Esquel, de julio de 2011.

------**VISTO:** ----------

------El recurso de apelación incoado a fs. 79/vta. por la Sra. B. C. contra el decreto de fs. 78, con agravios expresados a fs.93/94 y el recurso de apelación incoado por el Sr. D. E. A., E. a fs. 76, en subsidio del de revocatoria contra la providencia de fs. 75; y------

------**CONSIDERANDO:** ----------

-----Que en la apelación subsidiaria de la revocatoria, impetrada por el Sr. E. a fs. 76/77, se agravia contra la resolución de fs. 75 en cuanto concediera embargo pedido por la demandada reconviniente. Sostiene el recurrente que no ha quedado demostrada la verosimilitud del derecho; que el escrito postulatorio no cumplió con los requisitos del art. 197 Ley XIII nº 5; que no se dieron ninguno de los supuestos del art. 211 Ley XIII nº 5; que no se invocaron los supuestos de los arts. 212 y 214 ni se dio cumplimiento de los requisitos genéricos contemplados en el art. 199 Ley XIII nº 5.--------

-------Que el art. 212 Ley XIII nº 5 permite solicitar medida cautelar de embargo preventivo a quienes accionen por daños y perjuicios con el requisito de que el demandado no contare con seguro de responsabilidad civil.----------

------Debemos señalar que en este tipo de acciones la verosimilitud del derecho viene dada por la seriedad del planteo actoral ya que no cabe exigir mayor certeza pues esto último surgirá del mismo trámite que se pretende precaver.----------

------Nada hay en la demanda que haga sospechar la presencia de una pretensión desamarrada a derecho, ni que los hechos que la fundamentan sean manifiestamente falsos o imposibles.----------

------Por otro lado la peticionante ha manifestado que el crédito a embargar es el único bien con que cuenta el demandado y este no ha propuesto sustitución de embargo ni invocó la existencia de otros bienes o ingresos que permitan afrontar la demanda de daños en caso de prosperar.----------

------Que por otra parte la verosimilitud del derecho debe ser analizada en forma conjunta con el peligro en la demora, de forma tal que a mayor entidad de uno de ellos menor necesidad de acreditar el otro. Siendo que ni siquiera se negó el carácter único del crédito embargado, el peligro que

dicha circunstancia puede tener para el efectivo cumplimiento de una sentencia condenatoria es de grado superlativo y amerita la procedencia cautelar aun cuando el fumus bonis iuris no surja con la claridad habitualmente exigida.----------

------Que por lo expuesto consideramos debe rechazarse el recurso bajo análisis.----------

------2.-Que la Sra. C., se alza contra el decreto de fs. 78 en cuanto rechaza el planteo de nulidad incoado por el Sr. E., la aquo lo transforma en recurso de reposición y *"revoca por contrario imperium"* la providencia de apertura a pruebas (fs. 71), ordenando correr traslado de la acción de daños instaurada por la Sra. C. conjuntamente con la contestación de demanda y reconvención (fs. 42).----------

------Que en los agravios expresados a fs. 93/94, la recurrente se queja en orden a dos cuestiones, la primera de ellas es que, a su entender, la a quo nunca pudo transformar oficiosamente el planteo de nulidad en recurso de revocatoria; la segunda de ellas es que el peticionante, Sr. E., carecía de interés en la nulidad impetrada pues tuvo suficiente oportunidad de contestar la acción de daños y ofrecer pruebas.----------

------Que entrando a analizar el recurso en cuestión, debemos señalar que la a quo incurrió en una serie de errores concatenados de los cuales derivó la particular y llamativa situación que hoy se expone ante esta Alzada.----------

------Que el primer error cometido por la a quo radicó en ordenar un traslado parcial de distintas cuestiones (reconvención por divorcio culpable y demanda de daños y perjuicios) incoadas en un mismo escrito y que debieron ser concentradas en un solo acto (art. 34 inc. 5° "a" Ley XIII N° 5) a fin de procurar la mayor economía procesal (art. 34 inc. 5° "d" Lay XIII N° 5). Se equivoca nuevamente la a quo, o mejor dicho se autocontradice, cuando volviéndose contra el erróneo traslado parcial de fs. 53, ordena apertura a pruebas (fs. 76). Por tercera vez se equivoca la a quo cuando a fs. 78 sostiene que el planteo de nulidad de la apertura a prueba ataca una decisión de índole *"sustancial"*. La decisión de abrir la causa a prueba es de naturaleza evidentemente adjetiva y quizás sirva como uno de los mejores ejemplos de decisión procesal, en consecuencia contra ella cabe el incidente de nulidad (Tit. III, cap. X Ley XIII n° 5). Vuelve a equivocarse la a quo cuando se considera investida de facultades para transformar oficiosamente

un incidente de nulidad en un recurso de revocatoria nunca planteado por la parte.----------

------Es posible que la cadena de equívocos en que incurrió la a quo fuese la causa real de los errores que, a su vez, cometió la parte, sin embargo es principio aceptado en nuestro sistema jurídico que el error de derecho no excusa del cumplimiento de la ley tanto sustancial como procesal.----------

------Dicho lo precedente y a fin de imponer orden ante tantas irregularidades, vamos a merituar la pretensión procesal de fs. 76/77 como lo que realmente es: un planteo de nulidad.----------

------En concreto, entendemos que el Sr. E. reclamó la nulidad del decreto de apertura a pruebas.----------

------Conforme el art. 174 Ley XIII nº 5 *"Quien promoviere el incidente deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer"*. Del escrito obrante a fs. 76 surge que el peticionante no ha cumplido con los requisitos procesales para la procedencia de la nulidad impetrada. En efecto, ni manifestó el perjuicio sufrido, ni explicó cuales eran las defensas que se vio privado de oponer.----------

------Además de lo dicho es oportuno destacar que a fs. 56/61 vta. el Sr. E., si bien hace reserva de contestar posteriormente el traslado de la demanda de daños y perjuicios, expresamente dice *"Niego adeudarle daños y perjuicios"* (negativa nº 44); *"Niego daño moral invocado"* (negativa nº 45) *"¿Una madre que abandonó a sus hijos, que insulta, que se desborda permanentemente, que maltrata a su pareja puede reclamar daños y perjuicios?. Pues de la lectura de la reconvención, toda una perorata, un lata cuya finalidad es reclamar un monto indemnizatorio que no encuentra sustento sino en las ansias de perjudicarme"*. Surge entonces con claridad que el nulidicente tuvo plena oportunidad de conocer la demanda de daños y contestarla sin que pueda explicarse la utilidad de la reserva. De igual forma, bien pudo ofrecer la prueba que fuera necesaria para su defensa después del decreto atacado, sin necesidad de escudarse en una posible nulidad procesal que en nada lo perjudicaba.----------

------En concreto el Sr. E. al efectuar su planteo de nulidad ni cumplió con la carga impuesta por el art. 174 Ley XIII nº 5 ni siquiera puede deducirse que perjuicio le produjo la irregularidad atacada. Concluimos entonces que

el decreto de fs.71 no debió ser declarado nulo. No pudo ser revocado pues la parte interesada no planteó recurso de revocatoria, el cual igualmente habría sido improcedente pues el acto atacado era de índole procesal. -------

---

------En virtud de la existencia de errores jurisdiccionales, la naturaleza y complejidad de las cuestiones planteadas corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota conforme a lo dispuesto en el art. 69 2º parr. Ley XIII N° 5.----------

------Atento a como a quedado resuelta la cuestión, las costas en esta Alzada deberán ser soportadas por su orden por haber tenido razón probable para el reclamo efectuado, regulando los honorarios del Dr. O. S. G. en un 7% y los de la Dra. C. A. M. L. en un 3.5% del monto del proceso que se cuantificara con mas el IVA que correspondiere.----------

---

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ---

----------R E S U E L V E----------

------**1°) CONFIRMAR** la providencia de fs. 75 punto I en cuanto fuera materia de agravios.----------

------**2°) REVOCAR** el decreto de fs. 78 parr. 1º y 2º disponiendo en sustitutiva el rechazo del planteo de nulidad impetrado por el actor contra el auto de apertura a prueba de fs. 71.----------

------**3°) IMPONER** por su orden las costas de la segunda instancia en atención a la naturaleza y complicación de las cuestiones planteadas.--------

------**4°) REGULAR** los honorarios del Dr. O. S. G. en un 7% y los de la Dra. C. A. M. L. en un 3.5% del monto del proceso que se cuantificara con mas el IVA que correspondiere (Art. 13 de la Ley VIII, N°4 del DJP).---------

---

------**5°) REGÍSTRESE**, notifíquese, déjese nota marginal en la resolución dictada en autos, y devuélvase.----------

------La presente resolución es dictada por dos Jueces de Cámara, por recusación del Dr. Claudio A. Petris y haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V, N°17 del DJP).----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DEL AÑO 2011. CONSTE.