

ACUERDO N° 12. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los doce (12) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés, en Acuerdo, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales doctores Gustavo Andrés Mazieres y Roberto Germán Busamia, con la intervención del señor Secretario Joaquín Antonio Cosentino, procede a dictar sentencia en las causas **"CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INTERDICTO"** (Expediente JNQC14 N° 518.856 - Año 2017); **"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) y **"CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN (PPAL N° 43776/2018)"** (Expediente JNQC14 INC N° 44.213 - Año 2022), del registro de la Secretaría Civil.

ANTECEDENTES:

La parte demandada -Comunidad Mapuche Kaxipayñ- interpuso recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley contra sendas resoluciones dictadas por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad que denegaron los recursos de apelación deducidos por la recurrente en los que cuestionaba el rechazo del pedido de levantamiento de la medida cautelar y suspensión del proceso, la aprobación de la planilla de determinación de astreintes, así como la ampliación del monto de ejecución de astreintes.

Corrido el traslado de ley, la contraria solicitó que se declare la inadmisibilidad de los remedios deducidos.

Los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley fueron declarados admisibles a través de las Resoluciones Interlocutorias N° 16/23, N° 19/23 y N° 65/23, respectivamente.

A su turno, la Fiscalía General propició la procedencia del remedio de Nulidad Extraordinario incoado por la demandada.

Fundó su dictamen en los principios de derecho constitucional e internacional vigentes en materia de pueblos originarios.

Luego de enumerar el cuadro normativo aludido, hizo énfasis en la situación de especial vulnerabilidad en que se hallan los pueblos originarios y trajo a colación las "Reglas de Brasilia sobre Acceso la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad".

Sostuvo que nuestras normas fundamentales imponen el deber de proteger y garantizar los derechos de las poblaciones indígenas y que ello debió ser tenido especialmente en cuenta al momento de definir los términos de la medida cautelar en el particular escenario que se configuraba en autos.

Puntualizó, entre otros aspectos, que la turbación se acreditó en pocas oportunidades y no resultaría continua; las dificultades que exteriorizaba la demandada para demostrar lo que se le exigía; que las sanciones conminatorias no resultaron efectivas para cumplir su finalidad y lo excesivamente oneroso que resultaba para la Comunidad el devengamiento de astreintes en forma ininterrumpida.

En lo que refiere a la medida cautelar, sostuvo que asiste razón a la quejosa cuando afirma que el acuerdo modificó las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al momento del dictado de la cautelar. Aquí aludió a las manifestaciones de las partes en el Acta Acuerdo suscripta fecha 14 de septiembre de 2021.

Concluyó que la manera en que se ha interpretado el incumplimiento de la cautelar y se han aplicado las sanciones conminatorias a lo largo del presente proceso no se vislumbra contemplativa de las particularidades del caso y de la especial tutela constitucional de la que goza el sujeto demandado.

Efectuado el correspondiente sorteo, este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario?; b) ¿Es procedente el recurso por

Inaplicabilidad de Ley?; c) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?; d) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el **Dr. Gustavo A. Mazieres** dijo:

I. 1. Para facilitar la comprensión global de las cuestiones traídas en casación, estimo pertinente realizar un abordaje conjunto de las causas mencionadas en el encabezado, dada la clara conexión entre ellas.

Nótese que en la causa principal se dispuso una medida cautelar cuyo mantenimiento la quejosa ataca en su escrito recursivo, mientras que en los otros dos incidentes cuestiona, también por vía casatoria, el cómputo y pertinencia de las astreintes derivadas justamente del incumplimiento de la medida cautelar dispuesta en dicho proceso interdictal.

En ese contexto, dado que los tres expedientes se hallan actualmente a resolución de este Tribunal Superior y se encuentran claramente relacionados entre sí, se impone realizar un análisis integral del conflicto.

1.1. La causa principal (Expediente JNQC14 N° 518.856 - Año 2017) fue iniciada por el Club Deportivo de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco, quien dedujo interdicto de retener la posesión contra la Comunidad Mapuche Kaxipayñ, a fin de lograr la cesación de los actos materiales turbatorios de la posesión que dijo detentar sobre el inmueble identificado como remanente del Lote ..., Sección ..., NC ..., Departamento Confluencia.

Alegó encontrarse en posesión del inmueble en cuestión desde el año 1996, cuando mediante convenio efectuado con la Provincia del Neuquén, se le otorgó un permiso de ocupación sobre una superficie aproximada de 230 has. contiguas a su propiedad, donde se encuentra actualmente enclavada la Villa Mari Menuco. Expresó que desde esa época construyó un alambrado e instaló varias tranqueras. También asfaltó y forestó el acceso a la Villa.

Indicó que luego de 19 años finalmente su parte logró que en el año 2015 se le adjudique una superficie de 260 has., sobre las cuales se le otorgó permiso precario de ocupación.

Enfatizó que conforme lo dispone la Resolución N° 728/15 su parte está obligada a introducir mejoras constructivas y de producción, necesarias para una ocupación efectiva y racional de las tierras en el plazo de dos años, bajo apercibimiento de desadjudicación.

Denunció que al intentar realizar el plan de obras sobre el lote ... para cumplir con la pautas del Acta de Adjudicación mencionado, la Comunidad Mapuche Kaxipayñ llevó a cabo los actos materiales de turbación que detalló en su presentación. Por tal razón, solicitó una medida cautelar innominada.

En lo que aquí interesa, al despacharse el interdicto - agosto de 2017- se hizo lugar a la medida cautelar solicitada. Por ende, se ordenó a la Comunidad Mapuche Kaxipayñ que se abstuviera de efectuar actos materiales turbatorios de la posesión que detentaba la parte actora sobre el inmueble aludido.

Posteriormente, la demandada solicitó un cambio de medida cautelar por una de no innovar, hasta tanto se tenga el resultado del relevamiento territorial que se estaría efectuando con la Provincia de Neuquén (fs. 125/126). La actora se opuso al pedido (fs. 129/130).

En marzo de 2018, la actora denunció que la demandada habría desobedecido la orden judicial turbando nuevamente su posesión. Acompañó acta de exposición policial y solicitó astreintes (fs. 131/133).

La Jueza de grado rechazó el planteo de sustitución de la medida cautelar e intimó a la parte demandada para que, en forma inmediata, dé cumplimiento a la medida cautelar ordenada en autos, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por el valor de 3 Jus por cada día de retardo, sin perjuicio de evaluar

oportunamente su incremento de mantener la demandada su conducta remisa (fs. 134/135). Esta decisión fue confirmada por la Alzada (fs. 296/298).

En abril de 2018, la actora denunció que la accionada prosiguió con su incumplimiento, impidiéndole avanzar con las obras programadas. Adjuntó acta notarial de constatación y fotografías.

Ante ello, el 23/04/18 la Jueza interviniente dispuso hacer efectivo el apercibimiento anteriormente dispuesto e incrementar el monto de astreintes a la suma de 6 Jus por cada día de retardo (fs. 157). La Cámara de Apelaciones confirmó dicha decisión (fs. 345/346vta.).

La actora presentó liquidación de astreintes devengadas desde el 23/03/18 al 22/04/18, por la suma de \$29.999,10.-, que fue aprobada a fs. 170, previo rechazo de la impugnación formulada por la contraria.

En agosto de 2018 se abrió la causa a prueba por el término de 20 días (fs. 172).

En julio de 2019 la actora denunció que "... se mantiene incumplida la medida cautelar oportunamente dispuesta por V.S. ya que el demandado no acredita haber obedecido lo ordenado por V.S. ...", por lo que solicitó se proceda a liquidar astreintes.

El 02/08/19 la Magistrada dispuso que "... toda vez que la demandada no acreditó haber cesado en el incumplimiento oportunamente acreditado, increméntese el monto por astreintes ... el que en adelante y hasta su efectivo cumplimiento asciende a la suma equivalente a 8 Jus por cada día de retardo ..." (fs. 392). Esta decisión fue cuestionada por la demandada. La Alzada rechazó el recurso de apelación (fs. 474/476vta.) y este Tribunal Superior declaró inadmisibile el remedio casatorio interpuesto (cfr. Resolución Interlocutoria N° 79/20, del registro de la Secretaría Civil).

Durante la tramitación de la causa principal, se formó un incidente de ejecución de astreintes (Expediente INC N° 43.776 - Año 2018). En agosto de 2019 se mandó llevar adelante la ejecución por la suma de \$29.999,10.-, más costas (artículo 508, CPCyC).

En dicho incidente la actora presentó planilla de liquidación de astreintes por el período 23/04/18 al 04/08/19, por la suma de \$670.121,77.-, que fue aprobada por no mediar observaciones. Decretado y efectivizado embargo ejecutorio por dichas sumas, se libraron sendas órdenes de pago (fs. 46 en adelante).

Volviendo a la causa principal, en el mes de julio de 2020 la actora practicó planilla de liquidación de astreintes por el período 02/08/19 al 20/07/20 por la suma de \$6.340.507,40.- (fs. 507).

Corrido traslado, la demandada solicitó el cese de las astreintes e impugnó la planilla practicada. Luego de varias presentaciones en las que la actora denunció actos turbatorios y la accionada los negó, la Jueza interviniente resolvió el 28/09/20 rechazar el pedido de cese de astreintes y la impugnación de planilla. Por ende, aprobó la planilla de liquidación de fs. 507. Asimismo, dado que la accionada no pudo demostrar que su incumplimiento hubiese cesado, dispuso aumentar las astreintes dispuestas el 02/08/19 a 10 Jus por cada día de retardo y hasta su efectivo cumplimiento (fs. 557/558vta.).

La demandada dedujo recurso de apelación y, en otra presentación, solicitó el urgente levantamiento de la medida cautelar dispuesta en autos y la suspensión del proceso, con sustento en la Ley N° 26160. El 27/11/20 la Jueza de grado rechazó ambas peticiones (fs. 606/607). La Alzada confirmó las resoluciones del 28/09/20 y del 27/11/20. Mediante Resolución Interlocutoria N° 198/21 se declaró inadmisibile el recurso casatorio oportunamente deducido por la demandada contra esta última sentencia.

Posteriormente, la demandada denunció en primera instancia un hecho sobreviniente vinculado al Acta Acuerdo del 14 de septiembre de 2021 suscripta por las partes en el ámbito del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Neuquén y con motivo de ello reiteró el pedido de levantamiento de la medida cautelar decretada en autos y solicitó la suspensión del proceso en los términos del artículo 2 de la Ley N° 26160.

El pedido fue rechazado en ambas instancias.

La Jueza de grado entendió que no se daban los presupuestos de la Ley N° 26160 en tanto no se está frente a un proceso de desalojo ni cautelarmente se ordenó el mismo, sino la abstención de actos materiales que turben la posesión actual de la actora sobre el inmueble objeto de autos.

La Cámara de Apelaciones entendió que la medida precautoria se vio robustecida por los términos del Acta Acuerdo, toda vez que en ésta la Comunidad demandada asumió el compromiso de no realizar actos materiales que impliquen restringir el libre tránsito para el ingreso y egreso al Club Mari Menuco. En este orden, no encontró fundamentos atendibles para levantar una medida cautelar dirigida a prohibir actos que la demandada se comprometió a no ejecutar. Asimismo, coincidió en que no se daban los presupuestos exigidos por el artículo 2 de la Ley N° 26160 para acceder a la suspensión del proceso, por lo que confirmó la decisión de grado.

Contra esa resolución la demandada dedujo recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley (fs. 753/772). Dichos remedios fueron declarados parcialmente admisibles mediante Resolución Interlocutoria N° 16/23, del registro de la Secretaría Civil.

Luego, ante el pedido de la Comunidad Mapuche Kaxipayñ, este Tribunal Superior dispuso la suspensión de los procesos de ejecución de astreintes por aplicación del artículo 3 de la Ley Casatoria, en los términos que surgen de la Resolución Interlocutoria N° 64/23, de idéntico registro actuarial.

1.2. Como anticipara, también han llegado a esta instancia extraordinaria otros incidentes vinculados a la causa principal, en los que se cuestiona la pertinencia, cuantía y liquidación de las astreintes dispuestas en la instancia de grado.

En efecto, a través de la Resolución Interlocutoria N° 65/23 dictada en los autos "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Ejecución de Astreintes E/A: 518856/17" (Expediente JNQCI4 INC N° 43.776 - Año 2018), se declaró admisible la impugnación extraordinaria deducida por la demandada, a raíz de la aprobación de planilla en concepto de astreintes, confirmada por la Alzada, por la suma de \$12.893.292,20.- y por el período 29/09/20 al 29/11/21.

Asimismo, mediante Resolución Interlocutoria N° 19/23 dictada en los autos "Club de Caza, Pesca y Náutica Mari Menuco c/ Comunidad Mapuche Kaxipayñ s/ Incidente de Elevación (PPAL. 43.776/2018)" (Expediente JNQCI4 INC N° 44.213 - Año 2022), se declaró la admisibilidad del recurso de casación impetrado por la demandada contra la resolución del 8 de febrero de 2022 que confirma la ampliación de la ejecución de astreintes por la suma de \$6.340.507,40.-.

II. En su presentación recursiva, la Comunidad Mapuche Kaxipayñ criticó que se desestimara su pedido de levantamiento de la medida cautelar, en el entendimiento que habrían sido modificadas las circunstancias tenidas en cuenta al otorgar la cautela. Agregó que tal medida le ocasionaría graves perjuicios económicos.

Esgrimió que la Alzada efectuó un examen superficial y dogmático de sus planteos, desoyendo aspectos medulares de la crítica plasmada en la apelación. Denunció que el fallo carece de una adecuada motivación.

Cuestionó la opinión de la Cámara en orden a que el Acta Acuerdo robustece la medida cautelar. Planteó que, por el

contrario, dicha solución atentaría contra el diálogo iniciado entre las partes.

Afirmó que la Comunidad no turba en absoluto la posesión del Club Mari Menuco, pero como la Jueza coloca la carga probatoria de esa circunstancia en la demandada -a su modo de ver, de cumplimiento imposible-, la actora ejerce abusivamente su derecho y liquida astreintes por supuestos actos de turbación que la Jueza reputa ciertos sin exigirle su demostración. En este punto, aclaró que cuando ha referido en distintas presentaciones que la Comunidad posee la tierra en litigio está expresando actos de posesión en sentido territorial, lo que no necesariamente implica actos de turbación o intrusión en el predio.

Sostuvo que si la medida tenía como objetivo no alterar las circunstancias fácticas al momento del dictado de una sentencia de fondo, el sometimiento al relevamiento territorial por ambas partes elimina el riesgo tenido en cuenta por la Jueza al decretarla, ya que a resultados del relevamiento territorial ambas partes deberán ceder sus pretensiones sobre las tierras.

Reiteró que la Cámara habría omitido analizar cuáles eran las circunstancias fácticas y jurídicas a tenor de las cuales la Jueza de grado dictó en el año 2017 la medida cautelar y que a la fecha ya no existirían los presupuestos para mantener vigente la medida. Resaltó el carácter provisional y mutable de esta clase de medidas.

Cuestionó que se generen astreintes de manera diaria aun cuando la actora no demuestra actos turbatorios.

Sostuvo que en ninguna de las decisiones recaídas en la causa 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, ni se pondera si tuvieron entidad suficiente para ser considerados actos de turbación en desobediencia a una orden judicial.

Concluyó que se observa un total desinterés de los Sentenciantes sobre los hechos, prefiriendo sostener sus decisiones sobre bases exclusivamente dogmáticas.

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

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.

Explicó que el hecho de haber mandado llevar adelante la ejecución por multas por un valor de \$29.999.- en el año 2019 no puede ser entendido como una puerta abierta que habilitara a liquidar de manera sucesiva montos supuestamente devengados en forma automática por hechos inexistentes o jamás demostrados por la beneficiaria. Agregó que este absurdo esquema ha promovido la conducta abusiva de la actora que le permitió llegar a las sumas millonarias pretendidas, al margen del espíritu jurídico de las astreintes.

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 -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.

Sostuvo que la Cámara circunscribió el análisis bajo el prisma del derecho común, soslayando arbitrariamente la cuestión indígena involucrada en el presente caso.

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

III.1. Como surge de las resoluciones dictadas por este Tribunal Superior en la etapa de admisibilidad formal, esta Sala Civil ha declarado inadmisibile el carril casatorio deducido contra el rechazo del pedido de suspensión del proceso en los términos del artículo 2 de la Ley N° 26160. Por ende, ese aspecto de la queja no será abordado en los presentes.

En cambio, lo que será materia de análisis en esta instancia es el rechazo del pedido de levantamiento de la medida cautelar dictada en autos, así como la pertinencia y extensión de las astreintes dispuestas a partir del 02/08/19 a raíz del incumplimiento de la medida preventiva señalada.

2. En ese marco, cabe inicialmente señalar que al haberse impugnado el pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones local mediante ambos carriles casatorios previstos por la Ley N° 1406, corresponde comenzar por la premisa básica insoslayable, es decir, determinar su validez, puesto que si surgiera la ausencia de dicha condición *sine qua non*, la consideración y tratamiento del recurso por Inaplicabilidad de la Ley carecería en absoluto de sustento cierto (cfr. Acuerdos N° 15/18 "Ippi" y N° 12/20 "Acuden", entre muchos otros, del registro de la Secretaría Civil).

Al respecto, cabe destacar que las hipótesis esgrimidas como configurantes de la nulidad de la sentencia impugnada, se encuentran contempladas por el artículo 18 de la Ley N° 1406, al señalar que se presentan "*... en casos de quebrantamiento de las formas esenciales prescriptas para la sentencia y cuando el pronunciamiento de las Cámaras de Apelaciones hayan omitido lo preceptuado por el Art. 166° segundo párrafo de la Constitución*

Provincial [actual artículo 238]. También procederán cuando se hubiere omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional, o cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviera sustento suficiente en las constancias de autos, dictadas respecto de quien no fue parte en el proceso, o resuelve sobre cuestiones ajenas a la litis, o que se hallaren firmes ...”.

Este Tribunal ha sostenido que a través de dicho precepto han quedado comprendidas, según la clasificación del Dr. Genaro Carrió, las trece causales de arbitrariedad susceptibles de descalificar el acto jurisdiccional -solo se excluye la arbitrariedad por absurdo, propia del recurso por Inaplicabilidad de Ley- y que dicho autor agrupa de la siguiente forma: a) concernientes al objeto o tema de la decisión; b) concernientes a los fundamentos de la decisión; y c) concernientes a los efectos de la decisión (cfr. autor citado y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 3ª edición actualizada, 1983, ps. 57/59; citado en Acuerdos N° 53/13 “Tizzano”, N° 1/14 “Comasa S.A.” y N° 48/18 “Almeira”, del registro de la Secretaría Civil).

Cabe recordar que la motivación de la sentencia constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, en los cuales el juez apoya su decisión en salvaguarda de la garantía de defensa en juicio (cfr. Acuerdos N° 48/18 “Almeira” y N° 21/21 “Valle”, del registro de la Secretaría Civil).

Desde esta perspectiva, el deber de fundar una decisión comprende el tratamiento de aquellos argumentos que resultan esenciales, introducidos oportunamente por las partes y que podrían llegar a variar el resultado de una sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el estándar de motivación suficiente no permite que el pronunciamiento deje de brindar tratamiento a cuestiones oportunamente propuestas por las partes, conducentes a la

solución del litigio, o que se haga mediante breves afirmaciones genéricas sin referencia a los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su apreciación (cfr. Fallos: 331:2077; y Acuerdos N° 6/19 "Ortíz" y N° 15/21 "Chiargmin SRL", del registro de la Secretaría Civil).

Tal como recientemente señalara en la causa "Muñoz" (Acuerdo N° 1/23, del registro de la misma Secretaría), la motivación constituye la garantía que el ordenamiento jurídico concede a los individuos para que el poder se desenvuelva racionalmente y dentro de cauces limitados. Justifica el modo en el que se desarrolla, en tanto permite conocer las razones que lo llevaron a juzgar que esa forma de actuar es la correcta o aceptable (cfr. Marina Gascón Abellán, "Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba", Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2004, segunda edición, ps. 189 y sgtes., citado en Acuerdo N° 5/10 "Giri", del registro mencionado).

A su vez, la motivación constituye una garantía que tiende a asegurar el derecho de defensa en juicio y debido proceso de la ciudadanía. La justificación posibilita a los y las justiciables el ejercicio de las vías de impugnación, cuando no se conforman con las razones aportadas por quien toma la decisión.

Esta exigencia constitucional no se limita al razonamiento en orden al derecho aplicable al caso, sino que también se vincula al proceso de construcción de la plataforma fáctica, que debe resultar de una exposición concluyente.

Tal labor demanda coherencia en el orden lógico-formal y consistencia en la discriminación axiológica. El resultado final, a la luz del deber de motivar, no implica verdad del juicio, sino la exposición clara y concreta de su fundamento (cfr. Acuerdo N° 4/12 "Merchán", del registro actuarial ya citado).

IV. Aplicando dichos lineamientos al presente caso y a poco de ahondar en la lectura de las decisiones cuestionadas, entiendo que asiste razón al impugnante.

1. En primer lugar, observo que la Alzada al tratar la apelación de la Comunidad Mapuche Kaxipayñ cuestionando el alcance y procedencia de las sanciones conminatorias, hizo referencia en forma genérica a las etapas del trámite de imposición de astreintes, señalando que en este proceso la primera etapa habría quedado firme. Sin embargo, en dicha fase, según el razonamiento de la Cámara, se encontraría *"el incumplimiento de la medida cautelar"*, cuya insuficiencia de prueba -al menos respecto al período que llega aquí cuestionado- la demandada sistemáticamente invocó.

Luego, con respecto a la segunda etapa, los jueces entendieron que era la demandada quien debía acreditar *"las razones por las cuales ha incumplido la orden judicial"*, dando por sentado dogmáticamente que efectivamente la habría incumplido diariamente y por el extenso período que invocaba la actora en su liquidación.

Nótese que para los Magistrados no hacía falta que la Jueza interviniente identificara nuevos incumplimientos *"... pues las astreintes que se aplican y que fueron liquidadas en períodos posteriores, son producto de los incumplimientos anteriores ..."* (cfr. fs. 30/34 del Incidente N° 44.213/2022 y fs. 285/288vta. del Incidente N° 43.776/2018).

Como bien apunta la quejosa, la decisión adoptada por los Magistrados equivale a presumir el incumplimiento de la manda judicial, sin requerimiento de prueba, lo cual dio pie al nacimiento cuasi automático de astreintes, y generó un claro perjuicio económico a un sector social altamente vulnerable.

Tal como remarca la Fiscalía General en su dictamen, el tiempo transcurrido desde que se fijaron las astreintes, sin poder cumplir efectivamente su finalidad, el acrecentamiento de su monto, sumado a que la demandada en cada presentación

exteriorizaba la dificultad de probar lo que se le exigía -hecho negativo-, debió llevar a los Magistrados a reexaminar la cuestión, máxime ante el carácter eminentemente provisional de las sanciones conminatorias.

Por el contrario, para disponer la continuidad e incremento progresivo de las astreintes, la Magistrada se apoyó en prueba arrimada por la actora que acreditaba actos de turbación solo en días puntuales, e incluso en sus meras alegaciones. Véase que a fs. 391/392 ante la manifestación de la accionante de que *"... a la fecha se mantiene incumplida la medida cautelar oportunamente dispuesta por V.S. ya que el demandado no acredita haber obedecido lo ordenado ..."*, la Jueza inmediatamente ordenó liquidar las astreintes devengadas e incrementó el monto diario de las mismas.

Conforme surge de las distintas actuaciones y resoluciones dictadas en la causa, la Jueza interviniente pretendía que la Comunidad demandada acreditara haber cesado en la realización de actos turbatorios, soslayando las dificultades que esta última alegaba para probar ese "no hacer". Más aún, cuando la turbación se había acreditado en pocas oportunidades.

En dicho contexto, no podía ignorarse lo perjudicial que resultaba para la Comunidad el devengamiento de astreintes en forma constante a partir de la única prueba aportada por la actora -en punto a un día específico-, y pese a que existían indicios de que los actos turbatorios invocados no eran continuos.

Al respecto, cabe destacar que la propia accionante en su escrito de fs. 539/541 manifestó haber encarado tareas de reparación de las instalaciones del Club el día 11/08/20 *"... transcurriendo dicha jornada normalmente, tal cual surge del acta de constatación acompañada ..."*, para luego denunciar actos turbatorios supuestamente ocurridos al día siguiente.

Con anterioridad a esos dos días del mes de agosto, en el expediente solo obra una constatación notarial del 26/06/20,

acompañada por la Comunidad demandada -al solicitar el cese de astreintes- de la cual surge que en dicha fecha no se observaban personas ni obras realizándose en el predio (fs. 512/515 y 520/522).

Se advierte entonces que luego de que la parte actora denunciara el incumplimiento de la medida cautelar en julio de 2019, transcurrió más de un año hasta que arrojó prueba concreta acerca de algún acto que pueda ser considerado turbatorio -constancia del 12/08/20-. Y, a pesar de ello, las astreintes continuaron devengándose durante todo ese lapso.

Y tal circunstancia se agrava si rememoramos que en julio de 2019 bastó la sola manifestación de la accionante para disponer el mantenimiento e incluso incremento de las astreintes.

En ese marco, entiendo que los Magistrados debieron revisar el criterio adoptado. Y nada impedía hacerlo, dado que, como es sabido, uno de los caracteres esenciales de las astreintes es su provisionalidad, como también la ausencia de cosa juzgada de la resolución que las impuso (Fallos: 326:4009 y 331:933).

Ello permite concluir que, en este caso, la Cámara de Apelaciones al confirmar el modo de aplicar las medidas conminatorias desatendió la naturaleza del instituto y se apartó de los criterios aceptados en la materia. Además, con apoyo en meras consideraciones formales, omitió tratar las serias alegaciones de la Comunidad demandada acerca del grave perjuicio que le causaba lo resuelto por la Magistrada interviniente, al aprobar una liquidación de astreintes por un monto que, según dijo, resultaba "... exorbitante, ruinoso y totalmente desproporcionado ...", sin reparar en el carácter provisional de aquellas, ni en las dificultades probatorias en punto al hecho negativo que razonablemente planteaba la demandada.

Así, frente a la seriedad del planteo que introdujo la Comunidad demandada con respecto al modo de aplicación y cuantía

de las medidas conminatorias, se imponía su consideración por la Alzada, a fin de no arriesgar, con apoyo en meras consideraciones formales, la correcta solución del pleito.

Pues esos planteos apuntaban, en definitiva, a la ausencia de elementos suficientes para verificar una deliberada y efectiva inobservancia de la manda judicial durante el extenso período liquidado y que pretendía ejecutarse.

La aplicación de astreintes en los términos señalados, aparece de este modo desvinculada de su finalidad, esto es, compeler al cumplimiento de un mandato judicial por parte de quien persiste en desentenderse injustificadamente de aquél. En el caso, no surge acabadamente acreditada esta última circunstancia, ni las sanciones se basan -durante la mayor parte del prolongado lapso en que fueron liquidadas- en la existencia de un perjuicio concreto y actual, sino que sólo presuponen una actitud renuente de la demandada.

Por ende, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lejos de cumplir su finalidad, se han constituido en una fuente indebida de enriquecimiento del acreedor (Fallos: 330:4216, 331:933 y 343:576).

2. Por último, en orden a la vigencia de la medida precautoria, juzgo que también asiste razón a la recurrente cuando sostiene que el Acta Acuerdo del 14/09/21 modificó las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al momento de su dictado.

Es que, ante la convocatoria realizada por la Oficina de Mediación y Conciliación Penal en la órbita del Ministerio Público Fiscal, los representantes de ambas partes en este litigio, con la presencia de funcionarios provinciales, llegaron a un acuerdo para promover una convivencia pacífica.

Según surge de los términos de la pieza mencionada, ambas partes manifestaron someterse expresamente al relevamiento territorial dispuesto por la Ley N° 26160.

En lo que aquí interesa y sin perjuicio de que cada una de las partes reivindica para sí la posesión de las 260 hectáreas en litigio, en las cláusulas tercera y cuarta, se comprometen recíprocamente a autorizar el libre tránsito y a no realizar ninguna obra ni acto de ocupación en la superficie mencionada. Ello, con el objetivo de mantener una convivencia pacífica y hasta tanto se llegue a una solución definitiva.

_____. Este pacto, a mi criterio, representa un cambio de las circunstancias consideradas al momento de disponer la cautelar, que justifica acceder al levantamiento solicitado.

Desde mi óptica, dicha alteración del cuadro fáctico existente al tiempo de ordenar la resolución anticipatoria, ameritaba no prolongarla innecesariamente, máxime cuando su vigencia había derivado en la aplicación de gravosas astreintes, y en un creciente enfrentamiento entre las partes.

No debe olvidarse que la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad y mutabilidad. Se trata siempre de resoluciones judiciales precarias, no definitivas (artículos 202 a 204, CPCyC).

En efecto, el auto que dispone, modifica o suprime una medida cautelar no tiene fuerza material de cosa juzgada y, no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, puede ser alterado en cualquier momento cuando cambian las circunstancias en las que fue dictado (Fallos: 321:3384 y 344:701).

Por tal razón, frente al pedido concreto de levantamiento de la medida precautoria, los Jueces debieron evaluar si la situación de gravedad y urgencia que había llevado a su adopción persistía en la actualidad; y, en dicho contexto, ponderar el nuevo escenario que se presentaba a partir de los compromisos y actitudes asumidas por las partes en el Acta Acuerdo de referencia.

Esto último constituía un elemento de suficiente relevancia que justificaba revisar el criterio adoptado, a punto

tal que, según mi parecer, la medida cautelar había perdido su objeto de protección.

Véase que la propia actora, a más de someterse al relevamiento territorial, se comprometió a no realizar nuevas obras en el sector bajo disputa, aspecto que justamente había intentado resguardar al solicitar la cautelar.

Ello implicó la desaparición de la situación de hecho cuya protección se intentaba preservar, tornando prudente el levantamiento de la referida medida, so pena de desvirtuarla atribuyéndole un carácter autónomo impropio de su naturaleza, o un cariz sancionatorio ausente en la finalidad de este tipo de medidas.

Si las causas que la fundamentan han desaparecido, es razonable dejar sin efecto la medida precautoria. De lo contrario, su prolongación indefinida podría implicar una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar.

Recuérdese que la finalidad de tales medidas no es otra que asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable, objetivo que podría verse desnaturalizado cuando el excesivo lapso transcurrido desde su dictado les hace perder su carácter provisorio, especialmente si no se pondera la mutación del escenario inicialmente existente.

En estos supuestos, el derecho que fue originalmente ejercido en forma regular y con respaldo jurídico, se ve desvirtuado de los propósitos y fines para los que fue concebido, ocasionando de esta forma un perjuicio a una de las partes que interviene en el pleito. Y este caso resulta particularmente reprobable, dado que la parte afectada resulta ser un grupo social especialmente vulnerable, lo cual debió llevar a extremar la cautela por la magistratura.

Es que la distorsión tanto de la medida cautelar como de las astreintes que vengo señalando se ve fuertemente agravada en los presentes, en virtud de la calidad del sujeto demandado y

su vínculo con el territorio que constituye el objeto de estos actuados.

Sin desconocer la complejidad de los conflictos donde se hallan involucrados los pueblos indígenas, entiendo que ellos desafían a los tribunales a adoptar nuevas prácticas para su abordaje, y requieren la utilización de formas de razonamiento alejadas de un análisis abstracto de los hechos en relación a las normas, para adentrarse en la consideración de variables contextuales. En este caso, tal ponderación debió llevar a los Jueces a otorgar mayor impacto a los acuerdos arribados por las partes, aun cuando tales entendimientos se hubieran concertado fuera de este expediente y sus numerosos incidentes.

Ya en el año 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso donde se ponían en juego los derechos de comunidades indígenas emergentes de la cláusula constitucional del artículo 75, inciso 17, enfatizaba que *"... la relevancia y delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la "protección judicial" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional ..."* (Fallos: 331:2119).

Aquí cabe reflexionar, aunque sin ingresar en el análisis de lo que será materia de decisión en la sentencia que recaiga en este pleito, que los derechos reconocidos a las comunidades indígenas en los instrumentos internacionales y en las normas constitucionales y legales vigentes -en especial Convenio N° 169 de la OIT; artículos 18 y 75, incisos 17 y 22, de la Constitución nacional; Leyes N° 23302, N° 24071 y N° 26160; artículo 18 del CCyCN, artículo 53 de la Constitución provincial, entre otros-, mal podrían llegar a hacerse efectivos si en las causas donde tales derechos se hallan en crisis, los cauces procesales se ven alterados del modo que quedó aquí

patentizado, llegando incluso a provocar a las Comunidades un grave perjuicio económico, como también aquí ocurrió.

La particular cautela que debe guiar a los jueces no sólo apunta al aspecto sustancial, sino también a la cuestión procesal y al respeto del debido proceso de los pueblos indígenas, sin cuya adecuada observancia difícilmente puedan sus derechos encontrar resguardo.

Teniendo en cuenta el nuevo paradigma constitucional de respeto y protección a la diversidad cultural, este Tribunal Superior ha señalado que *"... la recepción en los instrumentos normativos tanto nacionales como internacionales del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, imponen una adecuada interpretación y Justifican una atención particular ..."*. Así, luego de remarcar el reconocimiento constitucional de la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente habitan los pueblos originarios (artículos 75, inciso 17, Constitución nacional, y 53, Constitución provincial), concluyó que *"... desde tan fuertes directrices, es que el Poder Judicial, actuando en consecuencia, debe proporcionar las medidas necesarias que, en protección a esos derechos, actúen como marco de garantía frente a la posibilidad de su lesión ..."* (Resolución Interlocutoria N° 6941/09 "Comunidad Mapuche Mellao Morales", del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Por su parte, la Sala Civil de este Tribunal Superior también se ha referido a la protección especial como grupo vulnerable que requieren las comunidades indígenas conforme las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad", a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada N° 5/09 y este Tribunal Superior por Acuerdo N° 4612 -punto 19-.

Puntualmente, señaló que *"... 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, tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Capítulo I: PRELIMINAR, Sección 1°.- Finalidad), entre las que comprende a las personas integrantes de las comunidades indígenas (Sección 2°.- Beneficiarios de las Reglas).

En este sentido, el juez debe tener un rol activo como garante de la plena vigencia de los derechos y garantías de las comunidades mapuches consagrados a nivel constitucional y esta especial protección debe primar por sobre todo tipo de formulismo o ritualismo, desde que si no se lo contempla, el proceso deviene hueco de todo contenido y ámbito propicio de todo tipo de iniquidades que se deben evitar por cualquier vía.

En este contexto, no debe olvidarse que el proceso debe cumplir un rol de acompañamiento de la legislación sustancial, no pudiendo desentenderse de los fines y objetivos de aquélla. De otro modo encierra el peligro de degenerar en procedimentalismo y, correlativamente, en el desenfoque de los objetivos finales que se tuvieron en mira en el Acuerdo dictado por este Cuerpo en la presente litis.

Pues, el procedimiento no puede significar una emboscada donde se puedan perder derechos reconocidos convencional y constitucionalmente porque sí. La razonabilidad debe ser el límite de la aplicación de las normas procesales ...” (Resolución Interlocutoria N° 224/20 “Comunidad Mapuche Ragiñ Ko”, del registro de la Secretaría Civil).

3. Por último, estimo importante recordar que nos encontramos ante un interdicto de retener iniciado en el año 2017 al que se le aplican, como lo indica el ritual, las normas del proceso sumarísimo. Por ende, atento el tiempo transcurrido desde su inicio, cabe exhortar a las partes para que hagan un mayor esfuerzo de modo que las actuaciones queden en condiciones de dictar sentencia o la resolución que corresponda a la

situación actual existente -a tenor del acuerdo alcanzado por ellas en el mes de septiembre de 2021-.

4. Por todas estas consideraciones, propongo al Acuerdo hacer lugar a los recursos de Nulidad Extraordinario deducidos por la Comunidad Mapuche Kaxipayñ en las tres causas mencionadas en el encabezado, por haberse configurado los vicios alegados, tornando innecesaria la consideración y tratamiento de los recursos por Inaplicabilidad de la Ley también deducidos.

Toda vez que los elementos sopesados resultan suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento en los términos del artículo 21 de la Ley Casatoria, dando respuesta a los agravios vertidos ante la Alzada, corresponde recomponer el litigio, mediante la revocación de las siguientes decisiones dictadas por la Sala III de la Cámara de Apelaciones:

a) fs. 746/750vta. del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INTERDICTO" (Expediente JNQC14 N° 518.856 - Año 2017);

b) fs. 285/288vta. del expediente "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); y

c) fs. 30/34 del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN (PPAL N° 43776/2018)" (Expediente JNQC14 INC N° 44.213 - Año 2022).

En consecuencia, revocar también las respectivas resoluciones de grado (fs. 720/721, 215/218 y 1/vta., respectivamente).

Y, en su mérito, **a)** disponer el levantamiento de la medida cautelar decretada a fs. 39/40 de las actuaciones principales, y **b)** dejar sin efecto las sanciones conminatorias devengadas y liquidadas a partir del 02/08/19.

V. En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, atento el devenir de

las actuaciones, las constancias que motivaron el dictado inicial de la medida cautelar y, principalmente, los posteriores entendimientos que han sido capaces de alcanzar las partes, propongo que las costas de las tres instancias se impongan en el orden causado (artículos 12, Ley N° 1406, y 68, segundo párrafo, CPCyC).

VI. En suma, a tenor de las consideraciones vertidas, se propone al Acuerdo: **1) Declarar PROCEDENTES** los recursos de Nulidad Extraordinario deducidos por la Comunidad Mapuche Kaxipayñ, por haberse configurado el vicio alegado y, en consecuencia, **CASAR** las resoluciones dictadas por la Sala III de la Cámara de Apelaciones, a saber: **a)** fs. 746/750vta. del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INTERDICTO" (Expediente JNQCIA N° 518.856 - Año 2017); **b)** fs. 30/34 del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN (PPAL N° 43776/2018)" (Expediente JNQCIA INC N° 44.213 - Año 2022); y **c)** fs. 285/288vta. del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 518856/17" (Expediente JNQCIA INC N° 43.776 - Año 2018)- y, por los mismos fundamentos, hacer lo propio con las decisiones dictadas en primera instancia (fs. 720/721, 1/vta. y 215/218 respectivamente). **2) RECOMPONER** los litigios a la luz del artículo 21 de la Ley N° 1406, haciendo lugar a las apelaciones deducidas por la demandada y, en consecuencia, disponiendo el levantamiento de la medida cautelar decretada a fs. 39/40 de las actuaciones principales y el cese de las sanciones conminatorias devengadas y liquidadas a partir del 02/08/19. **3) IMPONER** las costas de todas las instancias en los tres procesos en el orden causado (artículos 68, segundo párrafo y 279, CPCyC, y 12, Ley N° 1406). **4) DEJAR SIN EFECTO** las regulaciones de honorarios que se hubieran dispuesto en las instancias anteriores. **5) REGULAR** los honorarios de los letrados intervinientes por la actuación ante

la Alzada -por la cuestión aquí traída- en un 30% de la suma a determinarse en la instancia de grado; y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria (artículo 15, Ley N° 1594); en cada uno de los tres procesos. **6) EXHORTAR** a las partes para que hagan un mayor esfuerzo de modo que las actuaciones queden en condiciones de dictar sentencia o la resolución que corresponda a la situación actual existente -a tenor del acuerdo alcanzado por ellas en el mes de septiembre de 2021-. **7)** Insertar copia de esta decisión en los Incidentes N° 43.776/2018 y N° 44.213/2022. **8) ORDENAR REGISTRAR Y NOTIFICAR** esta decisión y, oportunamente, **REMITIR** las actuaciones a origen.

VII. El Sr. Vocal **Dr. Roberto Germán Busamia** dijo: por compartir los argumentos expuestos adhiero a la solución propiciada por el Dr. Gustavo Andrés Mazieres, votando en idéntico sentido. **MI VOTO.**

VIII. De lo que surge del presente Acuerdo por unanimidad, de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, **SE RESUELVE:** **1)** Declarar **PROCEDENTES** los recursos de Nulidad Extraordinario deducidos por la Comunidad Mapuche Kaxipayñ, por haberse configurado el vicio alegado y, en consecuencia, **CASAR** las resoluciones dictadas por la Sala III de la Cámara de Apelaciones, a saber: **a)** fs. 746/750vta. del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INTERDICTO" (Expediente JNQCI4 N° 518.856 - Año 2017); **b)** fs. 30/34 del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN (PPAL N° 43776/2018)" (Expediente JNQCI4 INC N° 44.213 - Año 2022); y **c)** fs. 285/288vta. del expediente "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 518856/17" (Expediente JNQCI4 INC N° 43.776 - Año 2018)- y, por los mismos fundamentos, hacer lo propio con las decisiones dictadas en primera instancia (fs. 720/721, 1/vta. y 215/218 respectivamente). **2) RECOMPONER**

los litigios a la luz del artículo 21 de la Ley N° 1406, haciendo lugar a las apelaciones deducidas por la demandada y, en consecuencia, disponiendo el levantamiento de la medida cautelar decretada a fs. 39/40 de las actuaciones principales y el cese de las sanciones conminatorias devengadas y liquidadas a partir del 02/08/19. **3) IMPONER** las costas de todas las instancias en los tres procesos en el orden causado (artículos 68, segundo párrafo y 279, CPCyC, y 12, Ley N° 1406). **4) DEJAR SIN EFECTO** las regulaciones de honorarios que se hubieran dispuesto en las instancias anteriores. **5) REGULAR** los honorarios de los letrados intervinientes por la actuación ante la Alzada -por la cuestión aquí traída- en un 30% de la suma a determinarse en la instancia de grado; y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria (artículo 15, Ley N° 1594); en cada uno de los tres procesos. **6) EXHORTAR** a las partes para que hagan un mayor esfuerzo de modo que las actuaciones queden en condiciones de dictar sentencia o la resolución que corresponda a la situación actual existente -a tenor del acuerdo alcanzado por ellas en el mes de septiembre de 2021-. **7)** Insertar copia de esta decisión en los Incidentes N° 43.776/2018 y N° 44.213/2022. **8) ORDENAR REGISTRAR Y NOTIFICAR** esta decisión y, oportunamente, **REMITIR** las actuaciones a origen.

MM

Dr. GUSTAVO A. MAZIERES
Vocal

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA
Vocal

Dr. JOAQUÍN A. COSENTINO
Secretario