



REGISTRO N° 262-S FOLIO N° 1399/1408
EXPEDIENTE N° 161.790. JUZGADO N° 4.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 31 días del mes de octubre de 2016, 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 **"VILLAR MARIANA GABRIELA C/ ULVEDAL BASILIO ALBERTO S/EJECUCION HONORARIOS"**, 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.) ¿Corresponde declarar la deserción del recurso de apelación interpuesto por el ejecutado a fs. 104 vta.?

2da.) En su caso, ¿es justa la sentencia de fs. 80/82?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

I.- En el pronunciamiento atacado el *a quo* rechazó la nulidad de notificación planteada por Basilio Alberto Ulvedal, con costas, e hizo lugar a las defensas subsumidas en la excepción de inhabilidad de título rechazando la demanda de ejecución de honorarios interpuesta por la Dra. Mariana Gabriela Villar, con costas.

Para arribar a dicha conclusión estimó, apoyándose en precedentes jurisprudenciales, que la nulidad de la notificación no podía fundarse en la circunstancia de no haberse acompañado con la cédula las copias de la documentación agregada a la demanda, toda vez que dicha omisión era subsanable con la suspensión del plazo de traslado a instancias del interesado y con la intimación a la contraria a la presentación de las copias omitidas.



Refirió que el excepcionante no solicitó la suspensión del traslado sino que interpuso directamente el planteo de nulidad, contestó aquél y opuso una serie de excepciones, por lo que no se vio privado de su defensa en el presente litigio.

Manifestó que en función al principio *iura novit curia* las distintas defensas articuladas debían subsumirse bajo el ropaje de la excepción de la inhabilidad de título, pues a través de ésta se cuestionaba la calidad de titular del documento de quien lo ejecutaba o de dirigirse la acción contra quien no resultaba deudor de la obligación.

Aseveró que si bien podía tenerse por acreditado que la letrada accionante era la acreedora de los honorarios que le fueran regulados a su favor en los autos principales (“Ulvedal, Basilio c/ Guarner, Germán y Ot. s/ Daños y Perjuicios”), en atención a que en dichas actuaciones se le concedió a Basilio Ulvedal el beneficio de litigar sin gastos, no podía ser ejecutado por encontrarse tutelado por la protección de dicho instituto.

Destacó que ante estas circunstancias sólo podría ser pasible de ejecución si se comprobara el cambio de situación patrimonial de quien hubiera obtenido esa franquicia de exención con el mejoramiento de fortuna.

Sostuvo, en definitiva, que a la letrada accionante le era oponible la concesión del beneficio de litigar sin gastos, pues el pronunciamiento jurisdiccional que lo concedió no fue apelado, ni se obtuvo la cesación de aquél a través del respectivo incidente. Por lo que, careciendo de exigibilidad la obligación de pago de los honorarios, correspondía rechazar la demanda en curso.

Agregó, finalmente, que la jurisprudencia era conteste en el sentido que al concederse el beneficio de litigar sin gastos a un litigante, quedaba descartada la posibilidad de que se le trabaran medidas cautelares o que se promoviera una ejecución de honorarios, hasta tanto el pronunciamiento jurisdiccional que otorgó el beneficio no fuera dejado sin



efecto a través del respectivo incidente, apareciendo prematura y abusiva la inhibición general de bienes decretada y, fundamentalmente, alejada del encuadramiento legal del instituto.

II.- El ejecutado apeló a fs. 104 vta. y presentó sus supuestos agravios a fs. 107/109. El conteste de la contraparte obra a fs. 111/112.

III.- Sostiene *Louyraf Ranea* que *"(...) el memorial debe contener la crítica razonada y concreta de las partes del fallo que el apelante estime equivocadas, y si tales recaudos no se cumplen, corresponde declarar desierto el recurso de apelación..."* ("El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, 1989 pág. 262 y ss.).

Que este Tribunal ha remarcado que *"(...) el memorial debe indicar los errores que se atribuyen al fallo de primer grado, denunciando en que consisten los mismos punto por punto, debiendo la idoneidad de la crítica autoabastecerse en el propio escrito de agravios..."* (esta Sala, causa n° 115.336, RSI 787/01 del 27/2/01, entre otras).

Asimismo, ha tenido oportunidad de resolver que *"(...) la expresión de agravios debe estar directamente dirigida a la sentencia, debiendo ser una crítica objetiva o razonada de ésta; requiriéndose una articulación seria, fundada, concreta, orientada a demostrar la injusticia del fallo atacado. No pudiendo ser una exposición de una mera disconformidad o historia de lo acontecido hasta entonces, o repetición de lo que ya se ha dicho en escritos anteriores..."* (esta Sala, causas n° 104.007, RSI 1194/97 del 14/10/97; 105.961, RSI 1119/99 del 25/11/99; 112.476, RSI 356/00 del 18/4/00, entre tantas otras).

IV.- Para que la queja bajo análisis cumpliera cabalmente con la carga impuesta por el artículo 260 del C.P.C.C., debió el recurrente señalar concretamente los argumentos jurídicos por los que resultaban erróneos los pilares sobre los cuales el sentenciador edificó su conclusión al imponerle las costas por el rechazo del planteo de nulidad de la notificación.

Sin embargo, analizados los términos en que aquél



procura fundar sus quejas se advierte que, pese a sus esfuerzos, amén de reiterar en varios pasajes las afirmaciones formuladas al realizar el planteo de nulidad a fs. 50/58, no dejan de constituir posturas que se traducen en simples disconformidades que no alcanzan para descalificar el pronunciamiento atacado, en tanto no refuta ni controvierte las razones que el juez ofreció en apoyo de sus conclusiones.

Y es que no acredita por qué, pese a tratarse de supuestos idénticos, no resulta aplicable al *sub lite* la doctrina jurisprudencial citada por el juzgador, relativa a que la falta de acompañamiento con la cédula de notificación de las copias de la documentación agregada a la demanda, no podía fundar el planteo de nulidad de tal diligencia, toda vez que dicha omisión era subsanable con la suspensión del plazo de traslado a instancias del interesado y con la intimación a la contraria a la presentación de las copias omitidas. Por lo que, quedando incólume su condición de vencido en torno a esta incidencia, no median razones para alterar la imposición de las costas fijadas a su cargo.

Como la carga de criticar punto por punto y en forma concreta el pronunciamiento impugnado ha sido ineficaz, la deserción del recurso se impone (arts. 260 y 261 del C.P.C.C.).

Por las razones expuestas **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

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

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

I.- La ejecutante apeló a fs. 83 y formuló sus agravios a fs. 85/91. La réplica de la contraria luce glosada a fs. 95/104.

Las quejas que esbozó giraron en torno a dos cuestiones: **a)** que el juez haya afirmado que no se encontraba suficientemente acreditado que su parte fuera la acreedora de los honorarios oportunamente regulados a su favor en los autos principales y **b)** que quede descartada la



posibilidad que se traben medidas cautelares contra el ejecutado hasta tanto el pronunciamiento que le otorgó el beneficio de litigar sin gastos fuera dejado sin efecto.

II.- Si bien no escapa a mi conocimiento que el recurso de apelación debe referirse exclusivamente a la parte dispositiva de la sentencia y no a los "considerandos" porque éstos son inapelables, no lo es menos que la jurisprudencia ha entendido que tal regla varía en el caso de que los considerandos constituyan directivas enderezadas a orientar su ejecución, o cuando influyen en la parte dispositiva ("De Angeli, Jorge J., El vencedor en juicio y el recurso de apelación, "Síntesis Forense", junio-diciembre 1969, nº 9, año IV, p. 23" citado por Juan Carlos Hitters,, "Técnica de los Recursos Ordinarios", pag´435 y 436, Editora Platense, Buenos Aires, 2004; esta Sala, causa nro. 159.613, RSI 21 del 12-2-2016).

El caso bajo análisis estimo que encuadra en el supuesto de excepción antes reseñado, sin perjuicio de lo cual adelanto que no merece acogida.

III.- El primero de los agravios merece ser desechado sin mayores miramientos, en tanto parte de una premisa falsa.

En efecto, la afirmación que el apelante le endilga al juez es errónea porque éste -en el séptimo párrafo de fs. 81vta.- **sí** "(...) *reconoce que se encuentra suficientemente acreditado que la letrada accionante es la acreedora de los honorarios que fueran regulados a su favor*".

De allí que en el mismo párrafo *in fine* aluda a que si bien el demandado "(...) *resulta ser el obligado al pago, no puede ser ejecutado por las costas del mismo por encontrarse comprendido con la protección del beneficio de litigar sin gastos*".

IV.- Respecto a la segunda queja, no encuentro controvertido por la recurrente la firmeza y vigencia de la resolución por la que se le concediera al aquí ejecutado el beneficio de litigar sin gastos en los autos principales (ver resolución de fecha 19-8-2005 en la causa nro. 76.642 de primera instancia).



Y si bien la solicitud del beneficio de litigar sin gastos no tiene efecto retroactivo (conf. SCBA en causa “Gómez, Victor y otra c/ Recreo Tamet y otra s/ Daños y perjuicios”, Ac. 70.428 del 7/09/2016). Recurso de queja respecto de etapas precluidas, por lo que su operatividad no puede retrotraerse más allá de la fecha en que se lo solicitó, surgiendo de la mesa de entradas virtual, proporcionada a través de la página de la S.C.J.B.A., que al momento de concederse dicha franquicia se consignó expresamente que fue solicitada por Basilio A. Ulvedal al entablar la demanda (ver resolución de fecha 16-8-2005 en la causa nro. 76.642 de primera instancia), quedan comprendidos la totalidad de los emolumentos allí regulados, entre ellos los de la aquí ejecutante (arts. 78, 84 y ss. del C.P.C.C.).

Pese a ello insiste en ejecutar los honorarios y obtener un embargo sobre el único inmueble que se ha acreditado de propiedad del accionado.

Pues bien, la razón de ser del beneficio de litigar sin gastos se apoya, precisamente, 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 es 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, “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 allí 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 C.P.C.C.). 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 consonancia con ello esta Sala ha resuelto, ante casos análogos, que hasta tanto no se dicte una nueva resolución que haga cesar el beneficio queda descartada la posibilidad de trabar medidas cautelares contra el beneficiario (causas nro. 145.295, RSI 39 del 18-2-2010; nro. 145.632, RSI 189 del 15-4-2010; nro. 157.326, RSI 520 del 1-10-2015; entre otras).

Por esta misma senda se ha expedido la jurisprudencia capitalina destacando, por un lado, 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...*”; y por el otro 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...*” (CNCom., Sala D, *in re* “Rico, Oscar N. c/ Micropack S.A.” del 16-6-2010, La Ley cita en línea AR/JUR/39241/2010; CNCiv., Sala C, *in re* “Zalazar, Silvina c/ Arzalluz, Silvia” del 1-11-2012, La Ley cita en línea AR/JUR/64072/2012).



Por su parte la Corte Federal 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 (*in re "Iturbe, Nora y ot. c/ Provincia de Córdoba"*, del 8-6-2004, La Ley cita en línea 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.

A su vez, en los autos "Machado, Gladys c/ Aito S.R.L. s/ Daños y perjuicios" (causa nro. 144.535, RSD 122 del 30-5-2013), tuve oportunidad de efectuar algunas consideraciones atinentes a dos cuestiones íntimamente relacionadas con lo que vengo exponiendo, las que recordaré a continuación y que, adelanto, no se ven modificadas por la reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (arts. 889 y ss.).

IV.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, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...", 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, Rubinza-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 me ocupo seguidamente.

IV.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 aquella 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 C.P.C.C.).

IV.3.- Código Civil y Comercial (arts. 889 y ss.):

Si bien el instituto del pago a mejor fortuna ya se encontraba legislado en forma dispersa en los antiguos arts. 620 y 752 del código velezano, en el nuevo cuerpo normativo aparece regulado en forma independiente y homogénea en el libro tercero, título primero, capítulo cuarto, sección tercera, arts. 889 a 891 (Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación”, p. 396, t. V, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015).

Sin embargo, la solución propuesta no varía frente a la nueva normativa: la referencia que realiza el art. 84 del ritual, en cuanto a que la franquicia del beneficio se extiende hasta que el que la obtuviere mejore de fortuna, no regula una obligación de “pago a mejor fortuna” propiamente dicha que se encuentra sujeta -como ha interpretado por la doctrina predominante- a un plazo indeterminado. Contempla, en cambio, una obligación condicionada, de aquellas que el codificador trató en los artículos 343 y siguientes del nuevo digesto civil y comercial.

Considerar que la exención del pago de las costas funciona como un plazo importaría tanto como concebir que aquella



circunstancia (la mejoría económica del condenado en costas) es un hecho que fatal y necesariamente habrá de producirse en un futuro, cuando -ninguna duda me cabe- ello no necesariamente ha de ser así.

Por el contrario, una interpretación armónica de la ley sustancial y la procesal —reparando especialmente en los principios y valores que subyacen al instituto del beneficio de litigar sin gastos— permite concluir que éste fue regulado de un modo tal que la mejora de fortuna por parte del beneficiario se presenta como un suceso contingente, eventual, que puede o no ocurrir en un futuro. En su caso, y como dije, es tarea del acreedor (cuyo crédito se encuentra condicionado) quien debe acreditar en una nueva incidencia que han variado las circunstancias que el juez verificó al concederlo.

Es por ello que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias interpretan que, más allá del giro "*hasta que mejore de fortuna*" utilizado por el legislador procesal en el precitado artículo 84 del CPC, la obligación del condenado en costas se encuentra *condicionada* (a un hecho futuro y eventual) y no sujeta a un *plazo* (definido por un suceso que inexorablemente se verificará, más tarde o más temprano).

Repárese, por otra parte, que las opiniones que han entendido que los arts. 620 y 752 del código velezano regulaban un plazo y no una condición no sólo han sido completamente ajenas al estudio de los institutos de derecho procesal (como lo son el beneficio de litigar sin gastos y la obligación de pagar las costas causídicas), sino que han tenido como fundamento el hecho de que este tipo de estipulaciones son acordadas "por las partes", refiriéndose -mayormente- a obligaciones con causa fuente comercial o convencional, y no a las derivadas de una resolución judicial en el marco de un proceso incidental (arts. 78 a 86, 175 a 187 del C.P.C.C.; en este sentido, véase Alterini, Jorge Horacio. "Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético". Buenos Aires: La Ley, 2015, Tomo IV, versión on-line (Proview), comentario al art. 889, ap. 1).



Parrellada explica que «en su esencia, el pago a mejor fortuna es una condición, pues el caso de que el deudor "pueda" o "tenga medios" es un hecho futuro e incierto. Sin embargo, el Código le da tratamiento de plazo; se basa en la interpretación de la voluntad de las partes presumiendo que no han querido dejar en suspenso la eficacia de la obligación a la aleatoriedad de la mejora de la posición económica del deudor, sino simplemente diferir su exigibilidad para un futuro que no precisan" (aut. cit., en Bueres, Alberto J., Hightonm Elena I. *"Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial"*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, t. 2-B, pág. 110).

Cazeaux y Trigo Represas señalan en idéntico sentido que: "en esas situaciones la intención de las partes no ha sido crear incertidumbre acerca del derecho del acreedor, sino la de facilitar al deudor el cumplimiento de la prestación, dejando sin determinar nada más que el tiempo en que debe pagarse" (Cazeaux, P. Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, Librería Editora Platense, 1989, t. II, pág. 632).

El artículo 889, que es con el que principia el "pago a mejor fortuna" en el nuevo del Código Civil y Comercial, ratifica las razones expuestas al aludir que "las partes pueden acordar que el deudor pague cuando pueda, o mejore de fortuna...".

Es en el ámbito negocial donde este tipo de estipulaciones tiene su mayor aplicación, lo que explica -en paralelo- las sólidas y fundadas razones dadas por la doctrina civilista para considerar que un hecho manifiestamente contingente (como la mejoría de fortuna de una persona) debe ser tratado *como si* fuese un evento que fatalmente habrá de ocurrir en un futuro.

En otras palabras, el debate plazo/condición de las obligaciones que la ley sustancial califica como de "pago a mejor fortuna" se lo ha resuelto en el ámbito del derecho de las obligaciones y haciendo foco en aquellas que poseen fuente contractual, donde media un acuerdo de



voluntades entre “partes” que libremente acuerdan los alcances y la modalidad de una relación jurídica.

Ninguna aplicación tiene este tipo de obligación en el ámbito del proceso judicial, y del beneficio de litigar sin gastos: aquí no hay acuerdo de partes, no hay razón para considerar inexorable aquello que es eventual y contingente, y -por último- no hay motivo para asignarle al beneficiario condenado en costas la carga de demostrar nuevamente (frente a una pretensión de cobro) una circunstancia que ya fue verificada en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada formal.

Para dirimir con mayor precisión el entuerto, bien pudo el legislador incluir una aposición a continuación de las expresión "las partes pueden acordar", que refiriera "o el juez al resolver la concesión del beneficio de litigar sin gastos", sin embargo ello no aconteció

Por ello, reitero, no encuentro razón para considerar que este instituto tenga alguna aplicación en el ámbito del proceso judicial en materia de costas. Me inclino por considerar que el artículo 84 del C.P.C.C. no regula una obligación "de pago a mejor fortuna" de las que la ley sustancial regulaba en los arts. 620 y 752 del Cód. Civ., y ahora en los arts. 899 a 891 del Cód. Civ. y Com., sino que refiere a una obligación condicionada (arts. 527 y ss. del Cód. Civ. y arts. 343 y ss. del Cód. Civ. y Com.).

Por las razones expuestas **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la misma cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

No coincido con el voto de mi distinguido colega.

La disidencia sobre el tema registra antecedentes, entre ellos el expediente de esta Sala II nº 144.535 del que extraeré algunos párrafos, aun cuando varíe el orden en que planteo las razones que fundan mi criterio:

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, tanto conforme al Código Civil ya derogado (arts.620 y 752) como de acuerdo al Código Civil y Comercial vigente (arts.889,890, y 891). Se trata de una obligación a plazo no solamente porque las normas digan expresamente que se aplican las reglas del plazo indeterminado, sino también porque al hacerse exigible la obligación ante la muerte del beneficiario (hecho futuro necesario), no puede constatarse o imaginar que tal hecho sea “incierto que pueda o no suceder, pues ha de suceder para toda persona física como lo es el deudor de autos.

Además, el beneficio de pagar a mejor fortuna no puede ser cedido, en tanto ha sido regulado como beneficio personal, no se transmite a los sucesores (Pizarro-Vallespinos ob.cit. p.162; art.1458 del Cód.Civil.), y en el régimen anterior caducaba con el concurso o la quiebra (753 del CC ley 340), lo que – si fuera poco un solo argumento – afianza numéricamente las razones para juzgarlo como plazo. Así está tratado en la ley común.

2.Para despejar las dudas cabe preguntarse si la obligación de pago a mejor fortuna derivada del art.84 del CPC, se rige por el derecho común, o si acaso puede el ordenamiento adjetivo darle un régimen especial al pago de las costas a cargo de quien goza del beneficio de litigar sin gastos.

En mi opinión el Código Procesal puede establecer un régimen de costas que respete el principio objetivo de la derrota, o puede apartarse de él y establecer otro criterio rector. Pueden las leyes provinciales fijar la gratuidad de las actuaciones, pero una vez que la propia ley procesal determina que las costas a cargo del beneficiario no deberán pagarse hasta que este “mejore de fortuna”, no puede retomar poderes delegados y regular aspectos que hacen a la modalidad de los actos, y que constituyen cuestiones propias de derecho común que han sido delegadas al Poder Legislativo Nacional de conformidad a lo dispuesto por el art.75 inc.12 de la Constitución de la Nación.



Así lo explican en general los autores de Derecho Constitucional, y en particular cito por todos a María Angélica Gelli (Constitución de la Nación Argentina” comentada y concordada, edit. La Ley, Bs.As.2005, p.672 y siguientes), quien recurre a reiteradas decisiones de la CSJN en el sentido apuntado en el párrafo anterior.

La aclaración es solo para despejar posibles dudas, en modo alguno creo que el CPC de nuestra Provincia haya creado o pretenda regular una obligación de pago a mejor fortuna sujeta al hecho condicionante (y como tal futuro e incierto) de que el deudor mejore efectivamente de fortuna, cuando la ley común “literalmente” le asigna la modalidad del plazo indeterminado propiamente dicho.

3.El legislador ha decidido caracterizarlo como plazo, aunque en la realidad la mejora de fortuna pueda ser una condición. El derecho puede apartarse de la realidad creando ficciones y presunciones que no respondan más que a la dirección que el legislador desea imprimirle. “Una ficción – dice Enrique Marí – es un arbitrario desvío de la realidad...” donde está ausente “cualquier reclamo de realidad” (“La Teoría de las ficciones” Eudeba, Bs.As.2002, p.305). Las ficciones no admiten prueba contrario, mientras que algunas de las presunciones – las llamadas iuris tantum – si las admiten porque resguardan la hipótesis de la duda, pero ambas están emparentadas por la elaboración de la regla, dice Martí,”...la construcción del derecho que exige ciertas simplificaciones lógicas”. “La verdad está, entonces, necesariamente deformada en la ficción. En la presunción, basta decir que podría ser verdadero” (ob.cit.p.369 con cita de Lecoq).

4.Es que las soluciones jurídicas no responden siempre a la naturaleza, al mundo del ser, sino que en el ámbito jurídico responden 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. “La diferencia es que en los juicios de ser son enunciados descriptivos susceptibles de verdad o



falsedad, mientras que los juicios de deber ser son directivos, respecto de los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad” (Nino Carlos Santiago, “Introducción al análisis del derecho”, Ed. Astrea, Bs. As. 2005, segunda edición, pág, 79 , con cita de Kelsen).

5.De modo que no siendo posible que el legislador provincial hubiera creado una obligación de pago a mejor fortuna condicional, y distinta a la que regula la ley común, y resultando factible que el derecho se aparte de la realidad y establezca como hecho necesario aquel que puede no serlo, no cabe – a mi modesto entender – desentenderse de las normas de fondo que establecen “una presunción, una simplificación lógica”, y que ante un hecho vulgarmente juzgado como futuro e incierto optan por calificarlo como “necesario” al decir que es una obligación sujeta a plazo indeterminado (art.889 CCyC y 620 y 752 del CC ley 340), presumiendo que el deudor puede pagar al prescribir que el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la prestación, y es al deudor a quien corresponde demostrar que su estado patrimonial le impide cumplir (art.890 del CC yC) .

Es innecesario recordar que el único modo de no aplicar estas normas al caso es declarando expresamente su incompatibilidad con derechos de raigambre constitucional.

6.No desconozco que la interpretación que propugna el Dr. Monterisi ha sido casi pacífica en la jurisprudencia que interpretó el anterior Código Civil, 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 inclinó por una solución manifiestamente contra legem, y que obligó a los autores de los proyectos de 1998 y de 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; arts. 889 a 891 del Proyecto de Código Civil Decreto 191/2011; “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”).

7.El beneficio de litigar sin gastos garantiza el acceso a 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, aunque los reclamos puedan carecer manifiestamente del más elemental sustento.

8.Con independencia de este criterio y en el caso particular de autos, quien es acreedor, titular de un crédito a plazo o aún – como sostiene mi distinguido colega – sujeto a condición resolutoria, puede realizar los actos conservatorios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y sus derechos (art.347-2 del CCyC 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).

9.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)

Así lo voto.

La Dra. Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos que el Dr. Ricardo D. Monterisi.

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

Corresponde: declarar desierto el recurso de apelación



interpuesto por el ejecutado a fs. 104 vta., con costas al apelante (arts. 68, 260, 261 y conc. del C.P.C.C.) y, por mayoría, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante a fs. 83, con costas al apelante (arts. 68, 78, 84, 242, 246, 270 del C.P.C.C.).

Así lo voto.

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

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el ejecutado a fs. 104 vta., con costas al apelante (arts. 68, 260, 261 y conc. del C.P.C.C.). **II)** Desestimar, por mayoría, el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante a fs. 83, con costas al apelante (arts. 68, 78, 84, 242, 246, 270 del C.P.C.C.). **III)** Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 del decreto-ley 8904/77). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE (art. 135 del C.P.C.). DEVUÉLVASE.**

RICARDO D. MONTERISI

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

NELIDA I. ZAMPINI

Alexis A. Ferrairone
Secretario