Comodoro Rivadavia, de mayo de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"TOURIÑAN, MILTON OSCAR c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA Y OTRO s/ SUMARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS)" Expte. Nº 78/14,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial Nº 1 (Expte no. 410/2012), por haber interpuesto el actor a fs. 141/144 recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fs. 140.

I.- El recurrente se agravia porque el conjuez tiene por contestada la demanda y ofrecida la prueba por la demandada, toda vez que considera que su designación en tal calidad no lo habilita para resolver esa cuestión sin antes pronunciarse adecuadamente sobre la revocatoria impetrada a fs. 107. Sostiene que se violentó el principio sustancial del juez natural y el debido proceso legal garantizado por la Constitución Nacional. Señala que en el punto II de la providencia el conjuez, tiene por consentido el avocamiento, que su parte no cuestiona, pero es para que se avoque al contenido expreso y preciso de la revocatoria impetrada a fs. 107 y no al conocimiento de la pretensión sustancial. Argumenta que la revocatoria fue dirigida a la jueza laboral, que en apariencia se había apartado, en virtud de la recusación de la demandada que resulta a todas luces extemporánea, ya que se notificó del avocamiento de la Dra. Cano el 19 de diciembre de 2012 y recusó sin causa a la jueza al tiempo de contestar la demanda. Agrega que una vez notificada si no hace uso de la facultad en el término legal (art. 152 del C.Pr.) implica la aceptación del juzgador que deberá actuar

hasta la culminación del pleito. Expone que también es incorrecto lo decidido en el punto III toda vez que no se advierte que la demanda contra el Sr. Buzzi no ha sido notificada a ese codemandado, de allí que no puede ser lógica y jurídicamente válida que la notificación de la demanda a uno de los demandados impida la modificación de la misma (que no es el caso) respecto de los otros. Aduce que no se trata de un litis consorcio pasivo necesario sino meramente voluntario o facultativo, y el sustento normativo es diverso respecto de cada demandado. Agrega que se acumularon dos pretensiones que si bien responden a los mismos hechos, tienen distinta causa y por lo tanto se trata de una mera acumulación subjetiva de pretensiones. Insiste que no constituye un litis consorcio pasivo necesario, que permitiría la condena de uno de los que han sido demandados y la posibilidad de que sea absuelto el restante. Agrega que la razón práctica por la que solicita la separación de pretensiones y que no puede desatenderse, es que una vez notificado al demandado Sr. Buzzi si recusara sin causa o con ella traería un nuevo apartamiento del juez, dilatando el proceso con una grave vulneración de sus derechos. Finalmente solicita la suspensión del término del traslado para contestar excepciones en tanto se resuelva el presente recurso. Peticiona tener presente la cuestión constitucional y el caso federal.

II.- De las constancias de autos surge que el 9 de octubre de 2012 el actor inicia demanda de daños y perjuicios contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia y el Sr. Martín Buzzi (fs. 43/62), resultando adjudicada la causa al Juzgado Civil y Comercial Nº 1 a

cargo del Dr. Leonardh.

A fs. 65 recusa sin causa al citado magistrado quien se inhibe a fs. 66.

A fs. 67, 68, 69 se excusan de actuar los Dres. Sanca, Toquier y Rolinho.

A fs. 70 se avoca al conocimiento de la causa Dra. Cano y ordena su notificación. El actor se notificó digitalmente el 28 de noviembre de 2012 (fs. 71) y el 12 de diciembre del mismo año presentó tres cédulas (fs. 71vta.).

A fs. 72 el actor consiente el avocamiento y solicita se continúe el proceso.

El 27 de diciembre de 2012 la jueza ordena se notifique las providencias de fs. 64 y 70 a las codemandadas (fs. 73).

A fs. 74 y 75 obran cédulas de notificación diligenciadas el 19 de diciembre de 2012 a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

El 08 de marzo de 2013 se notifica a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia de lo ordenado por la jueza a fs. 73 (ver fs. 77).

El 12 de abril de 2013 se presenta la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, acredita personería, opone excepciones, contesta demanda en subsidio, ofrece pruebas y recusa sin causa a la Dra. Zulema Cano (fs. 90/99).

