En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil diecinueve, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Julián Emil Jalil y Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"S. A. G. A. I. A. C. (SAGAI) c/ V. N. G. s/ cobro de pesos" (Expte. N° 66 - Año 2019)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 99/2014), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 173.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Antecedentes del caso. A fs. 156/159 se dictó sentencia definitiva la que fue apelada a fs. 160 por la parte actora.

2.- La sentencia de grado. En la sentencia de Primera Instancia la Sra. Jueza de grado desestimó la demanda entablada por la S. A. G. A. I. A. C. (SAGAI).

3.- Los agravios de la parte actora. A fs. 168/169 la parte actora expresa agravios. En dicho libero expone que la *a quo* basa su decisión únicamente en que no se ha probado que la actividad desarrollada por la demandada pueda calificarse de hospedaje, haciendo una inadecuada valoración de la prueba producida. Afirma que ello podría viciar la sentencia por

incongruente o arbitraria.

Afirma que contrariamente a lo manifestado por la Sra. Jueza de grado la explotación en el marco de la ley 23.091 ha sido negada en el libelo inicial, al momento de contestar los traslados de las excepciones y al momento de observar la pericial contable, e incluso al alegar.

Considera que ese establecimiento se encuentra comprendido por la resolución 181/08 de la Secretaria de Medios de Comunicación. Explica que el Ministerio de Turismo informó que el establecimiento "K. AL M." se encuentra inscripto bajo la clase de Complejo de Alojamiento Temporario categoría 2 estrellas. Aduna que también la Municipalidad de Puerto Madryn otorgó habilitación bajo el rubro de Complejo de Alojamiento Temporario y que se encuentra inscripto en el rubro ingreso brutos para tributar por tal concepto.

Agrega que al momento en que su parte observó la pericial contable elaborada por el profesional interviniente se acompañaron capturas de pantalla del portal web *Booking.com* a través del cual claramente la demandada ofrece el alojamiento con fines turísticos.

Manifiesta que la sentencia ha considerado que para que sea hospedaje el establecimiento debe brindar "servicios" y no se ha demostrado tal extremo. Indica que de la constatación efectuada surge que se ofrece servicio de TV, WIFI, calefacción, canales por cable, utensilios de cocina, heladera, cocina, baño privado.

Concluye señalando que la demandada ha sustentado su postulación en simple manifestaciones y ni siquiera ha acompañado los contratos de locación en donde reposa su defensa.

4.- La suficiencia técnica del recurso. El art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de Chubut expresa que "el escrito de expresión de agravios

deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas".

El memorial, para que cumpla con su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Debe precisarse, pues, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo.

Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica. (FASSI, Santiago. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado. 3ª. ed., Tomo 2. Ed. Astrea. Buenso Aires. Pág. 473/474. PALACIO, Lino E. Derecho Procesal Civil. Tomo V. Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires. Pág. 267; FENOCHIETTO, Eduardo - ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado*. Tomo 1. Ed. Astrea. Pág. 836/837. FALCÓN, Enrique - COLERIO, Juan. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo VIII. Ed. Astra. Buenos Aires. Pág. 239/240.

De la lectura del libelo de apelación se advierte una debilidad argumental que roza los umbrales de la deserción. Algunos de los embates importan una mera discrepancia con lo decidido por la Sra. Jueza de la anterior instancia, pero como participo de un criterio amplio para juzgar la suficiencia técnica de la expresión de agravios, -por cuanto tal temperamento es el que mejor se adecua a un riguroso respeto del derecho de defensa-, daré tratamiento a aquellos que superen, -aunque sea mínimamente-, el valladar instituido por el mencionado precepto.

5.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es

jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y analizaré los agravios en la medida que reposen sobre cuestiones gravitantes para la presente resolución jurisdiccional.

5.- Tratamiento de los agravios.

5. 1.- El carácter incongruente y arbitrario de la sentencia de grado. Entiende el quejoso que la resolución en crisis resulta incongruente y arbitraria.

5.1.1.- La incongruencia de la sentencia. El principio de congruencia exige que exista correspondencia entre lo que la sentencia dispone y las peticiones articuladas por las partes. La congruencia implica correspondencia lógica entre la demanda y la sentencia. (CSJN, Fallos 25036 -La Ley, 106-743).

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, relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que el proceso fija los límites de los poderes de juez. Cuando se supera ese marco se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. (GOZAÍNI Osvaldo A., *Teoría General del Derecho Procesal*. Ed. Ediar. 1996. Pág. 249),

Es decir, en virtud del principio dispositivo, en los litigios son las partes, exclusivamente, quienes delimitan el tema a decidir y, como contrapartida, el órgano judicial, en razón del principio de congruencia, debe limitar su pronunciamiento tan solo a lo que ha sido pedido por aquéllas, incurriendo en incongruencia el juez que al fallar se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 05/10/1990, López Rotela de Alvarez, Zulma M. c. Empresa Almafuerte Transportes S. A. y otro., LA LEY 1991-C, 112 - DJ 1991-2, 174, AR/JUR/227/1990)

Cuando un fallo decide sobre puntos no propuestos por las partes o se pronuncia sobre cuestiones no debatidas es descalificable jurídicamente al verse afectado el principio de congruencia que impone una correlatividad

entre lo pretendido en la causa y lo resuelto en la sentencia. (Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, 27/07/2005, García, Carlos A. y otro c. López, Aristóbulo, LLNOA 2005 (octubre), 1197, AR/JUR/2837/2005).

Al respecto advierto que el acto jurisdiccional en crisis decide dentro del espectro de cuestiones que han sido materia de debate en las presentes actuaciones rechazando la pretensión originaria planteada por la actora.

5.1.2.- La arbitrariedad de la sentencia. Resulta de particular relevancia analizar la cuestión pues la consecuencia de una sentencia arbitraria es la nulidad de ese acto procesal. En ese marco, corresponde precisar que una sentencia será arbitraria cuando no está razonablemente fundada, cuando carece de una fundamentación suficiente, o bien cuando posee omisiones y desaciertos de gravedad extrema que hacen que quede descalificado como acto jurisdiccional.

Ello puede ocurrir por omisión de cuestiones planteadas como pretensiones o defensas, omisión de pruebas decisivas, falta de consideración del texto legal, ausencia de fundamentación, o fundamentación dogmática o aparente, carencia de derivación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, omisión de precedentes obligatorios (vg. apartamiento de la doctrina legal del STJ).

Nada de todo ello ha acontecido en autos pues, sin perjuicio de la discrepancia técnica de la apelante, la Sra. Jueza de grado ha basado su fallo en las circunstancias fácticas derivadas de la traba de la *litis* y las constancias obrantes en el expediente, aplicando la ley al caso concreto, todo lo cual me lleva considerar que el acto jurisdiccional resulta plenamente válido.

5.2.- El embate contra la prueba. Los informes del Ministerio de Turismo y de la Municipalidad de Puerto Madryn. Las negativas. El Ministerio de Turismo informó que el establecimiento "K. AL M." se encuentra inscripto bajo la clase de Complejo de Alojamiento Temporario categoría 2 estrellas. Por su parte, la Municipalidad de Puerto Madryn otorgó habilitación bajo el rubro de Complejo de Alojamiento Temporario. Estos informes invocados por la apelante, no resultan en absoluto contradictorios con lo decidido por la Sra. Jueza de grado, pues los alquileres temporarios pueden estar incluidos en el art. 2 de la Ley 23.091.

Tampoco adquiere relevancia en razón del correcto modo en que se reserve las negativas sobre la explotación en el marco de la ley 23.091 "en el libelo inicial, al momento de contestar los traslados de las excepciones y al momento de observar la pericial contable, e incluso al alegar" (tal como lo refiere el quejoso), pues como explicaré en el siguiente acápite la carga de la prueba acerca del destino de los inmuebles de K. AL M. pesaba sobre el accionate y no sobre la demandada.

5.3.- La carga de la prueba sobre el destino de los inmuebles de K. AL M.. La constatación judicial de fs. 26 da cuenta de la existencia de un complejo de 9 departamentos con un dormitorio y living los cuales cuentan con TV. Como adelanté, la cuestión reposa en considerar a quien correspondía probar que esos departamentos se encuentran o no alcanzados por el deber prestacional exigido en autos.

Ello debe ser analizado incluso sin perjuicio de la alegación de la demandada en torno a que están incluidos en la excepción del art. 2 de la Ley de Locaciones Urbanas (Ley 23.091), pues la sola negativa del accionado ya determina el sujeto sobre el cual reposa el deber de probar, salvo que el

judicante invierta la carga de la prueba, situación que no se ha producido en autos, por lo que corresponde la aplicación del principio general: “quien alega debe probar” (art. 381 del CPCC).

