



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2025
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Recensión a FEDERICA BERTOLDI: *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, Roma TrE-Press, 2025, ISBN: 979-12-5977-442-2, 257 páginas.

Ana Vázquez Lemos
Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo
<https://orcid.org/0009-0000-0853-3109>

(VAZQUEZ LEMOS, Ana. Recensión a Federica Bertoldi: *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, Roma TrE-Press, 2025, ISBN: 979-12-5977-442-2, 257 páginas.
RIDROM [on line]. 35-2025.ISSN 1989-1970, pp.343-358.
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

El término *situazione affidante* fue acuñado por primera vez por Lupoi; con él se comprenden los encargos fiduciarios que a veces son “espontáneos, a veces negociados, a veces connaturales a la situación, a veces no deseados, a veces impuestos”. Según dice la prof. Federica Bertoldi, autora del libro *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà. Origini romane e sviluppi contemporanei*, es un concepto de creación bastante reciente en el derecho civil, que nace en el seno del debate sobre la existencia del negocio fiduciario en nuestro sistema jurídico.

Para Bertoldi, los orígenes de esta institución son recientes y se sitúan en el ámbito del derecho civil. Se origina en el debate que se desarrolló en torno a la existencia del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, este original trabajo de investigación, partiendo de la noción *situazione affidante*, se ha dirigido a analizar precisamente las distintas hipótesis de encargo fiduciario *mortis causa*, desde un punto de vista de comparación diacrónica.

De hecho, en el derecho romano, de acuerdo con la doctrina más reciente, la *fiducia* romana era un negocio jurídico muy primitivo, de causa múltiple y anómalo, que habría sido utilizado en las hipótesis más dispares: en el derecho de las personas, el derecho patrimonial y en el derecho sucesorio.

Sin embargo, no todas las hipótesis de encargo fiduciario presentes en el derecho romano pueden considerarse técnicamente *fiducia* en el sentido más estricto de la palabra, sino que a menudo son situaciones simplemente asimiladas o derivadas, si no aplicaciones de un esquema jurídico en un contexto formal.

Por lo tanto, como afirma Bertoldi, la tendencia dirigida a ampliar la noción de fiducia también ha resultado atractiva para la materia sucesoria.

A este respecto, la literatura, incluso en el derecho intermedio, utiliza la expresión “fiducia sucesoria” para hacer alusión al testamento libral romano y al fideicomiso, esta última institución desarrollada más allá del ordenamiento romano, es decir, desde el derecho medieval hasta el anterior a la Revolución francesa.

Bertoldi analiza las “situaciones de confianza” *mortis causa* y aunque la expresión *situazione affidante* fue acuñada recientemente, la utiliza también como clave de lectura también respecto a las fuentes romanas, lo cual sirve, por un lado, para delimitar mejor y mantener dentro de sus fronteras la fiducia romanística y, por otro lado, para extender a otras hipótesis la categoría de los encargos fiduciarios.

El punto de partida para la autora es la *mancipatio familiae*, que es la institución más arcaica y representa la primera forma de testamento libral. Gayo nos presenta la *mancipatio familiae* como un encargo fiduciario del patrimonio, en cuanto una persona (*familiae emptor*) recibía los bienes en lugar de un heredero, con el encargo luego de redistribuirlos a las personas indicadas (Gai 2,102). Se discute si se trataba de una verdadera transferencia de la propiedad pero, según la autora, en esta forma de *mancipatio* faltaba el efecto traslativo.

Otra figura de situación de confianza *mortis causa* es el fideicomiso que tiene origen en época republicana. Este requiere un acto dispositivo *mortis causa*, acompañado de un ruego del testador de restituir un bien o una parte de bienes a otro sujeto (fideicomisario) distinto al heredero o legatario.

Para la autora, a pesar de las fuertes similitudes y de las teóricas derivaciones, el fideicomiso es una institución distinta de la fiducia, como pone de relieve Probo (Prob.5.13).

Por lo que atañe al fideicomiso universal, este es un paradigma de situación de confianza que requiere la colaboración del heredero, ya que debía aceptar la herencia para hacer operativo el fideicomiso.

El fideicomiso universal tiene dos modalidades principales, descritas por la autora:

La primera hace alusión a fideicomisos que prevén la restitución durante la vida del heredero, y esta modalidad prevé a su vez, dos casos diferentes: el *heres fiduciarius* que, en el período en que es propietario del patrimonio, hace suyos los beneficios (*commoda*), y el *heres fiduciarius*, mero *minister*, que no se apropia de los beneficios de la herencia.

La segunda modalidad se refiere a los fideicomisos que contemplan la restitución después de la muerte del heredero. Aquí estamos frente a la sustitución fideicomisaria en la cual se pueden reconocer los primeros indicios del fideicomiso de familia.

En el Digesto son numerosos los pasajes que hacen referencia a las instituciones de heredero a los cuales se pide transferir la herencia a terceros sujetos, según afirma Bertoldi. Tal transferencia, si el testador no contempla otra cosa, opera desde el momento mismo de la aceptación de la herencia. No obstante, afirma Bertoldi, hay fragmentos del Digesto en los que el *heres fiduciarius* está obligado a transferir la herencia al verificarse un determinado evento, como el alcanzar una edad concreta por parte del fideicomisario.

En tales situaciones, en el caso de que el fiduciario hubiese fallecido antes de la edad indicada por el *de cuius*, los juristas se preguntaron si el *heres fiduciarius* podía retener los bienes o debía en cualquier caso transferirlos al heredero legítimo del beneficiario premuerto.

Además, dado que durante un cierto tiempo los bienes permanecían en la propiedad del heredero, surgió el problema de determinar a quién pertenecían los frutos. A estas cuestiones hacían referencia dos pasajes del Digesto, uno de Javoleno y otro de Papiniano (D.36.1.48, D.22.1.3.3).

Estos textos delimitan la figura del *heres fiduciarius* privado de *commoda*, *nudus minister*, donde la ventaja económica se transfiere al fideicomisario.

Una modalidad ulterior de fideicomiso que toma en consideración la autora es la sustitución fideicomisaria, que prevé la transferencia de bienes al fideicomisario solo en el momento de la muerte del heredero, o después de su muerte (*cum heres morietur o post mortem heredis*).

Según Bertoldi, es un fideicomiso hecho en beneficio de varias personas en sucesión. En la sustitución fideicomisaria habría una delación múltiple sucesiva, con la cual el testador dispone los bienes a favor del heredero (fiduciario) con la obligación de conservarlos y transmitirlos a su muerte o después de su muerte a otra persona (fideicomisario); de este modo el fiduciario disfruta de esos bienes durante toda su vida.

En algunos casos, el *de cuius* podía disponer la restitución de lo que quedara de la herencia. Aquí, dice la autora, estamos frente al fideicomiso de residuo.

Según palabras de Bertoldi, el fideicomiso puede ser configurado a favor de la familia, esta configuración permite garantizar la continuidad del patrimonio dentro de una misma línea familiar, excluyendo cualquier posible dispersión ajena al núcleo designado. Esto comportaba la prohibición de actos de disposición sobre los bienes.

Dado que quien era honrada era la familia en su conjunto, ésta, hasta que no se extinguiera, conservaba el derecho al fideicomiso; y por ello también los sucesivos titulares del patrimonio permanecían gravados con una obligación análoga.

Por eso, quien quiera que fuera el destinatario del patrimonio debía garantizar, a su vez, su restitución a otros familiares, favoreciendo un posible vínculo perpetuo.

Otro caso de fideicomiso es el fideicomiso secreto.

Como explica Bertoldi a partir de las fuentes pueden identificarse los elementos característicos del fideicomiso secreto, que según esta autora son: la persona del fiduciario, que es nombrado heredero en función de otra persona, el fideicomisario; una *rogatio* que solo el fiduciario conoce; una comunicación informal y extratestamentaria del acto de encargo y un compromiso de cumplimiento por parte del fiduciario, en cuya lealtad confía el disponente para la transmisión de los bienes.

Un caso ulterior de situación de confianza se realiza cuando la persona digna de confianza seleccionada por el *de cuius* es ajena a la *successio in universum ius* siendo como máximo un legatario; cuando el objeto de su encargo consiste en ejecutar las disposiciones de última voluntad del testador, estamos ante el ejecutor testamentario.

De hecho, en las fuentes romanas aparece a menudo la mención a un hombre de confianza a quien una persona confía el cuidado de supervisar la ejecución de sus últimas voluntades.

La razón fundamental que llevaba al *de cuius* a nombrar a un ejecutor testamentario era la garantía de que la ejecución de las últimas voluntades se retirase de las manos de los interesados, para confiarse a una persona que no tuviera ningún interés en la herencia. Así lo subraya Bertoldi, destacando la importancia de una figura neutral que garantice el respeto íntegro de la voluntad del *de cuius*.

Pasando al derecho justiniano, el emperador Justiniano estableció que cualquier fideicomiso universal debía tener los efectos de una sucesión universal; que en el fideicomiso de residuo, el fiduciario podía consumir tres cuartas partes de la herencia y que la disposición fideicomisaria podía ser ordenada en secreto.

Finalmente, Justiniano limitó con la Novela 159 del año 555 d.C., el fideicomiso de familia hasta la cuarta generación. El propósito de la Novela parecería ser el de evitar que se litigasen causas demasiado antiguas y de limitar los pleitos producidos por los fideicomisos perpetuos. Esta Novela, ideada por Justiniano sólo para casos particulares (cuando la última transferencia de bienes se vinculase a la muerte del impúber) fue interpretada por los juristas sucesivos de manera extensiva y general.

En las fuentes altomedievales encontramos otras instituciones que pueden entrar en la categoría de las situaciones de confianza: la *affatomia* del derecho franco, el *use* y el *Salmann* del derecho germánico y el ejecutor testamentario, empleado en territorios italianos.

El fideicomiso medieval en general, a juicio de la autora, parece ser la combinación de las reglas de la sucesión feudal con aquellas propias de las instituciones fideicomisarias romanas, para vincular los bienes a una determinada casa. En el fideicomiso medieval se encontraba una prohibición de enajenar los bienes que permitía su duración más allá de la cuarta generación.

Con el movimiento de las nuevas ideas del siglo XVIII, el fideicomiso se convirtió cada vez más en objeto de críticas por parte de filósofos, economistas y juristas que, posicionándose en contra de la institución, abrieron un importante debate.

En primer plano, Ludovico Antonio Muratori (1672-1750): su obra *Dei difetti della giurisprudenza* trató en el capítulo XVII de los fideicomisos, de los mayorazgos, de las primogenituras y las sustituciones.

Llegando a la experiencia jurídica del *Common Law* inglés, una institución muy interesante es el *trust*, que tuvo el origen en el *use* que se retrotrae a la época de las conquistas normandas.

En palabras de la autora, aunque la mayoría de la doctrina inglesa ha afirmado la naturaleza autóctona de la institución, recientemente se han puesto de relieve las fuertes analogías entre el fideicomiso y el *trust*. Es importante poner de relieve que en los testamentos ingleses del siglo XVII a veces se menciona que el *trustee* nombrado por el testador recibe un *commodum alterius*.

El término *commodum* es el empleado por en el derecho común europeo para definir al *heres fiduciarius qui non sentit commodum*. Se trata del fideicomiso que no permite al fideicomisario extraer ningún *commodum*.

A la luz de lo dicho, y en opinión de Bertoldi, el *trust* es también el producto del *ius commune* europeo.

Pasando a Francia, se debe considerar a Cuyacio, que en sus *interpretationes* a las *Pauli Sententiae* se remite a la *hereditas fiduciaria*. El interés de Cuyacio hacia la *hereditas fiduciaria* y hacia el *heres fiduciarius* que está casi obligado por el contrato de fiducia y debe custodiar y restituir los bienes hereditarios sin apropiarse de sus

frutos, se encontrará también posteriormente en la doctrina y la jurisprudencia francesas, y será este interés el que originará la *fiducie del Ancien Droit*; ésta se convirtió en la versión francesa del particular fideicomiso romano que se empleaba solo en presencia de un *heres fiduciarius*, privado de *commoda*.

Tras el *Ancien Régime*, la revolución prohibió en 1792 la sustitución fideicomisaria y los redactores del *Code Napoléon* decidieron suprimirlas, e ignoraron luego tanto la *fiducie* como el fideicomiso.

Por lo tanto, la *fiducie* continuó existiendo en el ordenamiento jurídico francés, mantenida viva tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Con el tiempo, sin embargo, la *fiducie* cayó en desuso hasta la inclusión en el *Code Civil* en los artículos 2011 y siguientes.

Pasando a los territorios de área alemana, el Código Civil austríaco de 1811 preveía originariamente los fideicomisos con amplio margen: en particular distinguía entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso (familiar).

En el BGB de 1900 se admite la institución de un heredero sucesivo (*Nacherbe*) que tras un determinado tiempo o bajo ciertas condiciones sucede al heredero anterior.

Según Bertoldi, se define heredero (anterior) a quien está obligado a la transmisión hereditaria, y heredero sucesivo a quien, al llegar un momento determinado o al verificarse un determinado evento, debe recibir la herencia.

A comienzos del siglo XX, gracias a Schultze, con la creación de la *Treuhand* germánica se llegó a contraponer la fiducia romanística a la germánica. Una aplicación particular de la *Treuhand mortis causa* es el ejecutor testamentario, que, después de siglos de discusión doctrinal fue insertado en el derecho general de sucesiones. Según los §§ 2197 y siguientes del BGB el ejecutor testamentario está obligado a administrar todo o parte de la sucesión durante cierto tiempo.

Pasando a los territorios italianos, en cuanto a las codificaciones anteriores a la unificación, hubo pocas novedades relevantes, mientras que el Código Civil italiano de 1865 prohibió las sustituciones fideicomisarias.

Por lo que atañe al derecho contemporáneo italiano, Bertoldi sostiene que la sustitución fideicomisaria ha cambiado su función, siendo hoy predominantemente asistencial (art.692).

En el Código actual, además, el art.627 trata de las disposiciones fiduciarias, dejando entender que el fiduciario es libre de ejecutar o no dicha disposición. Recientemente, la figura del *trust* ha alcanzado mayor interés a raíz de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los *trusts* y su reconocimiento.

El ordenamiento jurídico italiano ha previsto de hecho el negocio de destinación, institución muy similar al *trust*, con la ley 23 de febrero de 2006 n°51 que añadió al Código Civil el artículo 2645 ter, disposición que parece admitir su forma testamentaria.

En el acto de destinación para la realización de intereses susceptibles de tutela referidos a personas con discapacidad, los bienes aportados y sus frutos pueden ser empleados únicamente para la realización del fin de la destinación.

Así afirma Bertoldi, el acto de destinación ha suscitado notable interés y ha sido definido como “un fragmento” del *trust* italiano.

Para concluir, en 2016 fue promulgada la ley n°112 del 22 de junio de 2016 titulada, “disposiciones en materia de asistencia en favor de personas con discapacidad grave sin apoyo familiar”, conocida como la “ley después de nosotros” para garantizar a las

personas con discapacidad grave medios de tutela personal y económica.

Esta ley permite emplear en estos casos el *trust*, el acto de destinación conforme al art.2645 ter y el “fondo especial, compuesto por bienes sometidos a vínculo de destinación y regulado mediante contrato de encargo fiduciario”.

La obra de Federica Bertoldi constituye una contribución relevante y original al estudio del derecho sucesorio y fiduciario. Su enfoque diacrónico y comparativo permite iluminar las raíces históricas de fenómenos jurídicos contemporáneos, subrayando la persistencia de necesidades fundamentales de confianza y administración *post-mortem*, en distintas culturas y épocas.

Lejos de limitarse a una exposición erudita, el volumen plantea reflexiones teóricas de gran calado sobre la naturaleza del negocio fiduciario y su función dentro del ordenamiento jurídico. Asimismo, abre vías para la reflexión sobre la potencial armonización de los sistemas de derecho continental y *common law* en materia de fideicomisos y estructuras fiduciarias. Pero le hubiera sido de gran ayuda a la autora la lectura y cita de dos artículos, que también aclaran estos mismos temas, escritos por mi directora de tesis, la prof. Margarita Fuenteseca, que son *La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, SCDR 29, 2016, p. 111-138 y *El*

fideicomiso o la encomienda de fidelidad al heres, en Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias / coord. por Margarita Fuenteseca Degeneffe y Lydia Noriega Rodríguez, 2020, p. 193-225.

Por otro lado, la presente obra adquiere especial valor para la ciencia romanista porque se encuentra publicada en la modalidad de *Open Access*, la que garantiza su libre acceso, consulta y reproducción.

En definitiva, *le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà* ofrece una investigación rigurosa y clara, que será de utilidad tanto para romanistas como para civilistas, historiadores del derecho y comparatistas. Con su enfoque preciso y su capacidad de síntesis crítica, Federica Bertoldi consigue articular una obra que combina rigor histórico con una notable sensibilidad hacia las necesidades jurídicas del presente.