A fs. 100 la jueza tiene por presentados a los peticionantes, por parte en el carácter invocado y por constituido domicilio. Por haber sido recusada sin expresión de causa se inhibe de continuar, remitiendo los autos a la Oficina de Adjudicación de Causas.

A fs. 101, 102, 103 y 104 se excusan de actuar las Dras. Iris Pacheco, Mabel González de Romero, Diana S.G. de Kazakevich y Verónica Robert.

A fs. 107 la actora presenta revocatoria frente a la aceptación de la Dra. Cano de la recusación sin causa efectuada por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, por ser extemporánea.

A fs. 129 resulta desinsaculado como conjuez de la causa el Dr. Pedro Baumann quien acepta el cargo a fs. 132.

El 24 de octubre de 2013 el Dr. Baumann se avoca al conocimiento de la causa y ordena notificar a las partes personalmente o por cédula. Se notifican digitalmente a las partes, conforme surge de la constancia de fs. 135.

A fs. 139 el actor solicita separación de pretensiones.

A fs. 140 el conjuez provee: ...al escrito de fs. 90 a 99: 1) Tengo por contestada la demanda y por ofrecida la prueba. 2) De la documentación acompañada y excepciones de falta de legitimación y prescripción de la acción opuestas, corro traslado al actor por el término de CINCO días. Notifíquese personalmente o por cédula (arts. 137 inc. 1°, 349, 360, 362, 490 y 492 del CPr.). II) A los escritos de fs. 107 y 108: Consentido el avocamiento del suscripto, carece de virtualidad jurídica expedirme sobre lo solicitado (arts. 34 inc. 5° ap. a), b) y e) CPr.). III) Al escrito de fs. 139: Siendo que, una vez notificada la demanda no está permitido cambiar los sujetos pasivos de la relación procesal, no ha lugar a lo solicitado (Palacio y Alvarado Velloso: Código Procesal, T 7, ps. 255 a 256

en comentario al art. 331, 1.993, ver fs. 43 y 77 y vta.).

Contra dicha providencia se plantea revocatoria con apelación en subsidio, rechazada la revocatoria se concede la apelación y se eleva a la Alzada.

III.- En primer lugar se ha de señalar la facultad de recusar es un derecho procesal, de carácter absolutamente subjetivo, cuyo ejercicio conforme a la vigencia del principio dispositivo, sólo se halla sujeto a la voluntad de las partes y es una petición dirigida al juez encaminada a lograr su apartamiento del proceso.

El juez recusado no obstante las previsiones del art. 16 del C.Pr. tiene las facultades para examinar tanto la oportunidad de recusación como la calidad de parte de quien la deduce, pudiendo por lo tanto desestimarla en el supuesto que no concurra alguno o ambos tipos de requisitos, u otros que conciernen a la eficacia de las presentaciones judiciales.

Asimismo esta resolución que hace lugar a la recusación no adquiere carácter firme hasta tanto ésta no haya sido aceptada por el juez a quien se ha remitido las actuaciones, ya que éste último también puede verificar la concurrencia de los requisitos mencionado precedentemente y se halla por lo tanto facultado para rechazarla.

Conforme lo establece el art. 15 del C.Pr., sólo podrá ejercerse esta facultad de recusar una vez en cada caso. En la hipótesis de mediar litisconsorcio activo o pasivo, sólo uno de los

litisconsortes puede ejercer la facultad de recusar sin expresión de causa. De allí que resulte indiferente a los fines de la aplicación de ésta norma, que se trate de litisconsorcio (necesario o facultativo), la naturaleza de la obligación controvertida (divisible o indivisible, simplemente mancomunada o solidaria) y la coincidencia o no de intereses entre los litisconsortes (Cfme. Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 1º, pág. 415).

Asimismo el art. 14 del C.Pr. establece la oportunidad para deducirla, para ambas partes la recusación sin causa está subordinada para su admisión a que se deduzca en la primera presentación, cualquiera se el objeto de ésta (Cfme. Podetti, Tratado de la competencia, p.509, nota 33).

Ergo, el demandado debe ejercer la facultad de recusar en oportunidad de contestar la demanda si se trata de un proceso de conocimiento, oponer excepciones en el juicio ejecutivo o comparecer a la audiencia que la ley fije como primer acto procesal; consintiendo la intervención del juez cuando no hace uso de la facultad de recusar en ocasión de cumplir cualquier acto procesal anterior a los mencionados.

Ahora bien, de autos surge que la codemandada, Municipalidad de Comodoro Rivadavia se notificó solamente del avocamiento el 19 de diciembre de 2012 (fs. 74), ordenando la jueza el 27 de diciembre del mismo año, notificar el avocamiento y el traslado de la demanda a las codemandadas (fs. 73). Dicha notificación fue efectuada a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia el 08 de marzo de 2013 (fs. 77 y

vta.).

La demandada se presenta el 12 de abril de 2013 (fs. 90/99), recusa sin expresión de causa en el punto II del escrito, opone excepciones, contesta demanda en subsidio y ofrece pruebas, siendo ésta la primera presentación en juicio para la parte, la recusación sin causa deducida por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia resulta temporánea.

La conjueza que intervino a fs. 70 -Dra. Cano- al momento de plantearse la recusación, examinó la calidad de parte del recusante y la oportunidad de la deducción de la misma, ello se desprende del proveído de fs. 100.

Los argumentos respecto a la omisión del pronunciamiento del conjuez, que no se expidió sobre revocatoria planteada a la recusación sin causa de la Dra. Cano; y al consentimiento de la actora circunscripto a los fines de que se expida sobre ese punto, son insuficientes para fundar un pronunciamiento distinto.

El conjuez se avocó al conocimiento de la causa (fs. 134), dicho avocamiento quedo consentido (fs. 139 y 140) y el mismo implicó un examen previo imprescindible de la oportunidad e idoneidad de la recusación y una aceptación tácita de la excusación de la Dra. Cano (fs. 70).

En efecto la recusación sin causa queda firme cuando es admitida por el juez subrogante, quien detenta la facultad de rechazar la inhibitoria del juez recusado, por no darse los presupuestos formales o no ser recusable. Así, la admisión de la

recusación puede ser expresa: cuando el juez subrogante hace saber a las partes que asumirá intervención en el proceso, o tácita, cuando dicta, sin más, resolución sobre el trámite del proceso. (Instituciones de Derecho Procesal Clemente Diaz, Tomo II página 320 Editorial Abeledo Perrot).

El silencio guardado al acto de avocamiento de la Sra. Jueza, no pudo ser considerado manifestación de voluntad a título del art. 919 del Código Civil, en tanto no se encontraba obligada a expedirse en distinta oportunidad a su primera presentación.

Respecto del fundamento dado por la actora para apelar el punto III de la providencia que no hace lugar a la separación de las pretensiones, tampoco ha de prosperar.

Es que la recusación sin causa es indivisible, de manera que ella puede ser ejercitada solamente por uno de los litisconsortes y no por todos ellos sucesivamente. Por ende, ejercida dicha facultad por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia no puede volver a ejercerla el codemandado Sr. Martín Buzzi.

Así la jurisprudencia ha dicho que si el codemandado ejerció la facultad de recusar sin causa, al margen del resultado que arrojara dicha articulación, se ha agotado la oportunidad que acuerda el art. 15 del Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Nación en torno de todos los litisconsortes pasivos que fueran convocados a la causa, ya que uno solo de ellos puede cuestionar por esa vía la radicación originaria del proceso, resultando indiferente el tipo de litisconsorcio entablado en la litis, la naturaleza de

la obligación controvertida y la coincidencia o no de intereses entre los litisconsortes (CNCiv., Sala A, 30/8/94, LL, 1995-E-566, jurispr. Agrup., caso 10.597).

Por lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el actor a fs. 141/144vta. y se confirma la providencia de fs. 140.

IV.- Las costas de la Alzada se imponen al apelante vencido (art. 69 C.Pr.).

Los honorarios del letrado interviniente se regularán atendiendo a lo preceptuado por los arts. 32 y 13 de la ley arancelaria.

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación en subsidio deducido por la parte actora a fs. 141/144vta. y confirmar la providencia de fs. 140.

2.- Costas de la Alzada al recurrente vencido. Regular los honorarios profesionales del Dr. Gustavo Carranza Latrubesse en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los honorarios regulados en la instancia de grado.

3.- Téngase presente la cuestión constitucional y el caso federal.

4.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse excusados de actuar los doctores Julio Antonio Alexandre, Silvia Noemí Alonso, Nélida Susana Melero y vacante un cargo de

Juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

BAJO EL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS