TOMO XXII -**SENTENCIA**- T.S.J..-

REGISTRO N° 713

FOLIO N° 4277/4285

PROT. ELECT. TSS1 014 S.221

En la ciudad de Río Gallegos, capital de la Provincia de Santa Cruz, a los 24 días del mes de junio de dos mil veintidós, se reúne el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, integrado con los Sres. Vocales, Dr. Daniel Mauricio Mariani, Dra. Alicia de los Ángeles Mercau y el Sr. Vocal Subrogante Dr. Diego Mario Lerena, bajo la presidencia de la Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos, para dictar sentencia en los autos: **"ASOCIACIÓN GREMIAL DE EMPLEADOS JUDICIALES DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ c/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL s/ AMPARO-MANDAMUS"**, Expte. N° **A-18.036/17** (A-2188/17-TSJ). Se fijan las siguientes cuestiones a tratar: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Son procedentes las excusaciones deducidas por los Sres. Vocales Subrogantes Dr. Eduardo Gabriel López Dr. Domingo Norberto Fernández, y Dr. Carlos Enrique Arenillas (cfr. PE345242-2021, PE285405-2021 y PE370464-2022) y las recusaciones formuladas contra estos dos últimos (cfr. PE123220-2021 y PE366852-2022)?; **SEGUNDA CUESTIÓN** ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, a fs. 225/234?; **TERCERA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

A la **Primera Cuestión** el Dr. **Mariani,** la Dra. **Mercau,** el Dr. **Lerena y** la Dra. **Ludueña Campos** dicen:

I.- Que llegan los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, a fin de resolver en primer término, las excusaciones deducidas por los Sres. Vocales Subrogantes Dr. Eduardo Gabriel López Dr. Domingo Norberto Fernández, y Dr. Carlos Enrique Arenillas (cfr. PE345242-2021, PE285405-2021 y PE370464-2022) y las recusaciones formuladas contra estos dos últimos (cfr. PE123220-2021 y PE366852-2022).-

El Dr. López expresa: "Tengo el honor de dirigirme a V.E., a fin de excusarme de entender en el presente expediente. Motiva esta decisión el hecho de encontrarme comprendido en la causal prevista en el artículo 17, inciso 7° del Código Procesal Civil y Comercial, por remisión del artículo 30, primera parte, del mismo cuerpo legal, toda vez que el suscripto ha intervenido en los presentes, como patrocinante de la parte demandada, a fs. 67/70 vta., fs. 74/78 vta., fs. 99/101 vta., fs. 165/177, fs. 194 y vta.; y como apoderado de la misma a fs. 225/234. En virtud de lo expuesto, solicito se haga lugar a mi petición y se me excuse de intervenir en el presente juicio." (cfr. PE345242-2021).-

Por su parte, el Dr. Fernández expresa: "Que vengo a producir informe en orden a la recusación con causa formulada por la parte demandada. En tal sentido excúsome de intervenir en los presentes en atención a la excusación oportunamente deducida y resuelta al Tomo CCXXI, R° 09, F° 15/16 en actuaciones referidas a la determinación del sistema salarial de Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial toda vez que tiene relación directa a la resolución que aquí se impugna y en virtud de lo dispuesto por el artículo 30 del CPCyC por razones de decoro y delicadeza. Lo propio ha ocurrido en forma concordante en los autos caratulados: "Provincia de Santa Cruz s/ Accion de Inconstitucionalidad" Expte. Nro. P-769/17 que también guardan relación directa con la resolución impugnada en donde en atención a la excusación deducida se ha resuelto al Tomo VIII-Otros Recursos-T.S.J. Registro N° 388 Folio N° 1467/1470 hacer lugar a la misma; en consecuencia razones de decoro y delicadeza conforme lo normado por el art. 30 del CPCyC me conducen a la excusación, entendiendo el suscripto que dicha decisión coadyuvará a brindar mayores garantías de transparencia y legitimación a la decisión que S.S. E.E. adopten. En relación al planteo de Inconstitucionalidad del art. 26 inc.1 de la ley orgánica del Poder Judicial cabe señalar que la legislación así como la jurisprudencia citada para argumentar el planteo no resulta aplicable a la norma en cuestión. En efecto, tal como se determina expresamente en el art. 70 de la ley orgánica, la designación del Defensor General debe reunir las condiciones requeridas en el art. 127 de la Constitución Provincial; es decir que para su designación requiere los mismos requisitos que para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia siendo su designación idéntica a éstos. De modo que como expresamente lo exige el art. 70 de la Ley Nro. Uno, la designación del Defensor General es efectuada por el Poder Ejecutivo Provincial con Acuerdo de la Honorable Cámara de Diputados; de manera que en nada difiere al nombramiento y designación de un miembro del Tribunal Superior de Justicia, gozando de idénticas garantías. En consecuencia, solicito a V.E. que en mérito a los argumentos manifestados, se haga lugar al apartamiento, dada las argumentaciones expuestas cuya procedencia se encuentra motivada por la normativa legal citada en el presente." (cfr. PE285405-2021).-

Y por último, el Dr. Arenillas expresa: "Tengo el honor de dirigirme a V.E., a fin de excusarme de entender en el presente expediente. Motiva esta decisión el hecho de encontrarme comprendido en la causal prevista en el artículo 17, inciso 7° del Código Procesal Civil y Comercial, por remisión del artículo 30, primera parte del mismo cuerpo legal, toda vez que el suscripto ha integrado el tribunal de alzada que dictó la sentencia obrante a fs. 196/206 vta. y la resolución de fs. 238/239 vta.. En virtud de lo expuesto, solicito se haga lugar a mi petición y se me excuse de intervenir en el presente juicio." (cfr. PE370464-2022).-

Que, encuadrándose la situación planteada por los Sres. Magistrados, Dres. Eduardo Gabriel López y Dr. Carlos Enrique Arenillas en la causal prevista por el artículo 17, inciso 7° por remisión del artículo 30, primer párrafo, del CPCyC, corresponde hacer lugar a dichas excusaciones.-

Que, en lo que respecta al Dr. Domingo Norberto Fernández, en razón del escrúpulo fundado en las circunstancias explicitadas, que demuestran que la inhibición responde a causales avaladas en serios fundamentos y en virtud de lo normado en el artículo 30, segundo párrafo, del CPCyC, corresponde hacer lugar a la excusación deducida.-

En cuanto a las presentaciones efectuadas por el Dr. Fernando Pablo Tanarro (cfr. PE123220-2021) y la Dra. Fernanda A. Loncón Paredes (cfr. PE366852-2022), en representación del Estado Provincial, recusando a los Dres. Fernández y Arenillas, devienen abstractas atento lo resuelto precedentemente.-

En razón de todo lo expuesto a la **primera cuestión** votamos por la **afirmativa**.-

A la **Segunda Cuestión** el Dr. **Mariani** dice:

I.- Que, llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud del recurso de casación que interpusiera el Estado Provincial a fs. 225/234, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 196/206 vta., la cual confirma el fallo de Primera Instancia a fs. 56/64 vta., que hace lugar a la acción incoada por la actora.-

II.- Que la sentencia de Primera Instancia acoge la pretensión (amparo - mandamus) ordenando al Poder Ejecutivo Provincial que en forma inmediata dé cumplimiento con la manda que dispone el artículo 18 de la Ley N° 3526 y en su consecuencia, transfiera al Poder Judicial de la Provincia de Santa Cruz, los fondos necesarios para abonar los salarios del mes de marzo de 2017 de los trabajadores judiciales, con más los que corresponden a aportes a la Caja de Previsión Social, Caja de Servicios Sociales y Seguro Obligatorio. Todo ello bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de aplicar una sanción pecuniaria (astreintes), diaria, acumulativa por cada día de demora por la suma de pesos veinticinco mil ($25.000), conforme las facultades conferidas por el artículo 804 del Código Civil y Comercial (cfr. foja 64 vta.).-

La Excma. Cámara de Apelaciones confirma la sentencia recurrida en todo lo que fue materia de agravios e impone las costas de Segunda Instancia a la demandada en su condición de vencida (cfr. foja 206).-

La accionada sustenta su planteo casatorio en los artículos 2° y 3°, inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° -Recurso de

Casación- del CPCyC, conforme Ley 3453/15 -Decreto N° 2228/15-. Manifiesta al respecto: "Se fundamenta el presente recurso de casación, en lo dispuesto por el artículo (sic) 2° y 3°, inciso a) de la normativa mencionada, por considerar que la resolución contra la cual interponemos el presente recurso, ha violado (sic) efectuado una errónea aplicación de la ley, como asimismo en la sustanciación de las actuaciones se han violado las formas y solemnidades sustanciales prescriptas para el procedimiento, en claro desmedro de las garantías del debido proceso y afectando al Estado de la Provincia de Santa Cruz." (cfr. foja 225 vta.).-

Al enumerar los agravios casatorios la recurrente indica:

a) Errónea aplicación de la Ley Nº 1117. Arguye al respecto que el juez encuadró la acción como una especie dentro del amparo y que, sin embargo, no se probó ninguno de los extremos impuestos por la ley para su procedencia. "No se configuró ni acreditó '*prima facie*' -explica- la actual o inminente lesión, restricción, alteración o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de derechos reconocidos por la constitución, un tratado o la ley, tampoco se invocó que las vías previstas para efectuar el reclamo no fueran idóneas o que se hubieran agotaron (sic) los procedimientos previstos para tal fin [...] A todo ello se agrega que erróneamente y apartándose del texto legal se imprimió a las actuaciones el trámite del proceso urgente (arts. 299 y cctes., Libro II, Título I, Capítulo I del CPCyC) [...] Dicho procedimiento claramente esta destinado a casos de extrema urgencia 'cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales como la vida o la salud...'." (cfr. foja 229 vta.).-

b) Errónea justificación de la procedencia del *mandamus*. Precisa que el mismo no procede para el reclamo de derechos patrimoniales y que los jueces se han inmiscuido en cuestiones privativas del Poder Ejecutivo pues interfieren en la distribución de los recursos del Estado Provincial. Dice, en tal sentido, que: "...se ha convalidado el *mandmus* (sic) para una materia excluida jurisprudencialmente y se ha emitido una orden de cumplimiento imposible, pues el Juez estaba en conocimiento que los fondos eran escasos..." (cfr. foja 230).-

c) Falta de legitimación activa del gremio actor. La casacionista entiende que la asociación gremial no tiene legitimación para requerir al Ejecutivo que transfiera la partida presupuestaria al Poder Judicial, sino que tal facultad compete exclusivamente a este último (cfr. foja 231).-

d) Violación de lo dispuesto en la Ley Nacional Nº 26.944 y Ley Provincial N° 3396. Afirma que: "Conforme la interpretación textual del art. 1° de la ley 26944 de responsabilidad estatal, las sanciones pecuniarias disuasivas son improcedentes contra el Estado, sus agentes y funcionarios [...] la insistencia en la aplicación de astreintes no tiene sustento legal y ello invalida la decisión adoptada en

dicho sentido…" (cfr. foja 232 vta.).-

e) Producción de prueba sin su control, realizada con personal del Poder Judicial que es parte beneficiada del proceso. Objeta que el juez haya ordenado como medidas para mejor proveer, pruebas que se realizaron antes de que la accionada pudiera intervenir en el proceso y controlarlas, y observa que dichas medidas fueron producidas "…en beneficio de una de las partes, en las cuales intervino el secretario actuante y un empleado del (sic) la Dirección General de Tesorería del Tribunal Superior de Justicia, es decir un beneficiario directo de la sentencia a dictarse, pues al ordenarse la transferencia de la partida resultan beneficiarios todos los empleados y funcionarios del Poder Judicial..." (cfr. foja 233).-

Declarado formalmente admisible el recurso de casación por la Alzada a fs. 238/239 vta., este Alto Cuerpo lo declara bien concedido a fs. 262 y vta., poniendo los autos a disposición de las partes, conforme lo dispuesto en el artículo 8° del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPCyC, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, facultad de la que hace uso la demandada en PE101204-2021.-

El Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Tribunal Superior de Justicia dictamina que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por los representantes del Estado Provincial, por los motivos que allí esgrime y a los cuales remitimos en honor a la brevedad (cfr. PE115632-2021).-

En PE375808-2022 se reanuda el llamado de autos y pasan los presentes a estudio.-

III.- Liminarmente se advierte una situación medular para la suerte de este recurso. Tal aspecto ya había sido advertido por la Cámara al señalar: "…sin perjuicio de que resulta de público y notorio que a la fecha, los empleados judiciales han percibido los salarios del mes reclamado, la cuestión no ha devenido abstracta en tanto no se ha acreditado en autos el cumplimiento de las transferencias que- por aportes a la C.P.S., C.S.S., Seguro Obligatorio, cuotas alimentarias y sindicales, y pagos de créditos- también han sido objeto del reclamo y de condena." (cfr. foja 205 vta.).-

A esta altura, el estado que dio origen al inicio de esta acción ha dejado de existir, ya que, no sólo se han percibido los salarios del mes reclamado, sino que también se ha cumplido con los demás pagos que (tal como se indica en el párrafo precedentemente transcripto) faltaban -según los Jueces de Cámara- al momento de dictarse la sentencia de Segunda Instancia. Esta circunstancia impide adentrarnos en el análisis de los planteos de la recurrente.-

En efecto, es doctrina de este Tribunal Superior de Justicia,

ante la extinción de las circunstancias fácticas que motivaron la demanda: "...cuando media el '*ius superviniens*' (entendiéndose por tal, el evento sobrevenido durante la tramitación del pleito que modifica una situación de hecho o de derecho respecto de la existente al tiempo de la traba de la *litis*) por cuanto razones de economía procesal -y en algunos casos, de prevalencia de la verdad jurídica objetiva- aconsejan tomar en cuenta la modificación operada. Tal es precisamente el sentido del art. 164, inc. 6to. párrafo 2do. de la ley adjetiva, cuando faculta al juez a considerar en oportunidad del dictado de la sentencia los aludidos hechos sobrevinientes que -sin variar las pretensiones deducidas- han consolidado o extinguido el derecho aplicable [...] no corresponde pronunciarse en los recursos extraordinarios deducidos si las circunstancias sobrevinientes han convertido en abstracta la cuestión sometida a conocimiento de este Alto Cuerpo." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 448, Folio 2445/2446; ídem: Interlocutorio, Tomo XXIII, Reg. 2892, Folio 4574/4577).-

En igual sentido la jurisprudencia emanada del Máximo Tribunal de la Nación ha expresado: "...es doctrina reiterada de esta Corte que sus sentencias han de ceñirse a las circunstancias existentes cuando ellas se dictan, aunque éstas sean sobrevinientes al recurso deducido..." (Fallos 315:2074); y, a raíz de ello, que: "...el planteo introducido en el recurso extraordinario carece de objeto actual en la medida en que ha desaparecido el presupuesto que dio lugar a la reclamación cautelar...Que la conclusión antedicha obsta a la consideración sobre la sustancia de la cuestión que, como de naturaleza federal, se invoca en el recurso extraordinario, en la medida en que a esta Corte le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual..." (cfr. "Pinedo Federico - Inc. Med. (8-I-10) y otros c/ EN - dto. 2010/09", del 03/03/2010, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/317/2010).-

En el *sub lite*, el fin perseguido por la actora fue el pago de los salarios del mes de marzo del 2017 del personal del Poder Judicial, con más todos los aportes y pagos de cuotas alimentarias y por créditos, reclamo que a la fecha ha sido satisfecho por la obligada al pago: la propia recurrente. Han perdido, así, actualidad los agravios esgrimidos.-

Se ha dicho que: "Los agravios deben ser actuales, existir al tiempo de su planteo y subsistir al tiempo de dictar la sentencia en el Tribunal. Si desaparecen, la cuestión se torna abstracta...La función de los jueces es decidir litigios en donde existen colisiones efectivas de derechos estándoles vedado hacer declaraciones meramente generales o abstractas." (cfr. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo XXIII, Reg. 2892, Folio 4574/4577).-

En definitiva, la casación intentada no puede ser atendida,

porque hechos sobrevinientes al dictado de la sentencia impugnada, emanados de la propia recurrente, han tornado abstracta la cuestión sometida a decisión, impidiendo a este Tribunal Superior de Justicia expedirse al respecto, en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto actual.-

IV.- Restan dos aspectos que merecen atención: la aplicación de astreintes y la imposición de las costas del proceso.-

En el primer caso, se advierte que la recurrente la controvierte, apoyándose en dos móviles, a saber: a) la obligación que se procura afianzar con las astreintes es de imposible cumplimiento para el Estado Provincial y, por lógica consecuencia, dicha inviabilidad alcanza también a éstas; y b) se encuentran prohibidas las astreintes contra el Estado, conforme lo prevé el artículo 1° de la Ley Nacional N° 26.944 de Responsabilidad del Estado, a la que adhirió la Provincia Mediante Ley N° 3396.-

Con respecto a lo señalado en el inciso a), esto es la imposibilidad de cumplir, se observa que en Primera Instancia el Juez señaló sobre este punto que no existen elementos que exterioricen la misma, de manera tal que no se ha demostrado el hecho que alega la demandada para justificar su proceder. Expresa el Magistrado "...si estamos ante la imposibilidad de cumplir lo mandado, es esperable la existencia de herramienta jurídicas (normas del ordenamiento de la emergencia) que tiendan a dar un orden posible en una situación de crisis. Pero el Poder Ejecutivo no ha invocado la existencia de ninguna norma que declare la imposibilidad de hacer frente a los salarios. Siendo así, en principio -y lo mantengo- se mantiene el deber de cumplir con lo estatuido en la ley de presupuesto." (cfr. foja 121 vta.). En otro párrafo de su resolución expresa el Magistrado: "...no se han acompañado un (sic) detalle documental que ilustre (no hablo ya de acreditar) siquiera superficialmente la gravedad de la crisis, la existencia de impotencia económica; salvo lo que se conoce por los medios de comunicación; que no debe ser la pauta primera ni principal para tener por probado un extremo fáctico que tendría que surgir, primero, de una declaración normativa." (cfr. foja 129 vta.). Dichos fundamentos son razonables, se ajustan a derecho y brindan una legal y justa respuesta al planteo.

Es oportuno recordar que: "...si 'obedecer la ley' constituye un deber de la persona, con mayor razón lo es para el Estado, por ser el primer y principal obligado a cumplir con la ley que ha creado y regulado. Va de suyo que, en lo tocante a los derechos y libertades fundamentales reconocidos a los seres humanos, el Estado es el principal obligado a garantizar su pleno goce y ejercicio (arts. 1° y 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos)." (cfr. Fappiano, Oscar L., Hitters, Juan Carlos, "La Corte Suprema Nacional y la posibilidad de imponer astreintes

contra el Estado (Control de Convencionalidad)", del 04/06/2020, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/DOC/1462/2020).-

En lo que respecta al inciso b), esto es que, según la accionada, la Ley Nº 26.944 prohíbe las astreintes contra el Estado, se advierte que la cuestión ya fue tratada en Cámara, donde se marcó la diferencia entre las astreintes -la multa que se le impuso a la accionada- y los daños punitivos; y se indicó que la prohibición de fijarlos que alega la casacionista, basándose en el artículo 1° de la ley citada, se refiere a estos últimos y no a las astreintes. El fallo recurrido expresa, citando al Dr. Ricardo Luis Lorenzetti: "…'...cabe señalar que, en principio, la prohibición del artículo 1° de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (B.O del 8-8-2014) de aplicar 'sanciones pecuniarias disuasivas' contra el estado, sus agentes o funcionarios, no se refiere -al menos para una interpretación- estrictamente al instituto de las 'astreintes' o sanciones conminatorias, sino -conforme surge de los antecedentes parlamentarios- a la prohibición de la aplicación de daños punitivos (cfr. Lorenzetti Ricardo I, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T° V, pág. 252)…" (cfr. foja 205).-

Se observa, entonces, que los magistrados se han guiado para fallar por antecedentes doctrinarios que sustentan válidamente su decisión. Así pues, no constituye materia que deba tratarse en casación la referida, pues no surge que la sentencia en este aspecto haya incurrido en violación de la ley o arbitrariedad. Mas allá de la discrepancia con la postura asumida que la recurrente pudiera tener, lo cierto es que ésta se encuentra debidamente fundada y el fallo, en el aspecto tratado, ajustado a derecho.-

A mayor abundamiento, es oportuno acotar que la prohibición establecida en el artículo 1° de la Ley Nº 26.944 ha generado un debate doctrinario. Así, de un lado está el llamado daño punitivo, multa civil o sanción pecuniaria disuasiva y del otro las astreintes. Un sector de la doctrina ha considerado que lo prohibido son los daños punitivos únicamente y otro que la veda alcanza a ambas categorías.-

En lo que aquí interesa, el tema en debate, en el concreto caso de autos, gira en torno a determinar si la sanción cuyo pago le ha sido impuesto a la demandada resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 1° *in fine* de la Ley de Responsabilidad del Estado Nº 26.944 como alega la accionada.-

Considero que el debate ha sido zanjado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se expidió el 3 de marzo del 2020 sobre la cuestión, oportunidad en la que dejó en claro que cuando la Ley Nº 26.944 establece que la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios, no abarca las astreintes que son sanciones conminatorias impuestas por

los jueces en ejercicio de su facultad de *imperium* para hacer cumplir sus sentencias.-

Expresa el Máximo Tribunal: "...el texto de la ley 26.944 solo (sic) exime al Estado, sus agentes y funcionarios, de la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas. Nada dice la norma acerca de las sanciones conminatorias o astreintes que, por su naturaleza y finalidad, se diferencian claramente de las mencionadas por el precepto. En efecto, mientras que la 'sanción pecuniaria disuasiva' tiene por objeto punir graves inconductas y prevenir hechos similares en el futuro, las astreintes constituyen un medio del que los jueces pueden valerse con el objeto de vencer la reticencia de quien deliberadamente incumple un mandato judicial." (Fallos 343:140).-

Y asimismo: "...ateniéndose exclusivamente a la literalidad del texto de la ley, ya sea indagando en la intención perseguida por el legislador -plasmada en los antecedentes parlamentarios reseñados- no es posible sino concluir que la Ley de Responsabilidad Estatal en forma alguna cercena la posibilidad de que, ante el incumplimiento de un mandato judicial por parte del Estado Nacional, los tribunales apliquen las medidas compulsivas contempladas en el ordenamiento jurídico a los efectos de vencer esa reticencia..." (Fallos cit.).-

A partir de dicho precedente -doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación- ya no hay duda de que la Ley de Responsabilidad Estatal en forma alguna cercena la posibilidad de que, ante el incumplimiento de un mandato judicial por parte del Estado, los tribunales apliquen las medidas compulsivas contempladas en el ordenamiento jurídico procesal a los efectos de vencer esa reticencia.-

Dichas medidas se encuentran previstas en el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de nuestra Provincia el cual prevé que únicamente podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si el condenado desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. También faculta a los jueces a fijar astreintes el artículo 804 del Código Civil y Comercial, el cual, al igual que el Código Adjetivo Provincial contempla la posibilidad de dejarlas sin efecto o reducirlas sólo en el caso de que el sancionado desista de su resistencia y justifique total o parcialmente su proceder. Circunstancias, estas últimas, que no han acontecido en el caso bajo análisis; lo cual lleva al rechazo del agravio en cuestión.-

En cuanto a la impugnación por la condena en costas, nuevamente se trata de una cuestión ajena a la vía casatoria. Este Tribunal Superior de Justicia reiteradamente ha expresado que: "...las cuestiones relativas a la imposición de las costas son extrañas al recurso de casación, pues de otro modo el tribunal se introduciría en el tratamiento de cuestiones fácticas que son privativas de los jueces de grado [...] la materia en estudio, se encuentra detraída al conocimiento

en casación por constituir una típica cuestión de hecho y de derecho procesal que escapa al control de esta instancia; constituyendo un principio general la irrevisabilidad sobre la base de que aquella imposición es facultad privativa de los jueces de grado, siendo el tema ajeno a la instancia extraordinaria, salvo cuando las costas se impusieran a quien no resultare vencido, o que exista inequidad en los criterios de distribución...En consecuencia, mientras no se altere la calidad de parte vencida en que se asienta el instituto de la imposición de las costas, el tema no es tratable en casación (confr. TSJ Santa Cruz, Tomo V, Interlocutorio, Reg. 868, Folio 993/994 y SCBA, AyS, 1971-I-174, 1973-I-247 y 616, 1974-I-174, 1974-II-719, 1974-III-747; DJBA, 117-441), ya que la imposición de las mismas, como así también su eximición total o parcial, son cuestiones privativas de los jueces de la instancia ordinaria y exenta de revisión en casación..." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 467, Folio 2539/2542).-

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente y a mayor abundamiento, cabe apuntar que la mera circunstancia de que una cuestión litigiosa se torne abstracta, no constituye razón suficiente para sostener que ello sea un obstáculo para imponer las costas, desde que resulta preciso examinar las causas que condujeron a ese desenlace y las circunstancias en que tuvo lugar, como así también en qué medida la conducta de cada una de las partes influyó para que la controversia finalizara de esa forma (cfr. C.Fed.Apel. de San Martín, sala I, " Mancuso Antonio Fortunato c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ amparo ambiental", del 31/07/2017, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/76637/2017).-

Planteada así la cuestión, resulta pertinente destacar que nuestro ordenamiento jurídico procesal adhiere al principio general de la imposición de las costas por el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida haya podido actuar durante la sustanciación del pleito. En ese orden de ideas, las costas no constituyen un castigo para el perdedor, sino que importan tan sólo un resarcimiento de los gastos que ha debido efectuar la parte a fin de lograr el reconocimiento de su derecho, de manera que es precisamente la actuación con derecho lo que da verdaderamente la dimensión de la objetividad en la materia que nos ocupa y, por consiguiente, no necesariamente es quien resulta vencido quien ha de soportarlas sino que ellas han de recaer sobre el litigante que haya dado motivo al accionante para demandar (cfr. C.Fed.Apel. La Plata, sala I, "M. A. c/ PAMI s/ amparo Ley 16.986", del 12/07/2018, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/31245/2018).

En el *sub lite*, el hecho de que la parte actora debió promover el presente proceso judicial, y la actuación posterior de la accionada (luego de resultar vencida en las anteriores instancias) aviniéndose al reclamo, revelan que fue la

conducta de esta última la que motivó la necesidad de iniciar la presente acción.-

A ello se suma que la pretensión de la amparista contaba con una medida cautelar a su favor, de modo que no puede enervar el posterior comportamiento de la accionada, la condena en costas decretada previamente en las instancias de grado. En igual sentido se ha expedido el Máximo Tribunal de la Nación (Fallos 333:244).-

V.- En definitiva, no puede hacerse lugar al recurso de casación interpuesto porque hechos sobrevinientes al dictado de la sentencia impugnada, han tornado abstracta la cuestión sometida a decisión, en cuanto al objeto de la demanda incoada, impidiendo a este Tribunal Superior de Justicia expedirse al respecto, en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto actual. Con respecto a las restantes materias recursivas (astreintes y costas) resultan ajenas a la instancia casatoria, habiendo tenido ambas materias adecuado tratamiento en el fallo de Cámara y en virtud de las consideraciones vertidas precedentemente respecto de la responsabilidad que, sobre la materia, recae en aquel que ha llevado a litigar. En cuanto a las costas de esta instancia y atento al modo en que se decide, se imponen por su orden (art. 68 del CPCyC).-

En razón de todo lo expuesto a la **segunda cuestión** voto por la **negativa**.-

A la **Segunda Cuestión** la Dra. **Mercau**, el Dr. **Lerena** y la Dra. **Ludueña Campos** dicen:

I.- En primer lugar, compartimos el relato efectuado de los antecedentes de la causa.-

Coincidimos, respecto de que la situación fáctica que diera origen al inicio de la acción ha dejado de existir (los salarios del mes reclamado fueron percibidos, como así también aportes, cuotas alimentarias y créditos).

Efectivamente, los agravios esgrimidos al recurrir han perdido actualidad, por lo cual este Tribunal Superior de Justicia no puede expedirse al respecto. La cuestión sometida a decisión ha quedado abstracta por las acciones de la propia demandada. Asimismo compartimos lo expresado respecto de las costas.-

II.- No obstante ello, disentimos con la cuestión relativa a las astreintes.-

Así, en el artículo 37 de nuestro Código Procesal Civil y Comercial, las astreintes son definidas como sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan el mandato del juez y que pueden ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.-

Por su parte, el Código Civil en su artículo 804 dispone: "Sanciones conminatorias. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.".-

Como se deduce de las disposiciones legales, el carácter esencial de las astreintes consiste en la ausencia de los principios de cosa juzgada y preclusión procesal.-

En efecto, la doctrina judicial emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado su criterio cuando juzgó que: "Uno de los caracteres esenciales de las astreintes consiste en su provisionalidad y la ausencia de cosa juzgada respecto de la resolución que las impuso..." (cfr. Sum. Fallos 331:933). En función de ello, "...las astreintes...no se ven afectadas por el principio de la cosa juzgada y mucho menos por el de la preclusión procesal; pudiendo ser objeto de revisión, respecto de su reajuste o cese por el ulterior cumplimiento de la obligación de hacer que le fuera impuesta al obligado." (Fallos 326:3081; 320:61).-

Este Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que: "...las astreintes...no hacen cosa juzgada y pueden ser impuestas o levantadas en cualquier etapa del proceso...Las astreintes presentan dos caracteres relevantes: su discrecionalidad -porque los jueces pueden imponerlas, acrecentarlas, disminuirlas o dejarlas sin efecto según su arbitrio-; y su provisionalidad porque no pasan en autoridad de cosa juzgada..." (cfr. Sentencia, Tomo XII, Reg. 431, Folio 2353/2357).-

En definitiva, se encuentra en poder del juez el reajuste o cese de las mismas.-

III.- Expresado ello, debe recalcarse que las astreintes "...son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces pueden aplicar a quien no cumple con una obligación que le fuera impuesta en una resolución judicial, estando en condiciones de cumplirla, perdurando la vigencia de la conminación mientras no cese el incumplimiento, pudiendo aumentarse o disminuirse la misma, si no resultare eficaz y pudiendo también ser dejada sin efecto, si el incumplidor justificare su actitud. El derecho francés hace centurias implementó este procedimiento para operar sobre la psiquis del deudor, imponiéndole una multa diaria que se va sumando, hasta que realice la prestación a su cargo. Para el maestro Josserand las astreintes funcionan como vueltas de tuerca o de tornillo, porque son mecanismos graduales y progresivos para vencer la reticencia del deudor." (cfr. López Meza, Marcelo J. -Director-, Rosales Cuello, Ramiro -Coordinador-: "Código

Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, con leyes", 1 ed., CABA, La Ley 2014, Tomo I, pág. 421).-

Debemos preguntarnos entonces si el demandado incumplió la manda judicial o si no estaba en condiciones de cumplirla; y si lo estaba, no quiso hacerlo.-

En los presentes actuados, el Estado Provincial cumplió inicialmente con la orden judicial de forma parcial, para posteriormente hacerlo en su totalidad.-

En este marco, se impone un breve repaso de la situación económica y social que atravesó esta provincia en el año 2017. Y ello, pues es de público y notorio la conflictividad que se produjo en diversas áreas.-

Los conflictos fueron numerosos y de gravedad; pudiéndose mencionar en particular el que por motivos salariales sucedió entre el Gobierno Provincial y el gremio docente, que llevó a la pérdida de 120 días de clases en ese año (cuando lo mínimo exigido por ley son 180 días).-

Entonces, considerando que una situación como la analizada en los presentes no ha vuelto a ocurrir -es decir, fue producto de una situación excepcional-, debe analizarse cuidadosamente si la demandada pudo o no cumplir con el pago del salario reclamado en tiempo y forma. Y más importante aún: si tuvo la intención de hacerlo.-

Como reiteradamente lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las astreintes son un medio para actuar "...como presión psicológica sobre el deudor, pues sólo se concretan en una pena cuando se desatiende injustificadamente el mandato judicial..." (cfr. Sum. Fallos 331:933 y 327:1256).-

Este es, finalmente, el fundamento de la existencia de las astreintes: presionar al deudor para vencer su reticencia al cumplimiento de la resolución.-

En este caso, ¿hubo reticencia? Entendemos que la respuesta resulta negativa, pues las acciones de la demandada se muestran proactivas en la intención de cumplir con el pago de los sueldos. En definitiva esto es lo que sucedió.

Como expresáramos *supra*, la cuestión sometida a decisión ha quedado abstracta por los hechos de la propia demandada. Y estos hechos, no son otros que el cumplimiento de sus obligaciones, y por lo tanto de la manda judicial.-

IV.- En cuanto al monto de las astreintes y su reajuste o cese, se ha expresado recientemente que: "...las astreintes o condenaciones pecuniarias (reguladas actualmente en el art. 804, Cód. Civ. y Comercial) son una imposición judicial: no son ni una pena civil, ni una indemnización por daños, sino una herramienta judicial para remover conductas obstinadamente reticentes al

cumplimiento de un mandato judicial; de tal modo, no gozan por su mero devengamiento de la condición de cosa juzgada, ni se incorporan al patrimonio del acreedor mecánicamente: resultan provisorias y sujetas a revisión en relación a la justificación o no de la demora en el cumplimiento de la sentencia judicial (cfr. esta Sala, causa 1093/93 del 03/11/1998; Sala II, causa 4089/98 del 27/08/1998; Sala I, causa 2571/93 del 29/06/1999, entre muchas otras). Es decir, que se trata (sic) una medida de coerción patrimonial que tiene su fundamento en el *imperium* que caracteriza a la jurisdicción, a fin de que se cumplan en tiempo y forma sus mandatos." (CNac. Apel. Civ. y Com., Sala III, "M., D. A. c/ Galeno Argentina S.A. s/ Amparo de salud", del 22/12/2020, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/67434/2020).-

Resaltamos este concepto: "...resultan provisorias y sujetas a revisión en relación a la justificación o no de la demora..." (cfr. fallo cit.).-

En el mismo sentido se ha resuelto que: "...uno de los caracteres que revisten las astreintes es su provisionalidad, una vez vencida la resistencia del deudor recalcitrante, los jueces pueden disminuirla o dejarla sin efecto, lo que también ocurre si, como en la especie, el incumplidor justifica total o parcialmente ese proceder (cfr. doctrina derogado art. 666 bis, Cód. Civil; actual 804, Cód. Civ. y Comercial y art. 37, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En consecuencia, pueden ser revisadas, reajustadas o suprimidas si no subsisten las razones que dieron lugar a su aplicación (confr. esta Sala, causa 7489/07 del 29/08/2011; Sala II, causa 2608/09 del 17/12/2010; arts. 666 bis del Cód. Civil, 804 Cód. Civ. y Comercial y 37 del Cód. Procesal)." (cfr. fallo cit.).-

Asimismo, resulta de importancia destacar, que la accionante no adujo que la falta en la que incurriera el Estado Provincial le hubiese aparejado algún perjuicio.-

Evaluando, entonces, que el cumplimiento de la resolución judicial por parte de la demandada (parcial en principio, mas luego íntegra); las condiciones en las cuales se encontraba esta provincia al momento de los hechos expuestos en los presentes actuados, y la ausencia de reticencia del Estado Provincial al pago, es que consideramos que el monto de las astreintes puede y deben ser dejadas sin efecto.-

Ello conforme, la facultad que nos otorga el artículo 37 del CPCyC.-

V.- En definitiva, "Será la prudencia del juez frente al deber que tiene de hacer cumplir sus resoluciones, lo que permitirá no incurrir en situaciones irrazonables, con lesión a la administración de justicia. La provisionalidad de las astreintes, permitirá su revisión por parte del mismo órgano que las impuso o

por parte de las instancias superiores, a través de los mecanismos recursivos establecidos en la ley y sin que su concesión impida su aplicación ya que de lo contrario se desnaturalizaría su objeto, obtener el cumplimiento de la resolución. Pero será seguramente el acatamiento a lo judicialmente dispuesto lo que autorizará el cese de las sanciones, porque las resoluciones judiciales se dictan para ser cumplidas, de eso se trata la justicia y la tutela judicial efectiva." (María Grillo, Iride Isabel, "Las astreintes: el respeto a la justicia", 2002, www.saij.jus.gov.ar. Cita Online: Id SAIJ: DACF020017).-

Como se ha determinado, el Estado Provincial cumplió con el pago de los sueldos, por lo cual la cuestión ha quedado abstracta. En estas circunstancias, si el obligado cumplió -si bien de forma tardía- con la intimación; mantener las astreintes inmutables importaría darle una función que excedería su finalidad (Fallos 325:2701; 326:3081, entre otros). Y además de ello, se constituiría "...en fuente indebida de enriquecimiento del acreedor..." (Fallos 330:4216).-

Para concluir, la demandada acató la sentencia judicial que se dictara, por lo cual corresponde dejar sin efecto las astreintes.-

En razón de todo lo expuesto, a la **segunda cuestión** votamos parcialmente por la **afirmativa**.-

A la **Tercera Cuestión** el Dr. **Mariani** y dice:

I.- Atento la forma en que me he pronunciado respecto de la primera y segunda cuestión, propongo se dicte sentencia haciendo lugar a las excusaciones deducidas por los Sres. Vocales Subrogantes Dr. Eduardo Gabriel López, Dr. Domingo Norberto Fernández y Dr. Carlos Enrique Arenillas (cfr. PE345242-2021, PE285405-2021 y PE370464-2022), declarando abstractas las recusaciones formuladas contra estos dos últimos (cfr. PE123220-2021 y PE366852-2022) y a la cuestión objeto de la demanda materia del recurso de casación, rechazando el mismo en lo restante que fuera materia de agravio y, en consecuencia, confirmando la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 196/206 vta., en lo demás que se decide. Las costas de esta instancia y atento al modo en que se resuelve, se imponen por su orden (cfr. art. 68 del CPCyC), difiriendo la regulación de honorarios del letrado interviniente por la parte actora, hasta tanto dé cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

A la **Tercera Cuestión** la Dra. **Mercau**, el Dr. **Lerena** y la Dra. **Ludueña Campos** dicen:

Por todo lo considerado en la primera y segunda cuestión, proponemos se dicte sentencia haciendo lugar a las excusaciones deducidas por los

Sres. Vocales Subrogantes Dr. Eduardo Gabriel López, Dr. Domingo Norberto Fernández y Dr. Carlos Enrique Arenillas (cfr. PE345242-2021, PE285405-2021 y PE370464-2022), declarando abstractas las recusaciones formuladas contra estos dos últimos (cfr. PE123220-2021 y PE366852-2022) y la cuestión objeto de la demanda materia del recurso de casación interpuesto por la parte demandada a fs. 225/234, haciendo lugar parcialmente al mismo, únicamente en lo referido a la aplicación de las astreintes, dejando sin efecto las mismas y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial a fs. 196/206 vta., manteniéndola en lo que no fuera materia de agravios, imponiendo las costas de esta instancia en el orden causado (cfr. art. 68 del CPCyC), difiriendo la regulación de honorarios del letrado interviniente por la parte actora, hasta tanto dé cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

En virtud de todo lo expuesto, se dicta la siguiente sentencia:

Río Gallegos, 24 de junio de 2022.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede y el voto mayoritario y concordante de la Sra. Vocal, Dra. Alicia de los Ángeles Mercau, del Sr. Vocal Subrogante, Dr. Diego Mario Lerena y de la Sra. Presidenta Dra. Paula Ernestina Ludueña; el voto en disidencia del Sr. Vocal Dr. Daniel Mauricio Mariani, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal Subrogante, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Hacer lugar a las excusaciones deducidas por los Sres. Vocales Subrogantes Dr. Eduardo Gabriel López, Dr. Domingo Norberto Fernández y Dr. Carlos Enrique Arenillas (cfr. PE345242-2021, PE285405-2021 y PE370464-2022) y declarar abstractas las recusaciones formuladas contra estos dos últimos (cfr. PE123220-2021 y PE366852-2022).-

2º) Declarar abstracta la cuestión objeto de la demanda materia del recurso de casación interpuesto por la parte demandada a fs. 225/234.-

3º) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación, únicamente en lo referido a la aplicación de las astreintes, rechazando los demás agravios y en consecuencia, dejar sin efecto las mismas.-

4º) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado.-

5º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto el profesional interviniente por la parte actora dé cumplimiento con lo dispuesto por las leyes

previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

6º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

La presente sentencia se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández y vacante un cargo de vocal (art. 27, 2° párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 1600 y modificatorias).-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

DIEGO MARIO LERENA
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia