



Zapala, tres 3 de Mayo de 2023.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "**COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/ NOGUEIRA MARCELO GABRIEL S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**", Expte. N. 78603/2022, del Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Zapala, que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de la ciudad de Zapala, dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, venidas a la Sala II integrada, integrada por el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. Alejandra Barroso, a efectos de resolver el recurso de apelación deducido, y;

CONSIDERANDO:

La **Dra. Alejandra Barroso** dijo:

I.- Llegan a conocimiento de esta Sala las presentes actuaciones por recurso de reposición y de apelación (a todo evento) interpuesto a fs. 32/33vta. del presente legajo por el demandado, contra el resolutorio obrante a fs. 14/16, de fecha 29 de diciembre de 2022, por el cual la magistrada interviniente encuadra la petición del actor como medida autosatisfactiva con fundamento también en los arts. 1708, 1710 y ccdtes. del CCyC, y ordena que el Sr. Marcelo Gabriel Nogueira se abstenga de impedir y/o perturbar el derecho de paso, en la forma indicada y con la amplitud que establece en los considerandos, bajo caución juratoria.

La sentenciante no hace lugar al recurso de reposición y concede la apelación en relación y con efecto devolutivo confiriendo traslado del memorial (fs. 45), providencia que llega firme por no haber sido cuestionada por ninguna de las partes.



II.- A.- Al fundar su recurso el apelante refiere antecedentes del caso, con cita del art. 5 de la Ley 3016 que transcribe (ley de trashumancia).

Señala que de la lectura del certificado de dominio del lote 15 Sección XV no existe ninguna registración de callejón ni restricciones a su dominio. Afirma que en consecuencia la intromisión que se resuelve en el decisorio apelado constituye un delito al derecho de propiedad privada, y le provoca un daño económico irreparable.

B.- Sostiene que la medida impuesta resulta nula porque la mención de la Ley de Arreos no justifica la apertura de una tranquera que forma parte de su propiedad privada, y que se le obliga a mantener abierta.

Afirma que no incumplió ninguna norma o resolución emanada de la autoridad de aplicación. Que las obligaciones a cargo de la Provincia del Neuquén establecidas en la Ley N° 3016, recién con su cumplimiento se tendrán los mecanismos de exigir medidas. Que en esta Provincia desde el año 1983 se dedica a la explotación pecuaria con constancias de avance del Estado Provincial en su propiedad privada.

Destaca que en la demanda incoada se expresa que no existe Callejón de arreos en los términos de la Ley 3016, sino que se utiliza ese paso por su propia voluntad y se denomina Callejón Nogueira. Que la huella del Callejón de Arreo Huarenchenque tuvo su origen en la denominada Planta de Agua Mineral y el Arroyo Huarenchenque, no por su tranquera.

Reitera conceptos ya vertidos.

Aduce que frente a los reiterados incumplimientos de la Provincia del Neuquén para establecer un Callejón sobre su propiedad, se vio obligado a resguardarla, que su alambrado

perimetral fue destruido por algunos veranadores con el riesgo que dejan la tranquera abierta y la salida de sus animales a la Ruta provincial N° 21.

Afirma que conforme a lo contemplado en las Leyes N° 3016 y 1934 no existe en su propiedad la huella de arreo, ni servidumbre o estructura destinada a tal fin, con el agravante que el sector que indica no lo puede aprovechar para producción porque el Estado Provincial le ha cortado el acceso de agua.

Sostiene que la Provincia del Neuquén resulta responsable por omisión, y es quien debe proteger a la accionante.

Refiere que ha recurrido al fuero penal, y que no resulta cierto que se ha retirado de la mesa de diálogo.

Solicita que la provincia de Neuquén acuerde en un Convenio la construcción del Callejón, la instalación de agua en el potrero que impide el brebaje de la hacienda con fecha de culminación de tareas. Ofrece prueba.

III.- Corrido el pertinente traslado el mismo obra contestado a fs. 46/47 vta.

En primer lugar la accionante solicita se declare desierto el recurso presentado y subsidiariamente se rechace el mismo.

Sostiene que no se identifican de manera clara los agravios por parte de la demandada, y no cumple con los requisitos del art. 265 del Código ritual.

Afirma que en la resolución cuestionada no hay elementos ni gravedad que amerite su revocación.

Expresa que no se encuentra en duda que el lugar donde pasa el callejón de arreo es de propiedad del Sr. Nogueira, que ello surge

del acta obrante acompañada y que no fuera cuestionada por el demandado.

Dice que ha sido el Sr. Nogueira quien ha autorizado de manera total y voluntaria la utilización de parte de su propiedad para el callejón de arreo. Que no menor es el hecho de que el acta mencionada es anterior a la sanción y relevamiento del callejón de arreo, que es anterior a la ley, y lo que ha hecho la Ley N° 3016 ha sido un reconocimiento formal a algo acordado por las partes.

Manifiesta que el hecho de que deba ser registrado como servidumbre administrativa no es algo que corresponda a la comunidad sino al titular. Destaca que no se advierte que la demandada haya realizado los pedidos y/o trámites necesarios.

En cuanto al final del punto "Primero", señala que no es clara la apelante en cuanto al daño que dice sufrir, la causa que lo genera, su cuantificación y quién sería responsable del resarcimiento.

En relación al punto "Segundo", indica que la resolución que hace lugar a la medida no se funda únicamente en la Ley 3016 sino en la prueba documental aportada, que no ha sido cuestionada ni impugnada por la accionada. Que la orden de apertura de la tranquera no sólo ha sido dispuesta en los presentes autos sino también en el expediente administrativo.

En cuanto a los incumplimientos que puedan recaer sobre el gobierno provincial, ello no es fundamento para proceder a llevar adelante una medida de fuerza, poniendo en riesgo la circulación por la ruta provincial, ya que ante el cierre de la tranquera, los animales deben permanecer a la vera de la ruta.

En relación a las consecuencias de la apertura de la tranquera el demandado no es claro en cuanto a si los veranadores pertenecen o no a la comunidad y no precisa el daño.



Dice que el incumplimiento por el Gobierno Provincial y las medidas directas tomadas por la demandada terminan perjudicando a esa parte.

En cuanto a la legitimación que plantea sostiene que la legitimación de la Comunidad Mapuche Mellao Morales surge del acta firmada por el demandado, y tal decisión no ha sido rectificada por ningún medio.

Por último asevera que incurre en un error la demandada al decir que en el fuero penal le han dado resolución favorable, indicando lo acontecido en tal trámite.

Solicita se declare desierto el recurso y eventualmente se rechace.

IV.- Por una cuestión lógica, he de expedirme en primer lugar con respecto al ofrecimiento de prueba contenido en el escrito recursivo.

Teniendo presente la forma de concesión del recurso, lo cual como dije llega firme, resulta improcedente su análisis en esta Alzada (art. 275 del CPCyC), por lo que corresponde rechazar ese planteo en esta instancia.

V.- A) Ingresando en el análisis de la cuestión materia de recurso, considero que el memorial contiene, aunque mínimamente, una crítica concreta y razonada de las partes del decisorio que la apelante estima equivocadas (art. 265 del CPCC), con las salvedades que expresaré puntualmente.

Pondero esta cuestión con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme, a la luz del principio de congruencia (art. 8 ap. 2 inc. h. del Pacto de San José de Costa Rica).



En este aspecto, entiendo que el derecho al recurso integra las garantías del debido proceso (art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos) las cuales son aplicables en todos los procesos sin importar la materia de que se trate (cfr. jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva n. 18 del 17/9/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124, entre otros).

Estas garantías procesales deben servir como pautas interpretativas de lo dispuesto en los códigos de procedimiento, entre ellos los arts. 265 y 266 del CPCyC, en tanto reglamentan esas garantías constitucionales.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta esta dimensión constitucional del procedimiento (civil o laboral) con fundamento en las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN y arts. 27 y 58 de la Constitución de la Provincia de Neuquén).

B) Conforme surge de la causa, el actor promueve medida autosatisfactiva, resolviéndose la misma por la sentenciante, con cita de los arts. 1708, 1710 y ccdtes. del CCyC, además de las pertinentes normas procesales, pretorianas en todo caso, todo conforme surge de la resolución obrante a fs. 14/16.

En la demanda se solicita se decrete medida autosatisfactiva contra el Sr. Nogueira Marcelo Gabriel a los fines de que proceda a abrir la tranquera que se encuentra en el ingreso del callejón de arreo así como toda otra tranquera que se ubique en el trayecto del mismo y que la Comunidad utiliza cada año para ir a la veranada como para volver hacia la invernada. Solicita se notifique a la autoridad de aplicación de la Ley 3016, y se indica que la época en que la Comunidad Mapuche Mellao Morales utiliza el callejón es desde la segunda quincena del mes de diciembre de cada año hasta finales de marzo, principios de mayo de cada año.

En su decisión la a quo ordena que el Sr. Marcelo Gabriel Nogueira se abstenga de impedir y/o perturbar el derecho de paso en



la forma que se indicara y con la amplitud establecida, requiriéndose caución juratoria al pretendiente.

La Sra. jueza de grado para resolver favorablemente la pretensión, considera que los requisitos son parecidos a los de una cautelar, pero en lugar de verosimilitud en el derecho se exige una "fuerte probabilidad" de contar con un derecho, y considera que este extremo se haya acreditado con las constancias documentales allegadas a fs. 5/7.

Valora que, en cuanto al peligro en la demora, tratándose de autosatisfactivas el requisito radica en el "peligro de sufrir un daño actual o inminente", sosteniendo que la situación dañosa surge evidente, pues al impedirse el paso de los animales, éstos no pueden alimentarse en el lugar de destino y la espera prolongada ante los alambrados provoca mortandad por hambre y sed. Indica que tal forma de ganadería es la principal actividad económica de muchas familias de la comunidad Mellao Morales, y la mortandad de sus animales representa un daño económico cierto y considerable.

Así, la sentencia entiende que la pretensión gira en torno al derecho de paso que el actor alega titularizar en ejercicio de la actividad de ganadería trashumante por el callejón de arreo que atraviesa el campo del Sr. Nogueira, derecho que resulta impedido en su ejercicio por el demandado, y que ese impedimento genera para el actor menoscabos de orden patrimonial actuales.

Se funda la procedencia de la demanda en que se acreditan sumariamente los requisitos de la medida autosatisfactiva peticionada: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, y se ofrece caución juratoria.

Se citan igualmente como fundamento las normas procesales y las disposiciones del CCyC en sus arts. 1708, 1710 y ccdtes.

C) En orden a la pretensión de medida autosatisfactiva, he de indicar que se encuentra dentro de lo que la moderna doctrina ha denominado como Procesos Urgentes no cautelares, donde el único interés que motiva al justiciable es el de remover situaciones de urgencia, no pretendiendo, ni deseando promover pretensión

principal alguna posterior, y donde el factor tiempo posee implicaciones especiales llegando a provocar un perjuicio irremediable. Es decir, se trata de un instituto procesal que resulta ser una mezcla entre el proceso cautelar, el procedimiento monitorio y la sentencia anticipada que procura rescatar lo mejor de cada una de estas figuras: lo expeditivo de lo cautelar, el contradictorio que puede promover la parte requerida (que es propio del monitorio), y la premura en satisfacer las legítimas apetencias de los justiciables sin recurrir a un juicio posterior, que es característica de la sentencia anticipada (cfr. Bacre, "Medidas Cautelares: Doctrina y Jurisprudencia", Ed. La Rocca", págs. 576/9).

Como lo señala Peyrano, es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento; destacándose que no constituye una medida cautelar (cfr. Jorge W. Peyrano, "Medidas Autosatisfactivas", Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, págs.13 y 27).

En tal sentido se ha sostenido: "Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica

extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas". (Conclusiones acerca del tema del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Corrientes, 1997); Op. Cit., pág.28).

D) 1.- Ingresando concretamente al estudio y análisis de las quejas traídas, destaco en primer lugar que llega firme a esta instancia el trámite dado en el origen a la pretensión

También llega firme, lo determinado en la sentencia, en tanto se enuncia que la parte actora no persigue el reconocimiento de un derecho de propiedad, ni una posesión, ni se cuestiona el derecho de propiedad del accionado sobre el campo en cuestión, sino que lo demandado es el ejercicio del derecho de paso durante el tiempo que demore el transcurso de la trashumancia, lo cual no ha sido controvertido por la actora, siquiera mencionado, al contestar agravios, sin perjuicio de invocar en su demanda otros argumentos e invocar normativa constitucional nacional y provincial y precedente de esta Alzada en los autos: "Comunidad Paineo c/ Empresa Bosque Andino S.A. s/ interdicto de recobrar, Exp. 9862/10, de esta Cámara Provincial de Apelaciones con competencia en la III a la V Circunscripciones Judiciales, OAPyG de Zapala.

