

Nº 9.006

CCCR, S. 4a. (tribunal integrado)

MANDATO: facultades para efectuar renunciaciones gratuitas. **BIEN DE FAMILIA.** Irrenunciabilidad. **DERECHO DE HABITACION DEL CONYUGE SUPERSTITE:** aplicación inmediata de la ley. **VOCACION HEREDITARIA:** mujer divorciada vincularmente.

1. La conformidad prestada por un mandatario —aun excediéndose en sus facultades— para subastar un inmueble sujeto al régimen de bien de familia, supone una tácita renuncia del mandante, respecto de los privilegios que, como cónyuge superviviente, le acuerda dicho régimen (del voto en disidencia de la Dra. Barragán de Baigorri).

2. El hijo de un matrimonio disuelto vincularmente, no puede ser beneficiario del régimen de bien de familia constituido por su padre y su segunda cónyuge legítima (del voto del Dr. Alvarado Velloso).

3. La cónyuge superviviente que, además de beneficiaria, es coinstituyente del bien de familia, tiene legítimo derecho a resistir la pretensión de subasta de tal bien, esgrimida por los coherederos vinculados al causante por un matrimonio anterior, pues ello entraña su alejamiento de la finca que habita (del voto del Dr. Alvarado Velloso).

4. El régimen de bien de familia otorga a los instituyentes y beneficiarios, un derecho habitacional que no puede ser enervado por los parientes que no ostentan tal calidad (del voto del Dr. Alvarado Velloso).

5. Un inmueble sujeto al régimen de bien de familia sólo puede ser subastado por la porción indivisa correspondiente al heredero que pretende el remate y en las condiciones de ocupación en que se encuentra (del voto del Dr. Alvarado Velloso).

6. Atento el carácter de orden público que lleva anejo el régimen de bien de familia, ninguna trascendencia jurídica puede tener la aceptación que para subastar efectúa el letrado de la constituyente, que se excede en las facultades conferidas en el instrumento de poder, habida cuenta de la irrenunciabilidad de los beneficios que otorga dicha ley (del voto de los Dres. Alvarado Velloso y Veiga).

7. El derecho habitacional de la cónyuge superviviente se adquiere en el instante mismo de la muerte del causante, de modo que la ley 20.798 sólo puede aplicarse a las sucesiones abiertas con posterioridad a su vigencia, y ello por cuanto la aplicación retroactiva de tal ley importaría la violación del precepto contenido en el art. 3 del Cód. Civil, ya que se desmembraría un dominio recibido en plenitud por los herederos, afectándose así derechos amparados por garantías constitucionales (del voto en disidencia de la Dra. Barragán de Baigorri).

8. La ley 20.798, en cuanto consagra un derecho de habitación para el

cónyuge supérstite, es de aplicación inmediata para todos los casos que se presenten, con prescindencia de la fecha en que se operó la sucesión *mortis causae* pues, en última instancia, ella actúa a manera de *jus superveniens* (del voto de los Dres. Alvarado Velloso y Scavone).

9. La vocación hereditaria de la mujer divorciada vincularmente, que no dio lugar a la separación y que no contrajo nuevas nupcias, nació legalmente recién después de la reforma operada por la ley 17.711 (del voto del Dr. Alvarado Velloso).

10. En la interpretación de la ley 14.394 debe presidir el interés social y familiar comprometido. Por ello, en caso de conflicto entre tales principios y los que gobiernan la división hereditaria, deben privar los primeros (del voto del Dr. Veiga).

11. La afectación de un bien de familia hecha por el propietario, subsiste después de su muerte, aunque existan herederos forzosos cuyas legítimas no alcanzan a cubrirse con los otros bienes dejados por el causante (del voto del Dr. Veiga).

Cerruti, Armando Héctor

Rosario, 26 de junio de 1978. A la cuestión de si es justa la sentencia apelada, la Vocal Doctora Barragán de Baigorri dijo: En cuanto a la apelación que en su momento se hiciera girar en función de los agravios vertidos, se plantean dos problemas esenciales; uno, en que por disposición de la ley 14.394, la subasta del inmueble sometido al régimen del bien de familia es improcedente, y otro, en que por aplicación de la ley 20.798 el derecho de habitación del cónyuge supérstite tornó igualmente inadmisibile la subasta ordenada por el Sr. Juez a quo.

En cuanto toca al primero de los agravios, el apelante ha reconocido ser cierto que dio conformidad para el nombramiento de martillero en la audiencia celebrada el 27-3-74 en el expediente caratulado "Cerrutti, Armando Héctor — Declaratoria de Herederos", pero sin perjuicio de hacer expresa reserva el Dr. Neumann Astiz respecto a que el inmueble referido se encuentra inscripto... como bien de familia a favor de la heredera... vienen a solicitar se proceda a nombrar el martillero... para la subasta del inmueble... que era, por lo demás, el único bien denunciado en autos.

Esta conformidad ratificada, para que se designe martillero con la finalidad de que subaste el único inmueble de la sucesión, ha sido admitida por el magistrado actuante y por el coheredero considerándola como renuncia a la protección legal al bien de familia y su nulidad como tal, sostenida por el hoy quejoso que la habría efectuado sin poder especial para renunciar derechos.

Dos son los aspectos de la primera cuestión articulada: la conformidad con la designación de martillero para que subaste el acervo hereditario, no puede ser calificada ni nulificada por defecto de mandato, pues entra en las facultades expresamente conferidas al mandatario en el poder que le fuera conferido y cuyo testimonio corre agregado a los autos sobre Declaratoria de Herederos de Armando Héctor Cerrutti.

Ello sentado, la validez incuestionable de la conformidad con la designación de martillero para la subasta de bien de familia en relación con la segunda cuestión hecha valer, reviste las características propias de la renuncia tácita por parte de la cónyuge supérstite a los privilegios acordados por el régimen del bien de familia.

Renuncia que al no provenir de manifestación expresa de la constituyente del régimen de privilegio o de su equivalente mandatario expresamente autorizado —art. 873 del C. Civil—, resulta de consentimiento tácito de la mandante con el exceso en el mandato, juzgándose ejecutado el acto respecto de terceros, aun cuando el mandatario hubiera excedido el límite de sus poderes —art. 1934 y 1935 del C. Civil—, pues no es presumible que en el lapso de seis meses entre el 27-3-74 y el 19-9-74 no haya comunicado el profesional a su mandante la conformidad que había prestado para la venta del inmueble, o no haya contemplado la situación de los terceros, en cuanto a la constitución del bien de familia pero no en relación a la propiedad del inmueble.

La retractación de la renuncia, que la parte recurrente fundamenta en disposiciones legales y de orden público, no puede funcionar ni validar en este caso modificación de la decisión en recurso.

El consentimiento implícito en el silencio observado impide los efectos de la retractación ante la parte a quien beneficiaba —art. 875, C. Civil—, heredero del causante que aceptó la renuncia que lo beneficiaba en su oportunidad. Retracción que no puede apoyarse en el interés de la familia, único tutelado por la institución, ni en el orden público, ya que las previsiones de la ley sólo amparan el grupo familiar, los padres y los hijos, no incluyendo el art. 36 del texto legal a la segunda —La Ley, T. 138, pág. 614, in re “Gondra, César L. —Sucesión”.

Resumiendo, teniendo en vista los hechos y circunstancias determinadas que surgen de los antecedentes de autos, la conformidad tácita de la Sra. Alice Cressini de Cerrutti con la venta del departamento de Calle Paraguay N° 477 - Rosario, convenida entre su apoderado y los demás herederos, implica tanto como su conformidad con la desafectación del bien de familia que es, en definitiva, el paso previo a la venta del mismo, ya que la oposición fundada en el art. 34 de la ley citada es insuficiente para desechar la petición del hijo del causante, heredero legítimo que se ajusta a lo dispuesto por la norma del art. 3475 bis del C. Civil, en virtud de no ser posible ni haberse solicitado la división en especie. Consecuentemente, resulta procedente la venta solicitada.

La recurrente se agravia igualmente en cuanto el fallo no ha compartido su defensa de falta de acción imputada a la cónyuge de primeras nupcias en la presente incidencia por tratarse de un bien adquirido durante la segunda sociedad conyugal del causante.

Si bien no existe disposición expresa en el C. Civil sobre la forma en que la cónyuge cuyo vínculo fue dispuesto sin su culpa tome participación en la división de gananciales del cónyuge que ha contraído nuevo matrimonio válido, tal circunstancia que en su oportunidad será objeto de examen no la priva en el actual estado de la causa del derecho a denunciar bienes de la herencia y

proponer martillero para subastar bienes, cuya inclusión determinara el acervo hereditario, sin perjuicio de que participe o no de los mismos según la calificación de gananciales o propios que les corresponde. Lo que torna improcedente el agravio.

El otro planteo que conduce la parte quejosa en sus agravios radica en la aplicación de lo dispuesto por la ley 20798 con referencia al derecho de habitación de la cónyuge supérstite.

En cuanto a este punto, los fundamentos del auto anulado, que se dan por reproducidos, son de entidad suficiente para el rechazo del recurso.

El fallecimiento del causante ocurrido en fecha 30 de enero de 1970, transmitió los derechos pertinentes a los herederos desde el mismo instante. La ley posterior resulta incapaz de modificar los derechos adquiridos por los mismos— (Andorno, Luis, "El derecho de habitación del cónyuge supérstite"; J.A., diario del 8-9-75)—, por lo que corresponde confirmar la resolución en cuanto ha sido materia del recurso.

En cuanto al renglón costas, este Tribunal comparte el criterio de la Sala Tercera en cuanto rechazó el agravio del Incidente de ampliación de bienes y el de la propuesta de martillero, en cuanto se relaciona con el primero no existiendo vencido en el concepto que determina el art. 251 del C.P.C., debe estarse a su distribución en el orden causado, y en lo que toca con el segundo, las costas de la incidencia deberán ser soportadas por la recurrente, vencida en ambas instancias.

A la misma cuestión, el Vocal Doctor **Alvarado Velloso** dijo: Según consta en autos, Elida Englund se divorció de Armando Cerrutti —por culpa exclusiva de éste— en 19-6-50. Posteriormente bajo la vigencia de la ley 14394, y en 20-7-55, se decretó el divorcio vincular, a petición del marido, quien volvió a contraer matrimonio en 28-3-56 con Alice Cressini.

Pocos años después, en 15-3-60, los nuevos cónyuges adquieren un departamento ubicado en la calle Paraguay 477 de esta ciudad, dejándose aclarado en la escritura traslativa de dominio que Alice Cressini efectuó la compra de la mitad indivisa que le correspondía en la adquisición, con dinero propio obtenido antes de su matrimonio, según constancias obrantes en la escritura de convencción matrimonial de fecha 30-1-56, pasada ante el Registro del Escribano Félix O. Crespo. Luego, en 20-12-61, se inscribe el departamento adquirido en el régimen de bien de familia.

En 31-1-70 fallece Armando Cerrutti, dictándose declaratoria de herederos en 29-6-70 a favor de su cónyuge supérstite y de Carlos Cerrutti, hijo del primer matrimonio del causante; la que resulta ampliada en 26-4-71, a favor también de Elida Englund, con fundamento en la disposición contenida en el art. 6 de la ley 17711, de reforma al Cód. Civil.

Después de transcurrir las contingencias propias del pleito, los coherederos Carlos Cerrutti y Elida Englund peticionan se subaste el departamento de calle Paraguay 477, a lo que se opone Alice Cressini sosteniendo que se trata

de un bien adquirido durante la segunda sociedad conyugal, que se encuentra sujeto al régimen de bien de familia y que allí reside en forma permanente la segunda cónyuge supérstite.

Pronunciada sentencia estimatoria al respecto por el Juez de Primera Instancia, resulta confirmada por la Alzada —que contemporáneamente rechaza la pretensión de la perdidosa de mantenerse en la vivienda a base del derecho real de habitación a favor del cónyuge supérstite autorizado por la ley 20798— mediante sentencia que resultara anulada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, por haber omitido aquélla considerar las argumentaciones recursivas relativas a que la cosa a subastar constituía un bien de familia.

Toca ahora a este Tribunal, entonces, dictar sentencia definitiva a base de los argumentos presentados por las partes.

El primero de ellas se refiere a la inalienabilidad del inmueble que se pretende subastar, atendiendo su carácter de bien de familia que, parece conveniente recordarlo ahora, fuera instituido por Armando Cerrutti y Alice Cressini, para la familia por ellos constituida. No se me escapa que el régimen legal resulta notoriamente insuficiente para resolver justicieramente casos como el presente, pues nada establece acerca de la subsistencia del bien de familia cuando concurren a su herencia coherederos que carecen de todo vínculo entre sí. Empero, entiendo que la interpretación que se sustente para sentenciar este litigio, tendrá que tener en mira los fundamentos que basamentan la institución, a fin de no desvirtuarlos en el caso concreto.

Para mejor comprender la insuficiencia legal que ya apuntara, destaco que “a los fines de la ley, se entiende por familia, la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el 2° grado inclusive de consanguinidad, que conviven con el constituyente”. A primera vista, pareciera que no ofrece duda alguna la referencia efectuada al propietario, su cónyuge, y ascendiente —por su clara e indubitable determinación— así como a los parientes colaterales, no sólo correctamente definidos sino también sujetos de una imposición de convivencia con el constituyente. Por lo contrario, la referencia a los “descendientes” sugiere algunas dudas ¿se refiere la ley a cualquier descendiente —matrimonial o no— del instituyente y/o de su cónyuge, o sólo a los matrimoniales habidos de su unión?

La interpretación que ya he preconizado respecto de la institución, me lleva a aceptar la última de las alternativas presentadas: los descendientes que componen la familia dentro del régimen legal —y que, por ende, pueden ser beneficiarios del sistema— son los habidos en el matrimonio del constituyente con su cónyuge que, en el caso es coinstituyente.

Con lo hasta aquí expuesto, creo que tanto Carlos Cerrutti como Elida Englund carecen de legitimación para peticionar la subasta del bien, por no encuadrar en el concepto que acepto respecto del vocablo familia utilizado en la dimensión legal. Ello no empece, claro está, a su derecho hereditario, que permanecerá subsistente hasta la desafectación del bien, para cuya efectivización también carecen de legitimación, ya que su caso no encuadra en alguno de los supuestos contemplados en el art. 49 de la ley 14394.

No obstante lo expuesto, y colocándome ahora en la hipótesis contraria —que acepto sólo para refutar su procedencia en el supuesto de que se considere opinable la cuestión— tampoco puede variar la solución del litigio.

En efecto: el bien de familia fue constituido conjuntamente por Armando Cerrutti y Alice Cressini. Fallecido el primero, la segunda no ha perdido —en mi entender— su carácter de coinstituyente, (aunque añada ahora el de beneficiaria). En tales condiciones, estimo que, de acuerdo con el régimen legal vigente interpretado en la forma antes propiciada en pro del mantenimiento de la institución, la cónyuge supérstite tiene legítimo derecho a resistir la pretensión de subasta de sus coherederos, pues ello entraña —necesariamente— que se aleje de la finca que constituye su residencia habitual, sobre la cual puede, inclusive, invocar el derecho que le confiere el art. 53 de la ley 14394 a fin de oponerse a la partición pretendida en su contra. Y ello porque, en esencia, el régimen legal del bien de familia otorga a los beneficiarios, un derecho habitacional que no puede ser enervado por los parientes que no ostentan tal calidad.

En otras palabras: siendo de la esencia de la institución que sea excepcional, irrenunciable, insusceptible de transacción y de subrogación e imprescriptible (Guastavino, "Bien de Familia" pág. 265 y sgtes.) estimo que Alice Cressini se encuentra legitimada para continuar habitando el inmueble que se intenta subastar, el que eventualmente sólo podrá salir a remate por la porción indivisa correspondiente al causante y en las condiciones de ocupación en que actualmente se encuentra.

Con tales elementos, habida cuenta del indudable carácter de orden público que lleva anejo el régimen de bien de familia, parece claro que ninguna trascendencia jurídica puede tener la aceptación que para subastar el departamento efectuara el letrado de Alice Cressini.

Sobre el tema, y con el mayor de los respetos, me permito discrepar con la distinguida Vocal que votara en primer término, entendiendo que no puede presumirse una renuncia tácita por parte de la cónyuge supérstite a los privilegios acordados por el régimen legal.

En primer término, creo que el mandato conferido al Dr. Neumann a los fines procesales de este expediente, no conlleva la facultad de efectuar en nombre del mandante cualquier renuncia gratuita que, de no mediar falencia del deudor, requiriere se confiara poder especial el efecto (CC, 1881, 4º). De tal forma, la conformidad para designar martillero prestada por el letrado actuante, peca por exceso de mandato y no puede serle opuesta al poderante.

En segundo lugar, aceptar que ésta consistió tácitamente tal exceso pues "no se concibe que en el lapso de seis meses... no haya comunicado el profesional a su mandante la conformidad que había prestado para la venta del inmueble" —tal como lo hace notar la Sra. Vocal que vota en primer término— implica revertir el orden natural del proceso, haciendo caer sobre el mandante los efectos contrarios logrados por el mandatario que carecía de poder al efecto.

Por lo demás, sostengo que ninguna renuncia de derechos es susceptible de ser objeto de presunción.

En suma; aun en la hipótesis de gozar Carlos Cerrutti y Elida Englund de legitimación para peticionar la subasta del bien de familia, entiendo que se mantiene incólume el derecho de Alice Cressini para oponerse, habida cuenta de que es irrenunciable —por ser de orden público— su derecho a mantener el bien de familia que coconstituyera (y que por ende, aun la ampara, sin necesidad de considerar que es la segunda esposa del causante, ya que en esta calidad y como miembro de la familia legalmente protegida sujetó el departamento en cuestión al régimen que venimos analizando) y por no poder presumirse judicialmente la renuncia de un derecho.

También se ha esgrimido como defensa el afirmado derecho de habitación del cónyuge superviviente, en los términos de la ley 20798.

En cuanto a este tema, la Sra. Vocal de primer voto da por reproducidos los fundamentos de la sentencia de Cámara que fuera anulada por la Corte.

Se dijo allí que “los arts. 3410 y 3415 del C. Civ. establecen que la transmisión hereditaria se produce en el instante mismo de la muerte del causante, de modo tal que la ley 20798 sólo podrá aplicarse a las sucesiones abiertas con posterioridad a su vigencia”. Y se añadió que la aplicación retroactiva de las normas de tal ley importaría una violación de lo preceptuado en el art. 3 del Cód. Civil, por cuanto se desmembraría un dominio, recibido en plenitud por los herederos, afectándose así derechos amparados por garantías constitucionales.

Sin dejar de destacar la indudable versación de los colegas que suscriben tal opinión, debo adelantar que llego a una solución contraria, entendiendo que la ley 20798, al igual que todas las vinculadas con el régimen familiar, es de aplicación inmediata para todos los casos que se presenten, con prescindencia absoluta de la fecha en que se operó la sucesión mortis causa.

Sostener lo contrario implica, en mi sentir, efectuar una inadmisibile distinción que conculca gravemente el principio de igualdad jurídica. Una breve referencia a otro tema del derecho de familia servirá para explicar por qué se vulnera tal principio. Así, si una ley promulgada en el día de hoy acuerda iguales derechos a hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a nadie se le ocurrirá sostener que regirá sólo para quienes nazcan con posterioridad a su vigencia.

Elementales razones que interesan al orden público —dentro del cual se encuentra indudablemente comprometido todo el régimen familiar— indican que la solución contraria será la correcta y que la igualdad de los hijos deberá ser aceptada judicialmente, so riesgo de quebrantar el régimen que regula el básico sustento del Estado.

Similar consideración cabe efectuar respecto del derecho alegado en autos. Si bien la ley 20798 entró en vigencia después de la muerte de Armando Cerrutti— y luego que se había operado la transmisión mortis causa de sus

bienes o sus herederos— otorgó, a manera de *ius superviens*, un derecho habitacional a la viuda— legítima por cierto—, que no puede ser desconocida con fundamento en el derecho de propiedad de aquéllos, sin desmedro de otra garantía constitucional —la igualdad— que ampara a ésta.

Y es que el derecho de los herederos ostenta un mero carácter patrimonial; de allí que intentan subastar el departamento a fin de satisfacer —en numérico— el monto de la herencia recibida. Pero frente a ello, se encuentra el derecho de habitación —de indudable mayor jerarquía que el puramente patrimonial— concedido por una legislación de avanzada que protege la institución familiar por sobre el interés de los acreedores. Se trata, a la postre, de una opción del legislador entre dos valores jurídicamente iguales, por la cual otorga preeminencia a uno sobre otro.

Y por lo demás, opino que aceptar esta tesitura implica la decisión de solucionar justicieramente el caso, pues así como Elida Englund perdió toda vinculación jurídica con Armando Cerrutti cuando se decretó su divorcio en las condiciones autorizadas en la ley 14.394, sólo pudo sostenerse su carácter de heredera cuando se lo otorgó la ley 17711, que también vino a operar en el caso a manera de derecho sobreviviente, toda vez que, pese a cierta jurisprudencia capitalina que efectuaba distinciones supra legales (manteniendo la vocación hereditaria del cónyuge separado vincularmente cuando reunía ciertas condiciones), lo cierto es que su derecho nació incuestionablemente muchos años después de operarse el divorcio. Y, de la misma forma, Alice Cressini adquiere el derecho habitacional varios años después de la muerte de su marido. De tal forma, no repugna la solución, pues importa adoptar idéntico criterio para ambos supuestos.

Para terminar, se impone un agregado: a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del art. 487, C.P.C. analógicamente aplicable al caso, la finca que se pretende subastar no puede venderse forzosamente.

Por todo lo expuesto, corresponde, revocar con costas la decisión recurrida. Así voto.

A la misma cuestión, el Vocal Doctor *Giamone* dijo: Comparto la solución, tal como la propugna el colega preopinante, Dr. Alvarado Velloso. Concretándonos a los aspectos fundamentales, y en relación a la renuncia, cabe recordar que debe ser hecha de tal suerte, atento a lo delicado de la materia, que no quede duda alguna sobre su validez y existencia. Aquí se trataría de una supuesta renuncia tácita y por ende, mayor es la necesidad de una interpretación restrictiva, acorde ello con constante jurisprudencia, tanto de esta Sala, inclusive con otra integración, como la de otros tribunales. Debe, por lo demás, tenerse en cuenta también la índole de la materia a la que se refiere la supuesta renuncia.

En otras palabras, se trata de la aplicación del artículo 874 y sus concordantes del C. Civil. En el caso de autos se tipifica un conjunto de matices, que forzosamente hacen arribar a tal conclusión, tal por ejemplo la existencia de un poder general, que en esta materia, atento su naturaleza requería un poder especial, debe estarse a lo dispuesto por el artículo 1881, inciso 4º del mismo cuerpo legal.

En el caso se presenta un bien de familia integrando el mismo como instituyente la esposa doña Alice Cressini, carácter que conserva esta última y que le permite, a nuestro criterio rechazar el intento del remate de su habitación actual. Se trata de una institución cuyos caracteres los anota con claridad el colega preopinante. Entendemos pues, que el mandato otorgado al abogado de la expresada, no comprendía la facultad de una renuncia y de consiguiente, aceptar tal situación significa aceptar un exceso en el mandato. No se halla pues acreditada la renuncia a tan importante derecho, lo que reitero, no aparece acreditada fehacientemente, con claridad, que no decaja duda, como lo quiere tanto la doctrina como la jurisprudencia. En este aspecto fundamental, pues, no se tipifica un consentimiento tácito. Para que ello se produzca es menester que aquélla, la esposa, tuviera conocimiento del exceso en que ha incurrido su mandatario (art. 1936, C. Civil). Y además los hechos que impliquen aceptación deben ser inequívocos (La Ley, 146-655, S. 28.690; La Ley 143-346, S. 66.932). Y aquí, no se ha producido tal situación. Inclusive, del conjunto total probatorio no se tipifica actos de ejecución de parte del mandante con motivo o en ocasión de los actos del mandatario.

Que en relación a un presunto silencio, para que se concrete esa rectificación tácita debe existir una comunicación informativa previa del presunto "procurador", lo que aquí no sucede (La Ley 1114-245, 51-906); La Ley 92-374, 42781). La mera presunción en si no vale. Por lo demás, la duda surge también del contexto del propio acuerdo, duda que no puede perjudicar a la segunda esposa en materia tan delicada como lo son las cuestiones concernientes al bien de familia.

Entiendo por último, que la ley 20798, concerniente al régimen familiar es de aplicación, ello sin tener en cuenta la fecha en que se operó la sucesión. El derecho de habitación, es sagrado y fundamental. Aquí, a mi entender, no había hechos cumplidos y definitivos (Busso, Ley, Persona, pág. 23 y siguientes, Tomo I). Que en ese sentido, de la retroactividad, puede verse ese conflicto entre los principios que rigen la legítima o la división hereditaria, autor, especialmente pág. 33, n° 132 y 156. Sobre el problema del interés social superior, existente, véase el mismo autor, n° 139; en análogo sentido, Lafaille, D. Reales, N° 29; Salvat, P. General, pág. 159, Edic. 1922 y art. 4045, C. Civil y Salvat, pág. 159, N° 388 y sgtes. En síntesis, entiendo que del conjunto de los elementos obrantes en autos, sin entrar a otras consideraciones, corresponde rechazar el intento de considerar existente un supuesto consentimiento, teniendo en cuenta por lo demás la índole de esta institución. En definitiva, al pronunciamiento que corresponde dictar es el que propugna el Dr. Alvarado Velloso, esto es, revocar, con costas la resolución recurrida. Así voto.

A la misma cuestión, el Vocal Doctor Veiga dijo: En lo que es materia del recurso de apelación, entiendo como los Dres. Alvarado Velloso y Giannone que corresponde revocar el fallo impugnado.

El Bien de Familia, se encuentra garantizado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y es contemplado también, por la ley 14.394, siendo una institución que configura un régimen excepcional tendiente a proteger "el vestido de piedra de la familia": su casa. Siendo ello así, "... el interés social y familiar debe presidir la interpretación de la ley 14.394, por eso en caso de conflicto entre los principios que rigen la legítima o la división hereditaria

con los que inspiran la institución del bien de familia, deben preferirse estos últimos, adecuándose las normas anteriores a las nuevas o admitiéndose una excepción a ellas cuando sea necesario para que éstas funcionen" (S.C.J. Buenos Aires diciembre, 27-1966, "Llantada Próspero Sucesión, E. D. 28-76"). Consecuentemente con lo expuesto, la jurisprudencia ha expresado que: "la afectación del bien de familia —salvo los supuestos del art. 49 de la ley 14.394— perdura aun en el caso de haber herederos forzosos que pretendan la inmediata partición de todos los bienes del acervo sucesorio" (LL 115-167); añadiendo que "las finalidades perseguidas por la ley 14.394 —amparo de la vejez y garantía del goce de la vivienda a quien la adquirió o construyó con su trabajo y el de su cónyuge— prevalecen sobre las que imponen en odio al condominio la pronta liquidación y distribución de los bienes hereditarios" (Digesto jurídico La Ley t. 3 pág. 191) pues "...se encuentra comprometido el orden público desde el punto de vista de los intereses sociales condicionados y garantizados por la Carta Fundamental), con respecto a la protección de la familia, si se refiere, como en el caso, al único bien de la familia" (La Ley 80-480 J.A. 955-IV-353).

El Dr. Alvarado Velloso, interpreta según estimo con acertada justeza el vocablo "familia" de conformidad al elemento teleológico ínsito en la ley 14.394, pero como se vé, aun cuando se tuviera una concepción más amplia y se considerara que integra tal unidad el hijo de un anterior matrimonio del constituyente, éste carecería de derecho para solicitar la desafectación del bien.

Ahora bien, aunque lo expuesto me eximiría de referirme al derecho de habitación que le asiste a la cónyuge supérstite, en función de la ley 20.798 y al problema de su aplicación en el tiempo, sólo diré que considero, como el Dr. Giannone "que no había hechos cumplidos y definitivos" y agrego a sus argumentos y a los del Dr. Alvarado Velloso, que corresponde aplicar la norma legal mencionada en virtud del artículo 3 del Código Civil, por cuanto aquélla tiene vigencia respecto... a las consecuencias... de situaciones jurídicas existentes".

Respecto de la anuencia para la desafectación del bien —o renuncia tácita— o conformidad por el personero de la Sra. de Cressini, entiendo como mis colegas ya citados, que en el mejor de los casos para los demás herederos, ella habría sido efectuada por quien no tuvo mandato para hacerlo (art. 1881, inc. 4 del Cód. Civ.), y el silencio observado por la propia interesada no sólo puede derivar del derecho de quien no tiene por qué expresarse, sino también de quién ignora lo acaecido. Ello, desde luego, no es susceptible de inferirse (art. 874 del Cód. Civ.), sino que deben existir "actos que induzcan a probarla", y éstos deben interpretarse restrictivamente.

Por cuanto antecede, voto esta cuestión en el mismo sentido en que lo ha hecho el Dr. Alvarado Velloso, es decir, en el sentido de que corresponde revocar con costas la resolución impugnada.

A la misma cuestión, el Vocal Dr. Scavone expresó: Como surge de autos, el causante Armando Héctor Cerrutti, divorciado de su primera esposa Elida Catarina Englund, —contrajo nuevas nupcias con Alice Cressini. Durante este segundo matrimonio, ambos contrayentes, adquirieron el inmueble (de-

partamento) de calle Paraguay 477 de esta ciudad, y además, lo constituyeron en bien de familia. La primera esposa y el hijo del primer matrimonio Carlos Alberto Cerrutti Englund —tramitada la declaratoria de herederos del de cujus, solicitan se proceda a la subasta pública del citado inmueble que es habitado por la segunda esposa teniendo allí constituido su hogar. Esta se opuso y el a-quo ordenó la subasta. Creo que asiste razón a la quejosa. Esta en su carácter de beneficiaria del bien de familia tiene un auténtico derecho subjetivo que se materializa en la facultad de exigir el cumplimiento de la inalienabilidad que pesa sobre el propietario, y asimismo, en la facultad de exigir el respeto de la inembargabilidad y “ocurrido el deceso del propietario, el derecho de los beneficiarios consistirá en requerir la subsistencia de la afectación mientras se cumplen los presupuestos legales, además de investir las facultades sobre la propiedad que por herencia le correspondan”, (Guastavino, Elías P., —Bien de Familia, pág. 258). Si por otra parte, como lo sostiene el mismo autor, la afectación del bien de familia no caduca ni se extingue por la sola desaparición del constituyente en el derecho argentino actual (op. cit., pág. 424) o como lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: “La afectación de un bien de familia hecha en vida por el propietario subsiste después de la muerte de éste, aunque existan herederos forzosos cuyas legítimas no alcanzan a cubrirse con los otros bienes dejados por el causante” (L.L., Rep. XXXVIII, Vº bien de familia, sum. 5) y se tiene en cuenta que la segunda esposa, además de adquirente, fue coconstituyente del bien de familia referido, su oposición a la venta —desde que ella habita el departamento y se cumplen los presupuestos legales— resulta legítima, ya que, por otro lado, no se dan ninguno de los supuestos de desafectación previstos por el art. 49 de la ley 14.394.

Es cierto que su apoderado aparece dando conformidad para el nombramiento de martillero que oportunamente propondrían las partes para la subasta del inmueble; pero no es menos cierto que en ese mismo acto hizo “expresa reserva... respecto a que el inmueble referido se encuentra inscripto en el Registro de Propiedades como bien de familia, a favor de la heredera Alice Cressini”. La conformidad dada con esa expresa reserva y mediando sólo un poder general de la beneficiaria en favor de quien la dió, resulta ineficaz porque, como se bien hace notar en los votos precedentes, importando tal conformidad, una renuncia gratuita de los derechos que tenía la beneficiaria y constituyente, se requería un poder especial (art. 1881 inc. 4º Cód. Civil), que no existió. No surge de autos ningún hecho de la beneficiaria que necesariamente importe una aprobación de lo que hizo su mandante. Ni que haya guardado silencio ante un hipotético aviso por el mandatario de lo que hubiese hecho. No hay pues ratificación tácita ni menos consta que mediara una expresa. Por otra parte, la validez o invalidez de una renuncia depende del orden público (art. 872 Cód. cit.). Pueden renunciarse todos los derechos establecidos en el interés particular, pero no los concedidos en miras del orden público. Siendo consagrado el bien de familia por razones del interés familiar, que materializa la noción de orden público en esta disciplina, no pueden los particulares renunciar a sus efectos. (Guastavino, op. cit., pág. 268). Y como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación “se encuentra comprometido el orden público, desde el punto de vista de los intereses sociales condicionados y garantizados por la Carta Fundamental, con respecto a la protección de la familia en los casos que refieren al único bien de familia” (L.L. 140-480). Ante el evi-

dente carácter de irrenunciabilidad que tiene el acto constitutivo del bien de familia, parece claro que la que meramente hizo un mandatario que no tenía poder suficiente para ello carece de validez. Menos puede deducirse de un presunto silencio —que por lo demás no se ha probado que haya existido en los términos requeridos por la ley— que habría observado supuestamente la beneficiaria, y que, de cualquier forma—, cabe destacarlo—, carecería de toda eficiencia ante la naturaleza de orden público de los intereses comprometidos por la afectación del bien de familia y la irrenunciabilidad de sus efectos. Por ello, dado el profundo sentido de amparo a la familia que tiene el bien constituido en tal carácter, conforme a la ley citada y lo prescripto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, estando el inmueble en cuestión habitado por la cónyuge supérstite del segundo matrimonio en el que convivió con el causante, subsistente la afectación (conf. L.L.: 115-167) y por ende las facultades consiguientes de la beneficiaria, ante su expresa oposición, la subasta del mismo resulta a todas luces improcedente.

Tocante al restante problema, cabe señalar, que según lo determina el art. 3 del Cód. Civil, a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La situación prevista por el art. 3578 bis de dicho Código (ley 20.798) es una típica situación jurídica (viudo que no se vuelve a casar y habita en el que fuera el hogar conyugal, inmueble inscripto como bien de familia) y a la cual la mencionada disposición le atribuye efectos (derecho gratuito y vitalicio de habitación para el cónyuge supérstite). Estos efectos se producen aun en las situaciones creadas con anterioridad a la ley, siempre que subsistan cuando se intenta aplicar la misma; o sea, cuando el causante murió antes de su entrada en vigencia y aún no se ha partido la herencia. Y si bien en nuestro derecho sucesorio, la transmisión dominial “mortis causa” se opera en el momento mismo de la muerte del causante, el art. 3573 bis— como otras tantas restricciones al derecho de propiedad— limita este último a partir de su entrada en vigencia, sin que implique retroactividad sino aplicación inmediata de la ley a una situación jurídica existente: el dominio, como ocurre igualmente con las leyes que imponen obligaciones de vecindad, etc. El derecho que consagra dicha norma no importa negarse a desconocer el derecho de propiedad que obra en cabeza de los restantes herederos, sino una limitación del temporal ejercicio pleno del mismo, fundada en las razones que la ley considera tan atendibles como las que sustentan la propiedad (fallo de la CN Civ., Sala D., a quien seguimos en las apreciaciones precedentes; v. diario La Ley del 7-3-78). Interpretación que como dice el comentarista del fallo, Darío Luis Hermida, importa un pronunciamiento que respetando la letra de la ley, se ha decidido por lo que ha considerado indudablemente, más justo, en la eterna puja entre lo legal y lo justo, y así también, modestamente, lo consideramos nosotros. Por todo ello, y la esclarecida fundamentación del Dr. Alvarado Velloso, con la coincidencia de los Dres. Giannone y Veiga, voto por la negativa.

Con lo que terminó el Acuerdo y atento a los fundamentos y conclusiones del mismo, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación Integrada en lo Civil y Comercial, **Resuelve:** Revocar con costas la resolución, en cuanto ha sido materia del recurso. Insértese, y hágase saber. Lidia B. Barragán de Baigorri (en disidencia). — Adolfo Alvarado Velloso. — Carlos D. Giannone. — Enrique Veiga. — Pascual Scavone.