

REGISTRO Nro.

122-SFOLIO Nro. 545/50

Expediente N° 144535 Juzgado N° 9.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 30 días del mes de mayo de 2013, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**MACHADO GLADYS ARMINDA C/ AITO S.R.L S/ --DAÑOS Y PERJUICIOS**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi, Roberto J. Loustaunau y Nélida I. Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución de fs. 918?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr.

Monterisi dijo:

I) La resolución de fojas 918 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación deducido por el Dr. Togni por derecho propio a fojas 922, en atención al tenor de los términos en que lo sustenta.

En lo que al recurso interesa, el juez hizo lugar a la revocatoria planteada por la actora y dejó sin efecto el embargo trabado sobre un inmueble de su propiedad, solicitado en su oportunidad por el apelante.

Para resolver de tal modo, explicó la magistrada que el derecho que le asiste al letrado recurrente de cobrar sus honorarios a la actora queda supeditado al mejoramiento de fortuna, y que a tal fin deberá acudir por la vía pertinente.

II) Síntesis de los agravios.

La parte recurrente expresa sus agravios a fojas 922, que

merecieron réplica de la contraria a fojas 924.

Alega que su intención no es ejecutar los honorarios de la parte obligada a ello, atento que goza del beneficio de litigar sin gastos, sino evitar que ante la falta de una medida cautelar sobre la vivienda la actora proceda a su venta y a insolventarse, todo ello a la espera de que mejore de fortuna.

III) Consideración de los agravios.

a) He de señalar, como previo, que resulta arduo encontrar visos de verdadera crítica razonada a lo que en sí se resolvió a través de la resolución atacada (art. 260 del CPCC): el recurso se encuentra en los limbos de la deserción.

No obstante ello, me abocaré a la consideración de los puntos de disconformidad que –a través de una interpretación favorable al apelante- pueden llegar a vislumbrarse en el memorial referenciado.

De todos modos, adelanto que el embate recursivo no logra conmover la resolución atacada.

b) Como punto de partida hay que poner de resalto que el recurrente consiente el valladar que existe para proceder a la ejecución de sus honorarios contra la actora condenada en costas, esto es la declaración de la carta de pobreza en cabeza de ésta y la imposibilidad del cobro compulsivo hasta tanto mejore de fortuna. Así surge sin demasiado esfuerzo de la pieza procesal de fojas 922.

Pese a ello insiste en querer obtener un embargo sobre el único inmueble que se ha acreditado de propiedad de la reclamante.

Justamente la razón de ser del beneficio de litigar sin gastos se apoya en la idea de que las personas carentes de recursos tengan la posibilidad de acceder al servicio de justicia sin tener que hacer frente a los gastos que genera el proceso judicial. Ello así en respeto de dos garantías de raigambre constitucional: el derecho a la igualdad y el de defensa en juicio, con base de sustentación en el postulado preambular de “afianzar la justicia” (arts. 8 y 24 CADH, 16 y 18 de la CN; 11 y 15 CPBA;

Colángelo, Maximiliano “Beneficio de litigar sin gastos y tasa de justicia: un necesario replanteo a la luz del acceso a la justicia”, JA 2005-II, Fascículo 2, págs. 16 y 17).

Ahora bien, esa loable finalidad se vería por demás corroída si luego de abrir las puertas de la jurisdicción y otorgar la debida tutela judicial -concediendo la dispensa de litigar sin gastos- se permitiera a cada acreedor petitionar la traba de medidas cautelares contra los bienes y la persona del declarado pobre.

De ahí que las acciones que puedan llegar a intentarse contra el beneficiario devienen estériles hasta tanto mejore de fortuna (conf. argto. y doct. art. 84 del CPCC). En este sentido se ha dicho que el beneficio de litigar sin gastos no impide la regulación de honorarios, los que quedan supeditados a la ocurrencia de dicha circunstancia (Cám. 2° Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala I, causa B-51.733, RS 125/82, cit. por Morello y otros, “Manual de Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, 2° ed. ampliada, LEP, La Plata, 1997, pág. 178).

En un caso de ribetes similares al que nos ocupa, en el que un letrado solicitó la traba de un embargo contra el demandado –el sujeto pasivo es lo único diverso- que resultó condenado en costas, con el objeto de cobrar sus honorarios, el juez de primer grado en un principio dispuso el embargo –como ocurrió en autos (ver fojas 909)-, pero luego ordenó el levantamiento de la medida advirtiendo que el demandado gozaba del beneficio de litigar sin gastos –idéntica resolución se adoptó aquí a fojas 918, de hecho es la que se revisa- y la Cámara, ante el recurso del profesional, confirmó esa decisión (CNCom., Sala D, fallo del 16/6/10, in re **“Rico, Oscar N. c/ Micropack S.A.”**, La Ley Online AR/JUR/39241/2010).

Dijo en esa oportunidad el tribunal capitalino que: “...teniendo en cuenta que la promoción del beneficio torna per se operativa la exención, al menos hasta que se adopte una decisión a ese respecto (art. 83, Código Procesal), no parece lógico que quien se encuentra en mejor

posición (por haberlo obtenido) sea pasible de una medida precautoria durante la tramitación encaminada a intentar lograr su supresión...”.

Recientemente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, en autos **“Zalazar, Silvina E. c/ Arzalluz, Silvia A.”** (fallo del 1/11/12, La Ley Online, AR/JUR/64072/2012), en un caso análogo resolvió que: “...encontrándose vigente el beneficio de litigar sin gastos concedido a la parte actora, debe levantarse el embargo preventivo trabado sobre sus bienes en los términos del artículo 212, inc. 3°, del Cód. Proc. Civil y Comercial, pues la actual imposibilidad de iure para ejecutar las costas contra ella deja huérfana de sustento en derecho la pretensión cautelar...”.

También el foro cordobés se ha expedido en la misma línea de pensamiento. La Cámara 6ta. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, in re **“Fonseca, Natalia S. c/ Empresa Provincial de Energía Córdoba”**, resolvió que corresponde dejar sin efecto el embargo preventivo trabado sobre los bienes del vencedor del pleito en garantía del cobro de los honorarios del letrado de la contraparte, si aquél goza del beneficio de litigar sin gastos, pues el franquiciado no puede ser ejecutado por las costas procesales en tanto no mejore de fortuna, lo cual requiere de una acción direccionada a probar la mejoría económica y una declaración judicial al respecto (fallo del 18/11/08, La Ley Online, AR/JUR/13250/2008).

Resulta pertinente, por su claridad y contundencia, transcribir algunos párrafos de esta última decisión: “...Con total claridad se establece que el cobro de los honorarios en contra del franquiciado, por parte del letrado que no actuó en su defensa, será posible sólo si demuestra su mejoramiento de fortuna, y es del caso, que al solicitarse la cautelar no se puso de manifiesto dicha circunstancia. En rigor de verdad, el tema no se circunscribe a un caso de inembargabilidad sino que va más allá, denota una falta de legitimación pasiva, pues la Sra. Fonseca está exenta de la obligación de pagar, además de las tasas de justicia y otros gastos judiciales, las costas y honorarios correspondientes a la contraparte, hasta que mejore de fortuna. Ello así, ninguna acción de cobro de honorarios

puede iniciar el abogado de la contraparte hasta tanto demuestre que el franquiciado ha mejorado de fortuna. Es decir, la persona cuyo crédito se pretende embargar no resulta deudora de la obligación pretendida pues se encuentra exenta del pago hasta que mejore de fortuna...”.

Otros cuerpos jurisdiccionales se han expedido en igual sentido, vgr. la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, in re **“Confalonieri de Chenal, Nancy c/ M. E.”**, del 27/4/05, DJ 2005-2, 664; entre otros.

Por su parte el mayor órgano de la judicatura argentina no ha permanecido distante a esta cuestión y ha enfatizado –sin ambages- que resulta improcedente peticionar embargos sobre los bienes de aquellas partes procesales que gocen del beneficio provisional establecido en el artículo 83 del Código Procesal (CSN, fallo del 8/6/04, in re **“Iturbe, Nora y ot. c/ Provincia de Córdoba”**, en La Ley Online, AR/JUR/8426/2004). Lógicamente que si es improcedente cuando aún no ha sido concedida definitivamente la franquicia, a fortiori cuando ello ya ha ocurrido.

c) Con lo expuesto sería suficiente para desestimar el recurso intentado, pero estimo pertinente, para despejar toda duda al respecto –y a modo de obiter dicta- efectuar algunas consideraciones atinentes a dos cuestiones íntimamente relacionadas con lo que se viene exponiendo.

1. Mejora de fortuna.

De acuerdo al artículo 84 de la ley de enjuiciamiento civil bonaerense, la exención en cuanto a las costas del juicio regirá hasta tanto el declarado pobre “mejore de fortuna”.

Es conteste la procesalística vernácula en cuanto a que ello importa una condición resolutoria, vale decir hasta que no se demuestre que la mejora económica ha ocurrido no renace la obligación por el pago de las costas y gastos del juicio (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, 2º ed. actualizada por Camps, Carlos E., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, T. III, pág. 409; Díaz Solimine, Omar L., en “Código Procesal Civil y

Comercial de la Nación comentado, concordado con los códigos procesales de las provincias argentinas y anotado con jurisprudencia de todo el país”, López Mesa, Marcelo director y Rosales Cuello, Ramiro coordinador, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 648; Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso Adolfo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", tomo tercero, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1989, p. 240; Loutayf Ranea, Roberto G., “Condena en costas en el proceso civil”, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 273; Arazi, Roland “Derecho Procesal Civil y Comercial”, tomo I, pág. 242, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999; Chiappini, Julio, “El beneficio de litigar sin gastos”, DJ 1996-1, 801; entre otros).

De modo que hasta que la condición no se demuestre, no se puede intentar exigir compulsivamente el cobro de las costas ni, por consiguiente, agredir patrimonialmente al condenado.

Relacionado a ello se encuentra la cuestión referida a quién debe demostrar esa circunstancia, de la que nos ocupamos seguidamente.

2. Onus probandi de la mejora de fortuna.

Para dilucidar tal cuestión no debemos olvidar el postulado general que emerge del artículo 375 del Código Procesal.

En efecto, quien alegue que ha existido un cambio en la situación patrimonial del franquiciado será quien deba acreditarlo.

Entonces si el letrado considera que el beneficiario ha mejorado de fortuna y por ello carece ahora del derecho a mantener la exención, deberá, en primer lugar, iniciar un incidente de modificación o levantamiento del beneficio y recién una vez que se encuentre firme la respectiva resolución interlocutoria, podrá retomar la ejecución careciendo ahora –total o parcialmente- quien hasta ese momento gozaba de la franquicia de derecho a seguir oponiéndola (Camps, Carlos E., “El Beneficio de Litigar sin Gastos”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 425).

Colombo y Kiper enseñan que si el beneficio fue otorgado a pedido de la otra parte podrá dejarse sin efecto cuando se demuestre que

quien lo obtuvo ha mejorado de fortuna y está en condiciones de sufragar las expensas del juicio (“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado”, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, T. I, pág. 540).

Finalmente, Palacio, con la claridad de siempre, enfatiza que el carácter provisional de la resolución permite que, en el supuesto de haber sido ella favorable, la otra parte pida que se la deje sin efecto, para lo cual debe producir prueba tendiente a demostrar la desaparición o la modificación de las circunstancias de hecho sobre cuya base se concedió el beneficio (Derecho Procesal Civil, tomo cit., pág. 409).

En suma, pese al carácter provisorio de la resolución, el que ha obtenido la carta de pobreza descansa en la seguridad que le da la autoridad de la cosa juzgada formal que emana de aquélla sentencia determinativa –al decir de Liebman- consolidando una situación jurídica con blindaje constitucional y supranacional (arts. 17 y 18 CN, y 8.1 CADH) –bajo la regla rebus sic stantibus- que impide la agresión a su patrimonio mientras permanezcan inalteradas las circunstancias allí verificadas (Liebman, Enrico T., “Eficacia y autoridad de la sentencia”, trad. de Sentis Melendo, pág. 42, Ediar, Bs.As., 1945).

Será entonces el acreedor, dentro de la línea de flotación del principio dispositivo que preside el proceso civil, el que deba iniciar un incidente alegando y –luego- probando los hechos que signifiquen un mejoramiento patrimonial suficiente, que permita afrontar los gastos y costas que el proceso haya generado (arts. 175 y 375 del CPCC).

Así lo voto.

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Loustaunau dijo:

Entiendo que el recurso debe prosperar.

1. La exención del beneficiario de pagar las costas del proceso “hasta que mejore de fortuna” (art.84 del CPC), es una obligación a plazo indeterminado, por lo que es el Juez quien – a instancia de parte- debe fijarlo, conforme se establece en el art.620 del Código Civil (al que remite el

art.752).

2. Cargar al acreedor con la demostración de la mejora de fortuna del deudor, a mi modo de ver, importa transformar la solución expresamente prevista por el legislador, y asignar el carácter de condición suspensiva a una obligación que la ley considera a plazo, pues obliga al acreedor demostrar en el expediente una mejora económica del deudor, que no fue ni pudo ser prevista por la ley al tratar el pago a mejor fortuna como hecho futuro necesario.

3. La diferencia entre el plazo y la condición ha sido profusamente tratada. Teniendo presente que las soluciones jurídicas no responden siempre a la naturaleza, al mundo del ser, sino que en el ámbito jurídico responde al deber ser, se ha establecido legalmente que la mejora de fortuna es plazo y no condición, juzgando que esa mejora es un hecho que sucederá necesariamente en el plazo que el juez fije.

4. Vale recordar que la condición que se refiere a un hecho que sucederá ciertamente, no importa una condición, y solo difiere la exigibilidad de ella (art.529 del Código Civil) y que cualesquiera sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo y no condición, siempre que el hecho futuro sea necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuera incierto (art.569), pues “la dilación del plazo difiere de la condición suspensiva, en que el plazo no toca a la fuerza jurídica, sino solo a la ejecución de la obligación” (nota al art.569).

Considerar que se trata de una obligación bajo condición resolutoria, que solo haría renacer la obligación de pagar las costas cuando haya sido demostrada la mejora de fortuna (Palacios. Lino ob.y pág. citadas por el distinguido colega que vota anteriormente) importa a mi modo de ver, omitir las diferencias entre plazo y condición: a) el plazo es siempre necesario y la condición incierta y contingente; b) el plazo determina el comienzo o el fin de la exigibilidad. La condición subordina la propia eficacia de ese derecho (y no solo su exigibilidad) a un acontecimiento futuro e

incierto que puede o no suceder; c) el plazo produce efectos hacia el futuro y los de la condición en principio opera retroactivamente (Pizarro-Vallespinos "Obligaciones" tºI , Hammurabi, Bs.As. 1999, p.236; Salvat-Galli "Tratado de derecho civil argentino" Bs.As. Tea 1952 p.601 nº 747, vol.I)

5. Pues bien, aún cuando se considere que la mejora de fortuna "puede o no suceder", en el mundo jurídico se ha establecido - legalmente como vimos - que esa mejora constituye un supuesto de plazo indeterminado (y no un hecho futuro e incierto, contingente), y que solo difiere el pago, y no lo condiciona a la incertidumbre sobre la mejoría real, eventualidad que en el ámbito del ser, pueda o no suceder.

6. Permítaseme insistir en que se regulan honorarios, que el crédito es a mejor fortuna conforme el art.84 del CPC. ¿significa esto que la ley procesal tiene un sistema de obligaciones de pago a mejor fortuna diferente al del Código Civil? ¿Qué donde el Código Civil dice plazo la ley adjetiva dice condición? ¿o que el Juez puede alterar la ley convirtiendo en condición lo que aquella llama expresamente plazo?.

Considero que las modalidades de los actos jurídicos constituyen una cuestión ajena al derecho procesal, y propia de la ley de fondo la que - como es sabido – no puede ser modificada por la ley de forma (que por cierto no lo hace) , o por la jurisprudencia. El Código adjetivo no puede convertir las modalidades de los actos (obligaciones en este caso) reguladas por el sustantivo, transformando el plazo en condición. Si el Código civil dice que la obligación de pago a mejor fortuna es a plazo en su artículo 620, y que el Juez lo designará a instancia de parte, los jueces no podemos tratarla como condición, renegando del derecho vigente, cuando el crédito existe y solo se difiere su exigibilidad para el momento en que el Juez lo fije.

7. De allí que a instancia de parte el plazo debe ser fijado por el Juez, que el pago a mejor fortuna no pone en duda la existencia de la obligación sino que difiere su exigibilidad, pues caduca en caso de fallecimiento, no puede ser objeto de cesión - en tanto ha sido regulado

como beneficio personal que no se transmite a los sucesores (Pizarro-Vallespinos ob.cit. p.162; art.1458 del Cód.Civil.)- y se pierde con el concurso o la quiebra.

8. No desconozco que la interpretación que se propugna es casi pacífica en la jurisprudencia, pero no obstante la mayoría actual de la doctrina (Ver por todos Pizarro- Vallespinos “Obligaciones” tº 2 p. 161 E Hammurabi Bs.As. 1999) que tratan el tema, la juzgan como una obligación a plazo y señalan la vigencia de los arts.620 y 752 del Código Civil , pese a lo cual, la teoría se ve a tal punto divorciada de la práctica, que la jurisprudencia se inclina por una solución manifiestamente contra legem, y que obligó a los autores de los proyectos de 1998 y 2011 a detallar que ante el reclamo del acreedor, es el deudor quien tiene la carga de probar que no ha mejorado como para poder pagar, y que el acreedor tiene derecho a pedir que se fije la fecha de cumplimiento para pagos parciales (art.827 del proyecto de 1998 arts-889 a 891 del proyecto de Código Civil de 2011; “El pago a mejor fortuna (con especial referencia al beneficio de litigar sin gastos)” trabajo publicado en “Aequitas”, Revista de la Facultad de Derecho de la UNMdP Septiembre de 2001”).

9. El beneficio de litigar sin gastos garantiza el acceso a la justicia, y el carácter de obligación a plazo – no de condición suspensiva que en la práctica tiene - ha de garantizar que no se promuevan pedidos por montos excesivos, o que quienes accionen no descuiden los adecuados requisitos para la acción, pues si bien el acceso a la justicia puede ser gratuito, no es posible desprenderse de las consecuencias de un pleito perdido como si “nunca” debieran pagarse las costas.

10. Con independencia de este criterio y en el caso particular de autos, quien es acreedor, titular de un crédito a plazo o aún bajo condición suspensiva pendiente de cumplimiento puede realizar los actos conservatorios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y sus derechos (art.546 del Código Civil), entre los cuales se cuentan las medidas cautelares como la pedida por el apelante (Belluscio –

Zannoni Código Civil Comentado edit., Astrea p.792 , y p.794 punto “i”, tº 2 Bs.As. 1979).

11. Por las razones expuestas propongo que se revoque la decisión apelada y se haga lugar al recurso con costas a la vencida (art.68 del CPC), todo ello sin perjuicio de la eventual y oportuna aplicación de la ley 14.432.

Así lo voto.

La Sra. Jueza Dra. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos que el Dr. Monterisi.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde por mayoría: **1.** Rechazar el recurso de apelación interpuesto.

2. Propongo que las costas de Alzada se impongan al Dr. Togni en su carácter de apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3. Sugiero diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la ley 8904)

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Loustaunau y Zampini votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo se resuelve por mayoría: **1.** Rechazar el recurso de apelación intentado. **2.** Imponer las costas de Alzada al Dr. Togni en su carácter de apelante vencido. **3.** Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno. Regístrese y notifíquese personalmente o por cédula (art. 135, inc. 12 del CPC). Devuélvase.

RICARDO D. MONTERISI

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

NÉLIDA I. ZAMPINI

Alexis A. Ferrairone
Secretario