Igualmente señalo que se ha reconocido tácitamente por el demandado, atento no introducir controversia al respecto en su escrito recursivo, que ha procedido a colocar un candado en la tranquera, o al menos, que impide el libre paso de los miembros de la comunidad hacia la veranada y su regreso por dicho paso que atraviesa su propiedad.

2.- En este marco teórico y fáctico, adelanto que considero que el recurso no puede prosperar, conforme seguidamente expongo.

Pondero que la jueza de grado ha argumentado la decisión luego de considerar acreditados los requisitos de procedencia de la medida autosatisfactiva y ha invocado también los arts. 1708 y 1710 del CCyC, lo cual no ha sido debidamente cuestionado por el apelante. Tan es así que con respecto a la normativa citada ha guardado silencio.



Se puede observar que en los agravios no se advierte suficientemente cuestionado el análisis efectuado por la magistrada en el origen respecto a que se encontrarían acreditados los requisitos para el despacho favorable de la medida solicitada como respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial, como tampoco el recurrente rebate los fundamentos supra referenciados, como dije.

Concretamente, la única referencia que puede considerarse una crítica a los requisitos de procedencia, en su caso la verosimilitud del derecho, es lo alegado por el apelante en orden a lo dispuesto en la ley 3016 y la falta de constitución de una servidumbre administrativa.

Sin embargo, ello resulta insuficiente, ya que no contradice con argumento alguno que sirva para refutar adecuadamente el razonamiento de la a quo al considerar que, el requisito de la "fuerte probabilidad" de contar con un derecho se haya acreditado con las constancias de fs. 5/7, de lo cual el recurrente nada dice.

Este elemento tenido en cuenta y valorado por la sentenciante para fundar el primer requisito de procedencia, no fue ni mencionado por el apelante, con lo cual, llega firme a esta instancia esa conclusión (art. 265 del CPCC).

En orden al segundo requisito de procedencia, esto es el peligro en la demora, que la a quo funda en que, al impedirse el paso de los animales estos no pueden alimentarse y la espera prolongada provoca mortandad por hambre y sed, siendo esta ganadería la actividad principal de muchas familias de la comunidad, tampoco ha sido ni mínimamente refutado, diría, ni siquiera lo ha mencionado en su escrito recursivo (art. 265 del CPCC).

Por su parte, analizados los extremos en los que se fundamenta la petición de la autosatisfactiva, entiendo que los mismos resultan procedentes para confirmar su concesión, y que en el caso ha requerido de inmediata solución al impedirse el paso de los



animales y espera prolongada de los mismos ante los alambrados, con el peligro y daños que ello conlleva.

Señalo especialmente que el recurrente discurre en una línea argumental alejada de los fundamentos de la sentencia que pretende se modifique, ello en tanto invoca la situación del lote, las obligaciones pendientes del Estado Provincial y los daños que estas omisiones le producirían, cuando en rigor de verdad lo que tenía que desvirtuar era al daño actual que su proceder le producía a la comunidad actora y no los daños que el propio accionado dice sufrir por el supuesto actuar de terceros y otras supuestas responsabilidades que expone, lo que, en todo caso, debe canalizar por la vía pertinente.

VI.- Por lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar el recurso interpuesto a fs. 32/33vta. y confirmar la resolución apelada obrante a fs. 14/16 en cuanto ha sido materia de agravios, con costas al recurrente perdidoso (art. 68 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad procesal correspondiente (art. 15 de la LA). **Mi voto.**

El **Dr. Pablo G. Furlotti** dijo:

Que comparto los fundamentos y conclusiones del voto que precede y adhiero al mismo. **Mi voto.**

Por ello, constancias de autos, de conformidad a la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso interpuesto a fs. 32/33vta. y confirmar la resolución apelada obrante a fs. 14/16 en cuanto ha sido materia de agravios, con costas al recurrente perdidoso (art. 68 del CPCC), de acuerdo a lo considerado.



II.- Diferir la regulación de honorarios de alzada para la oportunidad procesal correspondiente (art. 15 de la LA).

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, archívese.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara