TOMO CXXXV - INTERLOCUTORIO
REGISTRO N° 18.465
FOLIO N° 182/188
PROT. ELECT. A101 38 I.231

Río Gallegos, 09 de marzo de 2023.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: "Gorra Blanca S.A. en autos: 'Gorra Blanca S.A. c/Estancia Los Huemules S.A. y Otra s/Servidumbre' s/Incidente de medida cautelar", Expte. N° 3.357/2021/I (19.607/22), venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, comercial, Laboral, de Minería y de Familia N° Uno, secretaría Civil, con asiento en la ciudad de El Calafate, al Acuerdo para resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes al acuerdo para resolver sobre la procedencia del hecho nuevo denunciado por la parte demandada PE780390-2023 (C.V.: hh1acb).-

Refiere la parte sobre la oportunidad en la que ha tomado conocimiento del hecho que denuncia y sostiene que: "...en la presente temporada (2022/2023) la actora comercializó normalmente a través de Agencias Mayoristas, Minoristas e inclusive directamente por la web, la mencionada excursión desde una ruta o sendero alternativo al paso que reclama dentro de la propiedad de mi mandante, que no afecta de modo alguno ni menoscaba patrimonialmente a mi representada al ser íntegramente realizada por fuera de su fundo. En efecto, conforme da cuenta la publicación que hemos certificado por Notario Público, la firma FITZ ROY EXPEDITIONS S.A., a partir de enero de 2023 (o quizás antes) viene realizando habitualmente dicha excursión, por ende resultan falsos y caen por su propio peso, todos los argumentos y fundamentos

esgrimidos por la actora con relación a un supuesto perjuicio económico que le ocasionaba no contar con esa servidumbre para concretar dicho emprendimiento comercial y turístico.".-

Afirma que no se encuentran reunidos los requisitos para otorgar el derecho de fondo y que: "...aparecen inexistentes la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, invocados por la recurrente "Acompaña documental que acreditaría que la excursión denominada "ICE TREKING CAGLIERO" se encuentra en plena etapa de comercialización, por intermedio de su operador FITZ ROY EXPEDITIONS S.A." y que: "...las actividades turísticas se pueden realizar íntegramente en la estancia Gorra Blanca, no siendo necesario que los turistas transiten aproximadamente 10.860 mts al final de cada jornada, por el predio de mi representada.-".-

El traslado, es contestado al PE791256-2023 (C.V.: jdagxb).-

II.- Esta Cámara advierte que con la denuncia de "hecho nuevo" la demandada y la actora al contestar se refieren a cuestiones que exceden el limitado marco cognoscitivo de la medida cautelar que este Tribunal tiene que resolver.-

Por lo tanto, más allá de su presentación y sustanciación en Cámara esta incidencia debe ser resuelta por el juez de primera instancia, en el proceso principal, que, justamente, se encuentra en el período de producción de pruebas, respetando el ámbito de decisión original con amplio debate y bilateralidad.-

El hecho nuevo alegado y su consecuente pedido de agregación de prueba documental en esta instancia resultan improcedentes.-

III.- Corresponde a continuación evaluar la cuestión de la medida cautelar solicitada por la parte actora.-

A conocimiento de esta Excma. Cámara, viene el recurso de apelación interpuesto por la parte actora al PE658313-2022, (C.V.: 8tnxo3) contra la resolución del 26 de septiembre de 2022 (PE418654-2022, C.V.: kf6ww8), que rechazó la medida cautelar solicitada.-

IV.- Se realizará un raconto de los hechos planteados a fin de poder generar un marco fáctico de las cuestiones a tratar.-

Gorra Blanca S.A. -en el marco de la acción de servidumbre, solicita una nueva medida cautelar de tránsito provisional entre el portón de acceso a la Estancia Los Huemules sobre la ruta provincial n° 23, a través de los fundos sirvientes hasta la ribera norte de la Laguna del Diablo dentro del predio de su propiedad, discriminada según se trate de temporada alta o baja que tenga vigencia hasta tanto se resuelva la pretensión de fondo y que tal resolución cause estado.-

Alega que su fundo carece de comunicación suficiente con la vía pública, que la accionada le ha negado el paso a través de su predio, que no existen motivos de conservación del medioambiente que incidan en el uso de los senderos existentes, "...que el límite a la capacidad de carga que ha establecido ella misma para los senderos es puramente arbitrario desde el punto de vista técnico por ser anterior al estudio de las condiciones de base ambientales.".-

Refiere a un nuevo contrato celebrado entre su parte y la empresa Fitz Roy Expeditions S.A., el que le daría -alega- "...un nuevo interés directo y económicamente apreciable,..." que implicaría necesariamente que se otorgue un efectivo y regular acceso a la estancia para poder trabajar, ya que de otro modo resultaría imposible la generación de cualquier otra actividad.-

Afirma que el peligro en la demora está dado por el hecho de que su parte no puede ingresar a su propio campo, por carecer de "...acceso suficiente

a la vía pública en los términos del artículo 2166 del Código Civil y Comercial...".-

Se explaya sobre la estacionalidad de los servicios turísticos, refiriendo que las ganancias generadas durante la temporada alta (verano) permiten sostener los costos de la temporada baja y que el tiempo que no pueda acceder a prestar los servicios turísticos provoca un perjuicio irrecuperable.-

Insiste en el esfuerzo que implica instalar en el mercado un producto como el que ofrece su parte.-

Alude al peligro cierto de pérdida de los puestos de trabajo de quienes laboran en su estancia, concluyendo que "La imposibilidad de acceder al campo de GORRA BLANCA S.A. implica la de no poder realizar actividad turística, y ello impacta decidida e irremediablemente en los propietarios, empleados, proveedores y clientes de FITZ ROY EXPEDITIONS S.A.".-

Propone un cronograma de ingresos según se trate de temporada alta (meses de octubre a abril, ambos inclusive) o temporada baja (mayo a septiembre); de si se trata de un ingreso con visitantes o no y si tienen por finalidad transportar carga.-

Peticiona que: "Para el caso en que el alcance solicitado no sea compartido por V.S., solicitamos que en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 205 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz, disponga la medida con las modificaciones que estime eficaces.".-

Se explaya sobre la diferencia entre la pretensión de fondo y la cautelar solicitada en esta oportunidad, ofrece caución juratoria, pero, para caso de diverso criterio de la magistratura solicita se fije una caución real ecuánime de tal modo que no se frustre el objetivo.-

Realiza reserva del caso federal y solicita se admita en forma

urgente la medida cautelar solicitada.-

V.- En primer lugar hay que señalar que las medidas cautelares tienen carácter provisional en sentido amplio, no solo porque subsisten mientras duren las circunstancias que las determinaron (cfr. art. 203 del C.P.C. y C.), sino porque siempre el acreedor y/o el deudor pueden pedir la ampliación, mejora o sustitución para cumplir la función de garantía (acreedor) o para evitar perjuicios mayores (deudor) (cfr. art. 204 del C.P.C. y C.).-

En la mayoría de las legislaciones procesales argentinas (e incluso extranjeras) el despacho favorable de una medida cautelar depende de la coexistencia de sus dos presupuestos básicos: el peligro en la demora y la verosimilitud en el derecho.-

Por un lado, el temor fundado y grave de que el derecho reclamado pueda resultar afectado por el paso del tiempo en la espera de la sentencia definitiva, y por el otro, la existencia de un "derecho verosímil".-

Pero ¿Qué es un derecho verosímil? Calamadrei enseñaba que para juzgar si un hecho es verosímil o inverosímil, recurrimos, sin necesidad de una directa investigación histórica acerca de su verdad en concreto, a un criterio de orden general ya adquirido precedentemente mediante la observación de *quod plerumque accidit* (lo que ocurre con frecuencia): puesto que la experiencia nos enseña que hechos de aquella misma categoría ocurren normalmente en circunstancias similares a las que se observan en el caso concreto, se infiere de esta experiencia que también el hecho en cuestión se presenta con la apariencia de ser verdadero; y por el contrario, se concluye que es inverosímil cuando, aun pudiendo ser, parece, sin embargo, en contraste con el criterio sugerido por la normalidad. Agrega luego que el juicio de verosimilitud no aguarda a las representaciones probatorias del hecho a probar: se basa, antes de la indagación

en concreto, en una máxima de experiencia que atañe a la frecuencia con que en la realidad se producen hechos del tipo alegado.-

Podemos señalar para concluir este punto que la narración del hecho cautelar será verosímil si en ella aparecen las características habituales de la vida real, si se respeta el rango propio de los personajes, se explican las causas de los acontecimientos, se señala que aparentemente hubo ocasión para cometer los hechos y se muestra que las circunstancias eran favorables, el tiempo suficiente y el lugar oportuno para los hechos que se narran; si los hechos se ajustan a la índole de los participantes, la opinión pública y los sentimientos de los oyentes.[1].-

El proceso judicial siempre es el desafío entre partes antagónicas acerca de la ocurrencia histórica de los hechos. La postulación de los hechos se procesa a través de una muy compleja polifonía narrativa de versiones en pugna[2].-

Esto significa que hay una diferencia sustancial entre lo verosímil como contraste entre pretensión cautelar y normalidad de los sucesos y lo verdadero (prueba, evidencia). En todo caso, lo verosímil proyecta una apariencia de verdad. La idea de verosimilitud se relaciona con la verdad, pero solo en términos de apariencia o similitud, y no de identidad.-

La verosimilitud es una cualidad que funciona bajo parámetros muy distintos: ella se relaciona únicamente con la mera posibilidad de que lo afirmado pueda corresponderse con una hipótesis real o plausible (con total independencia de que en el caso particular la aserción sea o no verdadera) y juzgado ello no sobre la base de pruebas y evidencias concretas que tiendan a

---

[1] cfr. CALVO GONZALEZ, José, Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud. Publicado en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 15/2007, pp. 1-22 (http://www.uv.es/CEFD/15/calvo.pdf).

[2] cfr. CALVO GONZALEZ, José, Proceso y Narración, Teoría y práctica del narrativismo jurídico, Palestra, Lima, Perú, 2019, ps. 57/58.

demostrar -en mayor o menor grado- la existencia del hecho enunciado sino exclusivamente con relación al conocimiento generalizado que se posee sobre la forma en que las cosas suceden normalmente, de ordinario, según el curso usual de los acontecimientos[3].-

También lo verosímil puede pensarse como un juicio de probabilidad con relación a los diversos aspectos que componen el reclamo y este juicio de probabilidad no se realiza en términos de apariencia entre lo que se alega y el conocimiento general sobre la normalidad de las cosas (como ocurre con la verosimilitud stricto sensu) sino mediante una evaluación crítica de los elementos de prueba que al momento del pedido cautelar hubieren sido aportados o producidos, y que dependerá del grado de confirmación que esa evidencia arroje con relación a la hipótesis de hecho que sostiene la tutela cautelar pretendida.-

La verosimilitud como juicio de apariencia tiene una dimensión preponderantemente subjetiva dado que la procedencia de la medida cautelar estaría dada por un convencimiento interno del juez derivada del contraste entre las narraciones unilateralmente efectuadas por quien pide la medida y los cánones de "normalidad" del juzgador. Esto supone un problema en el marco de cualquier teoría de la decisión judicial.-

La verosimilitud en el derecho como un juicio de probabilidad, en cambio, permite objetivizar el análisis del juez, brindando un marco de referencia más sólido para la justificación o motivación de la decisión adoptada (contexto de justificación superior).-

Se trata aquí de una tarea judicial que implica un estudio sobre el cual subyace un estándar de prueba atenuado. Es un estándar de prueba en razón

---

[3] cfr. MARINO, Tomás, Qué es -y qué no es- la verosimilitud en el derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, https://www.academia.edu/14415367/Qu%C3%A9_es_y_qu%C3%A9_no_es_la_verosimilitud_en_el_derecho?auto=download&email_work_card=download-paper

de que establece un piso o nivel mínimo de comprobación de una hipótesis de hecho que se vincula a una cierta pretensión formulada en un proceso judicial (que implica, como tal, un juicio de probabilidades); y es un estándar de tipo atenuado puesto que, a diferencia del juicio de mérito subyace en el dictado de la sentencia definitiva (contando el juez con la totalidad de la prueba producida) el análisis cautelar muy frecuentemente se realiza en contextos de déficit de información, ya sea por falta de evidencia (porque aun no se abrió la causa a prueba, y solo se ha producido la documental o la información sumaria) o bien por falta de narrativas alternativas en caso que no se haya trabado la litis).-

Luego de esta breve introducción de las ideas de apariencia y probabilidad, analizaremos sus implicancias en el caso concreto.-

Ya dijimos que la verosimilitud como apariencia tiene un aspecto negativo ya que la decisión cautelar se fundaría en la idea que el juez tenga de la normalidad de los acontecimientos que expresan las narrativas antagónicas de las partes.-

Esto supone -como dijimos- un problema en el marco de la teoría de la decisión judicial. El juez debería ser un identificador de los consensos básicos de la sociedad y no quien decide sobre la base de sus propias convicciones de la vida[4].-

Sin perjuicio de esto, si analizamos nuestro caso en términos de apariencia surgen claramente características habituales de la vida real propia de las relaciones de vecindad entre distintos fundos que tienen una historia común, con acuerdos previos basados en la colaboración mutua en el contexto de vecindad (acuerdos de mero paso previos al conflicto), respetando el rango propio de

[4] Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luís, Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 407.

todos los participantes (las sociedades involucradas, los propietarios, las distintas actividades turísticas en desarrollo).-

Este respeto del rango propio de todos los participantes es, de alguna manera, el nudo del problema. ¿Por qué? Básicamente porque existen conflictos al menos de intereses económicos que involucran a los distintos participantes.-

Pero hubo un tiempo en que las circunstancias del acuerdo fueron favorables y los hechos se ajustaron -razonablemente- a la índole de los participantes. Esta circunstancia puede interpretarse como normalidad de la vida, por lo menos hasta el surgimiento del conflicto y de cierta ruptura de relaciones entre los participantes.-

Entonces, la pretensión cautelar sería simplemente una restauración de la normalidad de la vida, entendida como idea de vecindad como colaboración mutua, que el conflicto y el proceso judicial terminaron por suprimir.-

La experiencia parecería enseñarnos, parafraseando a Calamandrei, que hechos de aquella misma categoría (el mero paso producto de la vecindad) ocurren normalmente en circunstancias similares a las que se observan en el caso concreto y es posible inferir de esta experiencia que también el hecho en cuestión se presenta con la apariencia de ser verdadero.-

Pero, no nos quedemos simplemente en lo aparente y analicemos la verosimilitud como probabilidad. Para ello, como dijimos, debemos realizar un análisis atenuado de la prueba, un piso o nivel mínimo de comprobación de la hipótesis de hecho que se vincula a una cierta pretensión formulada en un proceso judicial (que implica, como tal, un juicio de probabilidades).-

Sabemos que el proceso se encuentra en la etapa probatoria pero,

aclaración mediante, no vamos a valorar pruebas específicas del proceso principal en desarrollo, sino las narrativas de las partes, la prueba documental acompañada con la demanda y la contestación, ciertos croquis y animaciones y, por supuesto, la inspección ocular realizada por esta Cámara in situ.-

Con este análisis atenuado de la prueba podemos realizar un juicio de probabilidad con las siguientes conclusiones:

a). La existencia de acuerdos entre las partes de servidumbre de paso previos al conflicto que invitan a pensar -preliminarmente- en la necesidad del camino a través de estancia Los Huemules y que, en materia cautelar, funciona para establecer verosimilitud como juicio de probabilidad.-

b). El reconocimiento de las partes respecto que resulta significativamente diferente el tránsito por una zona de valle que por una de montaña por razones impuestas por la propia naturaleza.-

c). En forma provisional surge que Gorra Blanca no tendría hoy comunicación *suficiente* con la vía pública (cfr. art. 2166 del C.C. y C.N.) y esto claramente influye en la explotación turística económica que pretende desarrollar (derecho a ejercer toda industria lícita, art. 14 de la Constitución Nacional).-

d). No estamos diciendo que Gorra Blanca S.A. no pueda desarrollar ninguna actividad turística sin el derecho de tránsito por Los Huemules S.A., sino que esta actividad se ve limitada a ciertas condiciones que fueron explicitadas en la inspección ocular con implicancias claras en materia económica.-

e). Podemos señalar que la servidumbre de tránsito (o el derecho al mero paso reclamado) estaría fundada en razones de necesidad y no de mera comodidad de Gorra Blanca S.A.-

f). La medida cautelar no debe confundirse con la acción de

fondo. Una cosa es realizar un juicio provisional con un análisis probatorio atenuado a los fines de evaluar una medida cautelar de tránsito provisional con contenido económico y, otra cosa muy distinta es juzgar respecto de una servidumbre forzosa con potencialidad de constituir un derecho real. No hay que realizar -en este marco cautelar- una análisis exhaustivo -como sostiene la jueza de primera instancia (PE418654-2022, C.V.: k6ww8) sino uno circunstancial, provisorio que está sujeto a cambios, incluso a su extinción.-

g). En este contexto entendemos que se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho cautelar de Gorra Blanca S.A., así como el peligro en la demora que está íntimamente relacionado a la explotación turística por temporada y a la necesidad de organización y planeamiento previo en base al recurso que se pretende comercializar.-

h). Esta Cámara entiende las implicancias que tiene el proyecto de Los Huemules S.A. en su resistencia al derecho de paso. Entiende la privacidad que el proyecto inmobiliario pretende para los propietarios, así como los esfuerzos realizados en la apertura y mantenimiento de los caminos en el marco de un plan de manejo de la reserva provincial privada.-

i). En este sentido, esta cautelar quizás no sea la mejor solución pero es la única posible en este momento y de acuerdo a los derechos en disputa en materia puramente provisional.-

j). Quizás la mejor solución no esté en el Poder Judicial sino en el poder de negociación, de diálogo y acuerdo de los participantes. No son participantes sin recursos (económicos, educativos, de formación, proyectivos, legales, de historias de vida). Tampoco son participantes que no tengan intereses comunes (ej. en materia ambiental hay coincidencias profundas que esta Cámara celebra).-

Por lo tanto, esta Excma. Cámara entiende que corresponde revocar la providencia identificada mediante PE418654-2022, C.V.: k6ww8, decretando la medida cautelar de tránsito provisional entre el portón de acceso a la Estancia Los Huemules sobre la ruta provincial N° 23 a través de los fundos sirvientes hasta la ribera norte de la Laguna del Diablo, dentro del predio propiedad de Gorra Blanca S.A., con el alcance previsto en el punto 2.4 del escrito que solicita la medida cautelar (lugares de ingreso y tránsito, cantidad de visitantes durante los meses de temporada turística y los diferentes ingresos con sus frecuencias, horarios, pago del derecho de ingreso, no obligatoriedad de la charla informativa y no afectación de potestades del Consejo Agrario Provincial, ni de ningún otra autoridad pública nacional o provincial), por el plazo de 1 (año).-

Asimismo, corresponde fijar una caución real de $2.000.000.-

Atento el modo en que se resuelve, corresponde imponer las costas de esta instancia al vencido (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.) y diferir la regulación de honorarios profesionales correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior (cfr. art. 24 de la ley N° 3330).-

Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

1°) Rechazar el tratamiento del hecho nuevo denunciado por la demandada en esta Cámara, el que deberá ser resuelto por el señor Juez de primera instancia interviniente.-

2°) Revocar la providencia identificada mediante PE418654-2022, C.V.: k6ww8.-

3°) Decretar la medida cautelar de tránsito provisional entre el

portón de acceso a la Estancia Los Huemules sobre la ruta provincial N° 23 a través de los fundos sirvientes hasta la ribera norte de la Laguna del Diablo, dentro del predio propiedad de Gorra Blanca S.A., con el alcance previsto en el punto 2.4 del escrito que solicita la medida cautelar (lugares de ingreso y tránsito, cantidad de visitantes durante los meses de temporada turística y los diferentes ingresos con sus frecuencias, horarios, pago del derecho de ingreso, no obligatoriedad de la charla informativa y no afectación de potestades del Consejo Agrario Provincial, ni de ningún otra autoridad pública nacional o provincial), por el plazo de 1 (año).-

4°) Fijar como contracautela una caución real de $2.000.000, en los términos y condiciones del art. 200 del C.P.C. y C.-

5°) Imponer las costas de esta instancia al vencido y diferir la regulación de honorarios profesionales correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior.-

6°) Regístrese y notifíquese y devuélvase.-

Atento existir conformidad de opiniones se suscribe la presente conforme lo establece el art. 44 de la Ley N° Uno (texto según Ley N° 2345).-

CARLOS E. ARENILLAS
PRESIDENTE

DIEGO LERENA
JUEZ

Ma. CARLOTA GUTIERREZ MEYER
SECRETARIA