----En la ciudad de Trelew, a los 29 días de agosto del año dos mil veintidós, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Tribunal Dres. Guillermo Nicolás Walter y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C. S. L. I. Y C. S.A. c/ C., R. D. s/ Acción de Amparo” (Expte. Nro. 392 - Año 2022 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado en fecha 25 de agosto de 2022 (fs. 222).----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Guillermo N. Walter dijo: ----------

---- I. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES A RESOLVER. ----------

---- (i) La Sentencia Definitiva recurrida. ----------

---- Con fecha 03/08/2022, el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de la ciudad de Trelew dictó la Sentencia Definitiva n° 40/2022, por medio de la cual rechazó la acción de amparo iniciada por C. S. L. I., contra el señor R. D. C. Ello fundado en que consideró que el denominado camino “E. Z. de las M.” no es un camino vecinal ni es un camino de dominio público que exigiría su creación por medio de la afectación al uso o goce común. Al respecto señaló que no existe ningún acto administrativo de afectación que se haya realizado respecto a tal camino. Consideró entonces a dicha vía como un camino privado que comunica varias propiedades rurales, que pertenece a la esfera privada de los distintos propietarios de los inmuebles por donde transita el mismo. La Jueza también tuvo en especial consideración el reconocimiento judicial realizado el 05/07/2022, cuando transitó el mencionado camino, del cual hizo especial recuento en su sentencia. También relativizó la declaración de los testigos ofrecidos por la parte actora, N. S. y J. C. I., en tanto laboran para una empresa minera unida por una relación contractual con la amparista (P. G. SA), no siendo convictiva su declaración. Consideró, por el contrario, la declaración de los testigos de apellido J., de los cuales destaca algunas cuestiones de su exposición. ----------

----Tuvo entonces por acreditado que el camino en cuestión se ha usado durante muchos años; que se trata de un camino privado; que propietarios de otro campo celebraron por años convenios de servidumbre de paso con la actora; que al campo de la actora se puede ingresar tanto por la ruta N° X. como por el lado de la ruta N° X. ----------

----Señaló que no existe violación a la libertad de tránsito, de trabajar, producir, la producción, explotación y aprovechamiento de los recursos minerales ya que se trata de un camino privado y consideró que, si pudo celebrar un convenio de servidumbre de tránsito con otros propietarios, nada le impidió hacerlo con el demandado. Agregó que la empresa no acreditó el desabastecimiento del material de las plantas industriales y una paralización del proceso productivo. ----------

----Indicó que una empresa concesionada para la extracción de minerales carece “per se” de libertad de tránsito por zonas privadas, refiriendo que el ejercicio de los derechos

individuales debe conformarse el ejercicio con las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, en este caso en relación a los bienes de incidencia colectiva. En este sentido, en alusión a las consecuencias en la flora y fauna de la circulación de los camiones de la parte actora, pondera que la protección ambiental constituye una parte integral del proceso de desarrollo económico, razón por la cual este "debe cumplirse de manera que las futuras generaciones puedan cubrir sus necesidad de forma equitativa con las presentes. ----------

----Finalmente, manifestó que el hecho de que las tranqueras hubieran estado abiertas muchos años, sin candado, no impide que el nuevo propietario del campo al que se accede por tal tranquera proceda a su cerramiento; habida cuenta que el uso tolerante, no se trastoca en derecho aunque permita su uso o goce a todos o a algunos.----------

----(ii) El recurso de apelación de la parte actora. ----------

----Mediante presentación digital de fecha 05/08/2022 (ID 762307), la parte actora apeló la sentencia definitiva dictada, identificando cinco agravios.----------

(a) En primer lugar, considera que la resolución citada es arbitraria por cuanto omite considerar prueba trascendental para resolver, como es el Expediente Administrativo N° 16933/2021, donde la Asesoría General de Gobierno del Poder Ejecutivo de la Provincia del Chubut (fs. 99/101) emitió un dictamen donde aclaró la naturaleza jurídica del camino "Z. de las M.". Sostiene que allí se concluyó que la vía es preexistente a la Provincia del Chubut y del dominio público provincial, afectado a un uso de interés público desde tiempo inmemorial. Indica que la sentencia carece de un análisis de la naturaleza jurídica del camino, sin apoyarse en argumento jurídico alguno para considerar que el camino es privado. ----------

----Agrega que la Subsecretaría de Minería en el referido expediente dictó la Disposición N° 73/2022 donde rechazó la pretensión del aquí demandado para obtener una contraprestación económica por la utilización del camino en cuestión, instándolo a que en lo sucesivo se abstenga de obstruirlo bajo apercibimiento de liberación con el auxilio de la fuerza pública. ----------

----También refiere que allí hay un informe del 09/02/2022 que señala que el camino es poco consolidado en cercanías a las ruta n° X., siendo de mejores características acercándose a la ruta n° X.----------

----Cuestiona que la sentencia se haya fundado únicamente en la inspección ocular de la Jueza y en los carteles que divisó en el camino, en tanto ello es insuficiente para considerarlo como público o privado, careciendo de un análisis jurídico sobre la naturaleza de la vía. Así, sostuvo que los carteles de prohibido cazar o propiedad privada no alteran esa naturaleza. ----------

----Dice que es tendenciosa la alegación relacionada a que pretende imponerse que una empresa con concesiones mineras tiene derecho a circular por propiedades privadas por el solo hecho de serlo. ----------

----Insiste con que el camino es inmemorial y es usado por las empresas mineras, y por personas físicas que viven en fincas aledañas a dicho camino o por personas que

precisan acceder a sus tareas laborales. ----------
----Expresa que ese camino es el único apto para transportar materiales ya que el otro es más angosto, no está consolidado, tiene pendientes y zanjones que dificultan la circulación, ya que las minas se encuentran encerradas por otros fundos y no tienen acceso directo a rutas y/u otros caminos provinciales o nacionales. ----------
----Agrega que la otra vía no es apta, además, porque dispone de curvas de 90°, es sinuoso y en ascenso prolongado, lo que impide el tránsito de camiones con bateas; e implicaría transitar por la Villa del Dique Ameghino, lo que se encuentra prohibido, además de ser riesgoso. ----------
----Refiere que cuando el propietario del campo lo adquirió estaba en conocimiento de las restricciones de hecho que registraba su propiedad, circunstancia que califica de costumbre como fuente de derecho. ----------
----(b) El segundo agravio cuestiona la calificación jurídica del camino que realiza la sentencia. Dice que ello contradice lo dictaminado por la Asesoría General de Gobierno en base al art. 5 de la LEY XIX N° 11. Agrega que no es facultad del accionado el colocar cercos, alambrados o tranqueras sino de la Dirección de Vialidad, acorde al art. 3 de la misma ley.----------
----Expone que el camino es “vecinal” que son aquellos que comunican a las propiedades rurales entre sí o dan salida de estas a un camino público de la red vial provincial o nacional. Dice que no se encuentra conservado por la autoridad puesto que no integra la red vial provincial, como lo establece la Ley Provincial N° 1895, el Decreto N° 08/1983 y la Resolución N° 2436/1982. Indica que la falta de conservación o mantenimiento de la vía no modifica su carácter jurídico. Sostiene que el hecho que el mencionado camino no se encuentre dentro de esa R., no le excluye el carácter de que sea un camino provincial ya que la clasificación no es taxativa en cuanto al carácter de provincial de los caminos, puesto que integrar o no dicha R. V. es a los efectos de la conservación y mantenimiento del mismo por el organismo y no al carácter de provincial. ----------
----Expresa también que el carácter de camino provincial público del C. del Z. surge también del art. 31 del Código Rural, que establece que todos los caminos de la Provincia son públicos, salvo los que comiencen y terminen dentro de una misma heredad, lo que no ocurre en este caso. También, un camino será considerado público cuando de hecho ha estado pública o notoriamente entregado al uso común, como acontece con la mencionada vía. ----------
----(c) En el tercer agravio la apelante sostiene que se afecta con lo resuelto su derecho a la libre circulación del tránsito y a ejercer industria lícita, desoyendo la prueba producida en relación a los expedientes administrativos agregados. También que es contrario a la explotación minera, actividad que está protegida y promovida por la constitución provincial y otras normas que cita. ----------
----(d) En cuarto lugar, se agravia en que se violó el principio de congruencia, por cuanto la resolución en crisis fundó el rechazo de la demanda en la protección ambiental como parte integrante del desarrollo económico, lo que considera improcedente por no

encontrarnos en el marco de un recurso de amparo ambiental, ni ha existido reconvención. Dice que la cuestión ambiental es notoriamente ajena a la cuestión debatida en autos e introducidas por las partes, impropia al objeto de la acción deducida. ----Sostiene que es peligroso este antecedente porque permitiría a cualquier persona la conducta extorsiva de poner obstáculos en caminos públicos a cambio de percibir un canon.----------

----Considera temerario que la sentencia ponga en duda o cuestione la afectación del ambiente por la actividad minera, en este caso, sin sustentarlo en un estudio de impacto ambiental que lo avale. ----------

----(e) Finalmente, cuestiona que la resolución haya considerado que el perjuicio invocado es una mera alegación, que no fue acreditada. Invoca que la inspección ocular reconoció la envergadura de la explotación minera de marras, así como se acreditó que la extracción promedio mensual es de 5800 toneladas mensuales. Dice así que por el principio de realidad y lógica la afectación deriva de la obstrucción del único camino por donde se pueden extraer esos materiales. Los volúmenes de extracción surgen de las declaraciones juradas realizadas ante la Secretaría de Minería y lo informado por P. G. SA en relación a los contratos de extracción vigentes. Indica que también se constató la demora de 11 camiones en el camino cuando éste fue cortado por el demandado. Agrega que nos encontramos en un amparo y no en una acción ordinaria por lo que el perjuicio se debe presumir en base al principio de primacía de la realidad y el sentido común. -----

----II.- CONSIDERACIONES DE LA SOLUCIÓN A PROPONER. ----------

----Realizada sucintamente la relación de las cuestiones a resolver, corresponde avocarme a su tratamiento, adelantando que trataré los cinco agravios de manera conjunta ya que, en definitiva, persiguen todos ellos —por distintos fundamentos— la revocación de la sentencia dictada y que se haga lugar al amparo deducido. ----------

----En este análisis, abordaré y haré referencia a aquellos agravios que sean conducentes y pertinentes a la decisión del recurso, en tanto, no es obligación de los jueces seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos; bastando con que se hagan cargo de aquellos que sean necesarios y suficientes para la decisión del litigio (Fallos 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 302:539; 310:1835; 322:270; 329:1951; entre otros; esta Sala SIL N° 14/2012; Carrió, Genaro R., “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Ed. Abeledo-Perrot 1983, T° primero, p. 66).------

----De manera introductoria, comenzaré por advertir que nos encontramos dentro de un proceso de amparo, donde un particular se encuentra cuestionando una conducta de otro particular, a la que califica de manifiestamente arbitraria e ilegal. En este contexto, debe tenerse en cuenta que su admisión se encuentra condicionada a la existencia de un acto, hecho u omisión, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace el ejercicio de derechos o garantías constitucionales con *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*. Es decir, que la ilegalidad debe aparecer de modo claro y manifiesto. No basta, por consiguiente, que el proceder denunciado entrañe la restricción de alguna libertad constitucional. La "arbitrariedad" e "ilegalidad" de la sentencia tienen que resultar

de manera visible, manifiesta; es decir, en forma clara, patente, indudable, inequívoca, notoria, ostensible para no hacer del amparo el *vademecum* que solucione todos los problemas, subsumiendo las vías procesales en solo una, cuando la Constitución y las leyes marcan distintos caminos (conf. STJCh, N° 75/SRE/2005).----------

----Así, esta acción es un dispositivo excepcional destinado a brindar remedio rápido y eficaz para aquellas situaciones que en forma clara y evidente indiquen la imprescindible necesidad de evitar la lesión o amenaza actual o inminente de derechos o garantías de rango constitucional. Esta regla, consagrada particularmente en los arts. 43 de la Constitución Nacional, 54 de la Carta Magna Provincial y 3° de la Ley N° 4572, tiene como requisito básico de procedencia que se trate de actos, hechos u omisiones, que también pueden provenir de particulares, que indiquen esa probable afectación con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Esto significa que si el acto hipotéticamente lesivo no exhibe esas características en forma palmaria, ostensible, indudable, el amparo no resulta ser el arbitrio adecuado para debatir la cuestión litigiosa. Así, la apertura de la acción de amparo exige la presencia de circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita (conf. CAT, Sala A, SDE N° 02/2011, con cita a CSJN, 24/05/2005, O.,S.B. c. Provincia de Buenos Aires y otros, LA LEY 07/10/2005, 8; CSJN, 23/11/2004, Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá, LA LEY 2005-B, 725).----------

----Cabe considerar, además, que el amparo —como herramienta excepcional y acotada— se preserva para causas en que los derechos en crisis sean dignos de protección especial y premura extrema y donde la incidencia de lo resuelto pueda ser apreciada prístinamente o sin mayor dificultad. Es por eso que se ha dicho que no es recomendable que se emplee esta vía (con sus breves plazos, su acotamiento del debate, sus mayores exigencias para la magistratura, etc) para debatir cuestiones crematísticas o meramente patrimoniales, ya que ello podría significar una utilización disfuncional de la herramienta (conf. CAT, Sala A, SDE N° 07/2013). ----------

----Ingresando en la cuestión, la principal queja del apelante pasa por la calificación de camino privado que realizara la Jueza de primera instancia sobre el denominado “E. Z. de las M.”, ubicado en las cercanías de la localidad de 28 de Julio y el Dique Florentino Ameghino de nuestra provincia, con un recorrido de 50 kilómetros aproximadamente y que une a las Rutas Provinciales N° X. y N° X. Ello, en tanto, sostiene la demandante que —por distintos fundamentos— se trata de un camino vecinal de carácter público, lo que impide que el demandado pueda cortar su paso.----------

----El núcleo de la cuestión —o al menos el principal— estriba entonces en determinar el carácter público o privado de dicha vía de circulación, ya que en el primer caso el Sr. C. no tendrá derecho a impedir su circulación ni a percibir una contraprestación por su paso, mientras que en el segundo podrá hacerlo en determinadas condiciones.----------

----Como primera medida, consecuentemente, corresponde recordar que el dominio

público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público. El régimen jurídico del dominio público exige que los bienes o las cosas que lo integran físicamente tengan un relativo carácter permanente e irremplazable (conf. CAT, Sala B, SIC N° 118/2003). ----------

----Como enseña Marienhoff, lo que diferencia a un bien público de uno privado es el régimen jurídico que se le aplica. De hecho, las normas que regulan el domino público y las que regulan el dominio privado, en su vinculación con los particulares, mantienen la diferencia esencial entre derecho público y privado: normas de subordinación en lo atinente al primero y de coordinación en el segundo. Así las cosas, la determinación de lo que se entiende por dominio público proviene del ordenamiento jurídico, porque éste es el que provee al concepto particular en cada caso, incluso a diferencia de otros ordenamientos. De allí surge la idea que el dominio público no es una creación de la naturaleza sino del Estado. Es decir, no hay bienes que sean públicos por derecho natural, en tanto se trata de un “concepto jurídico”: su existencia depende de la voluntad del legislador, quien califica a un determinado bien como público para excluirlo del régimen general que hace privado a los bienes y, consecuentemente, dentro del comercio. De ello también deriva en que uno de los elementos que integran la noción de “dominialidad” sea el normativo o legal. Sin ley que le sirva de fundamento no hay bien o cosa que tenga el carácter dominal, por lo que el acto estatal que establece la dominialidad de una cosa es “atributivo” de su carácter público (conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Cuarta Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 46).----------

----Ahora bien, la determinación de que bienes revisen el carácter público y cuales privados, implica una cuestión de carácter civil, ya que determina la distinción básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, que es una materia propia de la legislación de fondo, que en nuestra Constitución Nacional se encuentra delegada al Congreso en el art. 75 inc. 12. Pero una vez que se establece que bienes son del dominio público, ésta es una institución de derecho administrativo. ----------

----Particularmente, como señala Salvat, la regulación de calles y caminos destinados a la vialidad pública se encuentra contenida por normas de derecho administrativo, siendo competente a su respecto la autoridad administrativa correspondiente. Por el contrario, lo que excede de dicha regulación es materia de la regulación civil, establecida en interés particular, a través de las denominadas servidumbres de tránsito (conf. Salvat, Raymundo M., “Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales”, 4ta. Edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, T° III, p. 562). -

----En este orden, prestigiosa doctrina entiende que la facultad de determinar o establecer esta distinción es exclusiva de la Nación, ya que al ser una cuestión de fondo, integra los poderes delegados por las provincias a ésta, lo que materializará a través de una ley formal dictada por el Congreso de la Nación. Por el contrario, un acto administrativo no puede ser fuente “atributiva” del carácter público de un bien, solo pudiendo “crear” los

bienes que integran el dominio público llamado “artificial”, como por ejemplo las calles y caminos. Es decir, la administración pública podrá crear estas vías, mas su carácter público o privado viene de la ley. También podrá el poder administrador regular el uso del bien público, puesto que esto es materia local. Sin embargo, no puede considerarse que el carácter público dominial de un bien pueda derivar de la voluntad de los administrados, ya que aquella asignación es un acto estatal y no dependiente de la voluntad privada (conf. Marienhoff, Santiago, “Régimen y legislación, etc.”, N° 30; Masnatta, Héctor, “Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales”, nota N° 85, Boletín de informaciones petroleras, Buenos Aires, 1946, p. 11; Villegas Basabilvaso, Tomo 4°, p. 90-93; Linares Quintana, “Gobierno y Administración de la República Argentina”, tomo 1°, p. 423). ----------

----Así, es el Congreso de la Nación quien puede declarar cuales bienes pueden ser considerados del dominio público, como sucede a través del Código Civil y Comercial de la Nación, en la enumeración que realiza a partir de su art. 235. Es decir, sólo existen bienes de dominio público por declaración legal, correspondiendo a la legislación nacional decidir que bienes son públicos y cuales privados, reservando la legislación local la regulación de su uso y goce. Cuando se habla de “afectación” se refiere al hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad. Su consecuencia es que el bien queda efectivamente incorporado al dominio público y sometido a los principios que rigen dicha institución. Es decir, si bien el legislador nacional en ejercicio de sus funciones es quien establece el carácter de dominio público de una calle (le asigna ese carácter), para que quede sometida al régimen de dominio público es indispensable que quede librada al uso público, lo que se logra a través de la afectación (conf. CSJN, Fallos, Tomo 146, p. 314; T° 147, p. 330-331; JA, T° 22, p. 40, 43, 47 y 49).----------

----Para que un bien pueda ser considerado dependencia del dominio público y ser sometido al régimen pertinente, entonces, es condición indispensable que se encuentre afectado al uso público, directo o indirecto, de los habitantes. La afectación es pues, el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda efectivamente incorporada al uso y goce de la comunidad (conf. SCBA, causa B. 52.418, "Piccini", sent. de 15-IX-1998).----------

----Un punto importante a destacar también es que los bienes del dominio público que son considerados “naturales” (un río, un arroyo, una isla, etc.), se los considera públicos en el estado en que la naturaleza los presenta, en tanto los “artificiales” (como una calle o un camino), deben ser “creados” por el poder público. En los primeros, el solo hecho de asignarles carácter público equivale a la afectación, no requiriéndose un acto administrativo al respecto. En el caso de los segundos, en cambio, precisan para su afectación que sean previamente creados por la autoridad administrativa correspondiente, facultad que es —en principio— local o provincial, ya que es una soberanía reservada por las provincias, no delegada a la Nación. La autoridad local, entonces, creara el bien y lo destinará al fin previsto, lo que implica su “afectación” al

régimen (conf. CSJN, Fallos, Tomo 9°, p. 278-279 y T° 147, p. 178). ----------

----De modo que, acotando la cuestión, se entiende que las vías generales de comunicación, como son las calles y caminos, urbanas o rurales, pertenecen al dominio público, puesto que se encuentran incorporadas en el art. 235 del CCCN. Sin embargo, para ello precisan de su “afectación” en cumplimiento de los requisitos que surgen del derecho positivo (conf. Marienhoff, Miguel S.; Dominio Público, Tomo V, 4ta. Edición actualizada, Abeledo-Perrot, págs. 189, 191, 192 y sigs). ----------

----Al respecto, Marienhoff señala con claridad que “no existiendo una afectación idónea, la calle o camino no revestirán carácter dominical, a pesar de que el publico los utilice: en unos casos se tratará de bienes de particulares ilegítimamente afectados al uso de todos, pero que a raíz de tal ilegalidad no adquieren carácter dominical. En otros casos se tratará de simples bienes privados pertenecientes a sus respectivos titulares, tal como lo expresa el Código Civil en su artículo 2348” (conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Cuarta Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 618). ----------

----Ello también ha sido respaldado por algunos tribunales, como la Corte bonaerense o la Cámara Civil de la Plata, donde se dijo que “los caminos abiertos por sólo la tolerancia del propietario, pueden ser clausurados por éste” (SCBA, JA, Tomo 5°, p. 477) o que “el hecho de ser transitado por el público un terreno, no basta para que éste sea considerado como un bien del dominio público (JA, Tomo 18, p. 1308). ----------

----En otro precedente, relativamente reciente, la corte bonaerense ratificó aquel concepto señalando que “tratándose de cosas públicas artificiales (como puede ser una calle o camino), la afectación se realiza mediante la creación del respectivo bien, sea dejando expedita la calle al público, poniéndola en uso, o decretando su apertura para la circulación al tránsito. No habiéndose concretado la afectación al dominio público del municipio, el plano invocado por los accionantes no genera por si solo una obligación en cabeza de la autoridad administrativa; la apertura de la arteria cedida queda en el marco de una mera facultad discrecional o prerrogativa del municipio, en consecuencia, los demandantes tampoco pueden exigir a la demandada su apertura ni que garantice su libre circulación mediante el ejercicio del poder de policía” (conf. SCBA LP B 62642 S 03/05/2018, “Carátula: Estrada, Juan y ot. contra Municipalidad de San Pedro. Demanda contencioso administrativa”, Sumario JUBA B5053140).----------

----En cuanto a su jurisdicción, será provincial cuando solo sirva al tráfico o tránsito interno de cada provincia, lo que se extiende a todas los aspectos sobre este en sí mismo, como sobre todas las demás materias en que se manifieste la actividad social, como costumbres, higiene, etc. (conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Cuarta Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 630). ----------

----Siendo así, las calles y caminos son bienes pertenecientes al dominio público por disposición del inc. f del art. 235 del CCCN, siendo que el art. 237 del mismo cuerpo legal establece que la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local

determinan el carácter nacional, provincial o municipal de estos bienes. Su uso y goce, entonces, se encuentra sujeto a las disposiciones locales y generales; es decir, en el marco de sus respectivas competencias y potestades (conf. Tobías, José W., en glosa al art. 237 del CCCN, en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, dirigido por Jorge Horacio Alterini – 2ª. Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2016, Tomo 2, p. 64).----------

----En el ámbito provincial, la Ley XIX N° 11 establece que la Administración de Vialidad Provincial tiene a su cargo todo lo referente a la vialidad de la provincia (art. 1), no teniendo competencia ninguna otra autoridad provincial en lo referido a las vías de circulación de nuestra territorio. Esto me lleva a adelantar que no es relevante lo que puedan decir otras autoridades provinciales respecto de la naturaleza jurídica del camino en cuestión, por sobre lo dictaminado por la autoridad de aplicación correspondiente. ---

----Asimismo, la citada norma determina en su art. 5 que los caminos dentro del territorio provincial se clasifican en nacionales (los que integran la red nacional), municipales (cuyo trazado se desarrolla total e íntegramente dentro de las jurisdicciones municipales) y provinciales (que son todos los que no se encuentren comprendidos en los supuestos anteriores). La citada ley señala también que dentro de éstos últimos se establece el sistema principal de caminos provinciales, complementarios del sistema troncal nacional; siendo la Administración de Vialidad Provincial la autoridad de aplicación dentro de esta jurisdicción.----------

----De manera que, como informó dicha autoridad en el expediente administrativo N° 16933/2021 (fs. 126/127), la Red Vial Provincial de Chubut fue creada por el Decreto N° 08/1983, que aprobó la nomenclatura correspondiente y vías incluidas dentro de la red. A su vez, la resolución N° 60/1993 de la Administración de Vialidad Provincial estableció que no tendría vigencia ningún otro mapa o impreso que no se ajusten a la nomenclatura mencionada, siendo dicha autoridad la encargada de hacer la cartografía correspondiente. No quedan dudas, entonces, que los caminos públicos provinciales se encuentran determinados y contenidos en estas normas y que es dicha administración la autoridad de aplicación en la materia.----------

----Es por ello elocuente el Dictamen N° 11399/2022 del Asesor Legal de la Administración de Vialidad Provincial (fs. 136 del expediente administrativo N° 16933/2021) donde, además de ratificar que “E. Z. de las M.” no integra la red vial de caminos provinciales y que detenta el carácter de “camino vecinal”, señala finalmente que “para el caso que resultara pertinente, resultaría necesario proceder a la contratación, confección y registro de los planes de mensura *tendientes a la expropiación de los predios afectados al trazado*, todo lo cual requiere de una causa fundante de utilidad pública, —cuestión que como se expusiera—, no puede explicarse de manera alguna, en la existencia de desacuerdos económicos sobrevinientes, entre los superficiarios”.----------

----De modo que encuentro claro que la autoridad de aplicación vial de la provincia no solo le desconoce al camino mencionado su integración a la red vial provincial (y por

tanto público), sino que también asume su carácter privado al establecer que su afectación pública requiere la necesidad de expropiarlo previamente, trámite administrativo que, como sabemos, es la forma por la cual el Estado priva a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho a cambio de una indemnización, en fundamento de una utilidad pública o interés social (Ley I N° 45). Así, siendo la expropiación un medio por el cual la pertenencia de un bien pasa coactivamente de un titular privado al Estado, no puede entenderse que el bien en cuestión tenga naturaleza pública, ya que haría innecesaria su expropiación. ----------

----De esta manera, no encuentro que pueda justificarse el carácter público de la vía que reclama la actora en la supuesta ancestralidad del camino o su uso reiterado, ni que la calificación de “camino vecinal” puede asignarle aquel carácter, cuando es el propio Estado provincial quien, a través de la autoridad de aplicación en materia vial, le desconoce ese carácter. Existe una clara posición del Estado en denegar esa calificación, incluso frente al argumento de las empresas de su utilización inveterada. ----------

----Con todo ello, no encuentro que el dictamen que realizó la Asesoría General de Gobierno del Poder Ejecutivo de la Provincia del Chubut (fs. 99/101) o la Disposición N° 73/2022 de la Subsecretaría de Minería (fs. 147) en el Expediente Administrativo N° 16933/2021 sobre la calificación jurídica que realizan sobre el camino llamado “Z. de las M.” sean vinculantes, atento que carecen de la competencia para resolver en cuanto hace a la afectación de una calle como bien público, en tanto, como dije, no es la autoridad de aplicación en materia vial ni sus competencias propias le asignan esa facultad. ----------

----Con claridad, conforme el Decreto Provincial N° 796/2020, la Subsecretaria de Minería del Ministerio de Hidrocarburos de la Provincia del Chubut no es la autoridad competente a los fines de afectar, asignar o determinar el carácter público o privado de un camino (en contradicción con la autoridad vial), su liberación por medio de la fuerza pública ni la contraprestación que puede aspirar a percibir el propietario de un inmueble por el tránsito de terceros a través del mismo, como señalaré *infra*. ----------

----De igual manera debe recordarse que la función de la Asesoría General de Gobierno del Poder Ejecutivo es principalmente de asesoramiento —no vinculante— a dicho poder, incluyendo Ministerios, Secretarías, Entes Autárquicos, Centralizados y Descentralizados, Empresas y Sociedades del Estado y/o con participación estatal y demás entidades dependientes del Poder Ejecutivo (art. 1 de la LEY I- Nº 266), por lo que no existe impedimento para que la Jueza de primera instancia haya resuelto en contrario a dicha opinión técnica, la que —cabe advertir— mereció de diversas aclaraciones por parte de dicho organismo en el expediente por no haberse seguido oportunamente el trámite administrativo correspondiente para su dictamen (vide fs. 99 del expediente administrativo ya referido). ----------

----Tampoco encuentro que las referencias que hace el recurrente del art. 31 y 33 del Código Rural sea aplicable al caso, en tanto, dicha norma no corresponde a nuestra provincia, sino que responde al Decreto Ley N° 10081/83 de la provincia de Buenos Aires, conocido como “Código Rural” de dicha jurisdicción. De hecho, nuestra provincia carece

de una norma similar. Tampoco podría entenderse que la cita refiere al Código Rural aprobado por Ley 3088 en el año 1894, en tanto éste responde y se limita exclusivamente a “territorios nacionales”, es decir, no se aplica a los territorios provinciales. ----------

----En otro orden de cosas, considero que es altamente relevante que existen constancias en el expediente que acreditan que la empresa demandada ha reconocido y abonado a otros linderos una contraprestación económica para poder transitar por dicho camino, lo que no puedo más que calificar como un reconocimiento de su parte a la naturaleza privada del camino, ya que de lo contrario no tendría razón de ser dicho pago o al menos no se ha acreditado que los mismos hayan tenido otra finalidad. ----------

----En efecto, al contestar demanda se adjuntó un acuerdo privado de constitución de servidumbre minera firmado por J. M. J. y J. G. J. con C. S. L. I. (fs. 51/52) así como facturas de C. S. L. por servidumbre de paso a los nombrados (fs. 53/vta.), que fueron ratificados posteriormente en audiencia testimonial por los nombrados hermanos J. ------

----En este marco, la pretensión de la parte actora en esta acción se encuentra en franca contradicción con su propia conducta anterior (deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz), donde le reconoció un derecho de pago a un tercero, lindero al demandado, por el paso a través del “Z. de las M.” para transitar por su propiedad. -------

----Así, es bien sabido que una pretensión o defensa formulada dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto no puede prosperar, en tanto mediaría una ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la precedente. De lo contrario se infringiría el fundamental principio de la buena fe receptado en las mismas raíces de nuestro derecho positivo, del que la imposibilidad de *venire contra factum* es derivación necesaria e inmediata a fin de no defraudar con la conducta siguiente la confianza generada mediante actitudes anteriores (conf. Diez Picazo, "La doctrina de los actos propios", ed. Bosch 1963, págs. 163 y 223; BianchiIribarne, "El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum proprium non valet", E. D. 106-857, cap. IX; Morello-Stiglitz, "La doctrina del acto propio", L. L. 1984-A-865, cap. I).----------

----Por su parte, tengo también especialmente en cuenta la prueba de reconocimiento judicial que realizó la Dra. Juárez Aldazabal en autos y la evaluación que hizo sobre la misma, de la cual dejó constancia de sus impresiones en la sentencia: a lo largo de todo el trayecto —es decir en el inmueble del demandado pero también en otros campos linderos— la Magistrada dio cuenta de varios carteles que indicaban que se trataba de un trayecto sobre “Propiedad Privada”, además de la existencia en el pasaje de diversas tranqueras que en la ocasión se encontraban abiertas. ----------

----La experiencia me indica, como parte integrante de la sana crítica (Arazi, Roland, La Prueba en el proceso civil, Edit. La Rocca, Bs. As. 1991, p. 102 y ss. “in re C…”, Sent. del 11/09/2018 en LL Online: AR/JUR/58621/2018; Kielmanovich, Jorge - "Teoría de la prueba y medios probatorios" - Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2001, Pág. 138 y sig. S.C.B.A. Ac. 59.234, S. 12/8/1.997 y Ac. 72.274, S. 23/2/2000; Hernando Devis Echandía "Compendio de la prueba judicial", Tomo I, pág. 68, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe,

2000), que en sectores rurales es normal la existencia de huellas de caminos dentro de los distintos cuadros que componen una hacienda, generalmente apeados sobre los cercos divisorios de los cuadros, que permiten el transito interno. Es común que estos caminos, de tanto en tanto y al traspasar de un cuadro a otro, se encuentren cerrados con tranqueras, sobre las cuales hay que descender del vehículo, abrirlas, pasar y volverlas a cerrar. Éste no es otro que el escenario que parecería indicar el reconocimiento judicial que realizó la Jueza de primera instancia, en tanto en su transitar, si bien encontró diversas tranqueras abiertas, la misma existencia de estas compuertas da la pauta que no se trata de un camino “tan público” como pretender referir la accionante, sino que se encuentra sujeta a que los propietarios de cada campo dejen abierta esas vallas o no. Con ello también afirmo que no es común encontrar tranqueras que permitan apear el paso en caminos que son “públicos”, en donde no existen este tipo de barreras.----------

----Esta imagen que brinda la Jueza en su reconocimiento judicial —medio de prueba que, bueno es reconocerlo, no es común encontrar actualmente en los procesos judiciales— es bastante elocuente sobre la situación concreta que se da respecto del camino en cuestión, el cual no parece contar con las notas propias de un camino público.

----Debo decir, además, que la experiencia personal de la Jueza con su reconocimiento constituye uno de los medios de prueba directa a través del cual el órgano jurisdiccional, o en su caso el funcionario judicial que lleva a cabo la medida, se encuentra en inmejorables condiciones para acceder al conocimiento del hecho litigioso y formarse convicción sobre el particular, y por tanto personal pues está constituida por la actividad del Tribunal (conf. CAE, SIC N° 66/2022). Su contradicción, entonces, precisa de pruebas elocuentes y claras que acrediten en contrario sobre la experiencia personal de la misma Magistrada, lo que no encuentro en este caso. ----------

----Además de ello, también debo tener presente que la Jueza hizo una exposición de la restante prueba acompañada en el expediente en la cual sostuvo su sentencia, particularmente el Acuerdo Privado de Constitución de Servidumbre Minera, celebrado entre los hermanos J. y C. S. L. y la valoración de las declaraciones testimoniales de estos, de S. y de I. Sin embargo, sobre ellos no se expidió el recurrente ni se hizo cargo de tal razonamiento judicial, sino que se limitó a dar una versión distinta, en mero disentimiento con la valoración judicial y en referencia a otras pruebas, principalmente actuaciones administrativas. ----------

----En este sentido, se dice que se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva para conmover la valoración de la prueba realizado por el Tribunal en su sentencia. El apelante debe demostrar de manera razonada que la selección y apreciación probatoria de aquel es caprichosa, antojadiza, e indefendible, incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad. Así las cosas, se debe precisar qué medio pertinente y atendible fue desechado; cuál de los invocados resulta inexistente, impertinente o inatendible; o las probanzas cuyas fuentes hayan sido desinterpretadas, suministrando los argumentos de prueba que patenticen el error y su relevancia para la suerte final de

la pretensión u oposición (conf. CAPM, SDC N° 26/2012; CAT, Sala A, SDL N° 59/2016, con cita a O., N. S. y otro vs. Z. de A., D. y otro s. Acción reivindicatoria - 05/09/2007 - Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I de Azul - RC J 2150/09). Ninguna referencia ha hecho el impugnante sobre el descarte de la declaración de S. e I., la ponderación de los testimonios de J. y su vinculación con el acuerdo de servidumbre de paso que estos firmaron con la accionante.----------

----Siendo así, entonces, no solo considero que el denominado “Z. de las M.” no tiene carácter de camino público sino que tampoco dispone de la apariencia en el uso como tal, por cuanto se trata de una vía que transita por inmuebles privados y sujeta a que sus propietarios mantengan las tranqueras abiertas para su utilización, lo que en ocasiones se encuentra franqueado por mediar una contraprestación económica de parte de las empresas que lo utilizan, incluyendo la misma accionante. ----------

----De manera que no puede obviarse que también le asiste al demandado un derecho constitucional en la propiedad que dispone sobre su campo y la vía que transita por el mismo, también de naturaleza privada. Como se ha dicho aquí, la palabra "libertad" y "propiedad", comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio. En relación a la segunda de ellas, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. El principio de la inviolabilidad de la propiedad asegurada en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia, tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones (conf. CAT, Sala B, SDC N° 16/2018, con cita a CSJN in re Bourdié Pedro Emilio Municipalidad de la Capital Federal -Fallo 145:307). ----------

----Como ha dicho nuestro Superior Tribunal, la Constitución consagra como dogma la garantía de la libertad y la propiedad, por ello el ciudadano puede disponer libremente de su propiedad y obrar según su voluntad, siempre y cuando lo haga razonablemente, sin estorbar el buen orden de la cosa pública. La "policía" se erige así en función administrativa que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a su propiedad, las restricciones necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público, concepto éste que alude a un estado de hecho de amplia esfera, de delimitación circunstancial (conf. STJCh, SD N° 08/SCA/2006). ----------

----En esta línea, considerando que el Zanjón de las Minas se trata de una vía privada, entiendo que la pretensión de la empresa de transitar por la misma, igualmente se puede encontrar garantizada si utiliza la herramienta que la misma legislación de fondo le pone a su disposición, es decir, si solicita la servidumbre forzosa de tránsito que le garantiza el art. 2166 del CCCN. ----------

----Ésta se funda en el derecho del propietario de un fundo que tiene para pasar por un inmueble ajeno, que se da —previa determinación “judicial” de la indemnización correspondiente— cuando existe un interés particular de quien quiere transitar. Ello también fundado en el interés público, de naturaleza preponderantemente económica, de

evitar que los fundos queden excluidos de la generación de riqueza por la imposibilidad de toda actividad productiva (conf. Cossari, Nelson, en glosa al art. 2166 del CCCN, en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, dirigido por Jorge Horacio Alterini – 2ª. Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2016, Tomo 10, p. 381). Este derecho también se le reconoce al usufructuario o usuario del inmueble, como sería la empresa actora. ----------

----En estos casos, incluso, se cita como ejemplo de “falta de comunicación suficiente” cuando existen fundos que, sin estar encerrados, se comunican por caminos angostos o senderos que no son aptos para circular con camiones, como acontece en autos (conf. Salvat, Raymundo M., “Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales”, 4ta. Edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, T° III, p. 567).----------

----Consecuentemente, advierto que —al haber errado la calificación jurídica del camino— la parte actora debió iniciar una acción de este tipo a los fines de obtener el paso por el Z. de las M. en vez de deducir la acción de amparo iniciada, la cual se ha sostenido en base a un presupuesto equivocado. Naturalmente, de proceder en la forma adecuada, no existen motivos para considerar que se encuentre impedido su derecho a desarrollar la actividad minera, exploración que es de interés provincial. Tampoco se afecta en esas condiciones el derecho a la libre circulación del tránsito y a ejercer industria lícita. Es más, ha sido el mismo propietario del inmueble quien ha reconocido la posibilidad que se transite por su campo, previa coordinación del importe a abonar, cuestión patrimonial que —en definitiva— es la que motiva a la empresa accionante a presentarse en autos. ----------

----Por otro lado, no puedo dejar de mencionar que, tratándose de un camino privado, entiendo que la conducta del demandado no resultó irrazonable ni arbitraria, en tanto se presentó en el Expediente Administrativo N° 16933/2021 a fines de instar una instancia conciliatoria con la empresa para establecer el pago por la servidumbre de paso en el mes de septiembre de 2021 (fs. 1), así como cursó en el mes de noviembre del mismo año una carta documento a la empresa actora (fs. 43vta.), no negada por dicha parte (fs. 83), donde puso en conocimiento su pretensión económica para permitir el paso de los camiones de la firma. Es decir, con ello quiero advertir que no encuentro que la conducta del demandado haya sido intempestiva, en tanto advirtió con suficiente antelación su derecho y pretensiones para permitir el paso de los camiones de la empresa. ----------

----En este marco, tampoco es arbitraria su conducta si se advierte, como ya indiqué, que otros propietarios linderos percibían de la misma empresa una contraprestación económica por la servidumbre de paso, lo que bien motivó su reclamo ante la autoridad minera y por carta documento. ----------

----Finalmente, tampoco considero que exista una violación al principio de congruencia de la sentencia en crisis por haber introducido en su análisis la cuestión ambiental, como refiere el agravio. Ello, en tanto, la sentencia resolvió el amparo deducido según la pretensión articulada por la accionante y en clara referencia a la base fáctica expuesta

por los litigantes, haciendo lugar a las defensas del demandado. En este orden, la cuestión ambiental se trató de un argumento más —como *obitter dicta*—, accesorio, a los que ya había referido la Jueza anteriormente y que fundaron el rechazo de la demanda.

----En palabras del Superior Tribunal de nuestra provincia, la congruencia es la adecuación precisa entre lo pedido en la demanda y lo otorgado por la sentencia, lo que aquí se ha cumplido. Aquel principio muestra la intrínseca relación entre dos términos precisos y determinados del proceso: los escritos con sus pretensiones y la sentencia con sus respuestas puntuales. Es un postulado de la lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento, de cualquier carácter o índole que el mismo sea, donde el Tribunal no puede fallar sobre otros puntos que no hayan sido objeto del litigio. Con todo, la restricción surge únicamente respecto de las afirmaciones de hecho contenidas en los escritos postulatorios, pues siempre le quedan reservadas facultades suficientes para interpretar el derecho, de manera que no está obligado a seguir a las partes en sus invocaciones jurídicas, pudiendo (y debiendo) por virtualidad del principio *iura novit curia*, decidir los casos planteados haciendo aplicación de las normas que entiende lo rigen y con abstracción de las postuladas por los litigantes. A las partes corresponde siempre fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica que se reclama e incurrirá en incongruencia la Jueza que se aparte de las cuestiones fácticas incluidas en las formulaciones de las partes, más no en cuanto a las razones jurídicas que encuentra para resolver, mientras no sean alteradas (conf. STJCh, SI N° 135/1994; SD N° 12/SRE/2007; SI N° 70/SCA/2014; SI N° 160/SCA/2020; Osvaldo Alfredo Gozaíni, Teoría General del Derecho Procesal, Ed. Ediar, año 1992, Tomo I, Volumen 2, pág. 690/691; Díaz Clemente A. "Instituciones de Derecho Procesal", tomo II-A, págs. 228/229, Ed. Abeledo-Perrot, Año 1972; Morello y Otros "Códigos ...", tomo I, págs. 574 y sgtes., Segunda Edición Actualizada, Ed. Abeledo-Perrot). ----------

----Tiene dicho también la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “conforme a la regla *iura curia novit*, el juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos jurídicos que enuncien las partes” (Fallos: 326, 3050, en la misma línea Fallos 235:606, 239; 50, 247:183, 261:191, 193 etc).----------

----Entiendo entonces que no existió en la sentencia una violación al principio de congruencia, como plantea la parte recurrente en uno de sus agravios. ----------

----En síntesis, por todo lo dicho, no encuentro que haya existido en este caso una conducta por parte del demandado que haya sido ilegal ni arbitraria, a modo de justificar la interposición y concesión de la acción de amparo deducida en autos, ajustándose la sentencia recurrida a derecho, por lo que propongo su confirmación en todo aquello que fue motivo de agravios. ----------

----III.- En cuanto a las costas de Alzada, propongo que las mismas sean impuestas a la parte apelante vencida (art. 69 del CPCC y art. 17 de la Ley N° V N° 84). ----------

----En cuanto a los honorarios profesionales del letrado que intervino en esta instancia,

Dr. P. O. A., letrado apoderado de la amparista, propongo que sean regulados atendiendo al mérito de las tareas realizadas así como al resultado obtenido, en la suma equivalente a 11 JUS, incluyendo el plus procuratorio (art. 5, 8, 13, 35, 46 de la Ley XIII N° 4). --------

----Por los fundamentos expuestos anteriormente, a la primera cuestión voto por la AFIRMATIVA. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Aldo L. De Cunto manifestó: ----------

----Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 198/202 vta., así como los agravios que contra la misma expresara la actora a fs. 204/211 vta., me remito a dicha reseña en homenaje a la brevedad. En consecuencia me adentraré directamente en el análisis de los agravios.----------

----I.- Seguiré, en principio el orden en el que las quejas fueran expuestas, más allá de efectuar un análisis conjunto de los agravios en el supuesto de que la temática lo amerite.----------

----1) La apelante comienza por adjetivar a la sentencia como arbitraria porque entiende que omitió analizar, sin justificación, prueba trascendental existente en el marco de la causa administrativa en trámite por ante la Subsecretaría de Minería (Expediente N° 16933/20121), iniciado por el aquí demandado. Destaca que en dichas actuaciones obra un dictamen expedido por la Asesoría General de Gobierno provincial, donde se analiza la naturaleza jurídica del camino llamado “Z. de las M.”, donde se recuerda que el mismo data del año 1952 cuando Chubut era territorio nacional y que dicho camino preexistente al Estado provincial pasó a su dominio público por estar afectado a un uso de interés público, añadiendo que los actuales propietarios de los fundos por donde pasa la traza del camino carecen de derecho a reclamo alguno como consecuencia del mismo. Se cita asimismo la Disposición N° 73/2022 de la Subsecretaría de Minería, por la que se rechazó la pretensión del aquí demandado de obtener una contraprestación económica por la utilización del citado camino, dejando constancia de la diferencia que existe en la traza del mismo si se accediera por el otro extremo de la vía en cuestión, corroborando que se trata de un camino provincial y público. Entiende que la jueza omitió temerariamente considerar la prueba de las referidas actuaciones administrativas, basando su decisión en lo percibido por ella en la prueba de reconocimiento judicial, demostrando animosidad respecto de la empresa accionante. Culmina el agravio, señalando que su parte no puede acceder a las canteras concesionadas desde el otro extremo del camino, ya que la traza del mismo es de difícil tránsito y debería atravesar la Villa del Dique Ameghino, zona urbana prohibida para la circulación de camiones con bateas (ver fs. 204 vta./207, pto. III.a).----------

----Con relación a la arbitrariedad endilgada al pronunciamiento recurrido, resulta oportuno recordar el intento de enumeración de las causales de arbitrariedad de la sentencia esbozado por Carrió con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Federal. Así, en cuanto al objeto o tema de la decisión los fallos han sido descalificados por arbitrarios en razón de: 1) omitir considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas, 2) resolver cuestiones no planteadas. En cuanto a los fundamentos del

decisorio, clasifica las causales de arbitrariedad en: A) aquellas que hacen al establecimiento del fundamento normativo entre: 3) las que fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico; o 4) prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o 5) aplican preceptos derogados o aún no vigentes; o 6) dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables; B) en cuanto al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho) entre sentencias que: 7) prescinden de prueba decisiva; o 8) invocan prueba inexistente; o 9) contradicen abiertamente otras constancias de los autos; C) en cuanto al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión, entre sentencias que: 10) hacen afirmaciones dogmáticas que sólo constituyen un fundamento aparente; o 11) incurren en excesos formalistas o rituales; o 12) son autocontradictorias. Finalmente en relación a los efectos del decisorio, han sido descalificadas por arbitrarias aquellas sentencias que: 13) pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes (conf. Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro: “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Ed. Abeledo-Perrot, 1983, Tº I, págs. 57/59).----------De la enumeración expuesta, el agravio entiende que la jueza de grado omitió valorar prueba decisiva consistente en las actuaciones administrativas que menciona. Es cierto que en la sentencia no se analizan las actuaciones administrativas indicadas, concretamente, el dictamen de la Asesoría General de Gobierno del 29/03/22 ni la Disposición N° 73/2022 de la Subsecretaría de Minería del 29/04/22. Sin embargo, y la quejosa lo ha expuesto claramente, tales actos administrativos son esgrimidos por ella a los efectos de acreditar que el camino por el cual el demandado le impide el paso, tiene naturaleza pública y provincial. Y la juzgadora ha fundamentado su decisión en contrario, considerando que se trata de un camino privado, no sólo en el reconocimiento judicial que practicara, donde pudo apreciar carteles que indican que el camino atraviesa propiedades privadas (ver sentencia a fs. 200), sino que además aludió al Dictamen N° 11399-AL-22 del 19/04/22 que también forma parte de las actuaciones administrativas mentadas (ver fs. 125/136 de las mismas), en el cual se afirmó que el camino en cuestión no se encuentra dentro de la Red de Caminos y Accesos Provinciales, por lo que se encuentra fuera de la competencia de la Administración de Vialidad Provincial, haciendo referencia a que se trata de un camino vecinal (ver sentencia a fs. 199 vta., 1er. párrafo). Es de señalar que la Disposición N° 73/22 que cita la quejosa hace referencia a dicho dictamen donde se sostiene que al no encontrarse dicho camino en el marco del Decreto 08/83 que establece los caminos provinciales, Vialidad Provincial no tiene competencia sobre el mismo (ver fs. 149 vta., dos primeros párrafos y fs. 150, pto. f) (la foliatura es la obrante en el expediente administrativo).----------Como consecuencia del análisis de dicho dictamen, la sentenciante siguió razonando que *“…tengo para mí, que “E. Z. de las M.” ni es un camino vecinal, ni es un camino de dominio público que exigiría su creación por medio de la afectación al uso o goce común; es que aquí, no existe (y de existir no se alegó ni probó) algún acto administrativo de*

afectación que se haya realizado respecto a tal camino. A más de lo cual la propia actora en su escrito de demanda, expresamente reconoció que dicho camino fue construido y mantenido por los vecinos de la zona, lo que no significa que sea un camino vecinal que ni siquiera se halla definido en la Ley Provincial XIX N° 11…que los clasifica en nacionales, provinciales y municipales" (ver sentencia a fs. 199 vta., 2do. párrafo).--------

----Es de destacar que la Disposición N° 73/22 que cita la recurrente, transcribe parcialmente el dictamen de Vialidad Provincial donde se alude expresamente que el camino en cuestión no se encuentra en el listado de la red de caminos y accesos provinciales definida por el Decreto 08 del 06/01/1983 (ver fs. 149 vta., 2do. párrafo del expediente administrativo). Es así que no encuentro que el decisorio incurriera en arbitrariedad por omitir valorar ciertas actuaciones administrativas cuando sí se valoraron otras pertenecientes al mismo expediente y que crearon convicción en la juzgadora en el sentido contrario al sostenido por la apelante y por sobre las actuaciones que menciona esta última. Por lo demás, en este agravio, nada se dice respecto a lo argumentado por la jueza en cuanto a la necesidad del dictado de un acto administrativo de afectación del camino en cuestión para que pueda ser calificado como un camino de dominio público.----En síntesis, y más allá del análisis que seguidamente se efectuará al examinar el segundo agravio, concluyo que no ha existido arbitrariedad en el pronunciamiento apelado, por lo que cabe desestimar la queja.----------

----2) En el segundo agravio se objeta la calificación jurídica del camino "Z. de las M." que se efectuara en la sentencia. Para ello señala que la decisión contraviene lo dictaminado por la Asesoría General de Gobierno con cita del art. XIX N° 11, añade que en virtud del art. 3 de la citada ley, no es facultad del accionado colocar cercos y/o alambrados y/o tranqueras sobre el camino en cuestión sino que ello compete a la Dirección Provincial de Vialidad, y que el camino en cuestión es vecinal porque comunica a las propiedades rurales entre sí o da salida a éstas a un camino público de la red vial nacional o provincial. Destaca que la circunstancia de que el camino no se encuentre en la red vial provincial no lo excluye como camino provincial, ya que la enumeración legal no es taxativa. Cita el Código Rural, resalta el error de la jueza en calificar al camino como privado, dado que el mismo no tiene inicio y culminación en la heredad del demandado sino que atraviesa diversas propiedades a lo largo de 50 km. y no sólo es utilizado por las empresas mineras sino también por vecinos del lugar (ver fs. 207 *in fine*/208, pto. III.b).----------

----Como se puede apreciar esta queja versa sobre el carácter jurídico del camino cuyo tránsito genera este pleito. Al respecto cabe comenzar por recordar que el art. 235 del C. Civil y Comercial establece, entre los bienes pertenecientes al dominio público del Estado -ya sea nacional, provincial o municipal-, en su inciso f), ente otros bienes, a los caminos, manteniendo de esa manera la enumeración del art. 2340, inc. 7 del C. Civil. Se ha sostenido que el dominio público del Estado puede ser natural o artificial, y que es dentro de este último donde se enmarca el concepto de "calle", que depende de una creación del Estado y no de la naturaleza. Así, mientras que en el dominio público natural, la determinación de su condición jurídica por la ley constituye al mismo tiempo su afectación

al uso público, en el dominio público artificial es menester la determinación de su condición jurídica por ley, más la creación del bien por la Administración que lo destina al uso público; su afectación a ese uso se realiza por un acto distinto al de su calificación jurídica (conf. Cám. Apel. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 5/7/89, in re: “Llamas de Ciapesoni, Elvira c/ Municipalidad de San Fernando”, DJ, 1990-I-454; Highton, Elena y Wierzba, Sandra, en Bueres-Highton: “Código Civil…”, Ed. Hammurabi, 1997, T°5, pág. 74).----------

----En el mismo sentido se ha sostenido que para determinar la naturaleza de la afectación hay que distinguir entre bienes declarados públicos en su estado natural y bienes declarados públicos pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano. La autoridad competente en nuestro país para establecer el carácter público de un bien -sea natural o artificial- es la Nación, a través de una ley, por cuanto ello implica legislar sobre una cuestión substantiva o de fondo: la atinente a la naturaleza o condición jurídica de las cosas. Y en cuanto a la autoridad competente en nuestro país para afectar bienes al dominio público y a las formas de esa afectación, tratándose de bienes “naturales” la afectación surge del propio acto que establece el carácter dominial del bien, o sea surge de la respectiva ley nacional; en esa clase de bienes, la atribución del carácter público vale automática afectación. Trátase de una afectación *ministerio legis.* Las cosas cambian respecto de los bienes del dominio público “artificial”. La facultad de “crear” tales bienes es local o provincial: consecuentemente, la “afectación” de los bienes que integran el dominio público artificial es una facultad local o provincial, y ello puede efectuarse por ley o por acto administrativo fundado en ley, y aun por acto administrativo autónomo, según las circunstancias (conf. Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, 1992, T°V, págs.178/179).----------

----Sin embargo, la afectación de los bienes públicos artificiales puede surgir de hechos del poder público, así la Corte Suprema lo ha declarado sobre las vías de comunicación, cuando han sido incorporadas al uso y goce común con el asentimiento de las autoridades y de los propietarios desde tiempo inmemorial (conf. Fallos, tomo 149, págs. 71 y 76; y tomo 161, págs. 420 y 426; cit. en Marienhoff, op. cit., ídem, pág. 177). Es así que, siempre siguiendo a Marienhoff, la afectación de las cosas públicas “artificiales”, también puede efectuarse por hechos, siempre y cuando tales “hechos” pueden ser de la Administración Pública. Esos “hechos” pueden ser de diversa índole: desde actitudes asumidas por la Administración, hasta un uso público continuado consentido por ella. Es que, tratándose de bienes públicos “artificiales”, la afectación no tiene formas especiales ni sacramentales: la voluntad de la Administración Pública puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita. Sólo se requiere que la “afectación” sea efectuada por la autoridad competente para realizarla; de lo contrario faltaría el consentimiento válido de la Administración, indispensable en la especie (conf. Marienhoff, op. cit., ídem, págs. 185/186).----------

----La apelante cita la calificación de la Asesoría General de Gobierno con fundamento en los arts. 3 y 5 de la ley XIX N° 11, relativa a la Administración de Vialidad Provincial

(AVP), quien tiene a su cargo todo lo referente a la vialidad provincial (art.1, 3er. párrafo). En efecto, en el referido dictamen (ver fs. 99/101 del Expediente administrativo N° 16933/21), se cita el art. 3, inc. e) que, entre las atribuciones y deberes de la AVP, establece: *"Con respecto a caminos provinciales y otros que por su importancia se determine, le corresponderá resolver lo referente a cierres y cercos frente al camino y fijación de las respectivas líneas de construcción, conforme con las disposiciones de la presente Ley; determinación de zonas no edificables, de acuerdo con futuras necesidades viales; fijar el trazado de líneas aéreas y/o subterráneas de energía, teléfonos, acueductos, gasoductos, otras instalaciones y servicios auxiliares de abastecimiento de automotores"* (ver pto. 2.1 del dictamen). Por su parte en el pto. 2.2 del mismo dictamen se cita el art. 5 de la misma ley que dispone: *"Los caminos dentro del territorio de la Provincia se clasificarán en: a) NACIONALES: que comprenderán a los que actualmente integran la red nacional y a los que se resuelvan incluir en adelante. B) PROVINCIALES: Integrarán la red de caminos provinciales todos los caminos no comprendidos en los incisos a) y c). Dentro de los mismos se establecerá el sistema principal de caminos provinciales complementarios del sistema troncal nacional. C) MUNICIPALES: Que serán exclusivamente aquellos cuyo traslado se desarrolla total e íntegramente dentro de las jurisdicciones municipales, excepto los que integran la red de caminos nacionales y provinciales, aún cuando atravesaren dichas jurisdicciones (excluida la zona urbana)".* En dicho dictamen, y en base a la normativa citada, se señaló que la categoría de camino vecinal o rural no integra la normativa provincial, que se trata de un resabio del viejo Código Rural aplicable a los territorios nacionales (pto. 2.2). Asimismo se agregó que el camino "Z. de las M." es alcanzado por las previsiones del inc. e) del art. 3 de la citada ley, en el sentido que corresponde a la AVP resolver lo referente a cierres y cercos frente al camino en virtud de la clara y consentida importancia que éste tiene (pto. 2.3), y más adelante se hizo referencia a la afectación de los bienes de dominio público artificial mediante "hechos" y entre éstos se encuentra el uso público, continuado, siempre que ese uso cuente con el asentimiento de la administración, manifestado en forma expresa o tácita (pto. 3.3). Es así que se dictaminó que el reclamo administrativo del aquí demandado, en pos de un canon que las empresas mineras debieran abonar, no podía tener acogida, como consecuencia de la traza del camino de dominio público de tiempo inmemorial sobre los predios (pto. 3.5).----------

----En base a dicho dictamen, aunque no exclusivamente, la Subsecretaría de Minería emitió la Disposición N° 73 del 29/04/22, rechazando la pretensión de C. tendiente a obtener una contraprestación económica por la utilización del camino denominado "Z. de las M." (ver fs. 152 vta., art. 1 de la parte resolutiva, del expediente administrativo). Ahora bien, en el mismo expediente administrativo, la AVP informó que el camino en cuestión es vecinal, y que no integra la red de caminos provinciales definida y nomenclada en el decreto 08 del 06/01/83 (ver fs. 126/vta. del citado expediente administrativo). Asimismo, siempre en las mismas actuaciones administrativas, la Asesoría Legal de la AVP emitió el Dictamen N° 11399-AL-22, en el cual señaló que al estar el camino en cuestión fuera

de la Red de Caminos y Accesos Provinciales, se encuentra fuera de su competencia, que dicha competencia no es difusa, y que en todo caso resultaría necesario proceder a la contratación, confección y registro de los Planos de Mensura tendientes a la expropiación de los predios afectados al trazado, todo lo cual requiere una causa fundante de utilidad pública, lo que no puede explicarse en la existencia de desacuerdos económicos sobrevinientes entre los superficiarios (ver fs. 136 del expediente administrativo).----------

----De este último dictamen, se infiere que la autoridad competente en material vial, consideró exigible la expropiación de los predios que atraviesa el camino previa declaración de utilidad pública, lo cual evidentemente importa la debida indemnización a los propietarios respectivos (art. 17 de la Const. Nacional, art. 20 de la Const. Provincial y Título IV de la ley I N° 45). Es así que habré de coincidir con el Dr. Walter en que el camino en cuestión no reviste la condición de público, ni integra el dominio público provincial, ya que ni la Asesoría General de Gobierno (conf. art. 1 de la ley I N° 266), ni la Subsecretaría de Minería dependiente del Ministerio de Hidrocarburos (decreto 796/2020) son competentes para determinar la calificación jurídica del camino en cuestión.----------

----La recurrente cita asimismo los arts. 31 y 33 del Código Rural, sin embargo se trata de normas pertenecientes al Código Rural de la Provincia de Buenos Aires (decreto-ley 10081/83). En todo caso se podría inferir que se quiso hacer referencia al art. 31 del Código Rural (ley 3088 del 14 de agosto de 1894) que establecía: *“Queda absolutamente prohibido cerrar, obstruir o desviar un camino abierto al servicio público, sin el permiso de la autoridad competente”.* En ese caso es obvio que se trata de una norma que no se encuentra vigente, ya que como se expresa en el dictamen de la Asesoría General de Gobierno, nuestra provincia obtuvo la condición del tal en virtud de la ley 14408 (art. 1, inc. b).----------

----Se podría esgrimir, a favor de la posición de la apelante, que el camino en cuestión resulta afectado al dominio público como consecuencia de un “hecho” de la autoridad competente, en este caso como expresión tácita de su voluntad, por el uso público desde tiempos inmemoriales, o al menos desde antes de la provincialización del territorio del Chubut. Sin embargo ello no es así, ya que el referido dictamen de la Asesoría Legal de la AVP -autoridad competente-, expresamente adujo que, en todo caso, debía procederse a la expropiación de los fundos atravesados por el camino. Y mucho menos podría considerarse que existe un consentimiento de los propietarios. Es que amén de la falta de consentimiento del demandado, dicha parte adjuntó un acuerdo de servidumbre minera entre la actora y los propietarios de un predio vecino, por el cual la amparista pactó, el 21/05/18, el pago de $ 300.000 anuales como monto indemnizatorio por el derecho de servidumbre de tránsito (ver fs. 51 vta./52, cláusula cuarta). Dicho acuerdo fue ratificado por los titulares dominiales, Sres. J. en sus declaraciones testimoniales que fueran valoradas por la jueza de grado (ver sentencia a fs. 201, 1er. párrafo). A ello debe sumarse, la orden de compra emitida por la actora a nombre de J. M. J., en concepto de

servidumbre de paso (ver fs. 53). Los testigos J. manifestaron que el acuerdo se mantiene aunque no hay un contrato escrito y que las tranqueras están abiertas en la semana y se cierran los fines de semana, y que el “Z. de las M.” es un camino que se encuentra dentro de propiedades privadas al que no toda persona tiene acceso.----------

----Esto último revela que la postura de la actora se contradice con la anterior conducta que la misma tuviera con los Sres. J., como lo puntualiza el Dr. Walter, siendo de aplicación, en este aspecto, la doctrina de los actos propios. Debe recordarse que la doctrina de los “actos propios” no es meramente una doctrina, sino que debe ser ubicada entre los “principios generales del derecho”, y como tal, para el derecho argentino, es un principio general, de los referidos indeterminadamente por el art. 15 del C. Civil -hoy art. 2 del C. Civil y Comercial-. El contenido de la locución “acto propio” importa que la conducta de un sujeto, producida en un campo cierto y deslindado de relaciones jurídicas, autoriza el rechazo de sus pretensiones ulteriores -o de sus argumentos propuestos en justicia- cuando el resultado de ellas o la construcción lógica de éstos provoque una situación calificable racionalmente como contradictoria con el sentido objetivamente atribuible a aquel proceder (conf. Alberti, Edgardo M. (prologador) en “Doctrina de los actos propios”, Manuales de jurisprudencia de La Ley, 1986, págs. XXIII/XXIV). Tal lo sostenido por el suscripto en el antecedente de esta Sala “B”, SDL Nº 12/2010 del 13/04/10, entre otros.----------

----Esto último se aduna con el reconocimiento judicial producido en autos el día 05/07/22, en el cual la magistrada interviniente pudo constatar diversos carteles con la leyenda “propiedad privada”, atravesando diversas tranqueras. El art. 483 del CPCC prevé este medio de prueba, que importa una percepción sensorial directa del juez respecto de lugares, cosas o personas para determinar su estado, condiciones o características. Más allá de la discusión doctrinaria acerca de si es o no un medio de prueba, lo cierto es que si sobre las partes pesa, con todas sus consecuencias, la carga de probar sus afirmaciones, no resulta legítimo privarlas, por el solo e inconsulto arbitrio judicial, de la posibilidad de producir el reconocimiento. Amén de ello, la postura que lo considera un medio de prueba ha encontrado eco en la jurisprudencia (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 2, págs. 534/535).----------

----En consecuencia de todo lo expuesto en este considerando, he de arribar a la misma conclusión que la jueza de grado en cuanto a que el denominado “Z. de las M.” es un camino privado, por lo procede rechazar este segundo agravio.----------

----3) En tercer lugar la quejosa aduce que se han violado sus derechos constitucionales a la libre circulación de tránsito y de ejercer industria lícita, lo que refuerza con cita de normas del Código de Minería y de la ley provincial XVII N° 10, que en su art. 1 establece: *“Declárase de interés provincial la exploración, explotación e industrialización del caolín utilizado para la industria del papel, cerámica y pinturería, cementos especiales, plaguicidas y todas las actividades conexas a tales objetivos”* (ver fs. 208 vta./209 vta., pto. III.c).----------

----Los derechos al libre tránsito y al ejercicio de industria lícita están reconocidos en los arts. 14 de la Constitución Nacional y 18, incs. 6 y 11 de la Constitución Provincial. El punto a dirimir aquí es si tales derechos pueden ser ejercidos por la actora en colisión con el derecho de propiedad que esgrime el demandado, el que también es de rango constitucional (conf. art. 17 de la Const. Nacional y 20 de la Const. Provincial). Al respecto cabe considerar que el derecho de propiedad es un derecho competitivo, ya que a diferencia de otros derechos que no rivalizan mucho, el derecho de propiedad rivaliza con todos aquellos derechos cuyo ejercicio requiere el uso de recursos sobre los que se puede ejercer propiedad. Así, el derecho a la vida de un andinista perdido en la montaña en el medio de un temporal, cuya única posibilidad de salvación es ingresar en la propiedad de un tercero en búsqueda de lumbre, calor y refugio, compite frontalmente con el derecho de propiedad de ese tercero. En segundo lugar, el derecho de propiedad es, a diferencia de otros derechos, plural. Este rasgo determina que cuando el derecho de propiedad compite con otros derechos no es nada fácil determinar qué derecho debe tener prioridad o, en el caso que se trate de una competencia entre derechos de propiedad de distintos sujetos, qué sujeto debe prevalecer. El derecho de propiedad, a diferencia del derecho a la igualdad y el derecho a profesar libremente una religión, es valorativamente plural, en el sentido de que su regulación es la consecuencia de más de una razón, principio o valor justificatorio. La justificación de la propiedad no puede hacerse en todos los casos invocando el mismo valor. Así, a veces protegemos la propiedad por la necesidad de proteger la vida (cuando protegemos la propiedad como medio de la supervivencia física); otras veces porque nos importa la autonomía (cuando concedemos derechos sobre los bienes que necesitamos para llevar adelante cualquier plan de vida que podamos endosar); otras veces porque nos importa la privacidad (cuando protegemos la propiedad que define nuestra identidad personal); otras veces porque nos interesa proteger la dignidad (cuando protegemos como propiedad el derecho al producido del trabajo), y finalmente, otras veces por razones utilitarias, como cuando nos interesa hacer posible un modo de producción e intercambio de bienes que consideramos funcional para generar más bienes que con los otros sistemas de producción e intercambio (conf. Rosenkrantz, Carlos: “El derecho de propiedad en el nuevo código civil y comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, “Claves del Código Civil y Comercial”, págs. 116/117).----------

----A su vez las restricciones al derecho de propiedad pueden tener distintos objetivos y, por lo tanto, distinguirse según qué es lo que con esas restricciones se quiere realizar. Así se distinguen tres tipos diferentes de restricciones. Primero, restricciones al derecho de propiedad que pretenden obtener lo que Rosenkrantz ha llamado “objetivos propios del sistema de propiedad”. Las servidumbres, por ejemplo, son este tipo de restricción en tanto buscan hacer compatible el mejor ejercicio del derecho de propiedad de distintos sujetos a efectos de que la propiedad de todos sea más valiosa para todos. En general, hemos asumido que las servidumbres son restricciones aceptables al derecho de

propiedad. En segundo lugar se hace alusión a las restricciones que, como las restricciones que las leyes de concursos imponen a los acreedores extracontractuales para cobrar sus respectivos créditos a efectos de conservar la empresa en marcha, tienen por objetivo facilitar el funcionamiento del sistema productivo y que, el autor ha llamado, naturalmente “objetivos del sistema productivo”. En tercer lugar, se ha caracterizado a otras restricciones que tienen objetivos de bienestar general y que naturalmente también, Rosenkrantz ha llamado “objetivos de bienestar general”. Así, por ejemplo, las restricciones impuestas por las servidumbres administrativas aceptadas por todos los sistemas jurídicos no son instrumentos al servicio del mejoramiento del sistema de propiedad ni del sistema productivo, sino que son mucho más generales en tanto pretenden mejorar, de modo directo o indirecto, las condiciones de vida de una sociedad (conf. Rosenkrantz, op. cit., ídem, págs. 118/119).----------

----Como consecuencia de este análisis, se esgrimen cuatro reglas de resolución de conflictos que el derecho de propiedad puede enfrentar. Primera regla: el derecho de propiedad de un individuo prevalece a menos que su restricción o limitación legal o reglamentaria no implique una desnaturalización del derecho y produzca efectos beneficiosos profundos y extensos para todo el sistema de propiedad que de algún modo compensen *ex ante* a todos los propietarios incluso al propietario individual restringido. Segunda regla: el derecho de propiedad prevalece a menos que su restricción legal o reglamentaria no implique una desnaturalización del derecho y produzca beneficios más importantes y más extensos para el sistema productivo que aquellos que justificarían la misma restricción en aras de un comparable mejoramiento del sistema de propiedad. Tercera regla: el derecho de propiedad prevalece a menos que su restricción o limitación legal o reglamentaria no implique una desnaturalización del derecho y produzca beneficios más importantes y más extensos para el bienestar general que aquellos beneficios que producirían similares restricciones que se justificaran por su efecto beneficioso para el sistema productivo. Cuarta regla: el derecho de propiedad siempre prevalece cuando su restricción tiene por objetivo otorgar un beneficio a una persona determinada. Estas reglas también indican que cuanto mayor es la restricción que se pretende justificar refiriéndose a cada una de ellas, mayor debe ser el beneficio que reportan para el sistema de propiedad, para el sistema productivo o, más generalmente, para el bienestar general (conf. Rosenkrantz, op. cit., ídem, págs. 119/120).----------

----En la especie, es claro que no se está frente a la primera regla, ya que el tránsito libre que reclama la actora por la propiedad del demandado en nada lo beneficia, por el contrario, lo perjudica ya que su propiedad se desvaloriza sin obtener una compensación como contrapartida. Podríamos decir que la actividad minera de la actora reporta beneficios apara el sistema productivo, por lo que estaríamos frente a la segunda regla, pero en ese caso la justificación de la restricción al derecho de propiedad debe ser muy fuerte, y no exenta de compensación para el propietario restringido.----------

----Ahora bien, la solución a este tipo de conflictos, la prevé el art. 2166 del C. Civil y Comercial que consagra el instituto de la servidumbre forzosa, estableciendo que *“Nadie*

puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa. Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías. Si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente. La acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible".----------

----La servidumbre de tránsito es una de las más antiguas modalidades de este gravamen, se trata de una servidumbre coactiva (no voluntaria), lo que la caracteriza por su inderogable necesidad y estrecha dependencia de los presupuestos legales, fundándose en el interés de los particulares o en la utilidad pública. Es menester que se trate de un inmueble "sin comunicación suficiente con la vía pública". Por ende, no es necesario que no tenga comunicación alguna, sino que no sea suficiente. Importa tanto el encerramiento físico de la heredad como el encerramiento funcional, esto es, relacionado con la índole de la explotación que se desarrolle en el predio dominante, la que exigiría otra vía de salida, más acorde con aquella función, más apropiada a la satisfacción de las necesidades económicas de aquel inmueble. Si el dueño del fundo sirviente -en este caso el demandado- no colabora o no acepta la servidumbre, el interesado puede demandarlo para imponerla, pero obviamente, el titular del fundo sirviente tiene derecho a una indemnización. Si no hay acuerdo con el titular del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente (conf. Kiper, Claudio, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director): "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° X, págs. 23/24).----------

----Es decir que la amparista tiene a su alcance la acción para imponer la servidumbre al demandado y en caso de que no exista acuerdo respecto de la indemnización, la misma deberá ser fijada judicialmente. Al respecto también cabe recordar que la onerosidad de la servidumbre se presume legalmente (conf. art. 2170 del C. Civil y Comercial). Es que la servidumbre implica una afectación a la libertad del derecho de dominio, que se presume exento de cargas. Si esta libertad se restringe, cabe suponer que es a cambio de un precio en dinero, es lo que sugiere el sentido común, o lo que suele ocurrir en la generalidad de los casos. Por tal motivo, este artículo sienta esta presunción de onerosidad, si bien es una presunción *iuris tantum,* y pesará sobre el titular del fundo dominante la prueba de lo contrario (conf. Kiper, op. cit., ídem, pág. 32). Al respecto resulta sintomático que no sólo no existe prueba en contrario de la onerosidad, sino que lo abonado a los Sres. J. la refuerza, a lo que debe añadirse que el demandado siempre exigió el pago de un canon, de acuerdo a las actuaciones administrativas ya mencionadas (ver fs. 01/vta.), y carta documento de fs. 43 vta. , sin que fuera desconocida por la actora a fs. 83, pto. 2.----------

----A la luz de lo expuesto, también postulo el rechazo de este tercer agravio.----------

----4) En cuarto lugar la recurrente entiende que se violó el principio de congruencia por cuanto la jueza se explayó acerca de la protección ambiental, dado que el derecho ambiental de los propietarios no ha sido objeto del amparo, sino que el tema debatido es el derecho a transitar y proseguir con la actividad productiva por parte de su mandante (ver fs. 209 vta./210 vta.,pto. III.d). Cabe manifestar que, en efecto, la juzgadora de origen efectuó consideraciones relativas a la protección del ambiente -básicamente fauna y flora-, señalando que la misma constituye una parte integral del proceso de desarrollo económico (ver sentencia a fs. 201 vta., último párrafo/202, 1er. párrafo).----------

----Al respecto es de recordar que el principio de congruencia, tal como lo definió alguna vez Guasp, importa la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones y teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila en cuanto delimitan ese objeto (conf. aut. cit., “Derecho procesal civil”, Madrid, 1956, p. 555, nº 4, ap. III; conf. cita en SCBA, Ac. y Sent., 1975, p. 56, DJBA, v. 106 p. 173). La decisión, por consiguiente, debe ser con arreglo a las acciones deducidas, resolviendo los temas sometidos a su juzgamiento en los términos en que ha sido trabada la relación procesal, con prescindencia de toda defensa que se haya planteado con posterioridad (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1971, v. II, p. 635; DJBA, v. 95, p. 57). En el mismo orden de ideas se ha sostenido que cuadra subrayar que una de las garantías del debido proceso consiste en el límite que tiene la judicatura de no introducir alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa; por ello la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativo a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez. Es cuando se supera este marco de operatividad que se produce el quebrantamiento del principio de congruencia (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1971, v. 9, 1978, v. II, p. 210; DJBA, v. 94, p. 29; v. 118, p. 108; v. 120, p. 387). En similar sentido se concluyó que al principio de congruencia, base de nuestro ordenamiento jurídico adjetivo, que se deriva a su vez del sistema dispositivo, puede definírselo como la conformidad que ha de existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Y la praxis judicial ha expresado en torno al mismo, que las sentencias judiciales deben atenerse a la situación que existía al momento de trabarse el debate, resolver con arreglo a las acciones deducidas en el juicio, pronunciarse sobre todo lo que piden las partes y nada más que sobre lo que piden, decidir las peticiones concretas, encuadrarse en el marco de los hechos y pretensiones precisas que se hayan traído a conocimiento y resolución del órgano, y guardar correspondencia con la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa (conf. CN. Civ., Sala A, 11/8/75, LL, 1976-A-265; ídem., Sala B, 11/10/76, LL, 1977-D581; ídem, Sala C, 13/11/79, ED,

87-407; entre muchos otros).----------

----Lo cierto es que las consideraciones efectuadas por la juzgadora, con relación a la protección del medio ambiente, se expusieron “a mayor abundamiento” (ver sentencia a fs. 201 vta., último párrafo), es decir que no constituyeron el argumento medular de su decisión, el que transitó por la condición jurídica del camino en cuestión. Es así que se trató de un *obiter dictum* y no del *holding* del pronunciamiento. Es que el *holding* y la *ratio decidendi* fueron definidos como una decisión tomada por un juez con racionalidad considerada suficiente para resolver las cuestiones planteadas por las partes en un caso y que se valora como necesaria para justificar como carácter de norma individual el fallo que resuelve el caso. En cambio, el *obiter dictum* es una proposición jurídica contenida en una decisión judicial que no es parte del *holding.* Es una opinión sobre una cuestión de derecho que puede ser adoptada o no y se refiere a cuestiones colaterales del caso en cuestión, lo que no significa que si es adoptada por las decisiones de los tribunales inferiores pueda ser considerada por éstos como relevante para decidir cuestiones en otros casos (conf. Fayt, Carlos S: “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y Holdings. Casos trascendentes”, Ed. La Ley, 2004, pág. 205).----------

----En síntesis, el agravio se dirige a confutar un razonamiento de la jueza que no resulta dirimente para la solución del caso, por lo que también acuerdo en su desestimación.----

----5) Por último, la apelante objeta que en el fallo impugnado se afirmó que el perjuicio sufrido por su parte es una mera alegación, existiendo falta de acreditación de dicho tópico, cuando probó la actividad productiva que desarrolla y que la única forma de transportar el material mineral necesario para continuar con la misma, es mediante el tránsito de la propiedad del demandado (ver fs. 210 vta./211, pto. III.e). Esta queja ya ha recibido condigna respuesta en el considerando tercero, en cuanto, sostuve que el derecho de ejercer industria lícita y de transitar de la actora se ve compatibilizado con el derecho de propiedad del demandado a través del instituto de la servidumbre de tránsito, habiéndome explayado acerca de la necesidad de que las partes acuerden una indemnización al respecto o que la amparista recurra judicialmente de conformidad con lo prescripto por los arts. 2166 y 2170 del C. Civil y Comercial.----------

----En consecuencia de lo expuesto, también concordaré en el rechazo de esta última queja.----------

----II.- A la luz de las razones expuestas, corresponde confirmar el fallo apelado en todo en cuanto ha sido materia de agravios, con imposición de costas a la actora apelante perdidosa (conf. art 17 de la ley V N° 84).----------

----En lo que se refiere a la regulación de honorarios por lo actuado en esta sede, teniendo en cuenta el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas, encuentro ajustado a derecho, establecer los del letrado apoderado de la actora, Dr. P. O. A., en la suma equivalente a 11 Jus, incluyendo el plus por mandato, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 8, 13, 35 y 46 del arancel; y leyes 23349 y 23871).----------

----En virtud de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto por la AFIRMATIVA.----------

L MONTENEGRO
E REFUERZO
MARA

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Guillermo N. Walter expresó:----------

----Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde: ---------

----1) CONFIRMAR la Sentencia definitiva n° 40/2022 en todo aquello que fuera materia de agravios. ----------

----2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora. ----------

----3) REGULAR los honorarios correspondientes a esta sede a favor del Dr. P. O. A. en la suma equivalente a 11 JUS.----------

----Tal mi voto.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Aldo L. De Cunto dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Walter, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------

----Así lo voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 274 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR la Sentencia definitiva n° 40/2022 en todo aquello que fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora. ----------

----REGULAR los honorarios correspondientes a esta sede a favor del Dr. P. O. A. en la suma equivalente a 11 JUS.----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

GUILLERMO NICOLÁS WALTER
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

----**REGISTRADA BAJO EL N°____017_____DEL AÑO 2022 – SDC – CONSTE**.-------

PRISCILA ABIGAIL MONTENEGRO
SECRETARIA DE REFUERZO
DE CAMARA