

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE NECOCHEA

22 DE OCTUBRE DE 2019

**CARDENAU, RUBÉN OMAR C. CARDENAU, OMAR NICOLÁS Y OT. S/ NULIDAD DE ACTO
JURÍDICO**

TEXTO COMPLETO

2ª Instancia.- Necochea, octubre 22 de 2019.

1ª ¿Es justa la sentencia obrante a fs. 980/989? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

1ª cuestión. — La doctora Issin dijo:

I. A fs. 980/989 y con fecha 11 de diciembre de 2018 el Sr. Juez de Grado dicta sentencia por la que resuelve rechazar la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por Rubén Omar Cardenau. Impone las costas del juicio a la parte actora vencida y difiere la regulación de honorarios para cuando obren pautas a tal fin.

Para así decidir y previo determinar que en el caso son aplicables las normas del Cód. Civil (art. 7 del Cód. Civil y Comercial), afirma que de la lectura de la escritura pública N° ..., de fecha 25 de junio del año 2004, surge claramente la constitución de un contrato de fideicomiso y transmisión fiduciaria, tal como expresamente lo manifiestan las partes comparecientes en el acto. Asimismo, interpreta en el mismo sentido que “también como corolario de un acuerdo de voluntades, se modificó dicho contrato de fideicomiso mediante la escritura pública número ..., de fecha 3 de junio del año 2009, pasada ante el mismo Notario.”

Sintetiza que el actor planteó la nulidad de estas dos convenciones porque tienen como objeto una herencia futura, hay sustitución fideicomisaria, y el fideicomiso —al que califica de testamentario— afecta su legítima hereditaria. Asimismo, destaca el sentenciante que el actor expuso en la demanda que suscribió la primera escritura al ser víctima de amenazas proferidas por su padre.

Luego de ello conceptualiza el fideicomiso de conformidad con lo normado en el artículo 1 de la ley 24.441 y la nueva norma derogatoria de la anterior, tal surge del artículo 1666 del Cód. Civil y Comercial y menciona sus características.

Expresa, con cita de doctrina relacionada a la codificación unificada, que “[a]unque el contrato de fideicomiso puede llegar a guardar conexión con el derecho sucesorio según cuales fueren las estipulaciones y previsiones contenidas en el pacto fiduciario,

lo cierto es que en el fideicomiso con finalidad testamentaria el fiduciante manifiesta su voluntad sucesoria, la que será cumplida por el fiduciario a la muerte de aquel, sin necesidad de iniciar diligencias de sucesión legítima o testamentaria. Vale decir, contiene la disposición de la última voluntad de una persona que, en su calidad de fideicomitente, traslada los bienes de su patrimonio, que desea destinar para el beneficio de las personas designadas en ese acto (o consignando las normas o reglas para su determinación) a un fiduciario, quien los recibe con el encargo o la instrucción de destinarlos al momento de verificarse la muerte del fiduciante.”

Sostiene que el fideicomiso testamentario tiene su raíz en haber sido instituido por el testador en su testamento, y surte efectos a partir de la muerte del testador.

Luego de ello considera que el pacto sobre herencia futura supone un contrato referido a una sucesión mortis causa no abierta, y menciona los recaudos para la existencia del mismo.

Respecto de la sustitución fideicomisaria considera que supone el nombramiento como mínimo de dos herederos sucesivos, para luego analizar los peligros que encierra la figura.

En base al marco normativo y teórico descripto el juez de grado expone que “[s]entados tales conceptos y contrastándolos con las constancias de la causa —puntualmente con las convenciones contenidas en las escrituras públicas objeto de la litis—, nos encontramos con un contrato de fideicomiso —y su posterior modificación— que reúne todos los elementos contenidos en la legislación que lo regula y que ha sido debidamente instrumentado y registrado conforme normas registrales vigentes. Por ello, deviene improcedente el planteo de violación de normas que regulan el orden sucesorio, toda vez que no estamos en presencia de una disposición de última voluntad, ni se ha constituido o instrumentado un fideicomiso testamentario cuya regulación estaba prevista en el art. 3 de la ley 24.441 (hoy arts. 1699 y ss. del Cód. Civ. y Comercial), sino que, por el contrario, existe un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, R. O. C. y M. del C. T. —como fiduciantes— y Rubén Omar Cardenau —como fiduciario—, que convinieron en celebrar el contrato de fideicomiso, creando un patrimonio fiduciario de afectación compuesto por los inmuebles oportunamente detallados.

Así las cosas, el acto jurídico cuya nulidad absoluta pretende el actor resulta un contrato de fideicomiso, siendo de aplicación a los fines de la creación, ejecución y cumplimiento del mismo las normas que rigen los contratos en general, esto es, los arts. 1137 y ss., 1198 y concs. del Cód. Civil y art. 1º y concs. de la ley 24.441. En el caso no se instituyó heredero, ni se pactó sobre una herencia futura, ni ha habido

sustitución fideicomisaria por la sencilla razón de que no ha habido una disposición de última voluntad o testamento, sino un contrato.”

Seguidamente considera que el accionante no logró acreditar en las actuaciones el vicio de la voluntad que alegó de haber suscripto el fideicomiso instrumentado mediante escritura N° ... bajo las amenazas de su padre de que vendería todos los bienes y que de existir invalidaría el consentimiento.

Analiza además los extremos que deben reunir las amenazas para concluir que el relato del actor no concuerda con las constancias obrantes en las actuaciones en base a lo considerado, especificando que el accionante “ha ejecutado y cumplido el contrato de fideicomiso oportunamente celebrado, ratificando su voluntad de continuar con el mismo mediante la suscripción de la modificación del contrato original, ya habiendo fallecido su padre, en el que se cambiaron las personas de los beneficiarios y fideicomisarios, siendo esta otra oportunidad en la que pudo haber retractado su voluntad.”

Califica de contradictoria la conducta del actor, en atención a los caracteres fundamentales del contrato de fideicomiso —confianza y lealtad— y la buena fe en el marco de la interpretación de los contratos.

Finalmente, y a todo evento considera que la defensa de prescripción liberatoria esgrimida por los demandados habría de prosperar por aplicación del artículo 4030 del Cód. Civil, en tanto la acción de nulidad por vicio del consentimiento comenzó a correr a partir del fallecimiento del padre del actor —02/06/2009— habiéndose entablado la demanda con fecha 16/04/2012.

II. Contra esta resolución interpone recurso de apelación el actor mediante apoderado, el que es fundado mediante presentación electrónica de fecha 27/05/2019 y mereció réplica a fs. 1007/1015 por parte de dos de los codemandados —fideicomisarios—, y del notario citado mediante presentación electrónica de fecha 19/06/2019.

Asimismo, y habiéndose dado vista a la Sra. Asesora de Incapaces, en función de haberse también trabado la litis contra Magdalena Cardenau menor de edad y beneficiaria y fideicomisaria en función de la modificación del fideicomiso mediante escritura N° ..., la misma peticona la confirmación de la sentencia, mediante presentación electrónica de fecha 11/07/2019.

1) El recurrente plantea los agravios a fin de cuestionar tres ejes de la sentencia, en cuanto la misma “a) No declara que el contrato de fideicomiso cuya invalidez se solicita viola la prohibición de pactar sobre herencias futuras y el derecho a recibir la legítima hereditaria sin restricciones, normas de orden público que han resultado vulneradas en perjuicio de mi representado; b) Decide que la acción ejercitada se

encuentra prescripta; c) Resuelve que mi mandante convalidó con su comportamiento posterior a la celebración y modificación del contrato la inconfirmable nulidad absoluta que se postula.”

Sobre el primer punto critica la valoración realizada por el juez de grado en cuanto considera que en el caso no se trata de un pacto de herencia futura, sino de un contrato de fideicomiso sin connotaciones sucesorias, afirmando que es un error, por cuanto bajo la máscara de un contrato de fideicomiso se encubrió la violación de la legítima y la desheredación del actor, constituyendo un pacto sobre herencia futura violatorio de disposiciones legales de orden público y prohibido por la normativa civil.

Expresa que “[h]aciendo un sintético inventario de lo ocurrido, debemos referir ineludiblemente las siguientes circunstancias relevantes para la solución justa del litigio: 1) El padre del actor el 25 de junio de 2004 celebró simultáneamente sendos contratos de transmisión fiduciaria con finalidad sucesoria de los campos de su propiedad con sus dos únicos hijos, Rubén Omar Cardenau —fs. 6/15— y Marisa Nancy Cardenau —fs. 63/67—; 2) En esos instrumentos partió y distribuyó entre sus dos hijos, con el consentimiento de su esposa socia en la sociedad conyugal y por ende con importantes derechos sobre dichos bienes, de manera proporcional las fracciones de campo cuyo dominio pleno detentaba, transmitiéndoles por treinta años la propiedad fiduciaria; 3) Allí también el padre de mi representado —actuando como fiduciante y partidor de los bienes de su futura herencia— se aseguró para él y para su esposa de modo vitalicio los beneficios económicos —rentas— de las fracciones de campo en cuestión colocando a ambos progenitores de mi mandante en la condición de beneficiarios de los fideicomisos. Esta reserva de usufructo tiene particular importancia, dado que demuestra que el efecto más importante del fideicomiso —la percepción de las rentas de los bienes que se le incorporaron— se difirió para después del fallecimiento de ambos progenitores del actor, lo que es claramente demostrativo de la connotación hereditaria del acto cuya nulidad se demanda y el sentido de acto mortis causa que el mismo tuvo. No hubo efectos inmediatos sino diferidos al deceso del padre y madre y de mi mandante; 4) En los dos casos designó en carácter de fiduciarios al actor y a su hermana respectivamente; 5) Para el momento de los fallecimientos de los beneficiarios nombró —con inocultable finalidad sucesoria— en carácter de beneficiarios sustitutos a sus nietos —los hijos de mi comitente aquí demandados—; 6) Al terminar el fideicomiso se dispuso que la plena propiedad pasara a los nietos, conservando los hijos de permanecer vivos (mi mandante y su hermana Marisa) solamente el usufructo vitalicio de las parcelas rurales objeto de los contratos; 7) En el caso del pacto celebrado por el actor, el mismo fue modificado en una

escritura posterior para incluir a una nueva nieta que nació después de firmado el primer instrumento y realizar arreglos vinculados con el destino de los frutos a obtenerse de los campos transmitidos en fiducia de manera de tratar de emprolijar un poco algo que resultaba manifiestamente ilegal pero sin superarse con esa reforma la causa de la nulidad absoluta que proviene del instrumento inicial y que es inconfirmable por afectar el orden público; 8) En la compleja escritura modificatoria firmada el 3 de junio de 2009, al día siguiente del fallecimiento del padre de mi representado, se determinó la parte del campo que beneficiaría económicamente a la madre del actor en 100 has., compareciendo al mismo los herederos del fiduciante, acreditando sus vínculos con las partidas correspondientes en una suerte de proceso sucesorio notarial acelerado completamente ajeno a nuestra legislación que dispone que el proceso sucesorio es ineludiblemente judicial; 9) La beneficiaria se guardó el derecho de elegir arrendatario y cobrarlo en forma directa sin intervención del actor, quebrando de este modo el principio de confianza en el fiduciario, elemento esencial de todo fideicomiso verdadero; 10) El fiduciario tenía prohibido ejecutar actos dispositivos o de gravamen sin autorización de su madre; 11) La retribución del fiduciario se fijó en toda la producción de 150 has., incrementándose en 60 has más cuando los beneficiarios sustitutos asumieran la condición de titulares por el fallecimiento de la madre de mi mandante; 12) En el supuesto de concurso, incapacidad, quiebra, incumplimiento culpable de obligaciones, renuncia o muerte del actor el mismo perderá su condición de fiduciario con todo lo que ello conlleva desde todo punto de vista. Debe cuidarse de no quedar discapacitado si no quisiera correr el albur de perder absolutamente todo; 13) Literalmente se lo desheredó por anticipado y sin causa válida por la vía fraudulenta del fideicomiso y se establecieron con precisión las personas que quedarían en definitiva con la propiedad plena de los campos de sus padres, vedándole la libre disponibilidad de su herencia futura; 14) Para todo esto, asesoramiento notarial mediante, se utilizó la figura del fideicomiso como modo de enmascarar una auténtica desheredación no permitida por la ley. La maniobra se consumó instrumentando un acto bajo la cobertura de un negocio jurídico con legitimidad formal, cuyo real propósito —causa subyacente del fideicomiso— era la elusión de las normas imperativas relativas a la integridad y plenitud de la herencia en perjuicio del accionante.”

A partir de estas circunstancias afirma “El resultado de este pacto de herencia futura ha determinado la siguiente situación: Al fallecimiento de sus padres el demandante se ha encontrado privado de recibir y gozar el dominio pleno de esas fracciones de campo, viéndose impedido de disponer normal y libremente de las mismas, ya sea vendiéndolas, testándolas, donándolas, aportándolas a una sociedad, gravándolas,

etcétera. Su derecho constitucional de usar y disponer racionalmente de la propiedad privada heredada ha resultado manifiestamente quebrantado (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Además, se ha alterado indebidamente el orden sucesorio, prohibiéndole la adjudicación libre de su porción disponible para después de su deceso e hipotéticamente excluyendo de su orden hereditario a su cónyuge si en el futuro contrajera matrimonio. Conforme el acuerdo sobre herencia futura cuestionado, esos bienes quedarán inexorablemente para sus hijos, es decir que mediante los instrumentos en crisis se ha decidido anticipadamente quienes serán sus únicos sucesores respecto de esas fracciones de campo, ello sin siquiera prever que los hijos del accionante eventualmente podrían cometer actos que importaran su indignidad que no podrían producir sus efectos naturales previstos por la legislación (arts. 2281 y siguientes del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Bajo la mampara de un planeamiento familiar patrimonial, se han vulnerado inaceptablemente sus derechos. Si mi mandante quisiera legar su porción disponible a una institución de bien público, a un tercero, a su conviviente o a quien le plazca, no tiene la posibilidad ni la libertad de hacerlo. Los abuelos buscaron asegurarse de que sus bienes quedaran en exclusividad para sus nietos, excluyendo a su hijo y para eso han usado como instrumento de esa ilicitud la figura del fideicomiso contractual de planificación sucesoria, pero ello atropellando sin miramientos a los legítimos derechos hereditarios del aquí actor.”

Alega que “[l]a sentencia no recepta que surge clarísimo que el verdadero propósito de esos documentos no ha sido otro que el de limitar, condicionar, afectar, supeditar y restringir en fraude a la ley los derechos hereditarios del actor para que no pueda hacer con sus campos lo que crea más conveniente a sus intereses, buscando el abuelo fiduciante asegurar que al momento de su muerte y la de su cónyuge, fueran únicamente sus nietos las personas que recibieran el dominio pleno de las parcelas rurales, excluyendo a todo otro eventual heredero del actor a su muerte. Una planificación sucesoria por vía contractual prohibida por la ley, porque saltea olímpicamente al actor —hijo— para a la postre consolidar el dominio pleno de los inmuebles en los nietos. Es necesario recordar a esta altura de la exposición, dado que la sentencia lo ignora, que la voluntad de las partes no puede dejar sin efecto disposiciones en las que está interesado el orden público (art. 21, Cód. Civil, art. 12, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y tanto la prohibición de los acuerdos sobre herencia futura, como así también la legítima de los herederos forzosos, se incluyen sin hesitación en esta parcela indisponible del derecho.”

Sostiene que “[e]n este caso, el fideicomiso ha sido el vehículo y la pantalla para

defraudar la herencia de un heredero forzoso pero lo que debe prevalecer es la realidad negocial (causa subyacente del fideicomiso) y sus consecuencias, más allá de las ampulosas formas pergeniadas a través de una ingeniería jurídica lesiva del orden público (...) Un contrato de planificación patrimonial no puede quebrantar los derechos hereditarios de un hijo en los que está involucrado el orden público y en consecuencia no pueden ser dejados de lado aunque medie consentimiento de las partes dado que los pactos de herencia futura son nulos en nuestro derecho y siendo de nulidad absoluta, son inconfirmables, irrenunciables e imprescriptibles las acciones dirigidas a obtener su invalidez. Ello es aplicable a los pactos de institución, los renunciativos, los dispositivos y los distributivos.”

Argumenta que la porción legítima es inviolable, intangible e irrenunciable y ello se trate de un fideicomiso testamentario, o contractual de planificación sucesoria, como el del caso y es por ello que el “Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1670 ha prohibido de manera categórica que las herencias futuras sean objeto de fideicomiso, ratificando así la política legislativa de defensa de la legítima hereditaria que ya estaba presente en el código civil derogado”.

Luego de individualizar al igual que lo hizo la sentencia, los recaudos del pacto sobre herencia futura, sostiene que la ley argentina ha prohibido los pactos cuyo contenido refiera al conjunto de potestades, facultades, derechos o deberes que las partes se otorgan respecto de la herencia futura, y que la violación de la norma del artículo 1175 del Cód. Civil engendra una nulidad absoluta, por razón de orden público, no permitiéndose ni siquiera el pacto con el consentimiento del futuro causante.

Afirma con cita de doctrina que si la constitución de un fideicomiso por contrato o testamento afecta la legítima, estos tienen acciones protectoras para restablecer su derecho, pudiendo dirigirse a reducir los bienes fideicomitados u oponer la nulidad si es que los bienes hereditarios se recibiesen afectados a un fideicomiso, de conformidad con lo establecido en el artículo 3598 del Cód. Civil. Expone que “con criterio general, que cualquier disposición del contrato o del testamento que imponga a través de un fideicomiso condiciones o limitaciones al goce de los bienes que componen la legítima caerá fulminada por su nulidad.”.

Asimismo, refiere las normas contenidas en el código unificado que mantienen la legítima dentro del resguardo del orden público, la nulidad de pactos sobre herencias futuras, —que se excluyen como objeto del fideicomiso— y que la constitución del fideicomiso no debe violar la legítima.

Concluye este aspecto del agravio afirmando que “[!]o expuesto permite advertir que la sentencia no ha tenido en cuenta la finalidad o causa subyacente de los instrumentos

cuya nulidad se ha solicitado y sobre todo sus consecuencias violatorias de la legislación hereditaria de orden público. La sentencia se ha estancado en la superficie, analizando si los instrumentos reúnen o no los recaudos del contrato de fideicomiso, sin adentrarse en sus consecuencias últimas que no son otras que la sustracción a mi mandante de su derecho a recibir el dominio pleno de los bienes de sus padres y no un patrimonio de afectación para administrar en beneficio propio y de otras personas designadas por sus padres para ello. Y tampoco ha considerado el resolutorio en crisis, que al pasar los bienes a los nietos cuando termine el fideicomiso, nada en realidad recibirá mi mandante en concepto de herencia de sus padres, quedando sí como usufructuario de esas tierras, pero sin poder de disposición sobre las mismas, lo que resulta manifiestamente antijurídico.”

Respecto de los fundamentos de la sentencia en cuanto considera que la acción de nulidad se encuentra prescripta, afirma que ello no es así en tanto habiéndose violado la prohibición que surge del art. 1175 del Cód. Civil la nulidad es absoluta, irrenunciable, inconfirmable e imprescriptible, y que ello es receptado en el art. 387 in fine del Cód. Civil y Comercial.

En el caso no se fundó la nulidad derivada de un vicio de la voluntad, sino que desde el inicio la acción se fundó en los artículos 21, 1175 y 3723 del Cód. Civil, porque los instrumentos cuya invalidez se persigue vehiculizan un objeto prohibido por leyes de orden público

Agrega que, sin perjuicio de ello, si se considerara prescriptible la acción sería de aplicación el art. 4023 del Cód. Civil, que establece el plazo de diez años para la acción de nulidad, si no estuviese previsto un plazo menor.

Respecto de las valoraciones realizadas sobre el comportamiento del actor por haber ejecutado y cumplido el contrato de fideicomiso expresa que la nulidad absoluta que plantea no puede ser confirmada, con sustento en el artículo 1047 del Cód. Civil.

Asimismo, realiza consideraciones en relación con que no tuvo una conducta autocontradictoria, ni tampoco obró con mala fe.

Expresa que “[e]n cuanto a la incongruencia del comportamiento del accionante, corresponde dejar en claro que en lo sustancial no existió. Después de muerte su madre arrendó el campo en su propio beneficio como lo hace cualquier titular del dominio pleno, nunca rindió cuentas ni le pidieron rendición, lo que es una demostración de un comportamiento coherente y sin dobleces porque consideró que con la acción judicial vehiculizada en este juicio una vez resuelta, es justo que pase de ser el titular de un dominio fiduciario a titular del derecho real de dominio absoluto, exclusivo y perpetuo de los inmuebles rurales en cuestión. La circunstancia de que se

haya consignado en los contratos de arriendo su condición de administrador del fiduciario era prácticamente inevitable, porque hasta que no se decrete la nulidad absoluta peticionada aquí, esa es su actual condición jurídico-registral. Así figura inscripto como titular de dominio fiduciario en el Registro de la Propiedad Inmueble y ello es justamente lo que se pretende cambiar. Por más que el actor se considere el dueño absoluto de esos campos, ante terceros lo será cuando por fin se alcance la Justicia en este proceso y se acoja la nulidad impetrada”.

Refiere algunas circunstancias que considera probadas en la causa que son reveladores de su comportamiento congruente como titular del dominio pleno concluyendo que “[e]s significativo que los beneficiarios nunca le pidieron rendición de cuentas ni el cobro de sus beneficios, lo que invierte la situación, dado que esa conducta de la contraparte no carece de relevancia porque implica en definitiva el reconocimiento tácito de que el actor es en realidad el dueño exclusivo de las parcelas de campo y no está obligado ni a rendir cuentas ni a pagar rentas a sus hijos demandados como lo debería hacer según el contrato que la sentencia considera erróneamente un legítimo acuerdo de voluntades. Nunca entonces los hijos del actor pidieron se cumplieran las obligaciones que para el actor se derivaban del contrato de fideicomiso cuya nulidad absoluta aquí se pregona y ello no se puede soslayar porque tiene una muy particular relevancia jurídica.

Continúa afirmando que “[l]o cierto es que, si a través de este proceso está solicitando en legal tiempo ser emplazado como el titular pleno del derecho real de dominio sobre los inmuebles rurales materia del fideicomiso, el hecho de haberlos arrendado cobrando las rentas en su beneficio exclusivo no se choca ni contradice con la pretensión que ha traído a esta sede judicial. Menos todavía se ha comportado contrariando la buena fe, dado que a nadie he perjudicado con su accionar que ha sido recto y conformado a la moral y las buenas costumbres. No ha defraudado la memoria de su padre fiduciante, sino que, para obtener su herencia sin restricciones y gravámenes, se ha visto obligado a la interposición de una acción judicial para reponer el orden público quebrantado y volver las cosas al lugar desde donde nunca debieron de haber salido.”

Sostiene que jamás renunció a sus derechos, más allá de la irrenunciabilidad propia de los institutos de orden público involucrados en la acción y que determina que la nulidad planteada tenga el carácter de absoluta.

Con esos fundamentos peticiona la revocación de la sentencia, admitiéndose la demanda con costas a la contraria haciendo reserva del caso federal.

2) En el embate a los agravios, el apoderado del notario —tercero citado—, peticiona

la deserción del recurso, haciendo extensas citas sobre los requisitos de la expresión de agravios, para concluir que el apelante no cuestionó los aspectos centrales de la sentencia, los que transcribe.

Asimismo, expone como aclaración previa en orden al pedido de nulidad que el fraude a la ley por violación del orden público o una partición anticipada no fue alegado en la demanda y ello se encuentra en contradicción con el principio de congruencia. Afirma que la pretensión del actor es incoherente en tanto las limitaciones a la voluntad del testador solo son aplicables a los testamentos y nunca a los contratos, como así también realiza consideraciones respecto de los propios actos del actor posteriores a la celebración del contrato de fideicomiso y su modificación.

En relación con el agravio sobre la prohibición de pactos sobre herencia futura expone que el apelante omite cuestionar las conclusiones básicas de la sentencia, para luego reiterar, tal lo hizo al tiempo de contestar la citación, el concepto y caracteres del contrato de fideicomiso y su diferencia con el fideicomiso testamentario, concluyendo que “[d]e una simple lectura del citado fideicomiso surge claramente que no es un testamento y por tanto no es un fideicomiso testamentario al que no le son aplicables las restricciones a la voluntad testamentaria”.

Destaca que las escrituras atacadas no son nulas, y fueron objeto de calificación registral de conformidad con lo establecido en el art. 8 y 9 de la ley 17.801, no fue observada por el Juzgado Notarial ni por el Cuerpo de Inspectores del Colegio de Escribanos y el fideicomiso fue admitido como válido al certificarse las firmas del fiduciario en contratos de arrendamiento por otros notarios.

Expresa que en el caso no hubo sustitución fideicomisaria en tanto ello es una limitación a la voluntad testamentaria que rige en materia de testamentos y que la misma se refiere a toda la vocación hereditaria y no a un grupo determinado de bienes.

Alega que “[d]e la simple lectura del fideicomiso cuestionado se desprende que se trata de un contrato de fideicomiso, como bien lo ha considerado en su resolución el a quo, en el que las partes convienen de conformidad con lo estipulado, no hay designación alguna de heredero, ni menos aún, designación de un heredero que reemplace a su muerte a un primer heredero instituido.”

Afirma que no hay un pacto de herencia futura, sino un contrato de fideicomiso, destacando que en la nueva legislación también estos pactos están prohibidos por el art. 1010 del Cód. Civil y Comercial, con la excepción de aquellos que tengan por objeto la explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo.

Reitera los recaudos del pacto sobre herencia futura, alegando que los mismos no se

encuentran en el fideicomiso, ya que debe existir en el contrato estipulaciones que regulen alguna futura sucesión mortis causa, para que pueda haber un pacto sobre herencia futura. Argumenta que “del contrato de fideicomiso objeto de estos autos surge claramente que el mismo se celebra con la finalidad de regular de forma inmediata desde su celebración la relación jurídica creada por el contrato de fideicomiso (a través de las estipulaciones contractuales sobre la gestión de los bienes, la percepción de los beneficios, las obligaciones del fiduciario, etc.) y de regular los derechos actuales creados por el mismo contrato...”

Expone que los inmuebles rurales conforman el objeto actual del patrimonio fiduciario, que nace como efecto inmediato del contrato de fideicomiso y es imposible que forme parte de la herencia en la sucesión mortis causa del fiduciante, y mucho menos que los citados bienes serán adquiridos cuando se produzca su muerte. Aduce que los bienes que integran el patrimonio de afectación no se confunden con los bienes del patrimonio del fiduciante ni del fiduciario, por lo que jamás formarán parte de la herencia en la sucesión mortis causa de ninguno de ellos.

Realiza consideraciones en relación con la modificación del fideicomiso ya fallecido el fiduciante R. O. C. y en el que “se reafirma el carácter e intervención contractual de las partes, los derechos emergentes del contrato de fideicomiso, y en cuanto a los bienes rurales se reafirma que dichos bienes son el objeto actual del patrimonio fiduciario y ajenos a la masa hereditaria de la sucesión del citado fiduciante R. O. C.”. Sostiene que este acto del actor importó una renuncia a sus derechos respecto de la sucesión ya abierta la que no se encuentra sometida a forma especial según lo establecido en el art. 3349 del Cód. Civil.

Expresa que la sustitución de beneficiarios, permitida por la ley tanto la vigente al tiempo de celebración del contrato y como la actual, no implica un pacto de herencia futura o una sustitución fideicomisaria.

Afirma que el futuro heredero no tiene derecho actual ninguno sobre los bienes de una persona viva, ni puede limitar de modo alguno sus actos de administración o disposición, a lo sumo podrá pretender una reducción si pudiera demostrar un perjuicio a la legítima como consecuencia de una enajenación gratuita y posteriormente a la muerte del causante, pero nunca anular el acto, solo reducir la liberalidad.

Luego realiza consideraciones en relación con los principios que rigen la interpretación de los contratos, haciendo una narración de la conducta del actor en el cumplimiento del fideicomiso, destacando que no observó el principio de la buena fe. Reitera que “hay una incompatibilidad insalvable en la conducta del actor, de conformidad al principio de buena fe y del ejercicio regular de los derechos, por el silencio que guarda

sobre la pretensión de su demanda al momento de reformar y ratificar el contrato de fideicomiso. Dicha reforma del fideicomiso tiene a su vez para el actor, los efectos de una renuncia tácita a todo tipo de reclamo (petición de herencia o reducción por inoficiosidad) en la sucesión de su padre”. Concluye en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, y menos cuando ha renunciado.

En relación con el segundo agravio en el que se queja de lo resuelto sobre la prescripción, transcribe parte de la demanda en donde el actor relata que suscribió el fideicomiso por amenazas de su padre, por lo cual se alegó un vicio de la voluntad y por ello es aplicable el artículo 4030 del Cód. Civil. De este modo sostiene que la acción se encuentra prescripta en tanto transcurrió el periodo establecido en la norma, dos años que deben contarse desde la muerte del fiduciante —02/06/2009— hasta que se interpone la acción de nulidad —16/04/2012—, por lo que el agravio debe ser rechazado.

Luego realiza consideraciones nuevamente respecto de la conducta del actor, a fin de dar respuesta al agravio por este planteado, solicitando su deserción.

3) En la réplica a los agravios del apelante, los codemandados —Omar Nicolás Cardenau y Rubén Osvaldo Cardenau—, exponen que el actor solo sostiene en su recurso el planteo de nulidad en base a la existencia de un pacto de herencia futura, quedando por lo tanto firme el resto de la sentencia por no haber sido materia de agravio.

Asimismo, y con sustento en lo establecido en el artículo 260 del Cód. Proc. Civ. y Comercial sostienen que la expresión de agravios no es una pieza procesal para introducir una nueva versión de los hechos o hacer una lectura contrafáctica de los mismos, y ello fue violado por el recurrente en tanto introduce cuestiones no sometidas a la decisión del juez de grado, y que quedarían alcanzadas en esta alzada por la limitación del artículo 272 del Cód. Proc. Civ. y Comercial

Respecto de la queja que el recurrente plantea en relación con que en el caso se trató de un pacto sobre herencia futura, exponen que el padre del actor R. O. C. al constituir el fideicomiso se despojó en dicho acto de los bienes inmuebles individualizados que quedaron en dominio fiduciario, por lo que esos bienes no le pertenecían al momento en que se abrió la sucesión, y que en tanto el dominio fiduciario puede ser revocado, no se incorpora necesariamente en el patrimonio de los beneficiarios lo que también ratifica la idea de que no es un pacto de herencia futura.

Desde allí sostienen que “si el bien no se encuentra en el patrimonio del causante al momento de su fallecimiento y tampoco ha ingresado en forma definitiva al patrimonio de los beneficiarios, no se puede hablar de pacto sobre herencia futura”.

Exponen que “no hubo, como ahora sostiene el actor, máscara, mampara o simulación alguna bajo la forma de un fideicomiso convencional de un pacto de herencia futura, y por lo tanto ninguna norma de orden público ha sido violada, ni ha existido desheredación alguna o alteración del orden sucesorio”.

Alegan que el actor no tiene un derecho automático a la propiedad de tales bienes, pues aún en caso de resultar nulo el fideicomiso, los bienes conformarían el acervo hereditario de los causantes, con la concurrencia de los herederos correspondientes, nunca propiedad directa del actor.

En apoyo de su postura transcribe doctrina sobre el fideicomiso contractual y su función como vehículo de planificación patrimonial.

Agregan que para el supuesto de que el fideicomiso constituido por contrato vulnere la legítima —que no es el caso de autos—, los herederos pueden recurrir a las acciones en resguardo de la misma, pero no se admite la acción de nulidad, porque el fideicomiso no es un pacto sobre herencia futura.

Subsidiariamente y para el supuesto que se considere que el fideicomiso instrumentado mediante escritura N° ... importó un pacto sobre herencia futura, su modificación mediante escritura N° ... realizada con posterioridad al fallecimiento del causante importó su confirmación por parte del actor. Afirma que fallecido el Sr. R. O. C. ya no se trataba de una herencia futura, sino de una sucesión abierta y respecto de la misma son válidas todas las convenciones, no pudiéndose alegar sobre la escritura N° ... un pacto de herencia futura. De este modo sostiene que si la escritura N° ... no es nula, es confirmatoria de las convenciones instrumentadas en la escritura N° ..., lo que a su entender sella la suerte del agravio.

Expresa que aun cuando no sea aplicable la nueva normativa, el artículo 1010 del Cód. Civil permite el pacto sobre herencia futura relativo a una explotación productiva con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial, y aún en el improbable caso que se considerase al fideicomiso de autos como un pacto de herencia futura, se estaría ante un supuesto válido.

En relación con el agravio respecto de la prescripción sostiene que el demandante en su demanda alegó el vicio de la voluntad, no pudiendo en esta instancia reescribir su demanda, para alegar que trajo a resolver “la ilicitud del objeto del fraudulento acto jurídico que suscribió”.

Expone que tanto en la demanda como al tiempo de contestar la excepción de prescripción el actor sostuvo la existencia del vicio de violencia moral, por lo que no puede en esta instancia decir que no lo alegó. Asimismo, y en razón de que el recurrente no cuestionó la valoración del juez de grado que no tuvo por probadas las

amenazas, el agravio debe ser desestimado.

Finalmente cuestiona que en la apelación el recurrente no puede negar los actos propios, ni alegar la ignorancia como prueba de su mala fe. Afirma que en esta instancia no puede sostener que no entendía la diferencia entre dominio fiduciario y dominio pleno, en tanto el error de derecho en ningún caso podrá impedir los efectos de los actos lícitos, solicitando que el agravio sea desestimado.

III.1) Planteada de este modo la cuestión traída a resolver, ha de despejarse de modo liminar el pedido de deserción total y/o parcial del recurso que los apelados realizan en sus réplicas a los agravios.

De la fundamentación del recurso se advierte el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 260 del Cód. Proc. Civ. y Comercial que habilitan la intervención de esta Alzada para la revisión de lo decidido, en tanto contiene una crítica clara, concreta y razonada de aspectos centrales de la sentencia, y argumentaciones dirigidas a demostrar el error que se atribuye a la misma.

En igual sentido y en mérito a las consideraciones que durante el desarrollo del presente se realizarán, tampoco se advierte de la expresión de agravios la violación del principio de congruencia que fue alegada por los accionados y que impidan el tratamiento de la queja contenida en el recurso por parte de este Tribunal. (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 266, 272 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Asimismo, ha de señalarse que solo serán tratadas las argumentaciones de las partes que se estiman conducentes y posean relevancia para decidir el caso. (este Tribunal expte. N° 9334, reg. int. 122 (S) del 25/11/2016, entre otros).

2) Ha quedado acreditado que con fecha 25/06/2004 se celebraron dos contratos de fideicomiso por ante el notario que fuera citado como tercero en este proceso, instrumentados mediante escrituras N° ... —posteriormente modificada por escritura N° ... de fecha 03/06/2009— y escritura N° ...

Si bien el fideicomiso referido en último término no ha sido objeto del planteo de nulidad en estas actuaciones, su valoración se impone a fin de establecer el contexto en el que fue realizado el contrato de fideicomiso que posteriormente fue modificado y cuya nulidad se pretende. Ello en tanto se ha alegado en demanda y en la expresión de agravios la vulneración de normas de orden público, por haberse alterado el orden sucesorio, la existencia de un pacto sobre herencia futura, la afectación de la legítima, importando prácticamente desheredar al actor, sin justa causa. De lo actuado surge que en ambos fideicomisos, el fiduciante transmite el dominio fiduciario de parcelas de campos a sus dos únicos hijos, constituyéndolos de este modo en fiduciarios, designándose al fiduciante y a su esposa como beneficiarios de los frutos y rentas de

los campos, hasta el tiempo de la muerte de ambos, en que serán reemplazados en un mínimo porcentaje como beneficiarios sus nietos, a quienes además se los designa fideicomisarios, esto es que al finalizar el fideicomiso, les será transmitida la propiedad de los bienes (art. 1, 2, 4, 5, 11 y cc de la ley 24.441).

2.1) En efecto de la escritura N° ... (obrante a fs. 58/62, en cumplimiento de la diligencia preliminar solicitada por el actor), surge que el Sr. R. O. C. —padre del actor—, (con la concurrencia a prestar el asentimiento conyugal para el acto de la Sra. M. del C. T. —madre del actor—), en su carácter de fiduciante transmite al fiduciario Sr. Rubén Omar Cardenau, a título de fideicomiso por el término de 30 años el derecho real de dominio fiduciario de dos inmuebles que son individualizados en la cláusula primera y que el fiduciario acepta.

Estos bienes, que constituyen el patrimonio fiduciario, son a) una fracción de campo de 83 hectáreas ubicada en el Cuartel Segundo de Necochea (Nomenclatura catastral: Circ. II, Parcela 84b; Partida Inmobiliaria 76-73311), cuya valuación fiscal al tiempo del acto se consigna en \$143.000; y b) el 95% indiviso de otra fracción de campo de 167 Has, 25 As, 29 Cas y 25 dm², también sita en el Cuartel Segundo de Necochea (Nomenclatura Catastral: Circ. II, Parcela 101; Partida 76-12523), cuya valuación fiscal se consigna en la suma de \$328.403. Respecto del patrimonio fiduciario, en la cláusula cuarta se establece que el mismo podrá ser integrado por la incorporación de otros bienes por el fiduciante, por los beneficiarios o por el fiduciario mediante subrogación real.

En la cláusula segunda se designan como beneficiarios de primer orden al fiduciante y su cónyuge (Sr. R. O. C. y M. del C. T.) —por partes iguales—, y se establece que, en caso de fallecimiento de alguno, ausencia con presunción de fallecimiento o incapacidad, su porción indivisa corresponderá al otro beneficiario. Asimismo, y para el supuesto de la muerte de ambos se designan como beneficiarios sustitutos, en partes iguales, al Sr. Omar Nicolás Cardenau y Rubén Osvaldo Cardenau —hijos del actor—. En caso de que no aceptaren, renunciaren o fallecieren su porción indivisa corresponderá a los hijos que tuviere el beneficiario saliente y en caso de que no tuviere hijos, su porción indivisa acrecerá al otro beneficiario sustituto.

Se establece además como fideicomisarios a estos beneficiarios sustitutos, a quienes el fiduciario según lo estipulado en la cláusula sexta deberá transmitir los bienes que existan hasta ese momento acaecida algunas de las causales de extinción del fideicomiso que se individualizan en la cláusula quinta; disposición esta en la que se establece que el fideicomiso se extinguirá a los 30 años de su constitución.

Respecto de las obligaciones del fiduciario —cláusula séptima— se establece que

tendrá la administración de los bienes y para otorgar actos de disposición o gravamen deberá contar con autorización expresa del fiduciante o beneficiaria, en forma exclusiva o indistinta por cada uno de ellos, debiendo asegurar los bienes que sean peligrosos, estableciéndose además la obligación de rendir cuentas y el plazo en el que deberá realizarlo.

Se impone también al fiduciario la obligación de entregar a los beneficiarios en primer orden la totalidad de los frutos que resulten de su gestión sobre el patrimonio fiduciario. Para el supuesto que sean sustituidos, el beneficio será un 0,1 % de la totalidad de los frutos que resulten de la citada gestión, el resto de los frutos, serán destinados a la conservación, reinversión y recapitalización del patrimonio fiduciario.

Se establece que el fiduciario tendrá derecho al reintegro de los gastos que se originen por su gestión oficiosa, pero no percibirá retribución alguna por su gestión, no obstante ello, al finalizar el fideicomiso, adquirirá el derecho real de usufructo vitalicio y gratuito sobre todos los bienes que existan hasta ese momento.

En esta cláusula además se establecen las causales de cese del fiduciario indicándose que el mismo será sustituido por Marisa Nancy Cardenau, o en caso de no aceptación o imposibilidad será sustituido por un notario.

El otro fideicomiso celebrado ese mismo día a favor de Marisa Nancy Cardenau —hermana del actor— surge de la escritura N° ... cuya copia obra agregada en cumplimiento de la diligencia preliminar a fs. 63/66, apareciendo como fiduciantes el Sr. R. O. C., la Sra. M. del C. T. y el Sr. Rubén Omar Cardenau.

En este instrumento se consigna que los Sres. R. O. C. y Doña M. C. T. renuncian al 50 % indiviso del usufructo vitalicio del inmueble individualizado en el apartado a) de la cláusula donde se detallan los bienes que formaran el patrimonio fiduciario. En la primera cláusula los fiduciantes realizan transmisión de dominio fiduciario de los siguientes inmuebles: a) una fracción campo de 96 hectáreas con ochenta y seis áreas y treinta y cuatro centiáreas, con una valuación fiscal de \$192.192 al tiempo del acto y b) una fracción de campo de 196 hectáreas, noventa y cuatro centiáreas y dieciocho centiáreas, con una valuación fiscal de \$404.336.

Según surge de la misma escritura, de los títulos antecedentes surge que del inmueble individualizado como a) el Sr. Rubén Omar Cardenau es titular del 50 % por compra efectuada a los Sres. E., y el otro 50 % indiviso “le corresponde a los cónyuges Don R. O. C. y Doña M. del C. T. por donación de la nuda propiedad que les hiciera Doña Marisa Nancy Cardenau, instrumentada por escritura número ciento veintitrés, otorgada en el mismo día de la fecha, autorizada ante el mismo autorizante de la presente, al folio ciento cincuenta y ocho del protocolo del corriente año, cuya primera

copia se inscribirá conjuntamente con el presente a través del sistema de tracto abreviado. Quedando de esta forma consolidado el cincuenta por ciento del condominio a su favor con el usufructo que sobre el mismo bien adquirieron a través del título antecedente citado.”

Se establecen —cláusula segunda— como beneficiarios en primer orden de este fideicomiso, también a los Sres. R. O. C. y M. del C. T. —por partes iguales—, en caso de fallecimiento de alguno, ausencia con presunción de fallecimiento o incapacidad, su porción indivisa corresponderá al otro beneficiario y cuando fallezcan ambos, serán sustituidos por Belén Rolón Cardenau y Maite Rolón Cardenau —hijas de Marisa Nancy Cardenau— Estos beneficiarios sustitutos se beneficiaran por partes iguales y en caso de que no aceptaren, renunciaren o fallecieren su porción indivisa corresponderá a los hijos que tuviere el beneficiario saliente y en caso de que no tuviere hijos, su porción indivisa acrecerá al otro beneficiario sustituto. Luego de la aceptación del beneficio, los beneficiarios sustitutos no podrán otorgar actos jurídicos de disposición, pero esto no se aplicará a los beneficiarios en primer orden. (Cláusula tercera.).

Se designan como fideicomisarios las beneficiarias sustitutas a quienes el fiduciario deberá transmitir los bienes extinguido el fideicomiso.

En la cláusula quinta se establecen las causales de extinción, entre ellas el cumplimiento del plazo de 30 años de duración del fideicomiso.

Respecto de las obligaciones de la fiduciaria —cláusula séptima— se establece que tendrá la administración de los bienes, y para otorgar actos de disposición o gravamen deberá contar con autorización expresa del fiduciante o beneficiarios, en forma exclusiva o indistinta por cada uno de ellos, debiendo asegurar los bienes que sean peligrosos, debiendo rendir cuentas en el plazo establecido.

Se impone la obligación de entregar a los beneficiarios en primer orden la totalidad de los frutos que resulten de su gestión sobre el patrimonio fiduciario y para el supuesto que sean sustituidos, el beneficio será un 10 % de la totalidad de los frutos que resulten de la citada gestión, debiendo ser destinados el resto de los frutos, a la conservación, reinversión y recapitalización del patrimonio fiduciario.

El fiduciario tendrá derecho al reintegro de los gastos que se originen por su gestión oficiosa y no percibirá retribución por su gestión, estableciéndose que no obstante ello al finalizar el fideicomiso adquirirá el derecho real de usufructo vitalicio y gratuito sobre todos los bienes que existan hasta ese momento.

Asimismo, se establecen las causales de cese del fiduciario, y será fiduciario sustituto Rubén Omar Cardenau, o en caso de no aceptación o imposibilidad un notario.

Solamente se producirá el reemplazo del fiduciario si las beneficiarias sustitutas son menores de edad, ya que si son mayores se extinguirá el fideicomiso.

2.2) Reseñados los instrumentos cuya vigencia se mantuvo hasta la muerte del Sr. R. O. C. ocurrida el día 02/06/2009 (certificado de f. 3, expte. N° 35.101 C., R. O. s/ Sucesión), en tanto el 03/06/2009 el fideicomiso aquí cuestionado fue modificado mediante escritura N° ..., ha de ingresarse al análisis que petitiona el recurrente.

Para ello es necesario dejar planteado que aun cuando y tal se resolviera en la sentencia —que llega firme a esta instancia— que los actos cuestionados no puedan calificarse de fideicomiso testamentario, sino como un contrato de fideicomiso, ello no implica que en el análisis que se realice de la cuestión, no deba observarse su vinculación con el orden público sucesorio, y en tanto el mismo impone una limitación a la autonomía de voluntad de los particulares (art. 21 del Cód. Civil) y con estos alcances ha de interpretarse la norma contenida en el artículo 97 de la ley 24.441.

Ello en tanto “la derogación tácita de las normas incompatibles con el fideicomiso establecida por el art. 97 de la ley 24.441 no puede significar la modificación de la institución de orden público, como es la legítima” (Azpiri Jorge Osvaldo, Requeijo Oscar H. “El fideicomiso y el derecho sucesorio” LA LEY 1995-D-1127, Lo Prette Octavio “Acciones protectoras de la legítima”, Edit. Hammurabi, año 2009, p. 250).

En base a este postulado, ha de señalarse que la cuestión traída a resolver, por su clara implicancia con el orden sucesorio, el llamamiento a la herencia y el derecho a la legítima impone ingresar al análisis del tipo de acto celebrado y la verdadera causa fin del mismo.

Ello en tanto es incuestionable, según surge del propio instrumento, que el fiduciante afectó los bienes sin recibir contraprestación alguna, y tampoco la percibiría el fiduciario —heredero forzoso—. Es que aun cuando se discute en doctrina, si la modalidad que surge del contrato en cuestión constituye o no una donación, lo cierto es que importa la celebración de un acto a título gratuito. (Azpiri, Jorge Osvaldo, Requeijo Oscar “El fideicomiso y el derecho sucesorio” LA LEY 1995-D-1127).

A los fines propuestos, es necesario mencionar que en el caso se constituyeron dos fideicomisos con una duración de 30 años y en la vigencia de los mismos se produce el fallecimiento del fiduciante —a los 79 años de edad y a los cinco años de celebrados esos actos—. De este modo una parte sustancial de sus bienes quedaron afectados a los fideicomisos celebrados mediante escrituras N° ... y ... Ello según surge de los bienes que fueran declarados como integrantes del acervo sucesorio en causa N° 35.101, de trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2 Departamental, agregada como prueba instrumental y que fuese ofrecida por todas las

partes. (arts. 374, 384 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

De estas actuaciones surge que por el fallecimiento de R. O. C. fueron declarados como únicos y universales herederos sus hijos, Rubén Omar Cardenau y Marisa Nancy Cardenau, y su cónyuge M. del C. T., a quien también se la declara heredera en cuanto a los bienes propios si los hubiere. Como integrantes del acervo sucesorio se declararon los siguientes bienes, un inmueble matrícula ..., $\frac{1}{4}$ propio y $\frac{3}{4}$ ganancial (valuación fiscal al año 2009 de \$100.659) y un automotor Dominio EDG 964 de carácter ganancial (valuación fiscal de \$27.000), ascendiendo el porcentaje del acervo transmitido según la calificación de los bienes y la parte alícuota propia del inmueble a la suma de \$82.703. (declaratoria de herederos f. 35 y cuerpo general de bienes y declaración jurada patrimonial de fs. 46, documental de fs. 38/45, expte. N° 35.101).

En fecha 3 de septiembre del año 2012 se produce el fallecimiento de la Sra. M. del C. T., dándose trámite al expediente sucesorio N° 37615 de trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2 Departamental caratulado "T., M. del C. s/ Sucesión Ab - Intestato y testamentaria", ofrecido por las partes como prueba instrumental. (fs. 4, 67). En el marco de las citadas actuaciones se declaran únicos y universales herederos a sus hijos, los Sres. Rubén Omar Cardenau y Marisa Nancy Cardenau, y se declara válido el testamento ológrafo, por la porción disponible, otorgado por la causante con fecha 11/04/2011 en el que se instituye herederos a sus nietos, Ruben Osvaldo Cardenau, Omar Nicolás Cardenau, Belén Rolón Cardenau y Maite Rolón Cardenau (fs. 64, 168). Asimismo, se denuncian (fs. 127, 149) como bienes integrantes del acervo el 100% indiviso de un automotor dominio ... —valuación fiscal \$55100— y el 100% de un inmueble matrícula 45.131 y matrícula ... bien propio de la causante, con una valuación cada uno de \$244.219, pero cuya integración se encuentra pendiente de determinar en función de lo resuelto a fs. 150.

Ahora bien, así contextualizado lo afirmado, en cuanto a que fueron afectados al fideicomiso la mayor parte de los bienes, la cuestión que se plantea en el caso, es compleja, en tanto la tarea consiste en determinar si el contrato de fideicomiso importó un pacto de herencia futura, utilizándolo como un medio por el cual el fiduciante programó su sucesión, aunque sin que esto surja expreso del acto, no solo por la modalidad contractual empleada, sino porque a su vez concurre con otras finalidades.

Sobre la cuestión se ha dicho que "[e]l empleo del fideicomiso como una pantalla o mampara destinada a disimular los vicios, ineficacias o censuras merecería una actuación directa y censurable. Este sencillo principio es difícil de neutralizar, aun empleando complicadas instrumentaciones destinadas a ocultar la motivación elusiva. El análisis teleológico del contrato y el examen acerca de la existencia de un

verdadero fiduciario, que no solo tenga el nombre de tal o que sea un “títere” o una “pantalla”, permitirá saber qué se busca con él en realidad: si la obtención de la finalidad económica que aparentemente se establece como objeto del contrato o la eliminación, por esa vía, de restricciones o requisitos vinculados al cumplimiento de normas de orden público. Asimismo, siendo el fideicomiso un continente o una vía instrumental, habrá que indagar en las relaciones jurídicas subyacentes para determinar si estamos frente a un disfraz, de menor o mayor sofisticación.” (Kiper Claudio, Lisoprawsky Silvio “Tratado de Fideicomiso”, T. II, Edit. Abeledo Perrot, año 2012, p. 665/666).

Los citados autores consideran que el fideicomiso no es un negocio en sí mismo, sino un vehículo neutro respecto de un negocio subyacente y citando a Favier Dubois en apoyo de su postura sostienen “el fideicomiso no existe en función de sí mismo, sino de otro contrato o relación negocial, por lo que el juzgamiento de cada contrato (en su onerosidad, licitud, etc.) deberá hacerse en base a esa finalidad”. (ver. nota, p. 666, ob. cit. y la referencia bibliográfica allí citada.).

Del mismo modo se ha sostenido que “[a]l caracterizarlo como vehicular cae el argumento de que al transmitir los bienes del fiduciante al fiduciario se opera una disrupción que hace indiferente la causa o motivo por el cual aquel constituyó el fideicomiso; un corte tajante que impediría tomar el contenido del fideicomiso como un “pacto sobre herencia futura”. Por el contrario, en el análisis más profundo se descubre que en realidad el fideicomiso opera como pantalla distractiva que no sirve para dar a la vía empleada —la fiducia— una entidad legal que no tiene. De lo contrario el instrumento serviría para fines inconfesables.” (Fideicomiso de planeamiento patrimonial y la prohibición de pactos sobre herencia futura, Lisoprawski Silvio. LA LEY 03/03/2015, con cita de Mazzinghi).

Siendo ello así ha de señalarse que del acto jurídico en cuestión surge como finalidad expresa la de constituirse un fideicomiso de administración, con la particularidad de la percepción de la totalidad de los frutos y rentas para los beneficiarios de primer orden —madre y padre fiduciante del actor— mientras ellos se encuentren con vida, pero una vez acaecido el fallecimiento de ambos, los frutos y rentas solo podrían ser afectados a la conservación y recapitalización de los bienes fideicomitados hasta la finalización del fideicomiso en el que serían transferidos, no ya a un heredero legítimo —los hijos—, sino a los nietos, alterándose el orden legal sucesorio.

Es decir que el negocio celebrado tuvo una clara finalidad sucesoria, la de designar destinatarios finales de los bienes a quienes carecían de vocación sucesoria, aunque diferida a la extinción del fideicomiso, pero con una evidente vinculación con el hecho

de la muerte del fiduciante y su esposa —arts. 3279, 3545, 3546, 3554, 3565, 3592, 3593, 3714 y cc. del Cód. Civil—. Y esto era indisponible para las partes. (arts. 18 y 21 Cód. Civil).

Y si bien toda persona tiene derecho a contratar sobre los bienes, lo cierto es que, si el contrato está inspirado y se propone principalmente asegurar el destino del patrimonio para después de su muerte, ello puede entenderse como una violación a la prohibición que surge del artículo 1175 del Cód. Civil. (Lisoprawaski Silvio V. “El fideicomiso de planeación patrimonial y la prohibición de pacto sobre herencia futura”. LA LEY 03/03/2015).

En vida del fiduciante el negocio podría estimarse como válido, pero al fallecer este — y al contener el acto regulaciones sobre la continuación de ese “vehículo” que importa el fideicomiso— el negocio se torna contrario a la ley pues no respeta el orden sucesorio indisponible ni asume las cuestiones relativas a las proporciones pasibles de disposición para después de la muerte del disponente (arts. 1175; 3279; 3591; 3605 y 3714 del Cód. Civil).

Pueden conceptualizarse los pactos sobre herencia futura como “aquellos cuyo contenido concierne a su organización, o bien a un aspecto de la misma, sea por referirse a una disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales, o por aludir a reglas de distribución de la herencia u otras cuestiones sucesorias” (Gagliardo Mariano “Pactos sobre herencia futura” —citando a Guastavino Elias “Pactos sobre Herencias Futuras, edit. Ediar, 1968—, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2018-3 Sucesiones I, p. 56, Edit. Rubinzal Culzzoni, Editores).

Es que ningún convenio o pacto puede consistir en los hechos, en una alteración del orden sucesorio (arts. 3279, 3545, 3565 y cc del Cód. Civil), ni importar una privación o condicionamiento de la legítima (arts. 3591, 3592 y cc del Cód. Civil), porque ello amén de encontrarse en contradicción con lo establecido en los artículos 18, 21 y 1175 del Cód. Civil, podría tener los efectos de enmascarar una desheredación sin justa causa, pero sin serlo, vedándose la vía prevista en la ley para su cuestionamiento. (art. 3744, 3745 y cc del Cód. Civil).

De lo contrario se produciría una alteración del orden público, habiéndose definido a las cuestiones de orden público como las que responden “a un interés general, colectivo, por oposición de orden privado, en las que solo juega un interés particular. Por eso las leyes de orden público son irrenunciables; imperativas, por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras” (conf. Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil parte general T. I Edit. LA LEY, año 2008).

En el mismo sentido se ha sostenido que “[e]n realidad de verdad, el orden público está compuesto por todas las disposiciones de carácter imperativo que existen en el ordenamiento jurídico de cada nación. Y si se tiene en cuenta que la norma es imperativa cuando se la considera por el legislador como de interés general, porque de lo contrario no se entendería la razón de su obligatoriedad, puede concluirse que en el fondo toda norma imperativa es una norma de derecho público. Únicamente las disposiciones potestativas, que están sometidas a la voluntad de los particulares, son las que no interesan al orden sustancial del Estado, es decir, son de derecho privado. Luego el orden público es, en definitiva, el derecho público de cada país. Esta afirmación puede parecer errada a quienes se guían por un criterio rigurosamente civilista. Pero si se considera que una de las características esenciales del derecho moderno es la penetración del derecho público en el derecho privado, o sea, el hecho de que disposiciones de este cada vez más numerosas van adquiriendo la categoría del derecho público, no se encuentra dificultad para admitir que lo son todas aquellas en las cuales el legislador impone una norma en forma imperativa y que por tanto están haciendo parte del orden fundamental del Estado.” (Devis Echandía Hernando, “Evolución de la noción de orden público”, publicado en Revista de la Universidad Nacional (1944 - 1992), Número 6, p. 251-262, 1946, consultada en <https://...>).

El orden público entonces “opera de modo instrumental en defensa de bienes jurídicos a través de la imperatividad de la ley, la irrenunciabilidad de ciertos derechos o la ineficacia de ciertos actos.” (Orlandi Olga “La Legítima y sus modos de protección”, Edit. Abeledo Perrot, año 2010 p. 178).

Y en este contexto se interpreta que el fideicomiso cuestionado se encuentra en contradicción con el orden público sucesorio. Puntualmente se ha sostenido para fundar la pertinencia de la protección del orden público en un ámbito del derecho privado en que “[d]ebe atenderse que el Derecho de sucesión por causa de muerte es instrumental a la familia y tal aseveración no resulta de preferencia personal ya que son sus normas las que causan la conclusión. Todas las porciones forzosas tienen como beneficiarios a familiares del causante” añadiéndose “que el derecho sucesorio continuará siendo instrumental a los fines de la familia, ya que las normas de orden público que lo integran solo prevén que porciones hereditarias forzosas; investiduras hereditarias automáticas y la mejora estricta a favor del discapacitado prevista en el art. 2448 del Cód. Civil y Comercial, derecho real de habitación, atribución preferencial de bienes, entre otras, solo pueden serlo en beneficio de integrantes de la familia. Son estos los fundamentos sobre los que se construye la legitimidad de la teoría de la sucesión mortis causa. Es que “[e]l orden público es concebido positivamente, como

"principio" que asegura la subsistencia de la comunidad a través de sus instituciones fundamentales como, verbigracia, la familia." (Córdoba, Marcos "Orden Público en el Derecho Sucesorio" LA LEY 2015-F, 933).

Nótese que el fiduciante simultáneamente realizó dos fideicomisos en el que constituyó como fiduciarios a cada uno de sus hijos, transmitiéndoles de este modo el dominio fiduciario sobre los bienes fideicomitidos, con facultades de mera administración más allá de las que surgen del artículo 17 de la ley 24.441, percibiendo tanto el fiduciante como su esposa hasta la muerte de ambos la totalidad de los frutos y rentas.

El hecho de la muerte de ambos beneficiarios de primer orden tiene una clara connotación en la modalidad de continuidad del fideicomiso, en tanto prácticamente ya nadie percibirá los frutos y rentas, (solo podían ser afectados el 0,1 % a los beneficiarios sustitutos), quedando solo la obligación impuesta al fiduciario de conservar estos bienes, hasta que se cumpla el plazo de extinción del contrato para su transferencia a los fideicomisarios. Durante ese plazo el fiduciario (heredero legítimo) solo administra esos bienes ajenos sin que su vocación sucesoria de fuente legal tenga incidencia alguna, lo que viola las reglas imperativas del orden sucesorio. Tales efectos del negocio cuestionado ponen en evidencia la procedencia de la nulidad perseguida.

La doctrina ha analizado los diversos supuestos que pueden suscitarse cuando el fideicomiso es constituido por contrato en su vinculación con el derecho sucesorio en tanto se presentan diversas dificultades para dar una respuesta a la cuestión, ya que deben aplicarse criterios propios de protección derivados del carácter de orden público del ordenamiento sucesorio a una situación distinta no prevista por el codificador como es el fideicomiso. (conf. Orlandi Olga "La Legítima y sus modos de protección", Edit. Abeledo Perrot, año 2010 p. 308, 311, Azpiri Jorge Osvaldo, Requeijo Oscar H. "El fideicomiso y el derecho sucesorio" LA LEY 1995-D-1127, entre otros).

En analogía con el aporte de bienes por parte del causante a una sociedad, condicionando de esta manera el derecho de sus herederos forzosos se ha dicho que "[a]l igual que en el fideicomiso, los bienes no están ya en poder del causante al momento del fallecimiento, sino que pertenecen a una persona jurídica. Al aportar los bienes a una sociedad el causante recibe a cambio una participación dentro de la misma, ya sea en acciones, cuotas, etc. y esto es lo que transmite a sus herederos. En cambio, y de ahí la mayor gravedad, en el fideicomiso el fiduciante nada recibe a cambio lo que implica que está desplazando la titularidad de los bienes sin que exista contraprestación y de ese modo los despoja de su derecho a la legítima. La doctrina

entiende y la jurisprudencia ha resuelto que cuando los bienes aportados a una sociedad pueden significar un condicionamiento de la legítima, cabe penetrar en la verdadera situación de los bienes, dejando de lado la persona jurídica. Con mayor razón, entonces la constitución de un fideicomiso estará sujeta a que se respete las normas de orden público referidas a la legítima.” (Azpiri Jorge Osvaldo, Requeijo Oscar H. “El fideicomiso y el derecho sucesorio” LA LEY 1995-D-1127).

Así el heredero legítimo que se considera perjudicado a la muerte del causante como consecuencia de las disposiciones del fideicomiso no debe esperar hasta su finalización para ejercer las acciones que consideren adecuadas, en protección de sus derechos (conf. Orlandi Olga “La Legítima y sus modos de protección”, Edit. Abeledo Perrot, año 2010 p. 310).

En este sentido se ha sostenido que “cualquier disposición del contrato o del testamento que imponga a través del fideicomiso condiciones o limitaciones al goce de los bienes que componen la legítima caerá fulminada por su nulidad”. (conf. Octavio Lo Prette “Acciones Protectoras de la legítima”, Edit Hammurabi, año 2009 p. 251, con cita de Azpiri y Highton, nota N° 14).

Es que más allá de la utilización del fideicomiso en su tipo contractual y no testamentario, lo cierto es que en el caso y en los hechos se lo utilizó como una modalidad de planificación patrimonial sucesoria, con pretensión de alterar el orden sucesorio establecido en la ley, distribuyéndose casi la totalidad de los bienes del causante/fiduciante — mediante su afectación a un patrimonio fiduciario— a quienes no tenían vocación sucesoria y a este fin último. Es esta y no otra la relación subyacente en el fideicomiso en cuestión, todo lo que se encontraba vedado a la luz de lo establecido en los artículos 18, 21, 953, 1175, 3311 del Cód. Civil, lo que acarrea en consecuencia su nulidad absoluta. (arts. 1044, 1047 del Cód. Civil).

Es que aún frente a la excepción que en la actual codificación unificada surge del artículo 1010 citado por los accionados, respecto de una explotación productiva con miras a la conservación empresaria o para prevenir conflictos, lo cierto es que aún en este supuesto no pueden vulnerarse las normas de orden público del llamamiento a la herencia y el derecho a la porción legítima, en tanto la excepción se encuentra especialmente limitada, estableciendo la norma la necesidad de compensación de otros legítimos.

Se interpreta que en el caso se utilizó la figura del fideicomiso contractual en clara violación a la norma establecida en el artículo 1175 del Cód. Civil y en fraude al ordenamiento sucesorio (arts. cit.), por lo que estas circunstancias habilitan a admitir la vía intentada por el actor, más allá del embate realizado por los demandados, en

relación con que no fue ejercida la acción de reducción.

Es que no obstante las múltiples variables del fideicomiso, el mismo no puede en modo alguno escapar o eludir los principios generales del derecho que imponen que ningún acto puede usarse en fraude a la ley. (art. 21 del Cód. Civil y art. 12 del Cód. Civil y Comercial).

Los negocios en fraude a la ley “tienden a conseguir, con la combinación de diversos medios jurídicos seriamente realizados, el mismo resultado que la ley prohíbe, o, por lo menos, uno equivalente” (Kiper Claudio, Lisoprawsky Silvio “Tratado de Fideicomiso”, T. II, Edit. Abeledo Perrot, año 2012, p. 661).

Siendo ello así las alegaciones contenidas en la demanda (fs. 46 “Materia: Nulidad absoluta de acto jurídico”) al dar cuenta de la plataforma fáctica en que se basó el reclamo (v. fs. 47/50 vta.) y en consideración al carácter de la nulidad absoluta que vicia el acto cuestionado y la necesidad de evitar el fraude a la ley, habilitan su declaración aún de oficio, de conformidad con lo establecido en los artículos 18, 21, 1044 y 1047 del Cód. Civil, por lo que se desestiman las argumentaciones contenidas en las réplicas de los agravios en base al principio de congruencia, cuando lo tratado y decidido además no se aparta de lo que fue sometido a juzgamiento en la instancia de grado. (arts. 266, 272 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre la cuestión, y allí se sostuvo que “estando de por medio una norma imperativa, en cuya vigencia se encuentran interesados el orden público, en sus distintos aspectos, o las buenas costumbres, la nulidad o anulabilidad mencionada será siempre absoluta (...) y que la nulidad es una sanción aplicable a la generalidad de los actos contrarios a la ley, se trate de una infracción abierta o encubierta.” (Expte. 11034 reg. int. 23 (S) del 01/04/2019, con cita de Mosset Iturraspe “Contratos simulados y fraudulentos”, T. II, p. 161, RubinzalCulzoni).

Lo dicho hasta aquí en nada queda conmovido a partir de las argumentaciones del tercero citado en cuanto sostiene la validez del acto de constitución del fideicomiso — con más su modificación—, en mérito a la calificación e inscripción sin observación que el Registro de la Propiedad realizó de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 9 de la ley 17.801, en tanto la inscripción no es convalidante del título nulo. (art. 4 de la cit. ley).

2.3) Ahora bien, quedando establecida la verdadera finalidad del fideicomiso instrumentado mediante escritura N° ..., ha de analizarse lo valorado por el juez de grado en relación con los efectos que habría tenido su posterior modificación y la conducta asumida por el actor, mediante escritura N° ..., cuya copia obra a fs. 19/24.

2.3.1) Al día siguiente del fallecimiento del Sr. R. O. C., comparecen ante el mismo notario, la Sra. M. del C. T., Rubén Omar Cardenau y Marisa Cardenau, acreditando el vínculo con el causante según los instrumentos mencionados al finalizar la escritura y en tanto se declaran como únicos herederos legitimarios, con el objeto de modificar el fideicomiso oportunamente instrumentado (escritura N° ..., ya referida).

En la segunda cláusula se detallan los bienes que componen el patrimonio fiduciario, tal la individualización que surge de los que fueron transmitidos en dominio fiduciario en la escritura nro. ... En la tercera cláusula se mantiene a la beneficiaria designada Sra. M. del C. T., y se especifica que el beneficio consistirá en la renta proveniente del arrendamiento o explotación agrícola a elección de la beneficiaria, que resulte de la parte de los inmuebles destinada al beneficio según croquis hoja 1 que se agrega al protocolo y que la citada fracción comprende 100 hectáreas. En caso de fallecimiento será reemplazada por los fideicomisarios en partes iguales, y en dicho caso los beneficiarios sustitutos percibirán como beneficio la renta equivalente a la producción de 10 hectáreas de los inmuebles individualizados cada uno de ellos. Se establece además que la beneficiaria podrá otorgar actos jurídicos de disposición sobre el derecho patrimonial que le corresponde en el contrato —cláusula cuarta—.

Se produce también una modificación respecto de los fideicomisarios en la cláusula V, agregándose a una hija menor del actor. Así quedan designados como fideicomisarios: Omar Nicolás Cardenau, Rubén Osvaldo Cardenau y Magdalena Cecilia Cardenau Gotta y quienes recibirán el dominio directo a la finalización del fideicomiso por cualquier causal. Se establece que, en caso de no aceptación, renuncia o fallecimiento su porción indivisa acrecerá por partes iguales a los demás fideicomisarios salvo que tuvieran descendencia. En caso de que ninguno llegara a existir serán reemplazados por la descendencia de Marisa Nancy Cardenau. Asimismo, se autoriza al fiduciario a la incorporación como nuevo fideicomisario y en forma equivalente a los designados al nuevo hijo que en el futuro pueda llegar a tener.

Se establece en la cláusula VI una duración de 30 años para el fideicomiso los que deberán ser contados desde el día 25/06/2004, fecha del contrato fiduciario base cuestionado.

Se establece que al finalizar el fideicomiso el fiduciario deberá proceder a la transmitir los bienes a los fideicomisarios. (cláusula séptima).

En relación con las facultades del fiduciario se produce una modificación en la cláusula VIII. Allí se establece que el fiduciario como titular de los bienes, ejerce la libre administración de ciento cincuenta hectáreas, con la identificación de hoja 1 —croquis—, aplicándose esta disposición a partir del 01/03/2010. Sobre la restante

superficie el fiduciario ejerce la administración con la limitación que será destinado exclusivamente para arrendamiento o explotación a elección de la beneficiaria. En caso de optar por arrendarlo la beneficiaria —T.— elegirá arrendatario, precio y plazo de arrendamiento. No se aplica para los beneficiarios sustitutos. En caso de reemplazo por los beneficiarios sustitutos tendrá la libre administración de los inmuebles el fiduciario. El fiduciario debe contar con la autorización de la beneficiaria T. para otorgar actos de disposición o gravamen. Asimismo, se establece que el fiduciario deberá entregar a la beneficiaria T. la totalidad de la renta producida en la parte de los inmuebles destinados al beneficio, previa deducción de gastos, impuestos y la retribución del fiduciario.

En esta cláusula también se modifica el derecho del fiduciario a percibir retribución por su gestión, la que asciende a la producción de 150 hectáreas, la que tiene para su libre administración y en el caso de sustitución del fiduciario la retribución será del 5 % de la renta total neta. En caso de reemplazo de la beneficiaria T. por los beneficiarios sustitutos, la retribución del fiduciario Cardenau se incrementará con la renta producida por las 60 hectáreas restantes.

Es decir que de esta cláusula surge que el fiduciario —si bien se califica como retribución— sería a la vez beneficiario de la explotación de 150 hectáreas (ocupando de algún modo el lugar del primer fiduciante pues pasa a recibir los beneficios que antes percibía su padre), las que al fallecimiento de la Sra. T. se incrementaría en 60 hectáreas, y esto se encuentra en abierta contradicción con lo establecido en el art. 7 de la ley 24.441 y una prueba más de la desnaturalización del instituto.

Asimismo, se establece que a la extinción del fideicomiso se constituirá a favor del fiduciario un derecho real de usufructo, en forma gratuita y vitalicia sobre todos los bienes que existan en el patrimonio fiduciario, indicándose las causales de cese del fiduciario y se establece un orden de sustitución, siendo sus sustitutos, Gustavo Manuel Tristán, Eduardo Roberto Lacoste y Marisa Nancy Cardenau.

Se establece como disposición complementaria la denominación del fideicomiso como La Modesta con domicilio en calle ... y este domicilio se comprueba a requerimiento de Rubén Omar Cardenau con fecha 26/07/2010 mediante acta protocolar de comprobación autorizada por notario Carlos Costanzo.

2.3.2) Argumentaron los accionados que la conducta asumida por el actor al tiempo de instrumentarse esta modificación importó la confirmación y convalidación del contrato cuya nulidad pretende, y a quien se atribuye una conducta autocontradictoria y de mala fe, por lo que habría una confirmación del acto.

Respecto de estas argumentaciones ha de señalarse que tal surge de la propia norma,

las nulidades absolutas no son pasibles de confirmación (art. 1047, última parte del Cód. Civil), ni expresa ni tácitamente (arts. 1059, 1063 del Cód. Civil).

Ha sostenido el Superior Tribunal Provincial que “[l]as nulidades absolutas no son susceptibles de confirmación por las partes (art. 1047, Cód. Civil), pues la invalidez se declara en interés de la ley, por estar afectado un interés que es más amplio que el de las partes.” (SCBA Ac 83820 sent. del 19/09/2007)

Sobre el particular la doctrina sostiene que la disposición que establece que la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación es “una disposición enteramente lógica, pues si la nulidad absoluta es la sanción más rigurosa, instaurada en salvaguarda del orden público que el acto inválido ha quebrantado, no es admisible que ella pueda desaparecer por el mero designo particular en ese sentido. Si los interesados desean dar valor al acto, no tienen otro camino sino hacerlo nuevamente y ello siempre que haya desaparecido la causa de la nulidad.” (conf. Llambias Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil Parte General T. II, edit. Perrot, p. 614).

En base a ello, no puede interpretarse que la modificación del fideicomiso, importó la convalidación del acto nulo, o bien que importó, tal como se alegó por el tercero citado, una renuncia tácita a la herencia, en mérito a lo establecido en los artículos 3345, 3346 y cc del Cód. Civil.

Ello por cuanto la renuncia “es una declaración expresa de voluntad, en la cual el heredero llamado a la herencia, manifiesta, en la forma dispuesta por la ley, no querer asumir los derechos y obligaciones hereditarios” (Ferrer Francisco, Medina Graciela “Código Civil comentado”, Sucesiones T. I, Rubinzal Culzonni Editores, año 2008, p. 232, Perez Lasala “Tratado de las Sucesiones”, Edit. Ruzinzal Culzoni T. I p. 511). La renuncia a la herencia no se presume, y debe ser expresa, no tiene lugar de modo parcial, fue admitida y no cuestionada la aceptación que surge de la citación e intervención del aquí actor, en carácter de heredero en el proceso sucesorio que obra por cuerda.

Destáquese además que por el acto instrumentado en escritura N° ..., no se produjo una nueva transmisión fiduciaria, habiéndose establecido en la escritura N° ... que los 30 años de duración del fideicomiso se contarían desde el día 25/06/2004, es decir desde la instrumentación del fideicomiso mediante escritura N° ..., y en consecuencia queda determinada su clara vinculación y unidad con el acto jurídico precedente. Así y en mérito a la nulidad absoluta que lo vicia, no puede escindirse, tal como se pretende, al argumentarse que esta conducta del actor importó una renuncia a las acciones en defensa de sus derechos, en tanto la acción de nulidad absoluta es irrenunciable.

Finalmente y en mérito al resto de las argumentaciones de los accionados ha de

señalarse que si bien el art. 1047 del Cód. Civil, establece que no puede alegar la nulidad quien ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, fundado en el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, su aplicación en el caso queda desplazada por tratarse en la secuencia en que fueron celebrados los actos jurídicos —de constitución y modificación— de una nulidad absoluta en mérito a lo establecido en los artículos 21 y 1175, encontrándose lesionado no solo el interés individual, sino el social. (conf. arg. Spota Alberto “El acto jurídico inmoral y la prohibición de alegar la propia torpeza”. JA, año 1942-IV ps. 211/220).

Sobre el particular se ha sostenido que “el juez tiene que ejercer su potestad invalidatoria de oficio, aunque llegue a su conocimiento la nulidad absoluta por medio de quien ejecutó el acto conociendo o debiendo conocer dicho vicio”. (Cifuentes, Lagomarsino y otros “Código Civil y leyes complementarias”, Edit. Astrea, T. 4, conf. p. 717 y las citas allí realizadas).

Es decir que “la invalidez debe ser declarada por el juez, no obstante ser pedido por quien ha celebrado el acto conociendo el vicio, puesto que tiene el deber de hacerlo aunque nadie lo pida; su pronunciamiento se fundará, no ya en el pedido de parte, sino en lo dispuesto expresamente por el artículo 1047 primer apartado del Cód. Civil” (conf. Goldstein Ossorio, Código Civil y Leyes Complementarias”, Edit. Omeba T. I, p. 415, con cita de Llambias “Efecto de la nulidad y anulación de los actos jurídicos”, y jurisprudencia citada).

Por lo expuesto se desestiman las argumentaciones contenidas en las réplicas a los agravios.

3) Habiéndose valorado la nulidad absoluta de los actos jurídicos cuestionados con sustento en las normas contenidas en los artículos 18, 21, 1175 y su clara contradicción con el orden público sucesorio (3279, 3545, 3565 3591, 3592 y cc del Cód. Civil), la prescripción alegada por los accionados con sustento en el artículo 4023 del Cód. Civil que establece en dos años la prescripción de la acción por vicios en el consentimiento debe ser rechazada.

Además, y como consecuencia de lo establecido en el artículo 1047 del Cód. Civil ha de señalarse que la acción para obtener la declaración de nulidad regulada en la norma es imprescriptible, y ello “es una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto. Pues sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción de la acción de nulidad respectiva, ya que esto último equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del lapso de la prescripción.” (conf. Llambias ob. cit, p. 614/615).

4) En el contexto que surge de las valoraciones realizadas, ha de señalarse que la nulidad absoluta de los actos jurídicos no tiene el alcance que el apelante pretende darle y por el que solicita la transmisión de los bienes fideicomitidos a su dominio pleno, asistiendo en este aspecto razón al planteo que realizan los codemandados Omar Nicolás Cardenau y Rubén Osvaldo Cardenau, en mérito a lo establecido en el artículo 1050 del Cód. Civil.

De allí que por el efecto de la nulidad los bienes en cuestión y que fueran afectados al patrimonio fiduciario, deberán integrarse al acervo hereditario correspondiente, en mérito a los procesos sucesorios en trámite, y en donde deberán dirimirse los derechos del actor en tanto heredero legitimario.

5) Finalmente, y en mérito a que se propicia la revocación de la sentencia, cabe atender aquellas cuestiones que formaron parte del litigio pero que al ser rechazada la demanda no motivaron pronunciamiento del magistrado de grado ni permitieron que los interesados trajeran la cuestión a esta instancia pues carecían de agravio.

Dice Peyrano, citando a Loutayf Ranea que “quedan implícitamente sometidas a la decisión del tribunal de segunda instancia en virtud del recurso interpuesto por la contraparte, todas aquellas cuestiones oportunamente planteadas por el vencedor y que fueron rechazadas o no consideradas por la decisión en grado. En estos casos, si el tribunal de alzada considera procedentes los agravios del recurrente, no por ello debe acoger el recurso de apelación y revocar la sentencia, sino que debe entrar a conocer también de esas cuestiones rechazadas o no consideradas por el juez de primera instancia, es decir, el tribunal de alzada debe analizar todos los puntos que fueron oportunamente introducidos por el vencedor en primera instancia, y luego de este análisis podrá resolver sobre la confirmatoria o revocatoria de la decisión en grado”. (Apostillas sobre la denominada 'apelación implícita' El Derecho 187-519 [2000]).

Tal resulta el caso cuando la defensa de falta de legitimación pasiva no ha recibido un tratamiento específico en el grado pese a haber sido puntualmente planteada al contestar demanda y sin que se requiera una expresa actualización de la cuestión al contestar la expresión de agravios (v. Meditaciones sobre la Apelación - (Solución de cuestiones, vencimiento y 'devolución' implícita) Azpelicueta, Juan José en El Derecho 195-1068 [2002]).

5.1) En ese marco ha de atenderse favorablemente el planteo realizado por la tercera citada Patricia Gómez (fs. 82/84) cuya vinculación con los actos cuestionados no surge de las actuaciones, careciendo de legitimación pasiva, por lo que deberá rechazarse la demanda a su respecto, con costas al actor vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y

Comercial).

5.2) Igual suerte debe correr la defensa opuesta por el notario interviniente (fs. 96/vta.). Es que se lo demandó livianamente a fs. 46 vta. diciendo “Y en su carácter de escribano interviniente en el acto que se pretende anular se citará al Dr. Patricio Gabriel Galiano.” Para luego insistir en su citación “a fin de que tome intervención en autos, a fin de hacer valer sus derechos. (...) Que siendo el escribano profesional del derecho y como autorizante del instrumento, le incumben otros deberes, que si son omitidos pueden convertirse en concausa del defecto que provoca el pedido de nulidad del acto instrumentado, implicando ello responsabilidad de su parte, solicito se le dé traslado de la demanda, por su carácter de escribano interviniente en las escrituras que se pretenden anular.” (fs. 72). El Juez accedió la citación en los términos del art. 94, Cód. Proc. Civ. y Comercial (fs. 73).

Al contestar la demanda el notario sostuvo (ap. III “Improcedencia de la citación.”) que la controversia no era común con las partes del acto y que aquí se discutían intereses privados ajenos a su actuación profesional, añadiendo que al cuestionar el actor la causa fin o final del acto el planteo nulitivo resulta ajeno al acto notarial propiamente dicho.

Entiendo que esa defensa también debe atenderse.

No hay en demanda pretensión indemnizatoria alguna, ni respecto de los intervinientes en el acto anulado ni respecto del notario (v. fs. 46/51 vta.). Ese dato es decisivo pues al no perseguirse aquella pretensión la cuestión de la responsabilidad civil del escribano resulta extraña al presente proceso.

Tampoco se cuestiona la instrumentación del acto (no hay falsedad denunciada) por el contrario la literalidad de lo actuado y registrado en las escrituras es asiento de la pretensión como lo ha sido de las consideraciones precedentes de este voto.

Tal contexto permite recordar aquella antigua doctrina legal que consideró que cuando no está en juego la responsabilidad del escribano no es necesaria su citación al proceso (SCBA Ac. 40.431, "Calaza, Leoncio contra Bouza de Scapellato, Dina y otros. Nulidad de escrituración" del 27/06/1989) y que la jurisprudencia sigue entendiendo de igual modo pues recientemente se sostuvo “como se señala en la contestación de los agravios, más allá de que no se trata aquí de una acción fundada en la responsabilidad civil de la escribana, ni tampoco se trata en el caso de una nulidad formal, en la que se hubiera impugnado la nulidad de escritura por falsedad del instrumento, sino que se objeta el negocio jurídico que contiene, en el que la causa de la nulidad no era evidente, juzgo que en el caso corresponde mantener lo decidido por el Sr. juez en cuanto rechaza la acción contra la escribana...” (CNCiv Sala E, Ex.

42713/09, "G. J. G. c. C. M. E. s/ nulidad de acto jurídico" (J. 91) del 13/02/2019 publicada en <http://...>).

Es que como refiere la doctrina "cuando enfrentamos una escritura pública, debemos distinguir "continente" y "contenido", pues en ella hay un acto fruto de la voluntad de las partes (acto instrumentado), que para expresarla recurren al notario que lo dota de una forma (acto instrumental)." ("Nulidad de Escrituras Públicas. Responsabilidad del Escribano" por Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez en Revista Notarial 2008/02 - N° 90; Colegio de Escribanos de Córdoba) distinguiendo luego prolijamente los autores las circunstancias en uno y otro caso donde correspondería imputar responsabilidad al notario, y en lo que no cabe detenerse en función del motivo de la litis.

Pero en autos, se reitera, ni se trata de un caso de falsedad (cuestión relativa al "acto instrumental") ni se persigue imputarle responsabilidad por aquellos especiales supuestos en los que debe indemnizar en función de la conducta debida e incumplida en relación con el acto instrumentado.

De allí que quepa atender a la defensa del Escribano citado como tercero a estos autos y rechazar la demanda a su respecto (arts. 94; 345, inc. 3°, Cód. Proc. Civ. y Comercial) con costas de ambas instancias al actor vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En merito a las consideraciones realizadas propongo al acuerdo revocar la sentencia de fs. 980/989 y consecuentemente hacer lugar a la demanda contra Nicolás Omar Cardenau, Rubén Osvaldo Cardenau, Magdalena Cecilia Cardenau Gotta, Marisa Nancy Cardenau, declarándose la nulidad de los actos jurídicos instrumentados mediante escrituras N° ... de fecha 25 de junio de 2004 y N° 58 de fecha 3 de junio de 2009, por hallarse viciados de nulidad absoluta con los alcances que han sido materia de valoración y de conformidad con lo establecido en los artículos 21, 1175, 1044, 1047 y 1050 cc. del Cód. Civil, debiendo rechazarse la demanda contra Patricia Gómez y contra Patricio Gabriel Galiano en ambos casos con costas de ambas instancias al actor vencido (arts. 94; 345, inc. 3° y 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Las costas de ambas instancias respecto de la demanda que se admite deben ser soportadas por los vencidos (art. 68 del Cód. Civil).

A la primera cuestión planteada voto por la Negativa.

El doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

2ª cuestión. — La doctora Issin dijo:

En atención a como quedó resuelta la cuestión anterior corresponde: I) Revocar la

sentencia obrante a 980/989 y consecuentemente hacer lugar a la demanda contra Nicolás Omar Cardenau, Rubén Osvaldo Cardenau, Magdalena Cecilia Cardenau Gotta, Marisa Nancy Cardenau, declarándose la nulidad de los actos jurídicos instrumentados mediante escrituras N° ... de fecha 25 de junio de 2004 y N° 58 de fecha 3 de junio de 2009, por hallarse viciados de nulidad absoluta con los alcances que han sido materia de valoración y de conformidad con lo establecido en los artículos 21, 1175, 1044, 1047 y 1050 cc. del Cód. Civil, dejándose sin efecto la inscripción de dichos actos ante el Registro de la Propiedad Inmueble, debiéndose librarse los oficios por la instancia oportunamente. II) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos. (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) III) Rechazar la demanda contra Patricia Gómez y contra Patricio Gabriel Galiano, citados como terceros, en ambos casos con costas de ambas instancias al actor vencido (arts. 94; 345 inc. 3° y 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 31, ley 14.967).

Así lo voto.

El doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

En atención a como quedó resuelta la cuestión anterior corresponde:

I. Revocar la sentencia obrante a 980/989 y consecuentemente hacer lugar a la demanda contra Nicolás Omar Cardenau, Rubén Osvaldo Cardenau, Magdalena Cecilia Cardenau Gotta, Marisa Nancy Cardenau, declarándose la nulidad de los actos jurídicos instrumentados mediante escrituras N° ... de fecha 25 de junio de 2004 y N° 58 de fecha 3 de junio de 2009, por hallarse viciados de nulidad absoluta con los alcances que han sido materia de valoración y de conformidad con lo establecido en los artículos 21, 1175, 1044, 1047 y 1050 cc. del Cód. Civil, dejándose sin efecto la inscripción de dichos actos ante el Registro de la Propiedad Inmueble, debiéndose librarse los oficios por la instancia oportunamente. II) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos. (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) III) Rechazar la demanda contra Patricia Gómez y contra Patricio Gabriel Galiano, citados como terceros, en ambos casos con costas de ambas instancias al actor vencido (arts. 94; 345 inc. 3° y 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 31, ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135, CPC). Notifíquese al Asesor de Incapaces Departamental. (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase. — Fabián M. Loiza. — Ana C. Issin.