad. La interdicción o inhabilitación tiene efecto desde el día en el cual el menor cumple la mayoría de edad".
 - (7) DELLA ROCCA, op. cit., p. 79.
 - (8) Ver supra n. 3.
 - (9) FINOCCHIARO, *Riforma di Diritto di Famiglia*, Vol. II, Tomo II, arts. 131-240, Giuffrè, Milano, 1976, p. 445 quien la califica como "rara".
 - (10) Con base en la atribución de la cualidad de heredero el sujeto no puede renunciar a ese derecho, que se mantiene durante toda su vida y se trasmite a sus herederos; por lo que la sustitución fideicomisaria: "fedecommeso di eredità" —que atribuye la cualidad de heredero a un sujeto y sucesivamente a un otro, respecto a los mismos bienes— constituye una abierta violación del principio mencionado. Cfr. BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto italiano*, II, Torino, 1962, p. 908, cit. por RICCA, *Voce Fedecommeso (Diritto Civile)*, *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 119.
 - (11) RICCA, op. cit., p. 117.
 - (12) AURICCHIO, *Sul fondamento e sui limiti del divieto della sostituzione fedecommesaria*, *Foro Italiano*, I, Foro Italiano, Roma, 1954, p. 1542 ss.

dogma de la tipicidad, con particular referencia al carácter temporal del dominio del instituido (13), siendo el más acertado el razonamiento que basa su nulidad, en razones de política legislativa (14); pues la diversidad de ratio que ha tenido el Instituto en la historia, demuestra que no existe incompatibilidad técnica del mismo con los principios reclamados.

2. En la prohibición de la sustitución fideicomisaria, fuera de los casos establecidos por el artículo 692, párrafos 1 y 2 del C.C., se debe tomar en cuenta por su importancia histórica, es fideicomiso de residuo (15) o de *eo quod superest*. Consiste en la disposición con la cual el causante no impone "la obligación de conservar y restituir" —como en la sustitución fideicomisaria—, sino sólo la de restituir al sustituto lo que quede de los bienes a la muerte del instituido. De tal forma que, este último puede disponer libremente por acto *inter vivos*, sea a título oneroso o gratuito, de los bienes objeto del fideicomiso, pero, a su muerte el residuo pasará a manos del sustituto —ya designado por el testador o bien en la persona que se haya hecho cargo de la atención del instituido—.

Durante la vigencia del Código Civil de 1865 se dio un desacuerdo entre la jurisprudencia dominante que admitía la validez de la **sustitución de residuo** y la prevalente doctrina que sostenía su nulidad. La jurisprudencia se basaba en que la sustitución fideicomisaria imponía la obligación de conservar y restituir (art. 899 del C.C. de 1865), situación que no se encuentra en el fideicomiso de residuo (16). En realidad así es, porque la diferencia más notoria que presenta con la sustitución fideicomisaria-*tour cour* tanto desde el punto de

vista técnico-jurídico como económico-social, es el hecho de que la inmovilización de bienes no existe, dado que falta la obligación de conservar para restituir (17).

En el Código Civil de 1942 fue declarado nulo con base en el principio de la nulidad de cualquier disposición del testador que prohibiera al heredero la disposición de los bienes de la herencia, por acto *inter vivos* o de última voluntad. Hoy la prohibición absoluta ha desaparecido (18), quedando comprendida dentro de la sanción de nulidad del último párrafo del artículo arriba mencionado; si bien existe quien piensa que la nulidad de este tipo de disposición se debe ubicar entre las nulidades generales de las prohibiciones de alienación por acto de última voluntad impuestos del causante al instituido (19).

3. En el área de las previsiones de nulidad del instituto en comentario, se encuentra la cláusula "*si sine liberis decesserit*", que históricamente ha realizado finalidades prácticas análogas a la sustitución fideicomisaria (20). La discusión se ha planteado en estos términos: si la condición resolutoria "*si sine liberis decesserit*", que acompañe una institución de heredero o de legatario, acompañada también de otra institución condicionada suspensivamente al verificarse el mismo hecho, realice o no, una sustitución fideicomisaria (21). La cláusula en otras palabras, consiste en una doble institución, la primera ligada a una condición resolutoria, que consiste en que el primer llamado no deje al morir hijos, y la segunda, a favor de otra persona, bajo condición suspensiva de que se dé el mismo hecho (22).

Durante la vigencia del Código Civil de 1865

(13) PIRAS, S., *La sostituzione fedecommissaria nel Diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 4, el cual considera que este instituto, sea por testamento o donación, es un instrumento para la consolidación temporal de complejos patrimoniales en general.

(14) BENEDETTI, *Sostituzione fedecommissaria*, in *Commentario alla Riforma del Diritto di Famiglia*, di Carraro, Oppo, Trabucchi, 2 ed. I, 1, CEDAM, Padova, 1977, p. 687.

(15) CASSONE, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, Yandi Sapi, Ed. Roma, 1975, p. 573, quien considera que tiene la misma estructura y análoga función.

(16) CICU, A., *Fedecommissario di residuo*, *Rev. Dir. Civ.*, CEDAM, Padova, 1942, p. 144.

(17) RICCA, *op. cit.*, p. 139.

(18) Ver art. 692 C.C.

(19) RACCHIUSA, P., *Studi di Riforma di Diritto di Famiglia*, p. 578.

(20) Sobre la necesidad de una expresa determinación del legislador italiano respecto a esta cláusula: RACCHIUSA, *op. cit.*, p. 577, el cual opina en el comentario al proyecto de reforma al Derecho de Familia, que se debe dar una disposición en la cual se le dé una disciplina segura en el sentido de su nulidad o validez.

(21) RACCHIUSA, *op. cit.*, p. 577; CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, IV, *Foro Italiano*, Ed. Foro Italiano, Roma, 1958, p. 113; AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 1959, p. 539, *GV. Foro Padano*.

(22) A.D.A., *Condizione "si sine liberis decesserit" Sostituzione fedecommissaria. Distinzione. Accertamento*. In *Giustizia Civile*, I, 1976, p. 1856 y ss.

existieron autores que afirmaban su nulidad (23) o su validez (24), naciendo también una opinión intermedia (25), que consideraba que la cláusula "si sine liberis", en línea de principio no era inválida, porque al resolverse en una vocación alternativa, faltaba la doble vocación. En el Código Civil de 1942, la solución mencionada no fue acogida, considerando que con la base de un doble presupuesto cada vez que se encuentre una condición resolutoria, que se pueda verificar solo al momento de la muerte del primer llamado y que pueda considerarse de acuerdo a la interpretación de la intención del testador, como irretroactiva, se estará en presencia de una sustitución fideicomisaria prohibida, y no de una doble institución bajo condición resolutoria y suspensiva (26). Opinión digna de acogerse dado que la razón de la prohibición de la cláusula se debe buscar en los principios generales del derecho sucesorio, ya que busca el legislador evitar que se obtenga un resultado práctico que exceda los límites legales contenidos en la facultad de testar (27).

Esta cláusula se diferencia de la sustitución fideicomisaria porque es retroactiva, con lo que se viene a excluir la atribución separada de los bienes hereditarios, del instituido y sustituto; faltando así la doble y sucesiva vocación (28) porque en el momento de cumplirse la condición —muerte sin hijos—, el primer instituido se considera como si no hubiera sido llamado en ningún momento a la sucesión (29), aunque con el disfrute de los bienes hereditarios del instituido, durante su vida, viene a

realizar las finalidades prácticas que se persiguen con la sustitución fideicomisaria.

Hoy con la nueva formulación del artículo 638 (30) que admite expresamente la posibilidad de someter a condición suspensiva o resolutoria, las disposiciones testamentarias, no se puede dudar sobre la validez de la cláusula en comentario (31), a menos que se hiciera coincidir con la muerte del instituido y operara en forma irretroactiva. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que siendo la figura de la sustitución fideicomisaria de carácter excepcional —por encontrarse dominada por el interés del incapaz—, no se encuentra fuera de esta perspectiva, espacio para ningún acto de autonomía que directamente o indirectamente quiera perseguir el intento sustitutivo (32).

ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA

Tres son los elementos que caracterizan la sustitución fideicomisaria, a saber, a) La doble vocación testamentaria; b) La obligación del instituido de conservar y restituir los bienes hereditarios al sustituto y; c) El llamado "ordos successivus" (33).

a) En el primer elemento, el testador da lugar a dos instituciones, cuyos efectos se subsiguen en el tiempo en orden sucesivo. La primera institución es a favor del conocido "primer llamado", mientras que la segunda es a favor del conocido "sustituto" (34), el cual siempre recibe la heren-

-
- (23) LICATA, Sul valore della clausola "si sine liberis decesserit", in *Giur. it.* IV, 1936, p. 14 citado por RICCA, o.c. p. 137.
- (24) BUTERA, La clausola "si cum vel sine liberis decesserit" e la sostituzione fedecommissaria vietata, in *Foro it.* I, 1928, p. 229 ss. citado por RICCA, o.c.
- (25) GALGANO, Le sostituzioni subordinate alla clausola "si heres sine liberis decesserit" e il fedecommissario condizionale in *Foro it.* I, 1928, p. 1060 ss. citado por RICCA, o.c.
- (26) TALAMANCA, Successione per causa di morte, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Biondi, arts. 679-712, Libro II, Zanichelli, Roma, 1965, p. 309, opina que cuando la condición resolutoria se verifique al momento de la muerte del primer llamado y deba considerarse de acuerdo al intento del causante irretroactiva, se estará delante de una sustitución fideicomisaria prohibida, y no frente a una doble institución puesta bajo condición resolutoria y suspensiva.
- (27) RICCA, op. cit., p. 138.
- (28) Di AMATO, Sostituzione fedecommissaria, *Giustizia Civile*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 1857.
- (29) CASSONE, op. cit., p. 573.
- (30) Art. 633: "Las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria".
- (31) Di AMATO, op. cit., p. 1857.
- (32) BENEDETTI, op. cit., p. 889.
- (33) Ver ASCOLI, Sostituzione Fedecommissaria, *Rev. Dir. Civ. CEDAM*, Padova, 1911, p. 406; D'AMATO, op. cit., p. 1857; CIRIANI, op. cit., p. 674; TALAMANCA, op. cit., p. 262, SCUTO, I divieti d'alienazione nel diritto civile italiano, Napoli, 1955, p. 154-156.
- (34) Con el anterior artículo 692 del Código Civil, el primer llamado era el hijo, un hermano o hermana, y el sustituto: los hijos nacidos o concebidos de estos o un ente público. Hoy con la reforma del Derecho de Familia, el instituido solo puede ser: el hijo, el descendiente o el cónyuge, que se encuentren en estado de interdicción, y el sustituto: aquellas personas que hayan atendido al incapaz.

cia directamente del **de cuius** original, y como dice un autor "por medio de un trámite material como es el "primer llamado" (35); porque la muerte del instituido no es la **causa successiois** del sustituto (36).

El instituido no adquiere la calidad de heredero **sic et simpliter**, porque sus poderes y derechos están notoriamente reducidos frente al heredero nombrado normalmente (37). Sin embargo, no se puede equiparar su posición a la del usufructuario (38), considerando que es titular de un derecho real en cosa ajena (39); porque el instituido es titular de la herencia (40).

Esta vocación sucesiva sólo puede tener lugar una vez, el causante no puede instituir un ulterior sustituto sucesivamente al primero, y debe referirse a los mismos bienes (41).

b) El segundo elemento que caracteriza este instituto se encuentra en el primer párrafo del artículo 692 C.C., es la obligación de conservar y restituir, de parte del instituido, los bienes al sustituto, considerado como elemento sustancial (42).

El testador debe expresar esta obligación en forma clara, no son necesarias las formas sacramentales, para obligar al instituido, con solo ordenar al instituido el restituir los bienes, se tiene por implícita la obligación de conservarlos (43); pues si el **de cuius** solo impone la prohibición de alienarlos sería

nula su disposición (44). Consecuencia de esta obligación es que los bienes objeto de la misma serán inalienables de parte del instituido e insecuestrables de parte de terceros (45).

Respecto al objeto de esta obligación los bienes muestran una nueva disciplina, a causa de la reforma del Derecho de Familia. Así, puede contener "anche i beni costituenti la legittima" —art. 692, p. 1—; contrario a la anterior disposición en que la obligación de conservar y restituir podía ser solo sobre el disponible, la legítima estaba excluida.

Sobre la medida de incluir la legítima han surgido innumerables críticas, que van desde la inoportunidad de la norma (46) a la inconstitucionalidad de la misma —violación del artículo 29 párrafo 1 de la Costituzione Italiana— por un lado, y por el otro en el artículo 3 de la misma, porque el interdictado se encuentra en una posición de desventaja, a causa de su condición personal, dado que tendrá una capacidad diferente y limitada para suceder, respecto a los otros ciudadanos o familiares no interdictados (47). Sin embargo, tales objeciones vienen a ser superadas por la nueva **ratio** del instituto, que dispone que aquellos que han cuidado del incapaz puedan obtener también los bienes que forman la legítima —de regla indisponible— a fin de reforzar la tutela del incapaz (48).

(35) GIARDINO, *op. cit.*, p. 37; COVIELLO, L., *Diritto Successorio (corso di lezioni)*, Bari, 1962, p. 299, MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 1951, p. 184, los cuales consideran que el sustituto es heredero mediato o de segundo grado de frente al primer llamado, que lo consideran heredero directo y de primer grado.

(36) COVIELLO, L., *op. cit.*, p. 298.

(37) TALAMANCA, *op. cit.*, p. 262, 267.

(38) Ver página 22.

(39) PIRAS, *op. cit.*, p. 30.

(40) Así TALAMANCA, *op. cit.*, p. 363, se basa en el artículo 693, que le ofrece apoyo para negar la posición de PIRAS, porque da al instituido la legitimación activa y pasiva respecto a todas las acciones hereditarias y, por otro lado, extiende las normas del usufructo en lo aplicable, a la posición del heredero fiduciario. AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *op. cit.*, p. 570, donde se considera que es titular del derecho de propiedad; no así SCUTO, *op. cit.*, p. 163, quien considera que es una propiedad temporal, porque el derecho de propiedad viene limitado y paralizado, pero no mutilado ni desnaturalizado.

(41) AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *op. cit.*, p. 570.

(42) GIARDINO, *op. cit.*, p. 43, . . . no formal como sería el caso de que cambien los términos de referencia objetivos, ejemplo: cantidad de bienes; o subjetivos: ejemplo: que sean sustitutos otras personas.

(43) *IB.* p. 44; AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, p. 573; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. II, 2 ed., Giuffrè, Milano, 1952, p. 289.

(44) SCUTO, *op. cit.*, p. 163-164. Este autor encaja la obligación de conservar y restituir en la disposición general que prohíbe la alienación —no con base en la voluntad del causante, dado que entraría en las generales prohibiciones testamentarias— en la cual va incluido no solo el traspaso patrimonial sino también la constitución de derechos reales como las hipotecas. En la sustitución fideicomisaria hay una prohibición de alienar condicionada, porque en el caso de que exista "utilidad evidente" se puede pedir autorización al juez para vender y emplear las sumas obtenidas en otros bienes o constituir hipotecas sobre los mismos bienes, para responder en garantía de créditos destinados a mejoras o transformaciones del fundo.

(45) GANGI, *op. cit.*, p. 289.

(46) BENEDETTI, *op. cit.*, p. 896.

(47) FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 447.

(48) BENEDETTI, *op. cit.*, p. 896.

c) Con el "ordos successivo" —el tercer elemento— el heredero indirecto del *de cuius*, recibe automáticamente la herencia, como sucesor, inmediatamente a la muerte del instituido. Con esto se da la sucesión de dos herederos al original testador: el instituido y el sustituto (49).

El primer llamado —durante su vida— tendrá que limitarse a disfrutar de los bienes, pero luego tiene la carga de conservarlos para restituirlos.

ELEMENTOS SUBJETIVOS:

1. EL INSTITUIDO. 2. EL SUSTITUIDO.

1. Los sujetos que participan en la sustitución fideicomisaria son tres: el causante, el instituido y el sustituto. De conformidad con el Código Civil el testador que instituye solo puede ser quien tenga algún vínculo familiar con el instituido; a saber: el padre o la madre, los ascendientes en línea recta o el cónyuge (50). El instituido-hijo, descendiente en línea recta o cónyuge solo puede ser una persona interdictada (51) o menor de edad, en condiciones físicas tales que permita presumir que al llegar a la mayoría de edad, se dará la declaración de interdicción, al tenor del artículo 416 C.C. (52). Trátase en otras palabras, de una *fattispecie* en la cual la constitución fideicomisaria se realiza con el solo fin de tutelar la posición de un sujeto totalmente incapaz (53).

Dentro de la categoría de "hijo" se debe comprender en la forma más amplia, además de los hi-

jos legítimos; los legitimados, los adoptados y los hijos naturales reconocibles. En relación a los hijos no reconocidos o no reconocibles, existe la duda sobre su admisibilidad como sujetos de la sustitución fideicomisaria. Antes de la reforma al Derecho de Familia, venían excluidos por la doctrina, bajo la consideración de que no gozaban de *status* de hijo; hoy se les tiene como legatarios *ex lege* art. 580 C.C. (54) por el "assegno vitalicio" que le corresponde al hijo que se encuentre en esa situación, en el caso de que el causante no hubiera dispuesto por testamento o donación, pues el hecho de que reciba por fideicomiso en nada perjudica a los miembros de la familia legítima (55) (56).

La eficacia de la institución fideicomisaria está supeditada a que el instituido se encuentre en estado de incapacidad al morir el causante. Si han transcurrido dos años desde el momento en que el menor alcanzó la mayoría de edad, y no se ha dado inicio al juicio de interdicción, o es rechazado, o revocada la declaración de interdicción, la sustitución será ineficaz (57) y la primera institución válida, adquiriendo el instituido la calidad de heredero pleno, con la consecuencia que a su muerte se abrirá la sucesión legítima de acuerdo a las reglas generales (58). La misma solución opera en el caso de que las personas que deben haber cuidado del incapaz no cumplan o violen sus deberes (59).

En la segunda categoría: "el cónyuge, que también debe ser incapaz, debe cumplir con las reglas generales sobre el matrimonio. De tal forma que, serán cónyuges aquellas personas que han

(49) AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, op. cit., p. 574.

(50) FINOCCHIARO, op. cit., p. 446, considera que es importante llamar la atención sobre la novedad que presenta la posibilidad de que exista la sustitución a cargo del cónyuge, que era excluido en el anterior artículo 692 —hijo, hermano o hermana—.

(51) Idem... es un requisito para que la sustitución fideicomisaria sea lícita; BENEDETTI, op. cit., p. 890, lo califica de "novità" de carácter absoluto.

(52) Art. 416; cit. nota (6).

(53) SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, Atti del Convegno organizzato dal Sindacato di avvocati e procuratori, de Milano e Lombardia, Giuffrè, Milano, 1976, p. 198.

(54) Art. 580: "A los hijos naturales que tengan derecho a la manutención, a la instrucción y a la educación, conforme el artículo 279, les compete un "cheque" vitalicio igual a la suma de la renta de la cuota de la herencia, a la cual tendrían derecho, si la filiación hubiera sido declarada o reconocida. . .".

(55) BENEDETTI, op. cit., p. 891.

(56) FINOCCHIARO, op. cit., p. 446, aclara que este "assegno" no tiene naturaleza alimentaria o asistencial sino sucesoria.

(57) IB., p. 443; TALAMANCA, *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 64-65, trata ampliamente los casos de ineficacia.

(58) FINOCCHIARO, op. cit., p. 443.

(59) Idem.

contraído matrimonio civil o canónico con efectos civiles —matrimonio concordatario— (60). El caso del cónyuge interdictado solo puede darse después de que la persona ha contraído matrimonio, dado que el interdictado no puede contraer matrimonio —art. 85 C.C., (61), y si contrae matrimonio canónico, éste no será inscrito en el Registro del Estado Civil art. 12, e del 27 de mayo de 1929, No. 847—.

Con la nueva formulación de este instituto, entra en juego un sujeto más: el tutor. Este podría ser la persona que tiene a su cuidado el instituido, pero en doctrina se considera que en la relación del texto de reforma, se identifica el sustituto con la persona que ha atendido materialmente en su vida diaria, y no de acuerdo con las funciones que corresponden al tutor —o curador— al tenor del artículo 357 C.C. —cuidar, representar en todos los actos civiles y administrar los bienes— del menor (62). Se prefiere que no coincidan ambas funciones de quien atiende el incapaz y el tutor porque si bien no existe incompatibilidad podría dar campo a que se presente un conflicto de intereses —dado que el tutor se subroga en la capacidad del incapaz— por la doble calidad. La ley ha resuelto la anterior situación, dando prevalencia a la institución de tutor (63), mientras que la doctrina opina que abierta la sucesión y nombrado el tutor sustituto, éste para poder beneficiarse de la herencia, deberá renunciar a su cargo de tutor (64).

2. En doctrina se considera que la sustitución fideicomisaria es una "fattispecie" compleja, integrada por la voluntad del causante y el cuidado

que se debe dar al incapaz. La persona que realizará la segunda parte de esta "fattispecie" es el sustituto, que podrá ser una persona física o jurídica (ente estatal o privado) (65); que tuvo bajo la vigilancia del tutor, el cuidado del interdictado. La determinación del sustituto no está limitada a la disposición legal —respecto a las aptitudes que debe presentar la persona encargada de cuidar el incapaz—, sino también, de acuerdo al primer elemento de la "fattispecie" se da un momento negocial, en el cual participa la voluntad del testador (66).

Junto a la alternativa de escoger una persona física como sustituto, se encuentran los entes —personas jurídicas— de cualquier tipo, con personalidad o sin ella, públicos o privados (67), de interés público (68). A nivel doctrinal se ha querido construir una serie de clasificaciones de los entes mencionados, excluyendo de la sustitución: las clínicas privadas que con finalidad de lucro dan atención a los enfermos mentales, aunque no excluye a la persona física que fuera de cualquier organización comercial, atiende personalmente al incapaz, a cambio de una remuneración. Quedan fuera también —de acuerdo a esta opinión— las organizaciones de las cuales el instituido forma parte, por ejemplo: las órdenes religiosas (69); incluye la categoría de ente público en general, pero luego excluye los manicomios, por tener la obligación de proveer la cura de los enfermos mentales.

En la disposición de la reforma no se encuentran distinciones, ni corresponde a la razón de la norma que da lugar a este instituto. De tal forma que, la clínica privada no debe tener diferente tra-

(60) No serán considerados cónyuges si ha intervenido nulidad del matrimonio, la disolución del vínculo o la cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico, de conformidad con la ley 898 del 1-12-1970.

(61) Art. 85: ". . .no puede contraer matrimonio el interdictado por enfermedad mental".

(62) BENEDETTI, op. cit., p. 893.

(63) Idem p. 894.

(64) FINOCCHIARO, op. cit., p. 449. En contra TALAMANCA, o.c., Agg., p. 61, que considera que no existe una razón suficiente para dar un tratamiento diferente de desventaja, a aquel que últimamente se da a la tarea de proveer la organización de la vida del incapaz, debiendo buscar el fundamento de la contraposición del primer párrafo del artículo 692, entre el tutor y quien tiene el cuidado del incapaz, en la posición de subordinación del segundo a los poderes discrecionales de la vigilancia del primero.

(65) Hay la novedad respecto al anterior art. 692, dado que solo puede gozar de la institución, aquella persona que ha cuidado verdaderamente del incapaz.

(66) BENEDETTI, op. cit., p. 893; FINOCCHIARO, op. cit., p. 451, el cual considera que la institución, no será afectada de nulidad cuando el sustituido o sustituidos sean determinados por el causante. En contra TALAMANCA, Agg. p. 57-58, que considera que la determinación del sustituto debe ser en forma genérica: aquellos que bajo la vigilancia del tutor han atendido el interdictado.

(67) BENEDETTI, op. cit., p. 894.

(68) CIRIANI, Sulla liceità della sostituzione fedecommesaria a favore di enti non aventi il crisma della pubblicità, Rev. Notariato, XXV, Giuffrè, Milano, 1971, p. 674, y ss. Con la anterior legislación solo los entes públicos podían ser sutitutos, dándose múltiples discusiones sobre la calificación de "ente público" a fin de determinar la validez de la sustitución fideicomisaria.

(69) Cfr. TALAMANCA, Agg. p. 57-58-60, quien considera que aquello que debe caracterizar la atención prestada al incapaz es su modo eficaz y permanente y la ausencia no de retribución pero sí de lucro comercial.

tamiento frente a la persona privada que atiende el incapaz (70), con el fin de lucro ni mucho menos la expectativa del beneficio de la atención al enfermo. Con tal opinión se crea una situación desventajosa para estos entes frente a las otras personas que pueden beneficiarse de la herencia. Lejos de incentivar al ente a dar una mejor atención, este podrá cumplir mejor con su delicada función al beneficiarse con los bienes dejados por los privados (71).

La posición del sustituido en la relación fideicomisaria es la de titular de una propia y real expectativa (72), que se convertirá en derecho una vez que se cumpla el requisito de la muerte del instituido, a menos que el sustituto muera primero, caso tal en que la expectativa se agotará en la nada (73).

Cuando sean varios los sustitutos, su derecho a los bienes será en relación al tiempo en que realizaron su tarea, si fue uno después de otro; si fue en el mismo período de tiempo se ha sugerido en doctrina, que se repartan en proporción a la cantidad y calidad de la labor realizada (74).

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL INSTITUIDO

El disfrute de los bienes es atribuido al instituido por el segundo párrafo del art. 693 C.C., comprende su posesión y libre administración, dispone este artículo en el último párrafo que al instituido son aplicables, las normas que se refieren al usufructo. Es necesario llamar la atención sobre la posición jurídica del instituido y la del usufructuario, dado que el primero es titular del derecho de propiedad y el usufructuario de un derecho real.

El usufructuario debe gozar de los bienes con

la diligencia de un buen padre de familia mientras que el instituido disfruta de los mismos como *dominus*. Respecto a las adquisiciones e innovaciones, se encuentra que el usufructuario adquiere los frutos por separación, mientras que el instituido lo hace porque es el dueño de la cosa (75) y las cosas adquiridas se le atribuyen definitivamente, aun cuando sean fruto de su actividad y adquiridas con los bienes hereditarios —haciendo salvedad de que se añadirán a estos—, en caso de representar una expansión o si constituyen el resultado del modo en que eran utilizados por el causante, vb. el caso de la accesión natural (76). En cuanto a las innovaciones de acuerdo al artículo 981 C.C., el usufructuario se encuentra limitado porque no puede cambiar la destinación económica de la cosa usufructuada, mientras que el instituido puede realizar todas las que considere oportunas.

La construcción de la sustitución fideicomisaria a la par de las normas del usufructo, se debe considerar que no ha sido concebida equiparando al instituido con el usufructuario, sino más bien, haciendo incapié en la autonomía de la figura del instituido, con la posibilidad de que las normas del usufructo cumplan una función integradora (77).

En instituido tiene legitimación procesal para todas las acciones relativas a los bienes objeto de la sustitución. El tiene una doble calidad dado que actúa como "*dominus*", con legitimación exclusiva para decidir con plena libertad sobre la vía de la *lite*, y por otro lado, tiene la calidad de administrador; vb. actividad que le corresponde de frente al sustituto —el cual tiene poder de subentrar en el juicio—. La legitimación se refiere no sólo a las acciones posesorias sino también a aquellas petitorias (78).

El artículo 694 C.C. concede la facultad de alienar los bienes o constituir hipotecas para res-

(70) FINOCCHIARO, op. cit., p. 451, n. 29.

(71) BENEDETTI, op. cit., p. 895.

(72) COVIELLO, op. cit., p. 301; MESSINEO, op. cit., p. 174, dice que si bien es una expectativa de derecho, la condición jurídica del sustituto, antes de la muerte del instituido es análoga a la del heredero testamentario del causante. COVIELLO critica esta posición porque considera que la vocación antes de que se abra la sucesión es una mera expectativa de hecho, que solo asume valor jurídico actual con la muerte del *de cuius*, mientras que el sustituto tiene una expectativa tutelada.

(73) FINOCCHIARO, op. cit., p. 451.

(74) TALAMANCA, Agg., p. 58.

(75) GIARDINO, op. cit., p. 53, considera que el usufructuario adquiere los frutos por separación mientras que el instituido, que es propietario, adquiere los mismos no desde el momento de la separación sino en proporción al goce del bien.

(76) RICCA, op. cit., p. 128; GANGI, op. cit., p. 312.

(77) GIARDINO, op. cit., p. 58.

(78) *Idem* p. 53.

ponder a deudas contraídas por la necesidad de mejoras o transformaciones operadas en el fundo; bajo la condición de que el instituido pida autorización a la Autoridad Judicial (79). La autorización va directamente a tutelar la expectativa (80) del sustituto, de tal forma que los actos de disposición se encuentran limitados a aquellos de "utilidad evidente" (81). Se considera en doctrina que si el instituido es propietario, no existe justificación para negarle uno de los principales atributos de su derecho, o sea el derecho de disposición (82); pero en realidad se debe partir de la idea de que los bienes que entran en el patrimonio del instituido, se encuentran bajo un régimen especial que los hace formar un patrimonio separado (83).

En doctrina se hace la diferencia entre el vínculo de indisponibilidad y de inalienabilidad; haciendo la diferencia de ambas respecto a su estructura, en el tanto que la segunda deroga el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada y la primera la libre responsabilidad de los bienes; y respecto a los efectos, en que los actos de alienación de los bienes serán ineficaces y si indisponibles serán inválidos (84). Considerando la mayor parte de la doctrina que en la sustitución fideicomisaria lo que hay es una prohibición de alienación impuesta al instituido y que los actos que se realicen sin la autorización serán inválidos (85).

Por otro lado, el instituido debe cumplir con determinadas obligaciones. La primera y principal es la de conservar y restituir los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria —elemento que caracteriza particularmente el instituto—. Dentro de su calidad de administrador el instituido debe hacer el inventario de los bienes con sus propios medios y prestar la garantía idónea (86), salvo que el causan-

te lo haya eximido; proveer a los gastos necesarios para la custodia, la conservación y administración de los bienes (87).

En cuanto a la obligación de administrar idóneamente los bienes de parte del instituido, es oportuno señalar que el anterior artículo 693 C.C., contenía un último párrafo, donde se preveía el nombramiento de un administrador de los bienes hereditarios, para el caso de que este no cumpliera debidamente su obligación; siendo el legitimado el sustituto —de acuerdo a la doctrina—, que veía perjudicadas sus propias expectativas sucesorias (88). Sin embargo, con la reforma en la cual solo puede ser instituido, el incapaz; el cual solo puede actuar por medio de su propio tutor, fue derogado, considerándose inoportuno prever la sustitución de éste por otro administrador (89).

ACREEDORES PERSONALES DEL INSTITUIDO

Con el artículo 695 C.C. el legislador dispone que los acreedores personales del instituido solo pueden satisfacer sus créditos en los frutos de los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria (90); sin embargo, es de notar que respecto al sistema de reenvío en relación a la aplicación de las normas del usufructo a esta institución, se encuentra una anomalía (91), porque si bien los bienes son propiedad del deudor —instituido—, estos son inmunes a la ejecución (92), contrario a lo que sucede en el usufructo, —en el cual se somete a la acción ejecutiva de los acreedores personales del deudor el valor del bien adquirido por él—.

La necesidad de tutelar la expectativa del sus-

(79) *Idem.*

(80) *Idem* p. 55.

(81) *Idem* p. 53.

(82) RICCA, *op. cit.*, p. 131.

(83) BENEDETTI, *op. cit.*, p. 883.

(84) SPENILLI, *Le cessioni liquidative*, I, Nápoles, 1959, p. 220 cit. por RICCA, *op. cit.*, p. 131.

(85) RICCA, *op. cit.*, p. 131.

(86) *IB.*, p. 130.

(87) GIARDINO, *op. cit.*, p. 56.

(88) FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 458.

(89) Sustitución ya prevista en línea general en el artículo 384 C.C. para el caso de que el tutor haya sido negligente, abusando de sus poderes, inepto en el cumplimiento de los mismos, indigno por actos extraños a la tutela o insolvente.

(90) AZZARITI-MARTINEZ, *op. cit.*, p. 576.

(91) RICCA, *op. cit.*, p. 133.

(92) *Idem.*

tituto es la razón de esta diferencia (93), porque podría venir a menos con la acción ejecutiva de los acreedores personales del instituido, dado que él —el sustituto— es llamado a suceder directamente al causante y no al instituido. De ahí que se hable en doctrina de patrimonios separados, pero una separación *sui géneris* (94) porque no persigue concentrar la responsabilidad por las deudas del *de cuius* en el patrimonio hereditario —que es el caso del beneficio de inventario— sino que sirve para garantizar el interés del segundo llamado.

Sobre los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, es oportuno aclarar que los acreedores hereditarios pueden hacer valer sus créditos contra éstos, y aun contra el patrimonio del instituido; produciéndose la normal confusión entre el patrimonio del instituido y el patrimonio hereditario, hecho que no elimina la posibilidad de que el instituido haya aceptado con beneficio de inventario (95).

DEVOLUCION AL SUSTITUTO

El artículo 696 C.C. también fue reformado a fin de obtener la necesaria coordinación con el artículo 692 C.C. en su original ratio (96), que lleva a una nueva determinación en los sujetos. La disposición anterior preveía: a) el momento, en el cual la herencia pasaba al sustituto; b) el caso de que si se habían nombrado sustitutos a los hijos del instituido, este muriera sin prole; c) la extinción del ente público sustituto antes de que muriera el instituido y; d) el caso de la muerte del instituido antes de la del causante, o su incapacidad, indignidad o renuncia a la herencia (97).

Hoy tomando en cuenta la particular situación jurídica en que se debe encontrar el instituido (incapacidad) y la peculiar relación entre él y el sustituto —quien debe atenderlo—, la reforma del ar-

tículo dejó inmutada la primera parte y reformó la segunda en cuanto que se prevé el caso de que las personas que han atendido al incapaz mueran primero que él, la herencia sea a favor de los herederos legítimos de éste, en proporción al tiempo que tuvieron cuidado de él.

En la primera parte se dispone que la herencia se transfiere automáticamente (98), al sustituto a la muerte del instituido, realizando el "ordos successivus", que caracteriza esta figura. En la segunda parte, se dispone sobre el caso de premoriencia del sustituto al instituido (en relación con el tercer párrafo del artículo 692 C.C.) aquí la muerte o extinción (si es persona jurídica) determina la transmisión de la *cuota parte* de la herencia, que le correspondía al premuerto, a los herederos legítimos del interdictado. Esta cuota se determinará en proporción al tiempo en que el sustituto atendió al incapaz (99), con la consecuencia de que el instituido adquiere los bienes definitivamente (100).

Ahora que el instituido debe ser incapaz, se presenta la posibilidad de que los bienes pasen a los herederos testamentarios —como cabía anteriormente la posibilidad—, pues el incapaz desde que nace y cuando cumple la mayoría de edad, es declarado interdictado mediante sentencia. Sin embargo, se podría presentar la posibilidad de que el interdictado haya otorgado testamento, cuando era normal y luego por enfermedad mental o un accidente se convierta en incapaz. En este caso, la doctrina considera que se deben extender las normas de la sucesión legítima a la testamentaria (101).

Otra posibilidad, donde existe el silencio de parte del legislador, es el caso de premoriencia del instituido al testador. Se considera que se debe tener por válida la primera institución e ineficaz la segunda, operándose la transmisión de la herencia, a la muerte del *de cuius*, en favor de cuantos por representación suceden al interdictado (102).

(93) RICCA, *op. cit.*, p. 133.

(94) TALAMANCA, *op. suc.*, p. 266.

(95) RICCA, *op. cit.*, p. 134.

(96) CASSONE, *op. cit.*, p. 577.

(97) RICCA, *op. cit.*, p. 134; FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 460.

(98) RICCA, *op. cit.*, 134.

(99) FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 462.

(100) BENEDETTI, *op. cit.*, p. 899.

(101) *Idem*, así FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 463, que considera que no podrían beneficiar de la herencia; a lo que contesta TALAMANCA, *Agg.* p. 72, que cualquiera que sean los sucesores del primer llamado deben ser beneficiarios de la herencia.

(102) FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 465.

Anteriormente a la reforma existía un cuarto párrafo, que se conocía como el "dogma de la sustitución ordinaria implícita", cuyo contenido bien definido consistía en que en cada sustitución fideicomisaria, se debía tener implícita una sustitución ordinaria, para el caso de que por cualquier razón faltara la sucesión al instituido, la herencia pasara al sustituto (103). Ahora, el hecho de la derogación de este párrafo tiene un significado preciso, que se encuentra en el contexto de la ratio de la institución, sea la asistencia del incapaz, que determina los beneficiarios de la sustitución (104). Si el instituido no viene a la sucesión, cae todo el mecanismo sucesorio, que en este sujeto encuentra el punto de referencia, y no se dará la devolución a favor del sustituto, aún cuando este hubiera atendido al incapaz durante la vida del causante.

1. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE LEGADOS. 2. USUFRUCTO SUCESIVO. 3. PREMIOS DE NUPCIALIDAD. OBRAS DE ASISTENCIA.

1. En cuanto los legados, las disposiciones sobre la sustitución fideicomisaria son aplicables a los mismos (105). El fideicomiso de legado no presenta estructura diferente del de la herencia. En todo caso se considera que (106) la posibilidad de instituir legados —a término final o inicial— no legitima la tesis (107) de la institución en la propiedad temporánea y sustitución en la propiedad diferida, la cual no es rechazada en relación al principio *semel heres semper heres*, pero que se ha mostrado inidónea para explicar el mecanismo de la sustitución fideicomisaria (108).

2. La prohibición de usufructo sucesivo integra una "fattispecie" diferente de la sustitución fideicomisaria (109), y tiene una disciplina propia. Esta institución y el usufructo sucesivo tienen diferente estructura, dado que el segundo presenta una situación en la que falta la nuda propiedad (110), encontrando el segundo razón para su nulidad no sólo en los límites a la libertad de testar como en la particular naturaleza del derecho de usufructo, el cual se extingue a la muerte del titular, y por lo tanto excluye que pueda existir una doble vocación y la obligación de conservar y restituir, propia del fideicomiso (111). La ley se ocupa de este instituto —usufructo sucesivo— porque más de un usufructo sobre el mismo bien, durante muchos años podría anular el valor de la propiedad y ponerla fuera de comercio. Para que se pueda hablar de usufructo sucesivo es necesario que la herencia conlleve una sucesión en el solo usufructo, o sea en el usufructo separado de la propiedad (112).

3. En vía de excepción el artículo 699 C.C. excluye la equiparación con el usufructo sucesivo y declara válida la disposición testamentaria en la cual el causante impone al heredero el suministro periódico o a tiempo, de sumas determinadas para premios de nupcialidad o de natalidad, subsidios para obtener una profesión o arte, obras de asistencia o para otros fines de utilidad pública, a favor de personas que se deben escoger dentro de una determinada categoría o entre descendientes de determinadas familias (113).

La razón de su excepcionalidad se encuentra en el elevado valor moral y social que asume esta disposición testamentaria (114).

(103) La ley preveía para el caso de que la sustitución fideicomisaria no llegase a la práctica, porque el instituido no pudiera o quisiera aceptar, por razón de premoriencia al testador, incapacidad, renuencia y aún más considera BENEDETTI, op. cit., p. 900, que preveía para el caso de la sustitución nula.

(104) TALAMANCA, Agg., p. 71.

(105) AZZARITI-MARTINEZ, op. cit., p. 538

(106) RICCA, op. cit., p. 135.

(107) TALAMANCA, op. cit., p. 406.

(108) Ver supra, p. 29.

(109) TALAMANCA, op. cit., p. 413.

(110) RICCA, op. cit., p. 150.

(111) AZZARITI-MARTINEZ, Suc. 1979, p. 541.

(112) GANGI, op. cit., p. 324.

(113) AZZARITI-MARTINEZ, Suc. 1979, p. 543.

(114) AZZARITI-MARTINEZ, Suc. 1979, p. 543; GANGI, op. cit., p. 327; TALAMANCA, op. cit., p. 424.

A MODO DE CONCLUSION

La sustitución fideicomisaria en una institución que nació como respuesta a las necesidades de la época romana (115); siendo la propiedad el valor que se protegía, su desarrollo fue encaminado rumbo a su sujeción en las manos de los privilegiados, por la seguridad obvia, que esto representaba, como medio de conservar el *status quo* alcanzado.

Se ha visto la gran importancia que tuvo en la Edad Media, con el nacimiento de mayorazgos, primogenituras. Que garantizaban la detención del poder económico y en consecuencia el poder político: su fin era la constitución del patrimonio familiar y la conservación de los bienes que lo formaban.

A consecuencia de las ideas que se concretaron con la Revolución Francesa, con sus valores de libertad, igualdad y garantía a la propiedad privada; esta institución desapareció (116), como una respuesta a la necesidad de la libre circulación de bienes, la libertad de testar, la igualdad que debe existir de individuo a individuo. De 1865 a 1942, sólo se habló, en la doctrina y jurisprudencia, para afirmar la nulidad de cualquier disposición testamentaria que tendiese a disciplinar el destino de los bienes hereditarios, en forma tal que constituyese una sustitución fideicomisaria (117).

En el *Codice* de 1942 se reintrodujo como una excepción a la nulidad general sancionada por el artículo 899 del Código Civil de 1865, para promover la formación del patrimonio familiar y evi-

tar el mal uso de los bienes, asegurando el futuro de las generaciones siguientes (118).

Con la reforma del Derecho de Familia —Ley No. 151 del 19 de mayo de 1975—, la figura en comentario, fue tomada en consideración tangencialmente. En general se puede decir que no se le prestó mucha atención, dado que solamente se tendía a eliminarlo nuevamente en forma definitiva, pues se consideraba en doctrina (119) que había perdido validez en una sociedad caracterizada por un casi frenético dinamismo económico-social (120), no guardando relación con los principios constitucionales (121). Uno de los proyectos de la ley pedía su derogación (122), otro (123), proponía que se le mantuviera, limitándolo, subjetivamente —el instituido debe ser incapaz y el sustituto—. Aquél que haya tenido la atención del primero —y su ampliación objetivamente— será objeto de la sustitución fideicomisaria, también la disponible, el cual fue acogido sin ninguna discusión y aceptado por el primer grupo mencionado (124). Con base en una *ratio* diferente: la protección del incapaz, por medio del incentivo al sustituto, de adquirir los bienes a la muerte de este, en caso de que cumpla idóneamente su función.

En realidad esta institución ha perdido en la práctica importancia y más en este momento, con los límites que presenta (125). Si bien se ha tratado de adaptarlo a las necesidades del mundo moderno, es reconocido que ha caído en desuso

(115) Ver n. 1.

(116) Ver n. 3.

(117) Ver CICU, op. cit., sobre fideicomiso de residuo, p. 344; AURICCHIO, op. cit., p. 1542 sobre legado bajo término "si sine liberis decesserit": ASCOLI, Sostituzione fedecommissaria, Foro Italiano, I, 1926, p. 522; sobre la cláusula "si sine liberis decesserit": ASCOLI, Sostituzione fedecommissaria, Rev. Dir. Civ., CEDAM, Padova, 1932, p. 404; BUTERA: testamentaria "si sine liberis decesserit", Foro Italiano IV, Roma, 1958, p. 113; LUMINOSO, op. cit., p. 19; respecto al usufructo sucesivo: STOLFI: Sostituzione fedecommissaria, Foro Padano, I, 1951, p. 167 ss.

(118) SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 197.

(119) Idem; dado que la institución caía en una concepción patriarcal y esencialmente rural de la vida económica de la familia, como afirmaba FALCUCCI FRANCA en su relación al Senado de la República en PICCOLA ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA, hecha por PANDINI, Dets. Ed. Roma, 1975, p. 67.

(120) SCOGNAMIGLIO, op. cit., 1971.

(121) FALCUCCI, op. cit., p. 67.

(122) Idem, que abogaba por la sanción de nulidad del instituto y a la vez abrogación de los artículos 693-697.

(123) Propuesto por el "senato", cit., por BENEDETTI, op. cit., p. 878.

(124) FINOCCHIARO, op. cit., p. 443.

(125) RACCHIUSA, op. cit., p. 571.

(126), quedando dentro del ordenamiento italiano como un apéndice del mismo, con una disciplina

compleja a favor del incapaz (127) y como una posibilidad de extraña aplicación (128).

APENDICE *

Art. 692: Cada uno de los padres u otros ascendientes en línea recta o el cónyuge del interdictado pueden instituir respectivamente el hijo, el descendiente o el cónyuge con la obligación de conservar y restituir, a su muerte, los bienes incluida la legítima a favor de la persona o de los entes que bajo la vigilancia del tutor, han tenido el cuidado del interdictado.

La misma disposición se aplica en el caso del menor de edad si se encuentra en condiciones de habitual enfermedad mental tal que haga presumir en el término indicado del artículo 416 se pronunciará la interdicción.

En el caso de pluralidad de personas o entes de conformidad con el primer párrafo, los bienes serán distribuidos proporcionalmente al tiempo durante el cual, los mismos han cuidado del interdictado.

La sustitución no tiene efecto en el caso la interdicción sea negada o el correspondiente juicio no sea iniciado en los dos años siguientes al cumplimiento de la mayoría de edad del menor habitualmente enfermo mental. También no tendrá efecto en el caso de revocatoria de la interdicción o respecto a las personas o entes que hayan violado las obligaciones de asistencia.

En cualquier otro caso la sustitución es nula.

Art. 693: El instituido tiene el gozo y la libre administración de los bienes que forman objeto de la sustitución y puede estar en juicio por todas las acciones relativas a los mismos bienes. También podrá hacer todas las renovaciones dirigidas a una mejor utilización de los bienes.

Al instituido son comunes, en cuanto aplicables, las normas concernientes al usufructuario.

Art. 694: La autoridad judicial puede consentir la alienación de los bienes que forman objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo el reemplazo de las sumas recavadas. Puede también ser consentida, con la cautela necesaria, la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes a garantía de créditos destinados a mejoramientos y transformaciones fundiarias.

Art. 693: El instituido tiene el gozo y la libre administración de los bienes que forman objeto de la sustitución y puede estar en juicio por todas las acciones relativas a los mismos bienes. También podrá hacer todas las renovaciones dirigidas a una mejor utilización de los bienes.

Al instituido son comunes, en cuanto aplicables, las normas concernientes al usufructuario.

Art. 694: La autoridad judicial puede consentir la alienación de los bienes que forman objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo el reemplazo de las sumas recavadas. Puede también ser consentida, con la cautela necesaria, la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes a garantía de créditos destinados a mejoramientos y transformaciones fundiarias.

Art. 695: Los acreedores personales del instituido pueden accionar solo sobre los frutos de los bienes que forman objeto de la sustitución.

Art. 696: La herencia se devuelve al sustituto al momento de la muerte del instituido.

Si las personas o los entes que han tenido cuidado del incapaz, mueren o se extinguen antes de la muerte de éste, los bienes o la porción de bienes

* Traducción solo para efectos de la publicación.

(126) DELLA ROCCA, op. cit., p. 80.

(127) BENEDETTI, op. cit., p. 878.

(128) FINOCCHIARO, op. cit., p. 443.

que les correspondería es devuelta a los sucesores legítimos del incapaz.

Art. 697: Las normas establecidas en esta sección son aplicables también a los legados.

Art. 698: La disposición con la cual es dejado a más personas sucesivamente en usufructo, una renta o anualidad, tiene valor solo a favor de aquellos que a la muerte del testador son los primeros llamados a gozarlo.

Art. 699: Es válida la disposición testamentaria que tiene por objeto la erogación periódica, a perpetuidad o a tiempo, de sumas determinadas para premios de nupcialidad o de natalidad, subsidios para el logro de una profesión o arte, obras de asistencia, o para otros fines de pública necesidad, a favor de personas escogidas en una determinada categoría o entre los descendientes de determinadas familias. Tales anualidades pueden obtenerse según las normas dictadas en materia de rédito.

BIBLIOGRAFIA

- ASCOLI, *Sostituzione fedecommissaria*, Rev. Dir. Civ. CEDAM, Padova, 1911.
- AURICCHIO, *Sul fondamento e sui limiti del divieto della sostituzione fedecommissaria*, I, Foro Italiano, Il Foro Italiano, Roma, 1954.
- AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successione per causa di morte e donazioni*, 6 ed. 1973 y 7 ed. 1979, CEDAM, Padova.
- BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto italiano*, II, Torino, 1962.
- BENEDETTI, *Sostituzione fedecommissaria in Commentario alla Riforma del Diritto di Famiglia*, diretto da Carraro, Oppo Trabucchi, ed. 2da., I, 1, CEDAM, Padova, 1977.
- BUTERA, *Sostituzione e fedecommissario*, I, Foro Italiano, Il Foro Italiano, Roma, 1929.
- CARNELUTTI, *Intorno alla clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, Foro Italiano, IV, Il Foro Italiano, Roma, 1958.
- CARAVALLE, *Voce fedecommissario (diritto intermedio)*, Enc. XVII, Giuffrè, Milano, 1968.
- CASSONE, *Il nuovo diritto di famiglia*, Ed. Yandi Sapi, Roma, 1975.
- CICU, *Fedecommissario di residuo*, Rev. Dir. Civ. CEDAM, Padova, 1942.
- CIRIANI, *Sulla liceità della sostituzione fedecommissaria a favore di enti non aventi il crisma della pubblicità*, Rev. Notariato, XXV, Giuffrè, Milano, 1971.
- COVIELLO, L., *Diritto Successorio (Corso di Lezioni)*, Bari, 1962.
- DELLA ROCCA, F., *Appunti sul nuovo Diritto di Famiglia*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Di AMATO, *Sostituzione fedecommissaria*, Giustizia Civile, I, Giuffrè, Milano, 1976.
- Di GIORGI, *Fondazioni di famiglia*, II, CEDAM, Rev. Civ., Padova.
- EULA, *Delle sostituzioni*, in *Comentario al Codice Civile*.
- DIRETTO D'Amelio, *Libro delle successione per causa di morte*, Firenze, 1941.
- FALCUCCI, F., *Relazione al Senato sulla Riforma del Diritto di Famiglia*, in *Piccola enciclopedia del Diritto di famiglia*, di PANDINI, Dels Ed. Roma, 1975.
- FINOCCHIARO, *Riforma di Diritto di Famiglia*, Vol. II, T. II, artículos 131-240, Giuffrè, Milano, 1976.
- GANGI, *La sucesione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. II, ed. 2, Giuffrè, Milano, 1952.
- GIARDINO, *Il fedecommissario oggi*, Rev. Not., Giuffrè, Milano, 1970.
- LUMINOSO, A., *Clausola testamentaria "si sine liberis decesserit"*, condizione e termine, Rev. Dir. Civ., II, CEDAM, Padova, 1970.
- MESSINEO, *Manuale Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1951.
- PANDINI, *Piccola Enciclopedia del Diritto di Famiglia*, Dets Ed. Roma, 1975.
- PIRAS, S., *La sostituzione fedecommissaria nel Diritto Civile italiano*, Giuffrè, Milano, 1952.
- RICCA, *Voce fedecommissario*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, XVII, Milano, 1968.
- RACCHIUSA, *Sulla nullità della sostituzione fedecommissaria*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973.
- SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo Diritto diritto di Famiglia*, in *Atti del Convegno organizzato dal Sinda-*