NEUQUEN, 8 de agosto del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BANCO CREDICOOP COOP. LTDO. C/ ESMELLA CESAR GUSTAVO Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"**, (**JNQJE2 EXP** N° **586416/2018**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Cecilia **PAMPHILE**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a estudio a fin de resolver la excusación formulada por el Dr. José I. Noacco, en los términos de los arts. 17 inc. 9 y 30 del CPCyC, respecto del demandado Esmella.

En función de la causal invocada y la normativa citada, la excusación formulada resulta admisible, en tanto tiene por finalidad la de salvaguardar la independencia e imparcialidad del magistrado en el ejercicio de su justa misión de entender y decidir los asuntos sometidos a su conocimiento.

Al respecto, esta Sala ha considerado que: "*…el supuesto invocado no requiere una explicación detallada de los hechos o antecedentes que la motivan, siendo suficiente la simple alegación de la norma aplicable y la afirmación de encontrarse incurso en ella, por ser el juez excusado el que sabe en qué medida pesa sobre su conciencia…*" (cfr. "Cid c/ Castillo", expte. n° 507.965/2015, sentencia del 17/4/2018; en igual sentido Sala I, "Monteserín c/ MAPFRE", expte. n° 506.347/2015, sentencia del 26/3/2019).

Por estos motivos, corresponde hacer lugar al planteo formulado y, por lo tanto, autorizar la abstención del

Dr. Noacco de intervenir en esta causa; quedando la Sala integrada con la Dra. Pamphile.

II.- Sentado lo anterior, y por razones de celeridad y economía procesales, trataremos el recurso de apelación que motivó la elevación de este proceso a la Cámara.

a) El codemandado Esmella apeló en subsidio el auto de fs. 70/vta., en cuanto se tuvo presente el desistimiento efectuado por la actora para con su parte.

En su memorial de fs. 80/81 indicó que no se le requirió su conformidad, tal como lo dispone el art. 304 última parte del CPCyC.

Explicó que ello le causa un grave perjuicio, ya que el actor tiene verificado su crédito en el concurso preventivo al cual se encuentra sometido, y que tramita ante el Juzgado Civil n° 5 de esta ciudad, por igual monto, por lo cual, bajo pretextos formales de una acción ejecutiva, mal puede el actor desistir su intervención, y continuar el proceso contra la codemandada Muñoz, con la posibilidad de cobrar la suma reclamada dos veces; afectándose, entre otros aspectos, el orden público, en tanto el concurso ejerce fuero de atracción.

Agregó que no era necesario notificarlo para que conociera o desconociera la firma inserta en el documento, dado que la fiadora renunció a los beneficios de exclusión y división, constituyéndose en principal pagadora. También manifiesta que debe entenderse que el desistimiento lo fue de la acción, y no del derecho.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 91/vta.

Dice que el demandado pierde de vista que se desistió de la acción en su contra, y por lo tanto ya no forma parte de estas actuaciones.

Señala que no precisa cuál es el daño que considera irreparable, sino que explica las consecuencias dañosas que esta acción ejecutiva le causaría a la fiadora, por lo que entiende que el recurrente no tiene agravio.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Sostiene que no se requiere de la conformidad del demandado para hacer lugar al desistimiento de la acción contra su persona, ya que no hubo traslado de la demanda, en tanto la primera citación efectuada fue para que reconociera su firma en la etapa de preparación de la vía ejecutiva.

Precisa que ambas etapas procesales –preparación de la vía ejecutiva e intimación de pago- se encuentran bien definidas en el CPCyC.

Insiste en que en autos la demanda no ha sido notificada.

III.- La jueza de primera instancia ha tenido presente el desistimiento formulado respecto del demandado Esmella, y despacha la ejecución respecto de la codemandada Muñoz, a fs. 79/vta.

Con relación a esta decisión es que se agravia el recurrente.

Si bien se trata de una decisión que tiene presente el desistimiento en lo que refiere a César Esmella, ella no se encuentra firme, por haber sido apelada, teniendo, entonces, el recurrente interés en la causa, lo que determina, a su vez, que también tenga un agravio concreto, cuál es el de participar y defenderse en el proceso ejecutivo; o, cuanto menos, el de haber sido consultado con carácter previo a

aceptar el desistimiento a su respecto, dado que fue citado a reconocer su firma.

Tal circunstancia, unido a la amplitud con que debe entenderse el derecho de defensa en juicio, hace que formalmente la apelación sea procedente.

También ha de desecharse el argumento del recurrente referido a que en autos se ha contestado la demanda, y que no era necesaria su citación para reconocer la firma, ya que el resolutorio de fs. 74/75 se encuentra firme; y mediante él se revocó parcialmente la providencia de fs. 63, en sus párrafos tercero y cuarto, careciendo de validez, entonces, la interposición de las excepciones y su traslado.

Ahora bien, sin perjuicio de los argumentos expuestos por los litigantes, lo determinante para resolver el recurso planteado es el concurso preventivo del recurrente.

No se discute en esta instancia, y se encuentra acreditado con la documentación de fs. 53/57, que por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n° 5 de esta ciudad tramita el concurso preventivo de César Gustavo Esmella.

La manda del art. 21 de la LCQ establece que la apertura del concurso preventivo produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso, con las exclusiones que la misma norma prevé.

Entre estas exclusiones se encuentran aquellos procesos en los cuales el concursado es parte de un litisconsorcio pasivo necesario.

Rivera, Roitman y Vítolo señalan que: *"El litisconsorcio procesal es un instituto conforme al cual un*

determinado actor –o varios actores- acumulan pretensiones contra distintas personas o demandados, constituyendo una acumulación subjetiva. A su vez, los litisconsorcios pueden ser facultativos o necesarios.

"En el litisconsorcio facultativo –que puede ser inicial o sobreviniente (intervención de terceros)- el actor puede demandar a todos los involucrados o a uno solo o varios actores pueden hacerlo en conjunto o separadamente, y siempre la sentencia que se dicte será eficaz contra quienes sean parte.

"El litisconsorcio necesario tiene la particularidad de que no presenta una acumulación de pretensiones, sino que se trata de una misma pretensión que comprende varios sujetos quienes, necesariamente, deben demandar o ser demandados en conjunto. En estos casos la sentencia contendrá un solo pronunciamiento acerca de la única pretensión; no es posible la exigencia de juicios separados, pues el juicio debe ser único…si el actor pretendía escapar del fuero concursal, bien podía –en el litisconsorcio pasivo facultativo- desistir de su acción contra el concursado, y proseguir la acción contra los otros codemandados ante el juez natural" (cfr. aut. cit., "Ley de Concursos y Quiebras", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, T. I, pág. 596/597).

El de autos, indudablemente es un litisconsorcio pasivo facultativo, ya que por los términos en que se constituyó la fianza, la acción ejecutiva puede ser dirigida contra el deudor principal y su fiadora, o solamente contra esta última.

Para estos supuestos, doctrina y jurisprudencia postulan la aplicación analógica del art. 133 de la LCQ, sosteniendo que si bien esta norma legal hace referencia al supuesto del deudor declarado en quiebra, nada obsta su

aplicación al deudor concursado, con fundamento en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación plasmada en autos "Banco de la Nación Argentina c/ Rodríguez" (sentencia del 10/12/1987, LL 1988-C, pág. 642), en orden a que no tiene sentido postular una solución distinta para dos supuestos que, en lo sustancial, no difieren.

Edgar J. Baracat señala que en los supuestos de listisconsorcios pasivos facultativos integrados por el concursado, en los cuales la actora pretende desistir del proceso contra este último, el procedimiento es el siguiente: *"…no hay nada en la reforma que permita inferir que se ha dejado sin aplicación la doctrina que autorizaba la regla analógica del art. 133, parte 1°, LCQ, añadiéndose desde tal perspectiva (evitar la suspensión de la acción contra el concursado y el consiguiente fuero de atracción del concurso preventivo) que el actor tiene la facultad de escindir el litis consorcio facultativo, desistiendo de la demanda contra el concursado y prosiguiéndola contra los restantes codemandados no concursados en el tribunal de origen, sin que quede obligado por costas, y sin perjuicio de solicitar la verificación de su crédito.*

"Conviene aclarar que en realidad el texto legal, se refiere a un desistimiento del proceso (no de la pretensión), sin que se requiera el asentimiento del deudor y sin imposición de costas; si el caso se estimara que es de la pretensión, el desistente estaría renunciando al derecho material (crédito), y, por supuesto, no podría pedir verificación. Pero esta última no es la interpretación que cabe formular a los textos legales. Se trata en realidad del abandono del proceso, y no de la pretensión. La ley habilita al acreedor, después de concretado el desistimiento contra el concursado en pleito abierto, a postular el reconocimiento de

su crédito en estrado concursal vía procedimiento verificatorio (arts. 32, 56, LCQ).

"Pudiendo ser fraccionado el respectivo pronunciamiento en el litis consorcio pasivo facultativo, desde esta perspectiva no se encontró motivo alguno para inducir a la reunión ante el magistrado concursal, conservándose el pleito en competencia originaria, y así entonces, mediante el desistimiento contra el concursado la causa puede mantenerse en la instancia de origen, sin perjuicio de que el accionante pueda dirigirse al concurso –sin necesidad de tener que cargar costas por tal conducta– a peticionar verificación de su crédito contra el deudor.

"Para el litis consorcio pasivo facultativo las reglas procesales establecidas por la ley 24.522 han quedado inalteradas; para este supuesto no hay detención respecto de los restantes codemandados no concursados según el mecanismo que se viene explicitando. Sí hay paralización respecto del codemandado concursado o fallido, pero el acreedor tiene expedito el camino de la verificación contra este último, para la concurrencia ante el juez del concurso..." (cfr. aut. cit., "Criterio ortodoxo para el litis consorcio facultativo integrado por el concursado", LLLitoral 2014, pág. 607).

En igual sentido se ha manifestado la jurisprudencia. Así, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A, ha sostenido que las modificaciones habidas en la LCQ no han afectado al litis consorcio pasivo facultativo, que permite desistir de la acción contra el concursado y proseguirla contra los otros codemandados ante el juez natural, precisando el voto del Dr. Carrillo que si bien la manda del art. 133 de la LCQ refiere al deudor declarado en quiebra, *"la solución se extiende también a este caso, en tanto existe un litisconsorcio pasivo facultativo y uno de los accionados está concursado…"* (autos "BNA c/ Metales Argentinos

S.A. y Torresi Remolques S.A.", 12/2/2014, LL AR/JUR/1486/2014).

Con un criterio similar se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, en autos "Garantizar SGR c/ Finta Pelle S.R.L. y otro" (21/6/2016, LL 2016-D, pág. 538).

Y este desistimiento de la acción puede ser hecho en cualquier etapa del proceso, incluso durante la realización forzada (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala C, 27/2/1987, "Banco de Intercambio Regional c/ Estab. Metalúrgico Salguero"; Cám. Civ. y Com. Mercedes, 27/10/1992, "Ríos de Tort", citados por Alberti, Edgardo M., "Litisconsorcio facultativo y fuero de atracción", LL 2001-C, pág. 293).

Conforme lo dicho, encontrándose el recurrente sometido a concurso preventivo, la actora podía, como lo hizo, desistir de la acción ejecutiva a su respecto y verificar el crédito en el proceso universal, sin que sea necesaria la conformidad del deudor concursado, y en cualquier etapa del trámite, por lo que se confirma la resolución recurrida.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Hacer lugar a la excusación del Dr. José I. Noacco, integrándose esta Sala para resolver con la Dra. Cecilia Pamphile.

II.- Confirmar la providencia de fs. 79/vta., en todo lo que ha sido materia de agravio.

III.- Imponer las costas por la actuación en segunda instancia a la recurrente vencida (arts. 68 y 69, CPCyC).

IV.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales que actuaron ante la Alzada para cuando se cuente con pautas a tal fin.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dra. CECILIA PAMPHILE

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria