Bien del dominio público municipal. Afectación. Desafectación. Improcedencia.

A y S, tomo 33, pág. 236/253

En la ciudad de Santa Fe, a los 11 días del mes de junio de dos mil trece, se reunieron en acuerdo los señores Jueces de la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1, doctores Alfredo Gabriel Palacios y Federico José Lisa, con la presidencia del titular doctor Luis Alberto De Mattia, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "NICOLA, Jorge Alberto contra COMUNA DE CAMPO PIAGGIO sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expte. C.C.A.1 n° 34, año 2010). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto?; SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente?; TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea doctores Palacios, Lisa y De Mattia.

A la primera cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Palacios dijo:

I.1. El señor Jorge Alberto Nicola deduce recurso contencioso administrativo contra la Comuna de Campo Piaggio tendente a obtener la declaración de invalidez de la resolución n° 62/10, sus actos anteriores confirmados, y, en definitiva, de la decisión adoptada por la demandada de disponer el corrimiento de alambrados para abrir un "supuesto camino público" en el inmueble rural que alega poseer; y, en consecuencia, se declare la "existencia y plenitud del derecho" que le asiste.

Relata que el 9.10.2007 el Presidente de la Comuna de Campo Piaggio lo intimó a fin de obtener el corrimiento de alambrados supuestamente ubicados sobre una calle pública; que "frente a dicho avasallamiento y para resguardar todo tipo de peligro, hacia terceros y/o cosas", efectuó denuncia penal ante la Comisaría de López, originando el expediente 1251/07 en trámite por ante el Juzgado Correccional de la Quinta Nominación de esta ciudad.

Explica que respondió a la intimación mencionada el 10.10.2007, "negando la legitimación activa, por carecer la Comuna de título como tampoco de posesión"; que el 18.1.2010 la Administración comunal le remitió carta documento para que en el plazo de cinco días corriese los alambrados de su propiedad, invocando "erróneamente" encontrarse enclavados sobre camino público, en las fracciones A y D, según plano de mensura n° 19.545.

Dice que contra dicha decisión, el 24.1.2010, interpuso recurso de reconsideración (artículo 165, ley 2439) "fundándolo en la falta de resolución por la Comisión Comunal, ni estar firmada ésta -la notificación cursada- por el Secretario de la Repartición- incumpliendo el art. 35 de la norma citada que de modo alguno puede ser suplido por un dictamen no vinculante"; y que "esencialmente se ratifica que el pretendido camino rural, nunca fue tal, ni fue afectado al dominio público, como que tampoco se observa uso público efectivo y actual".

Señala que la Comuna de Campo Piaggio, a través de la citada resolución n° 62/10, rechazó el recurso intentado, invocando que no se encuadra en el artículo 165 de la ley 2439 por no existir resolución, ni revestir el acto impugnado carácter de acto administrativo, adjudicándole calidad de preparatorio.

Advierte que "nada aduce [la demandada] respecto a la falta o inexistencia de ordenanza comunal, debidamente constatado ello por

Oficial Público-Escribano...”.

Refiere a la admisibilidad del recurso, expresando que la resolución comunal no cumplimenta con la ley 12.071, y que, no obstante ello, se encuentra agotada la vía administrativa.

Precisa que “se trata de un acto impugnable, regido por la ley 2756, y actividad de facto, lesiva, de un modo directo y actual, de un derecho subjetivo e interés legítimo emergente de ese ordenamiento, siendo definitivo, o al menos deciden el fondo del asunto impidiendo la continuación del debate (art. 3, ley 11.330)”; y que el recurso se funda en un vicio de ilegitimidad del acto administrativo.

Añade que “tampoco se trata de un acto de administración o al menos con apariencia de tal, por su contenido y con las pecularidades del caso, dado que no se observa la intervención de la Comisión Comunal...”; que “tampoco se trata de un acto reglamentario pero que la Administración demandada pretende que lo sea, ya que se invoca por el ente demandado el carácter de poder de policía”; y que en definitiva es “un acto asimilable a un decreto-ley, o de necesidad y urgencia, absolutamente inaceptable en el ámbito comunal”.

Argumenta -en síntesis- que se encuentran reunidos todos los requisitos que hacen a la admisibilidad del recurso.

En cuanto a la procedencia de su reclamo, invoca el artículo 17 de la Constitución nacional en cuanto protege el derecho de propiedad y prescribe que la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada; y con respecto a que tampoco es exigible servicio personal alguno sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.

Asegura que “la posesión pacífica” del inmueble “que viene recibida de sus antecesores” implica “una incorporación a su patrimonio”.

Aclara que si bien la Comuna entiende que la porción de inmueble en cuestión es un camino público, y que, “pese a figurar en los registros catastrales como tal”, nunca fue utilizado con ese fin, “no recordando ningún vecino del lugar que haya existido alguna vez un camino público en el mismo”; y que nunca fue declarado de utilidad pública, expropiado y menos indemnizado.

Manifiesta que si alguna vez hubiera existido un camino, ha quedado desafectado, convirtiéndose en un bien susceptible de ser poseído por particulares; y que para afectarlo al dominio público y disponer del mismo el ente público debe recurrir al procedimiento legal pertinente.

Destaca que en el informe catastral agregado a las actuaciones penales se indica la existencia en los planos de un camino por el lado oeste del inmueble; que “para nada se intentó ubicar ni modificar su traza etc., lo que hace sospechar la intención persecutoria y discriminatoria del accionar comunal”; y que “no se tiene noticias que se hubiera expropiado a su anterior propietario esa parte del inmueble, ni que éste lo haya donado a la Comuna, y mucho menos que se hayan efectuado similares gestiones para indemnizar [sus] derechos de posesión”.

Niega la existencia de una norma que imponga la afectación cuestionada.

Efectúa numerosas citas de jurisprudencia y doctrina vinculadas -básicamente- al dominio público y al poder de policía del Estado; y refiere al control judicial de los actos de la Administración.

Resalta que la apertura del supuesto camino que se pretende efectivizar causaría inundaciones en su propiedad y en la de otros

vecinos, derivados de la construcción de cunetas y el curso de las aguas pluviales, las cuales -dice- carecen de salida en su lado sud por la inexistencia de un puente ferroviario que permita el trasvase de las mismas.

Solicita -en suma- se declare procedente el recurso interpuesto, con costas.

2. A foja 132/vto. el actor denuncia hecho nuevo, consistente en que la Comuna demandada le notificó una resolución mediante la cual se dispuso el corrimiento de los alambrados de su propiedad por personal comunal.

Expone que recurrió tal decisión; y pide que se tenga "por ampliada la demanda, en cuanto se formula reserva de la cuestión constitucional para el hipotético e improbable supuesto de una resolución adversa".

3. Declarada la admisibilidad del recurso (f. 143), comparece la Comuna de Campo Piaggio (f. 149) y contesta la demanda (fs. 162/169 vto.)

Interpreta que la pretensión del recurrente abarca la impugnación de las resoluciones n° 62/10 y 63/10.

En cuanto a la primera, indica que por ella se rechazó el recurso intentado por el actor contra la intimación efectuada por la Comuna, con base en lo dispuesto en el artículo 165 de la ley 2439, en razón de no encontrarse atacada ninguna resolución de la Comisión Comunal; y que la mencionada intimación no puede considerarse *per se* un acto administrativo, sino que tiene carácter de "acto preparatorio".

Sostiene que para "emplazar o intimar" a un particular a realizar una determinada conducta, que *prima facie* aparece como ajustada a derecho y en ejercicio de su poder de policía, no necesita del dictado de una resolución previa; y que "la recurrente, al exigir la existencia de una ordenanza cae presa de un error conceptual, cual es el de confundir una ordenanza con una resolución".

Rechaza que deba anularse la intimación cursada por no estar suscripta por el Secretario de la Comuna; lo expresado por el actor en torno a la ley 12.071; y que sea aplicable al caso la ley 2756.

Con relación a la resolución n° 63/10, dice que el señor Nicola interpuso recurso de reconsideración contra la misma; y que el trámite pertinente se encuentra suspendido y aún pendiente de resolución, concluyendo que la vía administrativa no se encuentra agotada.

Reconoce que "ha omitido efectivamente la notificación con arreglo a la ley 12.071, con lo cual también el recurso incoado podría devenir en formalmente inadmisible por no agotamiento de la vía administrativa".

Considera que, no obstante ello, "declarar ahora la inadmisibilidad del recurso, reenviando las actuaciones a sede administrativa a los efectos que el recurrente agote dicha instancia implicaría un abuso manifiesto de formalismo, perjudicando en este caso tanto al administrado como a la Administración por cuanto redundaría, atento a los antecedentes de la causa, en un nuevo proceso en esta sede contenciosa produciendo un desgaste jurisdiccional inaceptable".

Requiere, en consecuencia, que este Tribunal resuelva la cuestión de fondo, pese a los argumentos vertidos con respecto a la inadmisibilidad del recurso.

Luego de una detallada negativa y bajo el título "la verdad de los hechos", expone que como consecuencia de las precipitaciones

ocurridas en marzo de 2007, las cuales produjeron anegamientos en Colonia Belgrano, López y Campo Piaggio, autoridades comunales y productores de la región solicitaron asistencia técnica al Ministerio de Asuntos Hídricos de la Provincia "a los efectos de evaluar la situación existente"; que por dictamen 3.9.2007 se aconsejó "ejecutar la limpieza de la cuneta oeste del camino interdistrital que fuera aprobado junto con el estudio del canal Piaggio y que aún no se ejecutó..."; y que le encomendó la realización de un relevamiento topográfico a efectos de determinar con exactitud el lugar donde debían realizarse los trabajos de drenaje para un mejor escurrimiento de las aguas hacia los canales principales.

Agrega que era menester efectuar tales obras "sobre el camino público objeto del litigio hasta el canal principal de Piaggio"; que "personal de la Comuna constató personalmente el cerramiento, -mediante el corrimiento de los alambrados perimetrales-, del camino público situado sobre el lado oeste de las fracciones -lotes A y D- de propiedad del Sr. Jorge Alberto Nicola, lo cual impidió la prosecución de las obras hidráulicas mencionadas"; y que, en consecuencia, se intimó al recurrente mediante carta documento a fin de que efectúe el corrimiento de los alambrados.

Aduce que ante la negativa expresa del actor de cumplir con lo requerido, "en uso de sus facultades y poder de policía, el Presidente comunal, junto con personal de la Comuna, se constituyó en el lugar a los efectos de habilitar el camino público para la prosecución de la obra hidráulica"; y que las máquinas facilitadas por el Ministerio de Asuntos Hídricos se encontraban "paradas sin poder continuar las obras".

Expresa que el recurrente radicó denuncia penal el 17.10.2007 con motivo del accionar de la Comuna; que el Juez Penal, "atento al cúmulo de prueba producida en donde [se] afirma que el camino es público (en especial los informes de la Dirección de Catastro provincial)", se le inició al señor Nicola una causa por "usurpación y resistencia a la autoridad"; y que el 5.2.2010 "se dicta resolución ordenando el archivo de las actuaciones por entender Su Señoría que no se configuró delito penal alguno".

Con respecto a "la verdad del derecho", afirma que la porción de inmueble en disputa es sin duda alguna un bien perteneciente al dominio público del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2340, inciso 7), del Código Civil; y transcribe los artículo 11, 45 -inciso 1)- y 47 de la ley 2439.

Entiende que la afectación como bien de dominio público de la porción del bien inmueble propiedad del actor "se produce mediante un acto administrativo expreso de la Provincia de Santa Fe [...] que tiene su origen en la fundación misma de 'la Colonia y Pueblo Ernesto Piaggio'"; y que a través del duplicado del plano de mensura n° 190 del Departamento San Jerónimo, en el mes de agosto de 1891, se creó el trazado de la comunidad conocida actualmente como "Campo Piaggio".

Puntualiza que, posteriormente, mediante el plano de mensura n° 19.545, se describe que "...las fracciones lindantes entre sí (lote A y D), en su lado oeste, se encuentran separadas de camino público por medio, con un ancho de veinte metros, con la fracción lote 2 del plano de mensura nro. 50.544..."; que las dos fracciones de campo lindantes -lotes A y D- son de propiedad del recurrente, respecto de las cuales "perfectamente se deja establecido que su límite es el camino público en cuestión".

Asevera que "así también queda establecido en la escritura de donación de fs. 12 [...] donde claramente al aceptar que le fue

otorgada, [el actor] acepta en los mismos términos la existencia del camino público".

Arguye que "este tipo de afectación (mediante acto administrativo) no necesita acto formal alguno, ya que la afectación viene determinada por los propios fines de uso o servicio público a los que estén destinados los bienes. De esta forma la mera aprobación de determinados instrumentos (urbanísticos, proyectos de obras y servicios) constituye de por sí el propio acto de afectación. Una vez aprobado el instrumento de planeamiento por parte de la autoridad urbanística respectiva (catastro), ese camino ya se encuentra vinculado (afectado) automáticamente al dominio público".

Remarca que el camino no ha sido desafectado como bien público, en razón de que si bien el mismo actualmente no es transitable, "lo es porque se encuentra cerrado y ocupado ilegítimamente por el Sr. Nicola".

Cuestiona que el camino en cuestión se encuentre en "desuso", pues "siempre fue utilizado para escurrimiento de aguas pluviales a través de sus cunetas".

Subraya que, aun cuando bien puede ser desafectado de "hecho" del dominio público -citando doctrina relacionada-, el actor no ha acreditado la correspondiente conformidad de la autoridad competente para que ello suceda, ni mucho menos que se haya tramitado el procedimiento administrativo pertinente.

Recuerda el carácter de imprescriptible del inmueble en cuestión; y observa que el recurrente "no paga impuesto o tributo alguno, más usa y goza ilegalmente una cosa ajena en su propio provecho (pastura para sus animales) en desmedro de un interés superior perteneciente a toda la comunidad".

Introduce la cuestión constitucional y pide -en síntesis- se rechace el recurso interpuesto, con costas.

Abierta la causa a prueba (f. 172), y producidas las que constan en el expediente, alegan las partes sobre el mérito de la causa (fs. 244/249, 252/255, 280/vto. y 281/282).

Dictada (f. 283) y consentida la providencia de autos, queda la presente en estado de ser resuelta.

4. De conformidad al artículo 23, inciso a) de la ley 11.330, corresponde emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso.

Aun cuando la Comuna de Campo Piaggio solicita que este Tribunal resuelva directamente la cuestión de fondo, pese a los argumentos por ella vertidos con relación a la inadmisibilidad de la demanda, es preciso igualmente realizar algunas consideraciones al respecto.

En lo atinente a la impugnación de la resolución n° 62/10 (fs. 71/72 de las actuaciones reservadas en copia certificada para estas actuaciones; fs. 7/8 de autos), la demandada señala que el cuestionamiento del señor Nicola se rechazó en razón de no verse atacada ninguna resolución emanada de la Comisión Comunal; y que la mencionada intimación cursada al actor a fin de que proceda al corrimiento de su alambrado (f. 81 de las act. adm. cit.; f. 5 de autos) no puede considerarse *per se* un acto administrativo, sino que tiene carácter de "acto preparatorio".

Tal argumento no puede atenderse.

Para así decidir, cabe destacar que, más allá de la naturaleza de la "intimación", el actor razonablemente pudo entender que se encontraba basada en una decisión previa de la Administración comunal -no resultando evidente si provenía de la Comisión Comunal o sólo del

Presidente-, la cual tenía la carga de impugnar si pretendía dejarla sin efecto.

Luego, la resolución n° 62/10, dictada por la Comisión Comunal -órgano que rechazó la impugnación del señor Nicola basándose exclusivamente en razones formales-, importó poner fin a la instancia administrativa.

Finalmente, la resolución n° 63/10 (fs. 74/76 de las act. adm. cit.), también emanada de la Comisión Comunal, no hizo más que -básicamente- confirmar lo solicitado en la intimación mencionada.

Esta última resolución fue notificada al recurrente el 30.3.2010, es decir, después de interpuesto el recurso contencioso administrativo en esta sede.

Frente a ello, el actor, además de cuestionar la última resolución en sede administrativa, la introdujo al presente debate judicial (f. 132/vto.), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 11.330.

En lo demás, no se advierten razones que autoricen a apartarse del auto dictado a foja 143 (A. y S. T. 20, pág. 446).

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Lisa y De Mattia expresaron similares fundamentos a los vertidos por el señor Juez de Cámara doctor Palacios, y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Palacios dijo:

II. El recurrente cuestiona, en definitiva, la decisión adoptada por la Comuna de Campo Piaggio de disponer el corrimiento de alambrados para abrir un "supuesto camino público" en el inmueble rural que invoca poseer.

Asimismo, pide que se declare la "existencia y plenitud" de su derecho.

1. Habrá de considerarse, en primer lugar, si es ajustada a derecho la decisión administrativa impugnada por el señor Nicola.

a. Liminarmente, es preciso efectuar algunas consideraciones con respecto al régimen jurídico que abarca a los caminos públicos.

En ese orden, es sabido que, según lo dispuesto en el artículo 2339 del Código Civil, el Estado puede titularizar tanto bienes públicos como privados. Los primeros integran la categoría de dominio público, la cual comprende a los bienes afectados al uso directo o indirecto de la colectividad.

El legislador nacional, a través del artículo 2340 del Código citado, ha establecido qué bienes pertenecen al dominio público, entre los cuales figuran "las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común" -inciso 7)-.

Así, las "calles", definidas como bienes del dominio público, presentan las características propias de tal categoría, es decir, son inalienables, imprescriptibles e inembargables (C.S.J.N.: Fallos: 146:289 y 297, 147:154 y 164, etc.; C.S.J.P.: "Cardema", A. y S. T. 91, pág. 450; y "Municipalidad de Rosario", A. y S. T. 109, pág. 44, entre otros).

Ahora bien: para que un camino en particular sea público, tratándose de un bien "artificial" -es decir, cuya creación o existencia depende de un hecho humano-, es insuficiente la mera previsión abstracta realizada por la ley nacional, resultando indispensable que se produzca la afectación de aquél por parte de autoridad competente (cfr. Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo V, 4ta. edición actualizada, Abeledo-Perrot,

Buenos Aires, 1998, págs. 187/190).

Sobre esta cuestión, la Corte local, en el citado precedente "Cardema", ha expresado -en criterio que en este específico punto se comparte- que "la afectación es el hecho o manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad"; y que "el bien o cosa, desde ese momento, queda efectivamente incorporado al dominio público y sometido a los principios que rigen dicha institución".

Agregó el Máximo Tribunal local que "no debe confundirse la 'asignación' del carácter público a un bien, con la 'afectación' (cfe. autor cit., p. 155) -o consagración o destinación o dedicación- del mismo al dominio público. La 'asignación' (Marienhoff) o la determinación de la condición jurídica de los bienes, esto es, si son públicos o privados, corresponde, en nuestro país al Congreso de la Nación; es decir, debe hacerse por una ley que extienda su imperio a todo el territorio, sin perjuicio del derecho de las Provincias y, en su caso, de los Municipios, respecto del ejercicio de sus poderes normativos en relación al 'uso' de los bienes públicos. Tal ley, en nuestro caso, es el Código Civil (arts. 2339 a 2350) dictado en ejercicio de la potestad reconocida en virtud del art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional".

En síntesis, puede decirse que es competencia del Estado nacional definir la condición jurídica de los bienes; y es atribución de la autoridad pública que ostente la titularidad de los mismos la de afectarlos al dominio público, cuando se trata de bienes "artificiales".

Por otro lado, con respecto a los bienes municipales, el artículo 2344 del Código Civil preceptúa que son tales "los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las Municipalidades. Son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban".

De conformidad con dicha disposición, la Provincia de Santa Fe, mediante la ley 2756 ha declarado como "bienes públicos de las Municipalidades, las calles, veredas, paseos, parques, plazas, caminos, canales, puentes, cementerios y cualquier obra pública construida por las Municipalidades o por su orden para utilidad o comodidad común [...] Mientras estén destinadas al uso público, no son enajenables y se hallan fuera del comercio".

En lo que respecta específicamente a las Comunas, si bien no existe en la ley 2439 una disposición similar a la recién transcripta (el artículo 11 no define cuáles son los "bienes fiscales"), puede igualmente afirmarse que los caminos comunales constituyen bienes públicos, como lo ha preceptuado el legislador nacional, una vez que se haya producido la afectación de los mismos.

b. En el caso, no caben dudas acerca de que la porción de terreno sobre la cual versa el reclamo del actor fue afectada al uso público como camino comunal.

En efecto, según lo informado por el Servicio de Catastro e Información Territorial de la Provincia (en adelante: S.C.I.T.) el trazado original de la "Colonia y Pueblo Ernesto Piaggio", según el plano de mensura confeccionado por el agrimensor Justo J. Del Barco -presentado en agosto de 1891 y aprobado el 28.4.1892- se compone de varias "Conseciones" [*sic*], las que en su mayoría se encuentran compuestas por lotes (a, b, c y d), y se comunican entre sí "a través de caminos públicos teniendo un ancho oficial de 20 metros" (fs. 44/45 de las act. adm. cit.; fs. 55/56 de autos).

La previsión de caminos públicos, es de destacar, concuerda con

"la Ley sancionada el 25 de noviembre de 1881 y promulgada el 6 de diciembre del mismo año, [la cual] dispuso regular todo lo relativo a los pueblos que se fundaren en la Provincia imponiendo a los propietarios o fundadores distintos deberes, entre otros, 'a dejar calles por lo menos de veinte metros en los pueblos que deberán ser delineados en manzanas que no sean menores de cien metros por costado'" (C.S.J.P.: "Cardema", citado).

En el referido trazado original de la Comuna de Campo Piaggio se encuentran incluidos los lotes del recurrente -partidas n° 11-07-00-151402/0001 y 11-07-00-151402/0002-, hallándose separados de su lindero -partida n° 11-07-00-151404/0001- mediante un camino público, conforme se observa en la cartografía acompañada por el S.C.I.T. (fs. 46/48 de las act. adm. cit.; fs. 57/59 de autos -cfr., además, fs. 197/198-).

En idéntico orden y de conformidad con el referido trazado primigenio, los lotes mencionados, individualizados como "A" y "D", figuran en el título de propiedad del recurrente como separados del lote contiguo por un camino público.

Efectivamente, el actor y su hermano Néstor Ovidio Nicola recibieron los citados lotes, como parte de un inmueble mayor, mediante donación realizada por su padre José Antonio Nicola (fs. 22/25 de las act. adm. cit.; fs. 32/35 de autos), adjudicándose luego la titularidad exclusiva de las fracciones de terreno en cuestión al recurrente, en virtud de la división de condominio efectuada el 20.10.2006 (fs. 104/106).

En la escritura a través de la cual se instrumentó la donación mencionada se detallan ambos lotes, consistentes en: "a-)Una fracción de terreno, con lo clavado, plantado y edificado, ubicada en la Colonia Piaggio, Departamento San Jerónimo, de esta Provincia, la que según plano levantado para la sucesión de Ángela Rattero de Bosco, mide cuatrocientos noventa y seis metros, novecientos veinticinco milímetros al Oeste, setecientos setenta y siete metros noventa y seis centímetros al Norte; quinientos cinco metros novecientos noventa y tres milímetros al Este, y setecientos setenta y seis metros ochenta y ochos centímetros al Sud, entre los siguientes linderos: al Norte, con parte del lote veinte; al Sud con más terreno de la sucesión, adjudicado a Miguel Bosco; al Este con más terreno del mismo lote, hoy Ángel Victorio Bosco; y al Oeste con parte del lote veintiocho, camino por medio al Norte y al Oeste. Según plano de de mensura confeccionado por el Agrimensor Segundo Augusto Splendiani en septiembre de 1955, inscripto en el Departamento Topográfico provincial bajo en N° 19.545, la fracción se designa con la <u>LETRA 'A'</u>, reconoce las mismas medidas expresadas, entre los siguientes linderos: al Norte, camino público por medio, con sucesión de Juan Ferrari; *al Oeste, camino público por medio,* con Juan Aiassa; al Sud con el lote 'D' del mismo plano; y al Este con el lote 'B' también del mismo plano citado. Tiene una superficie total libre de caminos de treinta y ocho hectáreas, noventa y ocho áreas, cuarenta y un centiáreas y ocho mil setenta y cuatro centímetros cuadrados. b-) Otra fracción de terreno con lo clavado, plantado y edificado, ubicada en Colonia Piaggio, Departamento San Jerónimo de esta Provincia, que según plano levantado por la sucesión de Ángela Rattero de Bosco, mide cuatrocientos noventa y seis metros, novecientos veinticinco milímetros al Oeste; setecientos setenta y seis metros ochenta y ocho centímetros al Norte; quinientos cinco metros novecientos noventa y tres milímetros al Este, y setecientos setenta y cinco metros setenta y cuatro centímetros al Sud, entre los

siguientes linderos: al Norte con más terreno de la sucesión; al Este, con más terreno del mismo lote, hoy Ángel Victorio Bosco; al Sud, con parte del lote treinta; y al Oeste con parte del lote veintiocho, camino público de por medio al Sud y al Oeste. Según plano de mensura confeccionado por el Agrimensor Segundo Augusto Splendiani en septiembre de 1955, inscripto en el Departamento Topográfico provincial bajo en N° 19.545, la fracción se designa con la LETRA 'D', reconoce las mismas medidas expresadas precedentemente, entre los siguientes linderos: *al Oeste camino público por medio,* con propiedad de Juan Aiassa; al Sud, camino público por medio con propiedad de Osvaldo y Edgardo Charles; al Este con el lote 'C' y al Norte con el lote 'A', ambos del mismo plano. Tiene una superficie total libre de caminos de treinta y ocho hectáreas, noventa áreas, noventa y tres centiáreas y nueva mil quinientos noventa y tres centímetros cuadrados" (la cursiva no pertenece al texto original).

De esas constancias notariales se desprende, tal se anticipó, que el plano de mensura n° 19.545 respetó la conformación original de la Comuna; y que, en consecuencia, los lotes recibidos por el actor se encuentran expresamente delimitados al oeste por un camino público desde su inscripción inicial.

A modo de resumen, cabe expresar que la aprobación por parte de la Administración Pública provincial del trazado de la Comuna importó la afectación como bienes de dominio público de las porciones de terreno correspondientes a los caminos comunales previstos en los planos -afirmación que coincide con el criterio seguido por la C.S.J.P. i*n re* "Cardema" (citado), que en este aspecto puntual también se comparte-; circunstancia expresamente plasmada en el título de propiedad del actor.

Ello, desde luego, implica rechazar lo afirmado por el señor Nicola en cuanto a que la franja de terreno objeto del pleito nunca revistió el carácter de bien público, cuestión sobre la que insiste al alegar (fs. 246/248).

c. Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, no puede marginarse que en el *sub lite* se ha acreditado, asimismo, que desde hace un largo tiempo, pese a las constancias formales detalladas, en los hechos los lotes "A" y "D" pertenecientes al señor Nicola, en su lado oeste, se encuentran materialmente separados por un alambrado del terreno lindero -hoy perteneciente a Luis Carlos Pérez-, sin encontrarse abierto el camino público que según las constancias reseñadas allí debería hallarse.

Tal hecho -destacado por el actor al alegar (f. 245)- se ve reflejado en las declaraciones testimoniales vertidas en el trámite policial, ante la Justicia en lo Penal y en los presentes autos (fs. 37/vto., 38/39, 49/vto. 50/vto. 88/vto., 89/vto., 94/vto., 230/231, 239/240, 266/267 y 276/vto.); en las constataciones realizadas por el actor (fs. 79/80 de las actuaciones adm. cit.; fs. 14/15 y 19/20), por la Comuna de Campo Piaggio (fs. 62/63 y 91/92 de las actuaciones adm. cit.; fs. 173/174 de autos) y por la Jueza Comunitaria de las Pequeñas Causas de Colonia Belgrano (208/212 vto.); en los distintos informes policiales (fs. 15/17 vto. de las actuaciones adm. cit.; fs. 25/27 vto. de autos); y en las fotografías obrantes a fojas 175/178.

Y bien, que el camino público se encuentre "cerrado" desde hace un tiempo prolongado, plantea el interrogante acerca de si el bien ha sido desafectado del régimen de dominio público.

Así parece entenderlo el actor, quien, pese a negar la existencia del camino y el carácter público del bien, refiere a la desafectación por hechos (especialmente a f. 247).

Con respecto a esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia nacional, en reciente pronunciamiento, ha señalado que "desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados. El principio consiste en que los bienes desafectados ingresan al dominio privado del Estado; la excepción consiste en que dichos bienes ingresen al dominio privado de los administrados..." ("Vila, Alfredo Luis c/ Gobierno nacional - Poder Ejecutivo nacional s/ Usucapión", del 18.9.2012).

En el mismo precedente, añadió, sobre la decisión de desafectar un bien del dominio público, que en principio "corresponde al Poder Legislativo del Estado, pero se ha considerado que también hay desafectación cuando en virtud de una declaración del poder administrador o de otro acto suyo resulta indudable que la cosa ha dejado de servir directamente al uso o goce público, al cual hasta el momento se encontraba destinada...".

El cimero Tribunal mencionado también tiene dicho que la desafectación "produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna a partir de ella enajenable, prescriptible, embargable y regido, no ya por las disposiciones del derecho administrativo relativas a la policía de los caminos y de las calles, sino por el derecho civil, a cuyo campo de acción ha ingresado, como consecuencia de aquélla" (Fallos: 146:289 y 147:154).

La Corte Suprema provincial ha precisado que "tratándose de calles, como ocurre en el caso, estamos frente a lo que la doctrina define como dominio público artificial [...] el carácter o naturaleza del bien, es decir, la circunstancia de que se trate de bienes públicos considerados tales en su estado natural o de bienes declarados públicos por el legislador pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano (dominio natural y dominio artificial), repercute decisivamente en todo el régimen de la afectación y de la desafectación. Según cual sea la naturaleza del bien de que se trate, la afectación y la desafectación podrán efectuarse por hechos o actos administrativos o será indispensable el pertinente acto legislativo..." ("Cardema", citado).

En definitiva, dependiendo de la naturaleza del bien de que se trate, es posible que la desafectación la efectúe el titular del bien mediante hechos -siempre de autoridad pública- o actos administrativos.

En el supuesto de autos, teniendo en cuenta que el camino en cuestión es de titularidad de la Comuna desde su fundación misma, debe analizarse, según las constancias aludidas -y atento a que no se ha acreditado, ni siquiera mencionado, la existencia de un acto expreso de desafectación-, si aquél ha sido sustraído del régimen del dominio público por su "no uso inmemorial", el cual puede definirse como "la falta de ejercicio de la dominicalidad durante un larguísimo tiempo, tanto que no quede memoria de su iniciación" (Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", Tomo IV, 2da. edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, pág. 493).

Al respecto, se ha dicho que "para que el 'no uso inmemorial' pueda surtir efectos de desafectación, tal como ocurre en todos los supuestos de desafectación por hechos del hombre, debe contar con la indubitable aquiescencia de las autoridades, no bastando el simple no uso por parte de los particulares o administrados. Ese 'no uso' debe tener intervención consciente de la Administración Pública" (Marienhoff, Miguel S., op. cit., pág. 247).

En idéntico sentido, la Corte nacional, en la referida causa

“Vila”, destacó “la necesidad de una evidencia absoluta de la desafectación [...] (conf. doctrina de Fallos: 263:437; 311:2842, entre otros)”; y que los hechos que la sustentan “deben ser indudables y manifestarse por constancias inequívocas”.

Teniendo en cuenta ese estricto criterio, puede aseverarse que, en el *sub judice*, nada autoriza a suponer que el uso particular de la franja de terreno correspondiente al camino público objeto de debate haya contado con la indubitable aquiescencia de la Administración.

En efecto, el actor no ha demostrado la existencia de hechos que permitan concluir con “evidencia absoluta” que el bien ha sido desafectado por la voluntad tácita de la Administración comunal; habiéndose limitado a mencionar circunstancias que sólo indican, en todo caso, que en algún momento se produjo la ocupación de un bien del dominio público -sin que ello signifique necesariamente, cabe aclarar, la comisión de algún ilícito penal-.

Con relación a este punto, es oportuno resaltar que la posible configuración de una manifestación de voluntad implícita de la Administración debe apreciarse restrictivamente (criterio de: “Cuellar”, A. T. 5, pág. 403; “Deré”, A. y S. T. 7, pág. 256; “Degiorgio”, A. y S. T. 14, pág. 67; etc.); resultando insuficiente a tal efecto la existencia de comportamientos simplemente omisivos (C.S.J.P., criterio de “Bracesco”, A. y S. T. 101, pág. 472 y “Carabetti”, A. y S. T. 114, pág. 248; entre otros).

Si se ha considerado que así corresponde proceder en cuestiones relacionadas con el empleo público, con cuánta más estrictez debe ponderarse la existencia de una desafectación tácita de un bien destinado a la utilidad común.

No entenderlo de tal manera, además, importaría nada menos que desnaturalizar el régimen del dominio público, convalidando la apropiación privada de bienes que pertenecen a toda la comunidad.

Por lo tanto, el camino público, no obstante la opinión contraria del señor Nicola, permanece aún afectado al régimen de dominio público del Estado y es de titularidad de la Comuna demandada.

d. Lo hasta aquí desarrollado basta para rechazar, asimismo, el argumento del recurrente en cuanto a la necesidad de una expropiación previa de la porción de terreno objeto del debate, pues el bien nunca dejó de pertenecer a la Comuna de Campo Piaggio; lo que torna a todas luces evidente que la demandada no debe abonar compensación económica alguna.

e. Finalmente, solo puede agregarse, por lo demás, que la intención de abrir el camino público no obedece en absoluto a una decisión caprichosa de la Administración comunal -ni se observa la existencia de una “intención persecutoria y discriminatoria”-, sino que se funda en la necesidad de realizar obras de desagüe para evitar la inundación de diversos inmuebles de la zona (cfr. fs. 3/10 de las act. adm. cit.; y fs. 91/93 de autos).

El actor, indiferente a la conducta mínima que le imponía el deber de solidaridad, optó directamente por oponerse al corrimiento de su alambrado -a diferencia de lo que hizo su vecino, el señor Pérez-, cuando -al menos- podría haber accedido a la realización de las obras de desagüe y luego reclamar una indemnización si se creía con derecho a obtenerla.

No obsta a dicha conclusión lo sostenido por el señor Nicola con respecto a que la apertura del camino y las respectivas obras causarían inundaciones en su propiedad y en la de otros vecinos, afirmación que resulta huérfana de elementos probatorios que la

sustenten.

En consecuencia, según lo expuesto en los apartados precedentes, debe desecharse la existencia de un actuar ilegítimo de la Administración comunal.

2. Con respecto a la pretensión del actor de que se declare la "existencia y plenitud" de su derecho, corresponde realizar determinadas precisiones.

En ese sentido, no puede soslayarse que el recurrente, de conformidad se ha explicado, carece de título sobre el inmueble en cuestión, el cual es de propiedad de la demandada.

Aun cuando ello es suficiente para rechazar lo solicitado por el actor, éste invoca la "posesión" del inmueble por un largo período de tiempo, lo que podría configurar un supuesto de adquisición del dominio de la cosa según el instituto de la prescripción adquisitiva.

Al respecto, y soslayando la cuestión acerca de la competencia de esta Cámara sobre el punto, puede observarse que en virtud de que el carácter público del bien no ha sido cancelado, el inmueble en cuestión resulta imprescriptible, por lo que la posesión a que alude el recurrente no es susceptible producir los efectos jurídicos pretendidos.

Cabe destacar que, sin perjuicio de que la imprescriptibilidad de los bienes del dominio público es una característica sobre la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran contestes, ella no se encuentra prevista expresamente en el texto del Código Civil, sino que surge de la interpretación armónica y coordinada de los artículos 2400 y 3951 de ese cuerpo normativo.

Por lo tanto, establecido que no pueden acogerse las pretensiones del señor Nicola, corresponde declarar la improcedencia del recurso, con costas.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Lisa dijo:

Adhiero a la conclusión a que arriba el señor Juez de Cámara doctor Palacios en torno a la improcedencia del recurso, como así también a los fundamentos que la sostienen expresados en el considerando II.1., que estimo suficientes a esos efectos.

En el caso, es claro que la legitimidad de los actos impugnados depende de la naturaleza pública o privada del bien en cuestión.

En ese sentido, que el bien haya sido de propiedad privada del actor es una circunstancia que ni él invoca y que, por lo demás, sería insostenible a la luz de la escritura por la que se instrumentó la donación de la fracción mayor, de la que surge -como bien se expresa en el voto que antecede- que dicha fracción se encuentra delimitada al oeste por un camino público desde su inscripción inicial.

La cuestión, como se dijo, se resuelve en establecer si el bien es (o era) de propiedad pública o privada de la demandada.

Por las razones expresadas por el señor Juez de Cámara doctor Palacios -a los que he remitido- debe entenderse que siempre se ha tratado de un bien público y, por tanto, no susceptible de posesión por los particulares.

Asimismo, y por las razones también expresadas por el doctor Palacios, debe desecharse la posibilidad de considerar que se ha operado en el caso la desafectación tácita que, cambiando la naturaleza del bien, haya habilitado la posesión a los fines de la prescripción invocada, y determinado, en consecuencia, la ilegitimidad de los actos impugnados.

Sólo puede agregarse que el criterio seguido por la Corte

federal en la causa "Estado Nacional (Ministerio del Interior) Prefectura Naval Argentina contra Buenos Aires, Provincia de s/usucapión" -invocado por el actor-, no justifica una solución distinta.

Efectivamente, la distinción efectuada por ese Alto Tribunal entre "afectación formal" y "afectación real y efectiva al uso o servicio publico", y la supuesta prevalencia de ésta sobre aquélla, no resultan a mi juicio trasladables al caso, en el que no concurren -ni remotamente- los supuestos de hecho y de derecho juzgados en dicha causa.

En ese sentido, y más allá de que la partes en aquellos autos eran dos entes públicos, señalo que no era allí dudoso que el bien en litigio haya sido del dominio privado de la Provincia de Buenos Aires y, por ende, susceptible de una posesión por la Nación que finalmente dio lugar a la adquisición por prescripción ya con anterioridad a una "supuesta afectación" (en los términos de la Corte) que, en esas condiciones, no bastaba con que fuese meramente formal (considerando 10).

En el caso, en cambio, no hay elementos que permitan afirmar que el bien haya sido propiedad privada de la demandada (menos aún del actor como se dijo), debiendo desecharse que, habiendo sido público, se haya operado la desafectación tácita con virtualidad de trocar su naturaleza jurídica haciéndolo susceptible de posesión privada.

Por lo demás, entiendo que, en supuestos como el de autos, la sola aprobación de la traza del camino sí supone consagración "real y efectiva": lo contrario, implicaría sostener -como en definitiva lo hace el actor (f. 118, *in fine*)- que esos "trazados" en el plano sólo tienen "el valor de un simple dibujo", lo que no ha sido admitido por la Corte nacional (Fallos 194:423) ni por la local ("Cardema", citado).

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor De Mattia expresó similares fundamentos a los vertidos por el señor Juez de Cámara doctor Palacios, y votó en igual sentido.

A la <u>tercera</u> cuestión el señor Juez de Cámara doctor Palacios dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar la cuestión anterior, corresponde declarar improcedente el recurso interpuesto, con costas.

Así voto.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Lisa y De Mattia dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Juez de Cámara doctor Palacios, y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 <u>RESOLVIÓ</u>: Declarar improcedente el recurso interpuesto, con costas.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando los señores Jueces de Cámara por ante mí, doy fe.

Fdo. PALACIOS. DE MATTIA. LISA (c/ AMP. FUND.). Di Mari (Sec)