

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 65.

NEUQUÉN, 16 de mayo de 2023.

VISTAS:

Las actuaciones caratuladas "**CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 518856/17**" (**Expediente JNQC14 INC N° 43.776 - Año 2018**), venidas a conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia para resolver, y

CONSIDERANDO:

I. La parte demandada -Comunidad Mapuche Kaxipayñ- interpuso recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley (fs. 291/308vta.) contra la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad (fs. 285/288vta.), que rechazó el recurso de apelación deducido por su parte contra la resolución de grado (fs. 215/218). En consecuencia, dispuso aprobar la planilla de liquidación de astreintes practicada por la ejecutante a fs. 177.

La recurrente invocó en la queja los artículos 18 y 15, incisos "b" y "c", de la Ley N° 1406.

Sostuvo que el fallo recurrido ostenta carácter definitivo. En tal sentido, expresó que la decisión recurrida aprueba la liquidación de astreintes judiciales en perjuicio del patrimonio de la Comunidad Mapuche invirtiendo la carga de la prueba respecto de los presupuestos que habilitan la imposición de la sanción.

Afirmó que la falta de reconocimiento por parte del Tribunal de los hechos concretos, inequívocos y tangibles (incluso públicos y notorios) que dieron cuenta de la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al momento en que se impuso la sanción, y la arbitraria imposición a la comunidad de demostrar que los presuntos actos de turbación hubieran cesado, prueba de imposible cumplimiento, tornan la decisión recurrida en una resolución arbitraria asimilable a sentencia definitiva.



Dejó planteado el caso federal por el agravio constitucional que genera el fallo en crisis, por violación de la garantía constitucional del debido proceso y de la propiedad, conforme la doctrina de la sentencia arbitraria.

Paralelamente, invocó que igualmente correspondería tener por sorteado el mentado valladar atendiendo a la gravedad e interés institucional que reviste la cuestión planteada. Explicó que la resolución recurrida impone a un sector social vulnerable como es la Comunidad recurrente, el pago de una suma de dinero millonaria en concepto de astreintes judiciales, luego de haber llegado a un acuerdo con la contraparte para resolver el conflicto de manera amistosa.

Sostuvo que la decisión impugnada resultaría arbitraria y que conspira contra el cumplimiento del relevamiento territorial ordenado por la Ley N° 26160 desconociendo -dijo- el acuerdo celebrado por las partes.

Posteriormente, indicó que se han derivado otros incidentes de la temática aquí tratada, señalando las causas "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Interdicto (Expediente JNQCI4 N° 518.856 - Año 2017) y "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Incidente de Elevación" (Expediente JNQCI4 N° 44.213 - Año 2022), actualmente en trámite ante la Secretaría Civil al haberse admitido la instancia revisora extraordinaria, mediante Resoluciones Interlocutorias N° 16/23 y N° 19/23, del registro de la Secretaría Civil.

Expuso que tales causas se encuentran relacionadas con el presente trámite, y entre sí, el primero -dijo-, por ser el expediente principal donde se está discutiendo la vigencia de la medida cautelar a tenor de la cual se han impuesto astreintes impugnadas, el segundo -agregó- porque se trata de una liquidación anterior de astreintes de igual tenor a la que se impugna en la presente incidencia, motivo por el cual manifestó que solicitará

que se acumulen a la presente para el dictado de una resolución "... conjunta del fondo de la cuestión ..." (fs. 293).

Relató puntualmente los antecedentes de la liquidación de astreintes por \$12.893.292,20.- objeto de impugnación en la presente incidencia.

Aludió a la medida cautelar dictada en fecha 16 de agosto de 2017 en autos "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Interdicto" (Expediente JNQCI4 N° 518.856 - Año 2017) y denunció el acuerdo de partes celebrado el 14 de septiembre de 2021 en el ámbito del Ministerio Público Fiscal de la Provincia del Neuquén en donde -dijo- tanto la parte actora - Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco-, como la demandada - Comunidad Mapuche Kaxipayñ- convinieron expresamente someterse al relevamiento territorial dispuesto por la Ley N° 26160.

Expuso que en dicha causa, en fecha 30/11/21, la parte actora practicó liquidación de astreintes a partir del 29/09/20 hasta el 29/11/21 por un total de \$12.893.292,20.-, impugnada - dijo- por su parte.

Sobre el punto, negó que se impusieran astreintes a su parte por supuestos actos de turbación en los períodos liquidados, en primer lugar -dijo- porque no existió acto de turbación alguno ni incumplimiento de la medida y, en segundo lugar -agregó- porque no existió ninguna intimación cursada a su parte dando cuenta del acto de incumplimiento que se le atribuye, ni presentación de la contraria requiriendo que se haga efectivo el apercibimiento en los períodos liquidados.

Además, indicó que no se confirió traslado alguno de los supuestos actos de turbación que importen incumplimiento a la manda judicial. Insistió en que es la parte interesada quien debe denunciar de manera puntual y concreta los actos de turbación sufridos y que en el caso de autos -dijo- ello no ha sucedido.

Insistió en que la aplicación de las multas que aquí se ejecutan desnaturalizan el instituto, al pretender el actor

liquidar astreintes en forma retroactiva desde que la Juez de primera instancia rechazó el pedido de cese de la medida cautelar.

Cuestionó las decisiones de las anteriores instancias y sostuvo que en ninguna de ellas se identifica la persona, el día y la hora en que supuestamente se llevaron adelante los actos de turbación a tenor de los cuales se imponen las multas liquidadas, o si tuvieron entidad suficiente para ser considerados actos de turbación en desobediencia a una orden judicial. No existió, según dijo, ninguna referencia que permita identificar en qué consistirían esos actos, quién los promovió o llevó a cabo, cuándo y dónde sucedieron y mucho menos si, de haber existido, pudieron estar justificados.

Enfatizó que se habría subvertido su derecho de defensa, poniendo en su parte la carga de la prueba de hechos que están a cargo del beneficiario de las astreintes judiciales.

Adujo que resulta absurdo el razonamiento de la Cámara *"... por cuanto pretende que mis mandantes realicen pericias y constataciones para acreditar que no realizan los actos de turbación que ni siquiera el demandado ha denunciado ..."* (fs. 300).

Agregó que la Cámara tampoco analiza que no hubo interpelación por parte del Juzgado, ya que *"... la resolución de fecha 28/04/2018, hizo efectivo el apercibimiento por los supuestos hechos acaecidos y no por hechos futuros que no le constan si van a suceder ni tampoco existe evidencia de que hayan sucedido ..."* (fs. 300).

Añadió que la decisión atacada presume el incumplimiento de su parte y desconoce los alcances excepcionales de las facultades de imponer astreintes.

También dijo que la Alzada omitió el tratamiento de su queja en punto a la impugnación del devengamiento de astreintes judiciales, en períodos donde se estaba discutiendo la legitimidad de las multas, encontrándose -dijo- suspendidos los efectos de la



sentencia que habilitaban la imposición por conducto de las vías recursivas.

Insistió en que la decisión en crisis legitima un crédito jamás devengado, por lo que tildó de arbitraria tal actuación.

Agregó que la Alzada soslayó el acuerdo celebrado entre las partes de someterse al relevamiento territorial ordenado en la Ley N° 26160, lo que necesariamente involucra un cambio de circunstancias acaecido en forma posterior que ameritaba el cese y/o morigeración de la sanción. Sostuvo que se trataba de un hecho notorio que no requería demostración.

Expresó que la Cámara también soslayó que las condenaciones conminatorias deben graduarse en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas. En este punto, invocó que los magistrados debieron considerar que la Comunidad Mapuche Kaxipayñ es un sector social vulnerable y que el beneficiario de las sumas millonarias es un club recreativo que administra bienes inmuebles de características suntuarias, lo cual pone de relieve la desproporción e inequidad de lo decidido.

Sin perjuicio de lo cual, afirmó que resulta claro que devino abstracta la demostración del cese de los hechos que motivaron las astreintes, cuando las partes encontraron una solución alternativa al conflicto.

Seguidamente señaló que en la naturaleza jurídica del instituto bajo análisis, las astreintes, no se busca un resarcimiento sino compeler la realización de una conducta, por lo que pueden ser dejadas sin efecto y/o modificadas, sin posibilidad de invocar cosa juzgada.

Citó jurisprudencia en aval de su postura y, por todo lo considerado, solicitó la revocación de la decisión puesta en crisis.

II. Corrido el traslado de ley, la contraria solicitó que se declare la inadmisibilidad de los remedios deducidos (fs. 310/322).

III. La Fiscalía General propició la declaración de admisibilidad y procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la demandada (fs. 327/334).

IV. Cumplida la reseña introductoria precedente, corresponde realizar el análisis de concurrencia de recaudos y exigencias contenidos en la Ley N° 1406 y, en particular, con la guía del artículo 5 del ritual casatorio, se constata que:

a) El escrito recursivo fue presentado tempestivamente, por quien tiene legitimación para ello y ante el mismo Tribunal que dictó la decisión en crisis.

b) Se han constituido debidamente los domicilios postal y electrónico.

c) En orden al depósito exigido por el artículo 2 de la Ley N° 1406, tal como se sostuviera en la Resolución Interlocutoria N° 198/21, la Comunidad Mapuche y sus integrantes se encuentran exentos de ingresar el depósito de ley en virtud de las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que este Tribunal Superior de Justicia adhirió mediante Acuerdo N° 4612 del 1° de diciembre de 2010.

Las mismas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, entre las que comprende, como en la especie, a una Comunidad Indígena (cfr. Resoluciones Interlocutorias N° 25/11 "Comunidad Paichil Antreao", N° 79/20 "Club de Caza Pesca y Náutica Mari Menuco" y N° 163/20 "Popik", del registro de la Secretaría Civil).

d) En cuanto al monto habilitante del recurso por Inaplicabilidad de Ley -artículo 14, Ley N° 1406- se observa superado.

e) Luego, si bien la resolución recurrida no cumple con el requisito de definitividad establecido por el artículo 1 de la Ley N° 1406, en el caso ha de equipararse a tal.



Ello así, por cuanto la parte recurrente ha invocado y fundado debidamente supuestos excepcionales que permiten salvar tal escollo.

Dicha equiparación se justifica cuando se irroga un perjuicio de difícil o imposible reparación posterior, tal como ocurre en el caso en atención a la relevancia económica de las astreintes fijadas en contra de una población vulnerable, sumado al modo en que fueron devengándose diariamente y las cargas probatorias impuestas a la Comunidad accionada (prueba del hecho negativo), aunado a la existencia de un Acta Acuerdo suscripta por las partes el día 14 de septiembre del año 2021, de la que surgiría que la aquí demandada se somete al relevamiento territorial dispuesto por la Ley N° 26160. Todo lo cual conlleva a examinar una posible vulneración del derecho de defensa y debido proceso.

En definitiva, la recurrente ha invocado y fundado con suficiente entidad el agravio referido a la violación de derechos y garantías constitucionales, permitiendo en el caso sortear el recaudo bajo análisis.

f) Por otra parte, tal como indica el dictamen de la Fiscalía General, los recaudos de autonomía recursiva y suficiente fundamentación, no se encuentran acabadamente satisfechos, en tanto se efectúa un relato fragmentado de los antecedentes de la causa y se inobserva un planteo independiente de cada una de las vías de impugnación seleccionadas.

g) Ahora bien, no obstante las deficiencias en la técnica recursiva en orden a la autonomía y fundamentación del recurso, lo cierto es que corresponde la apertura de la instancia casatoria debido a que se encuentra abierta la etapa extraordinaria en la causa en que se halla discutida la vigencia de la medida cautelar que dio origen a las astreintes, y derivaron en la planilla de liquidación impugnada en estos autos. A saber, las actuaciones caratuladas "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Interdicto" (Expediente JNQC14 N° 518.856 - Año

2017) -Resolución Interlocutoria N° 16/23, del registro de la Secretaría Civil-.

A lo que cabe adunar que el planteo de autos se encuentra íntimamente vinculado con el trámite de la causa "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Incidente de Elevación" (Expediente JNQCI4 INC N° 44.213 - Año 2022), cuya instancia de revisión fue declarada admisible, mediante Resolución Interlocutoria N° 19/23, de idéntico registro.

Ello, sin que lo expuesto importe anticipo alguno sobre el pronunciamiento de fondo.

V. Por último, en punto al pedido de la recurrente de acumular las actuaciones caratuladas "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Interdicto" (Expediente JNQCI4 N° 518.856 - Año 2017) y "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Incidente de Elevación" (Expediente JNQCI4 INC N° 44.213 - Año 2022), las que actualmente se encuentran en trámite ante la Secretaría Civil por haberse admitido la instancia revisora extraordinaria mediante las Resoluciones Interlocutorias N° 16/23 y N° 19/23, del registro de dicha Secretaría, cabe indicar que no corresponde en este estadio procesal disponer la acumulación solicitada porque podría desordenar los trámites y generar mayor confusión en los operadores que intervienen en las numerosas causas promovidas entre las mismas partes.

Ello, sin perjuicio de reconocer que en función de la conexidad existente entre las actuaciones, es evidente que resulta conveniente analizar en forma conjunta y simultánea los recursos interpuestos en las tres causas.

VI. Por todo lo expuesto, habiendo emitido dictamen la Fiscalía General,

SE RESUELVE:

I. Declarar **ADMISIBLES** los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley deducidos por la parte demandada -Comunidad Mapuche Kaxipayñ- (fs. 291/308vta.).



II. Rechazar la acumulación solicitada en el punto 3 del exordio del escrito casatorio (fs. 308 y vta.), con la salvedad mencionada en el último párrafo del capítulo V.

III. Ordenar registrar y notificar esta decisión.

mjrp

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA Vocal- Dr. GUSTAVO A. MAZIERES Vocal
Dr. JOAQUÍN A. COSENTINO Secretario