

InDret

La facultad de disponer del heredero fiduciario

Comentario a la STSJC de 1 de abril de 2004

Eulàlia Amat Llari
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

Working Paper de Derecho Catalán núm.: 15
Barcelona, julio de 2004
www.indret.com

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. La facultad de disposición del heredero fiduciario**
- 3. Alcance de la prohibición de disponer**
- 4. Naturaleza jurídica del consentimiento que deben prestar los fideicomisarios**
- 5. Consecuencias de la falta del preceptivo asentimiento**
- 6. Plazo para ejercitar la acción**

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de abril de 2004 se enfrenta al problema, ciertamente difícil de resolver, de determinar cuál es la naturaleza jurídica y el consiguiente plazo de prescripción o de caducidad de la acción que tiene el heredero fideicomisario para impugnar el acto de disposición llevado a cabo por un heredero grabado con la condición de morir sin hijos, tradicionalmente conocido como fideicomiso *si sine liberis decesserit* que, finalmente, muere sin descendencia, no sólo cuando este actúa sin facultad de disposición sino específicamente en el supuesto que lo haga excediéndose de la facultad que le otorga el ordenamiento en determinados casos.

En el supuesto objeto de litigio, el demandante, heredero fideicomisario, impugnó el acto de disposición realizado por el fiduciario grabado con la condición de morir sin hijos, condición que se cumplió, ya que el disponente no tenía hijos en el momento de la muerte. El acto de disposición consistió en el pago de la legítima a la que tenía derecho su hermana con bienes de la herencia que, según el actor, tenían un valor muy superior al que le correspondía como legitimaria sin que, además, este acto se hubiera notificado a los fideicomisarios. De acuerdo con estos hechos, la sentencia de instancia desestimó la demanda al considerar que la acción había caducado, la de la Audiencia Provincial la revocó sólo en el sentido de no imponer las costas de la instancia al actor y, el Tribunal Superior, desestimó el recurso de casación, manifestando que: "así como en el caso del fideicomiso puro o incluso en el condicional en el que el fiduciario haya ultrapasado el mandato de conservación de los bienes de la herencia alienante mediante ilegítima utilización de unas facultades absolutamente inexistentes, sería adecuada una calificación de nulidad radical, no parece lógico aplicar el mismo rasante en los casos de hipotética extralimitación de aquellas facultades transmisivas sí reconocidas en el origen", de manera que, según la citada sentencia, cuando el acto de disposición se hacía en pago de legítima, dado que la ley autorizaba al fiduciario a disponer de los bienes sujetos a fideicomiso siempre que éstos no tuviesen un valor superior al que por este concepto le correspondía al legitimario, el acto se podía estimar rescindible en un plazo de caducidad de cuatro años.

El primer problema que hay que plantearse al comentar la citada sentencia es el relativo a las facultades de disposición del fiduciario. Es cierto que el art. 186 de la Compilación, aplicable al supuesto objeto del litigio por razones de temporalidad, impide al fiduciario alienar o grabar los bienes fideicomisos en concepto de libres, salvo en los casos en los que lo permita la ley o lo autoricen el testador o los fideicomisarios, disposición que se mantiene en el art. 217 del Código de Sucesiones, aunque en éste se parte de una filosofía, en principio, contraria, ya que dispone que el fiduciario puede alienar y grabar los bienes fideicomisos en concepto de libres en los casos en los casos en que la ley lo permita o lo autorice el testador o los fideicomisarios. En cualquier caso, la prohibición de disponer se establece como un principio general en la regulación del fideicomiso, aunque con excepciones, o como la excepción a la norma general que permitiría hacerlo y, entre los casos en los que esta facultad se mantiene, hay que destacar con relación al presente caso que tanto el art. 218.1.1 CS como el art. 187.1.1 CDCC permiten al fiduciario disponer de los bienes de la herencia para hacer suyo lo que por legítima les corresponda o para

satisfacer las de los otros legitimarios. Por esta razón, tanto la venta como la dación en pago de un bien de la herencia en cumplimiento de la obligación que afecta a los fiduciarios de pagar las legítimas (art. 183.1 *in fine* CDCC) será eficaz siempre dentro de los límites que comportan la valoración de los bienes alienados y de los que corresponden a los legitimarios por este concepto.

El segundo tema a resolver es cuál es el carácter de la acción que puede ejercitar el fideicomisario y, según esta calificación, cuál es lo plazo para ejercitárla y si éste lo es de prescripción o de caducidad, ya que ni la Compilación, en su momento, ni ahora el Código de Sucesiones, prevén nada para dar respuesta a estos problemas.

2. La facultad de disposición del heredero fiduciario

Tradicionalmente se ha considerado que la sustitución fideicomisaria comporta la falta de poder dispositivo del fiduciario. Como pone de relieve el art. 188 CS: "implica la sustitución fideicomisaria la prohibición de disponer ordenada por el testador, para que determinada persona adquiera la herencia o el legado después de que el heredero o el legatario sujeto a la prohibición haya acontecimiento". No obstante, la falta de poder de disposición *mortis causa* del fiduciario es una característica del fideicomiso que se debe calificar de esencial, aunque se ha defendido que la sustitución preventiva de residuo también se puede considerar fideicomiso, e implica el llamado *ordo successivus*, en virtud del cual la persona que lo sucederá de acuerdo con la voluntad del fideicomitente queda predeterminada. Por el contrario, la imposibilidad de disponer de los bienes *inter vivos*, con el fin de que éstos hagan tránsito al fideicomisario, es una característica que no siempre se da en el fideicomiso y que, más bien, tiende a reforzar lo anterior, ya que el acto de disposición es posible siempre que se rodee de las debidas garantías.

Por este motivo, no se puede decir, si no es con reservas, que la sustitución fideicomisaria implica una prohibición de disponer *inter vivos*, ya que esta prohibición no existe o existe limitadamente en los fideicomisos *si aliquid supererit* y *de eo quod supererit*. Además, en el fideicomiso ordinario el fiduciario puede disponer, en concepto de libres, de bienes de la herencia siempre que lo permita la ley o lo autorice el testador (art. 186 CDCC y 217 CS). Así, al permitirlo la ley, puede disponer para hacer suyo lo que le pueda corresponder por legítima, o para pagar la de los otros legitimarios, para hacerse pago de aquello que pueda exigir por razón de la *cuarta trebeliana*, para satisfacer legados, para pagar deudas o cargas hereditarias, entre otros supuestos que recogía el art. 187 CDCC y actualmente el 218 CS. Puede, igualmente, disponer de los bienes muebles que no puedan conservarse o que puedan perder valor, quedando afectados en su lugar el dinero o los bienes obtenidos, revender bienes comprados a carta de gracia, sustituir bienes que se desgasten por el uso, entre otros (art. 192 CDCC y ahora 220 CS) e incluso puede alienar bienes sujetos al fideicomiso para reemplazarlos por otros con el fin de obtener más rendimiento o utilidad, aunque en tal caso necesita autorización judicial (art. 189 CDCC y 221 CS). A pesar de ello, cuando no se dé ninguno de los supuestos recogidos por la ley, ni el testador lo haya autorizado, el fiduciario sólo puede disponer eficazmente de los bienes sujetos a fideicomiso si

todos los fideicomisarios que lleguen a serlo efectivamente dan su consentimiento de futuro, de presente o de pretérito (art. 196 CDCC y 224 CS).

La necesidad de obtener el consentimiento de todos los eventuales fideicomisarios lleva, en realidad, a la práctica imposibilidad de disponer de los bienes sujetos a fideicomiso, por lo que nunca se tendrá la plena seguridad de que el acto de disposición no será impugnado en el futuro por aquellos de los que no se ha podido obtener el consentimiento o por aquellos de los que no se ha obtenido porque no se podía prever que debían prestarlo y, por lo tanto, los posibles adquirentes difícilmente asumirán el riesgo de verse privados del bien objeto de la alienación. En este sentido, puede ser que alguno de los que lo lleguen a ser ni tan sólo hayan sido concebidos en el momento en que se lleva a cabo el acto de disposición, ya que para que la sustitución sea efectiva es suficiente que el fideicomisario haya nacido o esté concebido en el momento de que el fideicomiso sea deferido a su favor (art. 164 CDCC y 186 CS) y, por lo tanto, no se haya podido obtener el necesario consentimiento ni de ellos ni de los que en su caso serían sus representantes legales, que no pueden actuar en nombre de una persona ni tan siquiera concebida por aquel entonces. Por este motivo, si finalmente nacen, con las características que exige el art. 30 CC, personas con derecho al fideicomiso, éstas podrían impugnar el acto realizado. Igualmente, es posible la existencia de fideicomisarios que ni tan siquiera se ha podido sospechar que lo serían y, por lo tanto, no se ha obtenido el preceptivo consentimiento, ya que si uno de los fideicomisarios llamados no llega a hacer suya la herencia por cualquier causa, la delación se reitera a favor de los que sigan en orden (art. 173.2 CDCC y 195.2 CS) y, de esta manera, se puede ampliar el límite de llamadas inicialmente previsto, con el límite que dispone el art. 180 CDCC y ahora 204 CS, incluyendo a personas de las que hubiera sido necesario obtener el consentimiento con el fin de evitar que puedan impugnar el acto.

Por otro lado, el hecho de que tanto el art. 196 CDCC como el 224 del CS puntualicen que sólo será necesario el de aquellos *que efectivamente lleguen a serlo*, requisito que introduce la Compilación de 1960 respondiendo a la necesidad, que ponía de relieve la doctrina catalana, de evitar que la exigencia del consentimiento de todos los fideicomisarios llevase a la imposibilidad de alienar los bienes incursos en fideicomiso y que no se encontraba recogido ni en la Memoria redactada por Duran y Bas, ni en los proyectos de Apéndice al CC, ni en el proyecto de Compilación de 1955, no comporta ninguna mejora respecto de la situación anterior, aunque ésta fuera la intención con la que se introdujo, ya que el consentimiento de aquellos que no lleguen a serlo resulta irrelevante, pues ningún acto les puede provocar ningún perjuicio y los que lleguen a serlo pueden ser imprevisibles o indeterminados. Además, no queda claro si deben prestar consentimiento aquéllos que tengan delación en el momento del acto de disposición, como pueden ser los fideicomisarios sujetos a plazo, o aquéllos que la tengan en el momento de la muerte del que ha dispuesto del bien, con relación a los sujetos a condición, o todos aquéllos que en un momento u otro tengan delación, quedando sólo excluidos los que no quieran o no puedan aceptar la herencia. Por esta razón, la introducción de este requisito no resuelve en absoluto el problema planteado, ya que ni se sabe a quién prestar el preceptivo consentimiento, ni se fijan las consecuencias de su ausencia, ni se establece qué tipo de acción será procedente para impugnar el acto, ni en qué plazos puede ejercitarse.

Por estos motivos, parece que la solución más coherente de *lege lata* para interpretar el artículo 224 CS sería aplicar por analogía, que se corresponde con lo que disponía el art. 196 CDCC, la norma que recoge el art. 225.2 CS, en relación a los supuestos en que se requiere la notificación a los fideicomisarios y que se reitera con alguna variante en el art. 389.2 CS, que se refiere a los casos en los que es necesario el consentimiento de los hijos o descendientes para que el cónyuge superviviente pueda disponer de los bienes sujetos a reserva binupcial, normas que se recogían igualmente en los art. 194.2 y 271.2 de la Compilación, ya que entre la situación que regulan estas normas y la que contemplan aquéllas, existe identidad de razón. Así, de acuerdo con las últimas, sólo es necesaria la notificación a los fideicomisarios que, en el momento de disponer del bien, estén determinados y, como mínimo, concebidos, y sólo es preciso el consentimiento de los reservatarios que lo sean en el momento de llevar a cabo el acto de disposición, limitación que debería servir para interpretar, concretándolo, el sentido de la expresión *que efectivamente lleguen a serlo* de las primeras. A pesar de ello, de *lege ferenda*, lo más procedente sería la modificación del art. 224 CS, concretando con una norma similar a las citadas quién debe prestar consentimiento al acto de disposición, norma que, además, sería deseable que fijase las consecuencias del acto de disposición llevado a cabo sin el preceptivo consentimiento y que dejase claro cuál es el plazo procedente para ejercitar la acción de impugnación del citado acto.

3. Alcance de la prohibición

La prohibición de disponer que afecta al fiduciario comprende no sólo la de alienar a título oneroso o gratuito, sino también la de grabar los bienes objeto de fideicomiso. Así se pone de relieve en el art. 218 CS, cuando, como excepción, se le permite al fiduciario alienar o grabar estos bienes en determinados casos, y en el artículo 224 CS, cuando sólo le permite llevar a cabo estos mismos actos con el consentimiento de los fideicomisarios, gravamen que hay que referir en primer lugar a los de hipoteca y prenda, ya que comportan la posibilidad de alienación forzosa en caso de incumplimiento de la obligación que garantizan. A pesar de ello, sería posible, evidentemente, hipotecarlos de manera condicional, sólo para el caso que el hipotecando deviniese heredero libre, sujetando la hipoteca a las normas de los art. 238 a 240 RH.

Hay que entender, igualmente, que el fiduciario no podría imponer una servidumbre sobre la finca sin el consentimiento de los fideicomisarios, a menos que se configurase como condicional, ni constituir un censo, ya que el art. 3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1990, de 16 de marzo, de censos, establece que la constitución del censo supone la transmisión de la propiedad al censatario y el art. 228 CS permite al fiduciario a término ceder el simple aprovechamiento de los bienes del fideicomiso hasta que acabe el plazo, pero no hacerlo a título de censo.

Por el contrario, considero que sería posible constituir un derecho de usufructo o de uso y habitación o de superficie, siempre que se pactase que, al extinguirse el derecho del fiduciario, se extinguiría también el derecho del usufructuario, del usuario o del superficiario, retornando el goce del bien o de aquello construido o plantado al fideicomisario, como de hecho permite hacer

tanto el art. 228 CS, como los arts. 12 de la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, de uso y de habitación y el 34 de la misma ley, como el art. 3.2 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, aunque en el caso de uso y habitación y en el de superficie la ley prevé la posibilidad de establecer un plazo, pero no hace referencia al posible establecimiento de una condición, aunque tampoco la prohíbe, razón por la que entiendo que es posible condicionar el derecho si bien cabe pensar que, en todo caso, éste debe tener un tiempo máximo de duración en el supuesto del derecho de superficie (en virtud de lo que dispone el art. 3.2 de la segunda ley).

Igualmente, considero que el fiduciario podría llevar a cabo la partición de la herencia en caso de existir varios coherederos, siempre que se tratase de un puro acto de partición (arts. 190 CDCC y 211 CS) o, en otro caso, con autorización judicial. También podría dar en arrendamiento un bien sometido a la ley de arrendamientos urbanos, ya que el art. 13 de la LAU dispone que, si durante el plazo de cinco años queda resuelto el derecho del arrendador por la apertura de una sustitución fideicomisaria, el arrendatario tiene derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumpla el citado plazo y, si el pactado es superior a los cinco años, el contrato queda resuelto en el momento de la delación una vez transcurrido el plazo legal, disposición que pienso que se puede aplicar por analogía con relación al plazo de tres años que fija el art. 12 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos.

Por estos motivos, entiendo que existe en el fideicomiso un principio general que hay que aplicar a diferentes supuestos además de los que he mencionado anteriormente, en virtud del cual el fiduciario no puede llevar a cabo, sin el consentimiento de los fideicomisarios, ningún acto mediante el cual confiera derechos a terceros que no puedan quedar resueltos y sin efectos en el momento de producirse la delación a favor de ellos.

4. Naturaleza jurídica del consentimiento que deben prestar los fideicomisarios

Se ha defendido que el consentimiento de los fideicomisarios comporta una renuncia, si bien hay que poner de relieve que no se trata de una renuncia a la herencia, ya que el que consiente continúa manteniendo su derecho a la misma, ni tampoco de una renuncia al bien en concreto, ya que si, al final, el fiduciario no dispone de él, pese a la existencia de consentimiento por parte de los fideicomisarios, el que ha permitido la alienación de un bien puede hacer suya, no sólo la herencia, sino también el bien en concreto (art. 196.2 CDCC y 224.2 CS). Tampoco considero que se trate de una renuncia al bien condicionada a que éste se llegue a alienar efectivamente, que también se debe entender condicionada a que el que renuncia llegue a ser efectivamente fideicomisario, ya que el que asiente no es titular de ningún derecho en el fideicomiso condicional sino, en todo caso, de una expectativa, ni tampoco es titular de los bienes en el que está sujeto a plazo, ya que, aunque en tal caso el fideicomisario es titular del derecho y no es necesario que lo acepte, no ha tomado posesión, ni lo puede hacer hasta que se produzca la delación a favor de él. Tampoco se puede entender, según mi parecer, como una renuncia a

impugnar el acto de disposición realizado, pues ésta difícilmente se podría admitir de manera preventiva.

Por el contrario, considero que, más que el consentimiento, lo que se requiere es el asentimiento de los fideicomisarios, de manera que su ausencia comporta que el acto de disposición sea ineficaz por falta de un elemento necesario para entenderlo completo, ya que en determinados supuestos este acto requiere, no sólo el consentimiento del fiduciario, que recae sobre el objeto y la causa del acto, sino también que éste se acompañe del asentimiento de los fideicomisarios que, mediante él, permiten que éste produzca efectos dentro de su patrimonio, limitando sus expectativas o derechos.

5. Consecuencias de la falta del preceptivo asentimiento

Lo primero que hay que diferenciar cuando hablamos de actos de disposición es si nos encontramos ante un fideicomiso a plazo o condicional, sin que sea procedente diferenciar entre fideicomiso puro y condicional, como se hace en la sentencia que comentamos, dado que el primero, que encontraba su origen en el derecho romano y que ha desaparecido del actual Código de Sucesiones, ya tenía en la Compilación un papel residual por su falta de aplicación práctica y, especialmente, porque tanto el art. 186.2 CDCC como el art. 217.2 CS diferencian entre la facultad de disponer del fiduciario sometido a condición y el sometido a plazo, pues mientras que en el primer caso el acto es válido, pero deviene ineficaz si la condición se cumple, en el segundo cabe pensar que el acto de disposición no es, en principio, posible.

Cuando se hace referencia al fideicomiso sujeto a condición se defiende que el acto no está afectado de nulidad, excepto que se haya impuesto una especial prohibición de disponer, sino que es ineficaz (art. 186.2 CDCC), mientras que en el segundo se dice que hay que considerarlo nulo. Por esta razón, el acto de disposición realizado por el fiduciario en el fideicomiso *si sine liberis*, según la doctrina mayoritaria, nunca se podría considerar nulo, como se apunta en la Sentencia del TSJC que comentamos, ya que está sometido a una condición que se puede cumplir o no y, en este último caso, el acto sería perfectamente válido y eficaz. A pesar de ello, hay que poner de relieve que tampoco esta distinción parece razonable, ya que, si entendemos que el acto de disposición realizado sin los preceptivos asentimientos, es nulo, si en el fideicomiso condicional se cumple la condición el acto también se debería considerar nulo desde su inicio. Igualmente hay que tener en cuenta que en el sometido a plazo tampoco se producirá siempre la nulidad, ya que podría ser que todos los fideicomisarios llamados fuesen incapaces de suceder al fideicomitente o renunciasen al fideicomiso y, entonces, el que hubiera dispuesto de un bien sujeto a éste sería libre de hacerlo y el acto sería plenamente válido y eficaz.

Por otro lado, esta nulidad, en caso de existir, no podría ser invocada por aquellos que hubiesen asentido al acto de disposición, en contra de la norma general que se aplica a la nulidad, ya que a ellos les vincularía la autorización concedida, como pone de relieve actualmente el art. 224.3 CS, aunque como veremos esta vinculación no se recogía en la CDCC.

Por estas razones consideramos que la consecuencia de la falta de asentimiento no es, en ningún caso, la nulidad, ya que lo que sucede es que el bien continúa grabado con el fideicomiso, aunque se haya dispuesto a favor de terceros, a no ser que éstos hayan adquirido a título oneroso y de buena fe y, por lo tanto, no es procedente hablar de nulidad del acto de disposición y, menos aún, calificarla de radical, sino que, en todo caso, se deberá considerar ineficaz para que no pueda ser opuesto a los fideicomisarios que no hubiesen asentido, mientras que no es admisible el argumento de que no se puede hablar de nulidad para que el acto pueda ser convalidado por el asentimiento de los fideicomisarios, como parece apuntar la sentencia del Tribunal Superior, pues también el acto nulo se puede ratificar en determinados supuestos (como ponen de relieve tanto el art. 1259.2 como el 1727.2 CC).

Tampoco es posible, según mi parecer, considerar que es nulo el acto de disposición llevado a cabo por el fiduciario ultrapasando su mandato de conservación de los bienes de la herencia, mientras que en caso de extralimitación de aquellas facultades transmisivas reconocidas en origen se debe entender que se trata de un acto rescindible, que se puede impugnar en el plazo de cuatro años, como estima la sentencia del Tribunal Superior que, además, considera que se trata de un plazo de caducidad y típico de las acciones rescisorias.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la transmisión dominical está amparada *prima facie*, tanto en el supuesto de extralimitación de la facultad transmisiva que la ley reconoce al fiduciario con la condición de que no supere el valor necesario para atender al pago de las legítimas u otros gastos de las que se hace cargo, como en el supuesto de fideicomiso condicional, ya que el art. 186.2 CDCC permite disponer válidamente de los bienes, aunque su eficacia reste supeditada a la posible efectividad de la sustitución y, en el primer caso, tanto con relación al fideicomiso condicional como a plazo y, por lo tanto, en los dos casos, su eficacia, y en ningún caso su licitud, está pendiente del cumplimiento de la condición de que finalmente llegue a ser heredero libre o de que no supere el límite fijado, cumplimiento que en cualquiera de los casos será necesario que prueben los interesados al impugnar el acto.

Por otro lado, el fraude al fideicomiso se produce, en todo caso, tanto si el fiduciario se extralimita al disponer como si dispone sin el consentimiento de los fideicomisarios y sin que lo permita ni la ley, ni el causante y, en ninguno de los dos supuestos, se puede entender que se pueda interponer la acción rescisoria, ya que los casos en los que se puede rescindir un acto o contrato están tasados por la ley, es decir, sólo se pueden rescindir aquellos *en que especialmente lo determine la ley* (art. 1291 CC) y ni el Código civil ni las leyes catalanas establecen la rescindibilidad del acto de disposición llevado a cabo por el fiduciario sin asentimiento de los fideicomisarios extralimitándose a lo que le autoriza la ley. En este sentido, hay que poner de relieve que el art. 321 CDCC sólo permite la rescisión de los actos relativos a bienes inmuebles en los que el alienante haya sufrido lesión en más de la mitad del precio justo y el art. 1291 CC no incluye dentro de la rescisión el supuesto que contemplamos, ni en ningún caso se pueden aplicar estas normas por analogía, ni se puede entender que los fideicomisarios son acreedores a los que

se ha defraudado, ni alienantes a los que se ha lesionado al pagar un precio inferior a la mitad del justo.

Hay que tener en cuenta, igualmente, que tampoco se podría equiparar la nulidad parcial a la rescisión, como parece apuntar la sentencia objeto del presente comentario, ya que una cosa es que el acto sea nulo en parte y la otra que se pueda rescindir. En este sentido, hay que tener en cuenta que la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses (art. 1295 CC, aplicable igualmente en Cataluña en virtud de lo establecido por el art. 324 CDCC), aunque en el supuesto de rescisión por lesión se pueda evitar mediante el pago del precio o valor lesivos (art. 325 CDCC), mientras que la nulidad parcial supone, en todo caso, la validez relativa del acto, sólo en la parte en la que el fiduciario estaba autorizado a disponer de acuerdo con el valor de las legítimas correspondientes.

No obstante y como hemos dicho, más que de nulidad hay que hablar, en cualquier caso, de ineffectuación. En caso de extralimitación de facultades, el negocio realizado será efectivo en la parte que no supere el valor permitido e ineffectivo en la parte que lo supere, de la misma manera que es efectiva la donación realizada por el causante en la parte que no afecte a las legítimas e ineffectiva en la parte que las comprometa y, por lo tanto, los bienes quedarían incursos en el fideicomiso en la parte que se pudiera reducir y, en cambio, la posición del tercero sería inviolable respecto del resto, pero en ningún caso sería posible la rescisión. Por esta razón, puede ser que en el litigio que resuelve el Tribunal Superior se justifique que la actora pidiese que le fuese retornada únicamente una de las fincas de las que había dispuesto el fiduciario, entendiendo que era ésta la que comportaba que se superase el valor de la legítima, sin que este fuera un argumento más para concluir que se trataba de una acción de rescisión, como estima el Tribunal.

Entender que el acto llevado a cabo por el fiduciario extralimitándose de la facultad de disposición que se le concede legalmente es ineffectivo sólo de manera relativa sería, igualmente, coherente con el art. 209.3 CDCC y el art. 242 CS, que establecen que los actos de alienación o gravamen son efectivos en tanto sean imputables a los conceptos a los que el fiduciario o sus herederos tengan derecho o que acreden contra el fideicomiso al deferirse éste y en la medida en que lo permita la cantidad total a la que el fiduciario tenga derecho por los conceptos indicados, mientras que cuando la cantidad indicada no cubra el valor de los bienes realizados y los gravámenes impuestos únicamente se sostienen como efectivos los que, por orden cronológico de más antigüedad, quepan en aquella cantidad, con preferencia de los otorgados a título oneroso en escritura o documentos públicos a favor de adquirentes que no hayan tenido conocimiento, sin culpa por parte de ellos, del gravamen fideicomisario no inscrito en el Registro de la Propiedad, norma prácticamente idéntica en lo esencial a lo que disponen los arts. 373 y 374 CS para la reducción de las donaciones inoficiosas.

Por todos estos motivos, en el supuesto en que se lleve a cabo un acto de disposición y el valor de los bienes de los que se dispone supere el valor de las legítimas que el fiduciario debe pagar o de las deudas de la herencia a las que debe atender, este acto se debe someter, en la parte que excede a las facultades del fiduciario, a las mismas normas que los actos realizados sin autorización de la

ley, ni del testador, ni contando con el asentimiento de los fideicomisarios, de manera que ningún acto llevado a cabo por el fiduciario sin facultad de disponer o en la parte que se excede de la facultad que tiene, puede oponerse al fideicomisario que no ha prestado su asentimiento y, por este motivo, éste puede reivindicar los bienes que se encuentren en posesión de terceros, ya que, una vez ha tenido lugar la delación a favor de éste, el tercero no es más que un poseedor sin título, pues adquirió un bien de quien era titular de un derecho que ha quedado resuelto.

6. Plazo para ejercitar la acción

Si consideramos que la acción que pueden ejercitar los fideicomisarios que no han asentido al acto de disposición realizado por el fiduciario sin facultad de disposición, o excediéndose de aquélla que se le otorga, no es una acción rescisoria, tampoco se puede estimar que el plazo para ejercitárla sea el de cuatro años que establecen los art. 1299 CC y 322 CDCC, sino que más bien parecería posible considerar que el plazo para ejercitárla es el de cinco años que establece el art. 378.2 CS para la reducción por inoficiosidad, pero tanto la prescripción como la caducidad se deben interpretar restrictivamente y siempre es delicado aplicar por analogía plazos contemplados por otras instituciones.

Por este motivo, lo plazo para recuperar los bienes debe ser aquel en el que sea posible ejercitar la acción reivindicatoria, vigente la Compilación, en el plazo de treinta años y, una vez en vigor la primera ley del Código civil de Cataluña, en el plazo de diez años, aunque según un importante sector de la doctrina la acción reivindicatoria no prescribe mientras otro no haya adquirido el derecho por usucapión y, en todo caso, el plazo se debe contar a partir del momento en el que el fideicomisario pueda entrar en posesión de los bienes sujetos a fideicomiso, ya que, como ponía de relieve el art. 209 CDCC y ahora el art. 241 CS con carácter general, los actos se pueden impugnar y los bienes ser reivindicados una vez adquirido el fideicomiso.

Por otro lado, el plazo para ejercitar la acción no se puede entender de caducidad, sino de prescripción. En este sentido, ni la CC, ni la CDCC, ni el CS permiten entender que nos encontramos ante un plazo de caducidad. El plazo para ejercitar la acción reivindicatoria es, en todo caso, un plazo de prescripción y así lo entiende también el art. 378 CS para la acción de reducción de donaciones, sin que el hecho de que la acción rescisoria tenga un plazo de caducidad, con arreglo a lo dispuesto en el art. 322 CDCC, permita aplicar esta característica por analogía a otros plazos o instituciones cuando ni la ley, ni la misma naturaleza del acto, lo permiten.

A pesar de ello, considero que una vez vigente el Código de Sucesiones esta acción no sólo sería posible cuando el que adquiere lo haya hecho a título oneroso y de buena fe (como pone de relieve el art. 242 CS) sino también cuando el fideicomisario que pretende recuperar el bien sea heredero de aquel que hubiese consentido la alienación, ya que los actos realizados por el causante vinculan a sus herederos. En este sentido, hay que tener en cuenta que el art. 263.4 CDCC y ahora el art. 35.4 CS establecen, con carácter general, la vinculación de los herederos por

los actos de su causante y que la Compilación establece al art. 209.2 una excepción a esta norma al disponer que *No vincularán el fideicomisario como actas propios los actos que con respecto al fideicomiso haya realizado el fiduciario aunque sea su heredero, si pues este no le impusiese esta vinculación en el título sucesorio.* No obstante, la actual regulación mantiene la norma general de vinculación y ha suprimido la excepción referida al fideicomiso, como destaca la Exposición de Motivos del Código, razón por la que hay que entender que, actualmente, la vinculación también afecta al fideicomisario heredero del fiduciario y, por lo tanto, aquél no puede impugnar un acto llevado a cabo por éste.