



R.I.70(S)

En la ciudad de Necochea, a los 03 días del mes de julio de dos mil quince, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **“CARDENAU, Rubén Omar c/CARDENAU, Omar Nicolás y otro/as/Nulidad Acto Jurídico”** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Fabián Marcelo Loiza y Oscar Alfredo Capalbo, (Decreto nº 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1^a ¿Corresponde anular todo lo actuado desde la foja 161?

2^a ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

I. El Sr. Juez de grado dicta sentencia rechazando la demanda incoada por el actor quien peticiona la nulidad absoluta de los contratos de fideicomiso instrumentados en dos escrituras. Dirige la acción contra dos de sus hijos Omar Nicolás y Rubén Osvaldo Cardenau, en tanto beneficiarios.

Demandó igualmente al escribano interviniente, a su hermana por su rol de heredera directa de los fideicomitentes y a la Sra. Gómez en su rol de administradora de uno de los fideicomisos.



El magistrado entendió que “el acto jurídico cuya nulidad absoluta pretende el accionante, es 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, arts. 1137 y ss., 1198, y concordantes del Código Civil y art. 1 y cc. de la Ley 24.441. En consecuencia no se ha instituido heredero, ni se ha pactado 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 o sinalagma.”.

Analiza en esos términos la defensa de prescripción opuesta por la codemandada Marisa Cardenau y sostiene que “el actor afirmó haber sido inducido a firmar el contrato de fideicomiso “bajo amenazas” de su propio padre (fs. 47 vta.), circunstancia que reedita en su contestación a la defensa de fondo a fs. 157 vta. último párrafo. Siendo que el consentimiento es uno de los elementos esenciales del contrato, la existencia de un vicio al momento de su declaración lo invalida como tal, y si bien la actora no produce prueba al respecto, fue invocado como hecho. Corresponde en consecuencia computar el plazo previsto en el art. 4030 de Código Civil a los fines de determinar la viabilidad de la defensa intentada. A tal efecto el plazo de prescripción de la acción de nulidad por el vicio en el consentimiento alegado comenzaría a correr a partir del fallecimiento del padre del actor, supuesto autor de las amenazas alegadas. Conforme surge de las constancias de autos, y de los expedientes que como prueba instrumental



fueran solicitados al Juzgado de igual materia Nro. 2 departamental, la fecha de fallecimiento del Sr. Rubén Oscar Cardenau fue el día 2 de junio del año 2009. Habiéndose iniciado la demanda con fecha 16 de abril del año 2012, la acción de nulidad se halla prescripta, correspondiendo en consecuencia el rechazo de la demanda (art. 4030 del Código Civil)."

La decisión agravia al actor, quien apela a fs. 469 y expresa sus agravios a fs. 491/500. Allí mantiene su pretensión de nulificar los actos jurídicos en cuestión para luego desgranar sus agravios.

Efectúa en primer orden un *racconto* de lo ocurrido concluyendo que "*Literalmente se me 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 mi padre, vedándome la libre disponibilidad de mi futura porción legítima.*"

Continúa aseverando que "*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 legítima en perjuicio del suscripto apelante.*"

Refiere que al fallecimiento de sus padres se ha encontrado privado de esas fracciones de campo y del consiguiente derecho de propiedad.



Sostiene que “*el verdadero propósito de esos instrumentos no ha sido otro que el de limitar, condicionar, afectar, supeditar y restringir en fraude a la ley los derechos hereditarios del apelante*”.

Indica que tanto los acuerdos sobre herencia futura como la legítima de los herederos forzosos se incluyen en la parcela de derechos indisponibles.

Afirma que “*Yerra la sentencia en crisis al reducir la cuestión al ámbito contractual, desvinculándola de las evidentes connotaciones y consecuencias sucesorias que los actos cuya nulidad se pretende exhiben sin pudor*”.

Agrega que tales pactos de herencia futura en los que está involucrado el orden público “*son nulos en nuestro derecho y siendo de nulidad absoluta, son inconfirmables, irrenunciables e imprescriptibles las acciones dirigidas a obtener su invalidez*”.

Seguidamente indica cuáles serían los recaudos necesarios para la existencia de un pacto de herencia futura, a saber: celebración en vida del causante, que el objeto sea parte del acervo sucesorio y que el pacto se celebre sobre un derecho hereditario, ya sea que lo disponga el causante o el heredero. Concluye que en el caso se dan tales recaudos y que la violación del orden público en tal supuesto genera una nulidad absoluta. Cita doctrina y jurisprudencia atinente a su aseveración.



Señala como otro yerro de la decisión considerar al contrato que se ataca como un convenio bilateral, brindando la opinión contraria a partir de una cita doctrinaria.

Recuerda que el nuevo Código Civil y Comercial mantiene la protección de la legítima, señalando que ni siquiera el futuro art. 1010 prevé como excepción al caso de autos.

Señala luego que la nulidad peticionada no se basa en el vicio de la voluntad sino en el objeto del acto. Indica que *“La violación de la legítima vehiculizada a través la fiducia (sic) tachada de invalidez, compromete el orden público y acarrea nulidades absolutas, las que se caracterizan por ser irrenunciables imprescriptibles e inconfirmables.”*

Afirma la imprescriptibilidad de la acción y luego añade que de considerarse prescriptible el plazo sería el decenal por efecto del art. 4023 del C. C.

En su tercer agravio señala que siendo la perseguida una nulidad absoluta no podría ser confirmada por la actuación del actor. Se explaya finalmente sobre las razones de su actuación (en respuesta a lo que parece calificarse en sentencia como conducta autocontradicitoria y violatoria de la buena fe).

Seguidamente a fs. 504, en escrito aparte dirigido a esta Cámara, el actor indica que *“de hacerse lugar a la demanda que interpuse, podrían resultar afectados eventuales derechos e intereses de mi hija menor (...) cobeneficiaria de fideicomiso cuya nulidad se ha demandado en autos.”*



Solicitando por ello “se otorgue *intervención en autos al Ministerio Público Pupilar en los términos de lo reglado por el art. 59 del código civil a los fines de que ejerza la representación promiscua. También pido analicen VVEE sobre la necesidad de dar también intervención del “abogado del niño”* creado en el ámbito provincial por la ley 14.568.”

La tercera citada (Gómez) contesta agravios (fs. 505/506) abogando por el sostenimiento del rechazo de la demanda a su respecto, señalando que nada dice el recurrente a su respecto, lo que confirmaría la impertinencia de su citación a este proceso.

A fs. 507/517 contestan agravios los codemandados –hijos del actor- solicitando el mantenimiento de la sentencia de grado. Igual tesis exhibe el responde del restante codemandado, el notario Galiano, a fs. 518/535.

Con las presentaciones reseñadas en esta Cámara por su presidencia pasó los autos a resolver.

II. Una cuestión previa impide ingresar al fondo de la cuestión tal como propone el memorial del actor, y es la referida por el propio recurrente en su presentación de fs. 504.

Es que allí el actor solicita la incorporación a la litis, como codemandada, de quien es designada fideicomisaria en la escritura N° 58 del 03/6/2009.

Esa petición, por si fuese necesario, reconoce que en el caso la persona omitida resultará perjudicada en caso de dictarse una sentencia favorable a los intereses del actor.

La menor referida resulta ser designada en el acto jurídico cuestionado, como “fideicomisario” conjuntamente con quienes sí fueron demandados (Omar Nicolás Cardenau y Rubén Osvaldo Cardenau) por lo que su posición jurídica es parcialmente similar a la de éstos últimos, solo distinguiéndolos la calidad de beneficiarios que aquella no ostenta (v. contratos acusados de nulidad en especial fs. 7 y 19 vta.).

La ley 24.441 refiere que el fideicomiso puede tener por parte al fideicomisario, quien resulta ser destinatario final de los bienes integrante del patrimonio de afectación (art. 1).

Decidida en el contrato la implementación de esta figura su carácter de parte contractual resulta innegable.

La doctrina especializada afirma que al fideicomisario “*le asiste un derecho de carácter personal a que le sea trasmítido el dominio de la cosa objeto del negocio fiduciario, una vez que se cumpla la condición resolutoria, o expire el plazo resolutorio, a los cuales está sujeta la propiedad del fiduciario.*” Ese es un derecho personal “*derivado de un negocio jurídico que es la causa-fuente de la relación, cuyos efectos están subordinados a un acontecimiento futuro, que puede ser incierto o necesario según se trate de una condición o de un plazo.*” (Kiper – Lisprawski “Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización.” pp. 277 y 279/280, Depalma, 1996).



Vale aclarar que tal derecho no resulta una mera expectativa, pues existe, es válido y solo pende de un plazo para resultar plenamente exigible (ob. cit. pp. 281/282). Y tan es así que el Código Civil le reconoce la facultad de pedir medidas conservatorias sobre dichos bienes en procura de proteger sus intereses (v. gr. Art. 546 CC).

A su turno los contratos aquí impugnados prevén que los fideicomisarios recibirán los bienes una vez extinguido el fideicomiso, cuyo plazo de duración es de treinta años. Asimismo se convino que en caso de no aceptación, renuncia o previo fallecimiento a la adquisición de algunos de los fideicomisarios, la porción indivisa acrecerá por partes iguales a los demás fideicomisarios, salvo que tuvieran descendencia (fs. 7/vta. y 20vta.).

Como se advierte, de llegar a buen puerto el contrato de fideicomiso alumbrará, si no un condominio, al menos una situación de comunidad sobre los bienes emergentes de la fiducia, en tanto comparte su potestad con los co-demandados. De allí también la evidente necesidad de que la demanda sea dirigida contra todos ellos.

Esos roles (el genérico previsto legalmente y el específico otorgado contractualmente) implican que, de anularse los actos en cuestión, la fideicomisaria preterida resultará perjudicada en su interés sin haber sido oída en el proceso.

Ello en tanto, como se ha sostenido, *“la doctrina invariablemente ha destacado que en los supuestos de nulidad de un negocio jurídico es insoslayable dirigir la pretensión contra todos los que*

intervinieron como parte en el acto impugnado (Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil-Parte General", tº II, pto. 1289-2, 13ª ed. La Ley; Rivera, Julio César "Instituciones de Derecho Civil", Ed. LexisNexis-AbeledoPerrot, Buenos Aires, pto. 1523 p. 879 Ver Texto; Falcón, Enrique "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial" tº I, pág. 336, ed. Rubinzal-Culzoni; Fenochietto, Carlos Eduardo "Código Procesal..." com. Art. 89 pág. 350, 2º ed. Ed. Astrea; Arean, Beatriz en "Código Procesal Civil y Comercial" tº 2, com art. 89 ed. Hammurabi) (Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I Fecha: 28/07/2009 Partes: P. de E., M. M. v. K., A. Citar Abeledo Perrot Nº: 70057176).

La omisión de demandar a uno de los fideicomisarios impide avanzar a este Tribunal en el estudio de las cuestiones traídas a decisión y obliga a declarar la nulidad de lo actuado, en tanto los intereses de una parte necesaria del acto jurídico no han sido considerados en el proceso, pues no se le ha dado la oportunidad de ser oída en directa violación de los arts. 17 y 18 C.N.

Tampoco resulta viable incorporarla a estas alturas del proceso cuando ya se ha ofrecido, proveído y producido la prueba de las restantes partes, pues de hacerse así se la colocaría en una clara situación desventajosa respecto de los restantes integrantes del proceso quienes fueron oportuna y debidamente incorporados a él.

En definitiva no se trata sino de un supuesto en el que la controversia resulta común a varias personas y en el que la sentencia no



puede pronunciarse úcilmente más que con relación a todas ellas (conf. art. 89 CPCC).

Por vía de hipótesis puede pensarse que de progresar la demanda se concretaría el gravamen al patrimonio de la fideicomisaria no integrada al proceso, en tanto perdería el derecho personal señalado supra, sin su intervención, y, al quedar excluida de la faz subjetiva de esa eventual cosa juzgada, podría eventualmente avanzar contra quien estuviera detentado los bienes antes fideicomitidos, con el consiguiente "escándalo jurídico" que ello importaría.

A la par el acto dejaría de existir para unas partes (los aquí demandados) y no podría dejar de hacerlo en relación a quien no fue demandada, incongruencia que pone de manifiesto la necesidad de un proceso -y de una sentencia que lo corone-, que hayan permitido a las partes del negocio ser escuchadas según los parámetros constitucionales del debido proceso.

Como puede apreciarse tales perjuicios no son meramente hipotéticos y por ende deben ser prevenidos de oficio en uso de las facultades propias de la magistratura (arts. 172 y 34 inc. 5º en especial ap. "b", CPCC).

Refiere Berizonce al respecto que *“Los poderes –deberes que en orden a la dirección y ordenación del proceso incumben a los jueces (art. 34 inc. 5 del C.P.C.) son comprensivos de un abanico de posibilidades entre las que se incluyen de modo principal la de sanear los actos del proceso (ap*

b) norma citada), principio general que tiene aplicación concreta en el art. 89 en cuanto impone la verificación oficiosa en los supuestos de litisconsorcio necesario de la citación en forma de todos los legitimados sustantivos. No le está asignada al juez una mera facultad de carácter potestativo, utilizable o no según su arbitrio, sino que se le atribuye como poder deber que está constreñido a realizar necesariamente con independencia de la rogación de las partes, para el logro de los fines públicos del proceso. Se le confiere ese potestamiento para ser actuado en forma activa y no displicente, en cuanto lo demanda el rendimiento (resultado eficacia) público del servicio de justicia empeñado para la justa composición del litigio.” (“Falta de integración de la litis en el litisconsorcio necesario: ¿rechazo de la demanda o nulidad oficiosa de lo actuado?” en Rev. Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2006-2 “Litisconsorcio ...” p. 18).

Llegados a este punto y en orden a la resolución del presente, cabe destacar que la doctrina legal de la Suprema Corte viene sosteniendo que, frente a la detección de la omisión que venimos marcando –o como análogamente sucede en autos, frente al señalamiento tardío por el propio actor-, corresponde anular lo actuado, interpretación que también efectúa la Corte Nacional (Fallos: 292:493, del 9-9-75 reiterado más recientemente en autos “Andrades, Estela Gloria y otros c/EN Mº Público arts. 110 y 120 C.N. s/amparo ley 16.986” A. 2443. XLI; REX; 01-07-2008; T. 331 P. 1583”).

Aplicando tal interpretación al caso de autos he de propiciar que se decrete la nulidad de todas las actuaciones a partir de fs. 161



inclusive (auto de apertura a prueba) y en aplicación del art. 89 del ritual, devolver las actuaciones a la instancia de grado para que, con intervención de juez hábil, se proceda a integrar debidamente la litis (conf. Berizone, ob. cit. pp. 20 y ss.; SCBA Ac. 34039, 08/10/1985, "Devicenzi, Zacarías E. c/Propietario desconocido s/Usucapión y reivindicación" AyS 1985-III-75; Ac 51073, 01/03/1994, "Krieger, José y otros c/Krieger, Pedro y otros s/Simulación" AyS 1994 I, 177; reiterado también en Ac. 61302 del 10/03/98 y Ac. 71139 del 21/03/98, conforme cita la Cám Civ. y Com. De Azul Sala I en un pronunciamiento reciente (26 de junio de 2012 "Bonetto, José Esteban c/De Arzave, Marta Aida S/ Cumplimiento De Contrato"(Causa nº 56219) adhiriendo a esa postura).

En cuanto a las costas en atención al sentido como propongo se resuelva entiendo que no deben imponerse, ni regularse honorarios a los letrados por las actuaciones posteriores a la de f. 161 habida cuenta de su manifiesta inoficiosidad (arts. 68 C.P.C.C. y 30 dec. ley 8904/77; SCBA, Ac. 51073 citado)

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada, voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:



Corresponde decretar la nulidad de todas las actuaciones a partir de fs. 161 inclusive (auto de apertura a prueba) y por la instancia de grado proceder, mediante juez hábil, a integrar debidamente la litis (conf. normativa, jurisprudencia y doctrina citadas al votar la primera cuestión) sin que corresponda imponer costas ni que se regulen honorarios por las actuaciones posteriores a la de f. 161 habida cuenta de su manifiesta inoficiosidad (arts. 68 C.P.C.C. y 30 Dec. ley 8904/77; SCBA, Ac. 51073 citado).

ASÍ LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente :

SENTENCIA

Necochea, 03 de julio de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se decreta la nulidad de todas las actuaciones a partir de fs. 161 inclusive (auto de apertura a prueba) y por la instancia de grado proceder, mediante juez hábil, a integrar debidamente la litis (conf. normativa, jurisprudencia y doctrina citadas al votar la primera cuestión) sin que corresponda imponer costas ni que se regulen honorarios por las actuaciones posteriores a la de f. 161 habida cuenta de su manifiesta inoficiosidad (arts. 68 C.P.C.C. y 30 Dec. ley 8904/77; SCBA, Ac. 51073

%jè!u\èZyn3\$



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expte. 9238.

citado). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8
ley 5827). Devuélvase.

Dr. Fabián M. Loiza
Juez de Cámara

Dr. Oscar A. Capalbo
Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy
Secretaria