Es decir, al haber negado la demandada toda la plataforma fáctica y jurídica esgrimida por la actora, corresponde a esta última acreditar los extremos en los que sostiene la existencia de la obligación jurídica, circunstancia que en autos brilla por su ausencia.

Como explica CHIOVENDA la carga de la prueba actúa como un imperativo establecido en el propio interés de los litigantes. Es por cierto una distribución, no del poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone pues ningún derecho del adversario sino un imperativo de cada litigante (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzione de Derecho Procesal*. T. III, pág. 92, ed. 1954).

En este orden, resulta a mi juicio dirimente el apotegma que impone a cada parte soportar la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. La actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés. (Conf. art. 381 del CPCC).

Esa actividad procesal es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y, como ha dicho la CSJN supone un imperativo del propio interés del litigante quien a su vez puede llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva. (C.S.J.N. in re "Kopex Sudamericana S.A.I.C. c/ Bs. As., Prov. de y otros s/daños y perjuicios", de 19/12/95).

Ello es lo que ha ocurrido en este caso, pues la parte actora no acreditó, con certeza, que el establecimiento de la parte demandada fuera un hospedaje, lo cual determina la suerte adversa de esta apelación.

6.- Conclusión. En razón de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso incoado por la demanda y confirmar la sentencia de grado en lo que fuera materia de agravios.

7.- La imposición de costas en la Segunda Instancia. La imposición de estas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario. (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. deverific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010).

Ello por cuanto, quien resulta vencido en cualquiera de las Instancias debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

En este orden, analizadas que fueran las constancias de autos y en razón del modo en que se resuelven los recursos, corresponde imponerlas a la recurrente vencida. (Conf. Art. 69 CPCC).

8.- La regulación de honorarios en Segunda Instancia a los profesionales intervinientes. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada,

naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios del abog. D. R. P. en el 30 % y los de la letrada I. B. en el 25 %; todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián E. Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, lo resuelto por la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que exponen la apelante.

2 – <u>Cuestión previa</u>

Necesito referirme brevemente a la calidad de la "expresión de agravios" en tratamiento. Y digo esto porque el escrito de expresión de agravios debe redactarse con sumo cuidado a fin de evitar la deserción total o parcial del recurso. No es la extensión lo que decide la suerte de la apelación sino la necesidad de una crítica a la resolución apelada, que no importe una mera discrepancia con el criterio sustentado por el juez; es necesario demostrar el error de la providencia o sentencia que se pretende sea modificada o revocada por la cámara. El memorial de agravios debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, lo cual implica la realización de una exposición jurídica en la que, mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado, se evidencie su injusticia, requiriendo una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho (conf. Cám.Civ.Com.Quilmes, Sala II, 12/09/06, *"Quintana c/ Mansilla"*, L.L. on line; Arazi – Bermejo - De Lázzari – Falcon – Kaminker – Oteiza – Rojas - *"Cód.Proc.Civ.Com. Pcia. de Bs.As."*, Rubinzal-Culzoni, T.I, pág. 487).

De todos modos y si bien existirían motivos fundados como para considerar la deserción del recurso, soy partidario -ante situaciones como las expuestas- de brindar al recurrente la posibilidad de que el órgano revisor trate sus quejas en salvaguarda de los principios del derecho de defensa en juicio, igualdad ante la ley y el debido proceso.

3 – Tratamiento de los agravios

3.1 – La valoración de la prueba

Afirma la recurrente que la a quo ha hecho una incorrecta valoración de la prueba producida en el proceso. Si bien no demuestra su afirmación, haré una breve referencia sobre la cuestión.

Debo decir, en primer término, que la valoración de las pruebas es una cuestión que está reservada a los jueces del proceso.

Ahora bien, de la valoración que ha hecho la Magistrada a quo sobre las pruebas de autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme es su pretensión.

Ha dicho este Cuerpo reiteradamente que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód.

Procesal.

En virtud de lo expuesto, el agravio no es admisible.

3.2 <u>Sentencia incongruente</u>

Ante la imputación de *"incongruencia"* por parte de la agraviada, corresponde analizar si la sentencia ha violentado el principio de *"congruencia"* al haber desestimado la demanda interpuesta por la parte actora.

He dicho ya reiteradamente ante planteos similares, que genéricamente se alude a la congruencia como la correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Sin embargo, como bien advirtiera Guasp, por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones, en cuanto delimitan este objeto (conf. GUASP, J., *"Derecho Procesal Civil"*, Madrid, 1956, T. I, pág. 974). De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el *"thema decidendum"* integrado por pretensiones (principales o reconvencionales) y oposiciones.

Se puede colegir que existe incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demandada (incongruencia mixta) (conf. PEYRANO, J.W, *"El Proceso Civil. Principios y Fundamentos"*, Astrea, Bs.As., 1978, pág. 63).

Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución *"ultra petita"* cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.

La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución *"citra petita"*, si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. La incongruencia objetiva será mixta si se combinan ambos defectos en el pronunciamiento judicial.

Hay incongruencia objetiva *"extra petita"* cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término "cuestión" como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso.

Queda claro que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.

En definitiva, hablamos de "hacer justicia", y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso.

En otros términos, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque, para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa,

formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (conf. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 3 (Sept.Dic. 1999), *"La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998"*, GONZALEZ MALABIA, Sergio, Universidad de Valencia; cit. por GOZAINI, O.A., *"El principio de congruencia frente al principio dispositivo"*, La Ley 2007-C, 1308).

Teniendo en cuenta los principios y doctrina a la que he hecho referencia, es evidente que surge de las constancias del proceso que la sentencia dictada, en el punto en análisis y que es objeto del recurso en tratamiento, no ha violado las normas que contienen los artículos 34 inc. 4° y 165 inc. 6° del ritual. Y ello es así porque la regla que en el art. 34, inc. 4° del Cód. Procesal establece la obligatoriedad del respeto al principio de congruencia no se relaciona con la interpretación de las pruebas sino con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis.

Tengo presente en el estudio de esta cuestión y para sostener la conclusión que acabo de expresar, que el objeto y fundamentación de la demanda ha sido claramente expresado en la primera presentación de la actora al decir: *"…vengo por medio del presente a promover DEMANDA ORDINARIA POR COBRO DE PESOS, contra K. AL M., con domicilio en…y/o contra quien resulte civilmente responsable de la explotación comercial del hotel cuyo nombre de fantasía es "K. AL M.", con el objeto de haber efectiva la retribución reconocida a los artistas intérpretes representados por mi mandante…"* (conf. fs. 19). A fs. 27 la parte actora rectificó la demanda en lo que hace a la identificación de la parte demandada, indicando que demandaba a N. G. V., propietario de "K. AL M.". La sentencia ha sido terminante al decir: *"…FALLO: 1) Desestimar la demanda entablada por la S. A. G. A. I. A. C. (SAGAI) contra N. G. V.…"* (conf. fs. 159). Por lo tanto, si tenemos presente que el

principio de *congruencia* comprende la prohibición de cambiar una acción por otra o condenar a algo distinto a lo pedido o a rubros no deducidos, sentenciando el juez sobre cuestiones extrañas a la controversia o no articuladas por las partes, es más que claro que ello en modo alguno se ha dado aquí, como afirma la apelante. Es por ello que no se encuentra incumplida la obligación que le impone al Juez del proceso la norma del art. 165, inc. 6° del CPCC, esto es, que su decisión debe ajustarse a *"las pretensiones deducidas en el juicio"*, lo que significa que la sentencia se ha ajustado al pedimento no haciendo lugar al mismo por los fundamentos que surgen de la decisión y a los que ya me he referido supra. Es por lo dicho que respondo a la agraviada no admitiendo su queja y dejando constancia que el principio de *congruencia* y la garantía de defensa en juicio se conculcan cuando se introducen en el fallo alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena defensa, debiendo entenderse incumplida la exigencia del art. 163, inc. 6°, Cód. Procesal -que corresponde al art. 165, inc. 6° del CPCC Provincial- (conf. SCBA, 21/12/84, L. 34.194, La Ley 1986-B, 601). Lo que no ha ocurrido en este proceso.

Tampoco puedo compartir el agravio porque no surge de las actuaciones en estudio que la sentenciante haya introducido indebidamente en el pleito articulaciones ajenas a los planteos de las partes, constituyendo una innovación *"ex oficio"* relevante en la litis y provocando un cambio en la suerte de la controversia. Obviamente, tampoco se encuentra ello demostrado por la agraviada en su queja.

Afirmo también, que al sentenciar no se ha incurrido en un vicio que afectara el derecho de defensa. O sea, de ningún modo se ha mostrado que haya existido un absoluto desvío de la pretensión de la actora con la

consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose de esa manera un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes. Con lo que resulta más que claro que la decisión judicial no se pronunció sobre un tema o materia no debatido oportunamente en el proceso y respecto del cual, por consiguiente, las partes no hayan tenido oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

La sentencia trató y resolvió la cuestión sometida a su decisión, tal como quedara trabada la *litis*, sin desviarse hacia un camino no planteado por las partes en el proceso.

En virtud de lo expuesto, no debe admitirse el agravio de la recurrente en cuanto tilda de *incongruente* a la sentencia en crisis.

3.4 – <u>Sentencia arbitraria</u>

La queja le imputa el vicio de *arbitrariedad* a la sentencia.

Se ha acotado en torno de este punto –y lo he dicho reiteradamente— que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme -con respecto a este tema- que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales.* Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…".*,T. III, págs..725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión estaría viciada por *arbitrariedad*, dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien se considera insatisfecho con motivo de haberse sentenciado en su contra.

Los fundamentos expuestos conducen al rechazo de la queja en este punto.

3.5 – <u>La carga de la prueba</u>

La sentencia ha dicho: *"…en tanto al contestar demanda, la accionada desconoció que brindara servicios adicionales al de locación de los departamentos, y propios del hospedaje, se imponía a la parte actora que probara tal extremo, lo que determinaría la obligación de la primera de abonar la retribución que se pretende. Por el contrario, la parte actora no ha producido prueba destinada a tal fin, quedando así su reclamo huérfano del sustento fáctico necesario para la procedencia de la acción. El art. 381 del CPCC impone a cada parte la prueba de los presupuestos de hecho que alegue como fundamento de su pretensión o defensa… De manera que, por aplicación de la citada norma, en tanto la parte actora no ha probado en autos que la actividad desarrollada por la demandada pueda calificarse como de hospedaje, conforme las pautas que se señalaran en los párrafos anteriores, y por ello entonces alcanzada por el punto 5.1 del Anexo de la Resolución 181/08, corresponde desestimar la presente demanda de cobro de retribuciones reconocidas por el art. 56 de la Ley N° 11.723…"* (conf. fs. 158/y vta.).

Lo que acabo de transcribir constituye la estructura esencial sobre la que se apoya la sentencia dictada en autos. Por lo tanto, si la pretensión de la recurrente es que esta Alzada revoque esta decisión, debió brindar mediante el recurso todos los elementos y demostrar que la a quo se equivocó al decidir de la forma en que lo ha hecho y porqué debió fallar en favor de su pretensión y no rechazar la demanda. Es de toda evidencia que no lo ha hecho y de allí que esté echada la suerte de su recurso.

La recurrente hace referencia a que *"se ha pronunciado"* sobre la postura de la parte demandada, que lo hizo al contestar los traslados, al observar la pericia contable y al alegar, pero en ningún momento ha especificado y demostrado que ha probado durante el proceso lo que la a quo le imputa no haber acreditado y de allí la falencia de su argumentación defensiva.

Adviértase, por ejemplo, que la recurrente menciona el Art. 3 inc. e) del Decreto Provincial N° 1036/2013 reglamentario de la Ley Provincial XXIII N° 27, pretendiendo que se lo considere dentro de los fundamentos legales en los que basa su pretensión, lo cual es improponible a esta altura del proceso. Advierto que la cuestión relacionada con la aplicación de la normativa que se menciona en la queja no fue oportunamente planteada al demandar y de allí que la a quo no se haya expedido sobre ello, no habiendo formado parte de la litis.

Es sabido que el órgano jurisdiccional sólo debe fallar conforme a las pretensiones deducidas en juicio, que hubieren sido planteadas en la debida oportunidad, según las reglas que gobiernan el proceso. Quedan así marginadas de la función revisora de la Alzada las presentaciones extemporáneas (arg. art. 280 CPCC).

Es que la limitación a que se hallan sometidos los tribunales de Alzada, está dada en primer término por la relación procesal. Y obviamente, la expresión de agravios no es la vía pertinente para modificarla, introduciendo nuevos planteos o defensas que debieron proponerse en el correspondiente estadio (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1976, III, pág. 454; Cám.C.C.San Martín, Sala II, SP La Ley, 1981, 155).

Debe quedar en claro que la Cámara no está obligada a considerar una cuestión que, tal como aquí ocurre, no fue articulada por la apelante al promover la demanda sino que recién la introduce al expresar sus agravios y de allí que resulte ajena a la relación procesal. Y si se llegara a resolver un tema que no integró la litis y que fue recién introducido en la expresión de agravios, se incurriría en violación del principio de congruencia, conforme lo han dicho de manera uniforme nuestros tribunales (conf. SCBA, DJBA, 117, pág. 142).

En atención a que el planteo de la recurrente con respecto a la necesidad de aplicar la normativa que menciona no fue oportuna y expresamente peticionado en el escrito inicial con el cual se inició la litis, no habiendo sido por ello objeto de pronunciamiento en primera Instancia, no resulta lícito incorporarlo en la Alzada ya que ésta solamente está habilitada a la revisión del fallo, sin admitirse la ampliación del debate, cuya continencia se precluyó al trabarse la litis (arg. art. 280 y concs. CPCC). Lo hasta aquí expuesto marca al recurso con una señal negativa en este punto.

Finalmente, haré una breve referencia a la postura de la quejosa cuando afirma que con la constatación efectuada en el establecimiento surgió que el mismo ofrece el "servicio de TV". De la constatación en cuestión (ver fs. 26) surge que *"…5 departamentos son de alquiler temporario y cuentan con 1 televisor…"*. No veo en qué lo favorece esta constatación a la pretensión de la parte actora dado que quedó en claro que, si bien los cinco departamentos cuentan con un televisor, los mismos son ofrecidos en "alquiler".

Y con respecto a lo que la recurrente llama las *"capturas del portal web Booking.com"* en modo alguno fue ello oportunamente ofrecido como prueba ni incorporado de una manera procesalmente válida al proceso sino que se acompañó con un pedido de explicaciones al Perito Contador y de allí su nulo valor probatorio e irrelevancia con el resultado final del proceso. A mayor abundamiento, la sentencia ha sido clara al fundamentar las razones por las cuales rechazó la demanda y ellas no lograron ser conmovidas mediante la fundamentación recursiva.

Tengo en claro que -conforme lo ha dicho la a quo en su decisión final- la parte actora ha tenido una actitud omisa en lo que a la actividad probatoria se refiere y de allí que no haya logrado formar la convicción en favor de su

reclamo, arribándose a una sentencia que le será desfavorable también en esta Instancia.

Es que la carga procesal funciona a doble faz: el litigante tiene la facultad de contestar, de no probar y de no alegar; riesgo consistente en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

La carga de la prueba es una *circunstancia de riesgo*, donde quien no prueba los hechos que debe acreditar, pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la *litis*. Es una noción procesal que contiene la regla del juicio por la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente, establecer a cuál de las partes le interesa demostrar tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables (conf. CNCom., Sala B, 30/12/88, La Ley 1989-D, pág. 106, con nota de EISNER, I., *"Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio civil"*).

Lo hasta aquí fundamentado torna procedente el rechazo de este punto de los agravios.

4 – <u>Conclusión</u>

En consideración a que los agravios constituyen el alcance y la medida del recurso concedido al apelante y que los expuestos no logran hacer mella en la sentencia recurrida, corresponde confirmar la misma.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte actora en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), resultando procedente regular los honorarios de los profesionales

intervinientes, Dra. I. V. Bárcena (apoderada de la parte actora) y Dr. D. R. P. (patrocinante de la parte demandada), en la forma propuesta por el Dr. Julián E. Jalil en su voto precedente, en razón de ajustarse la misma a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

Que de compartir mis distinguidos colegas el criterio que he propugnado en mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1) **CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto ha sido materia de agravios;
2) **IMPONER** las costas de la Alzada a la apelante vencida. (cfr. art. 69 CPCC);
3) **REGULAR** los honorarios del abog. D. R. P. en el 30 % y los de la letrada I. V. B. en el 25 %. Todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).
4) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

Así lo VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de Villafañe no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2019.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto ha sido materia de agravios;
2) **IMPONER** las costas de la Alzada a la apelante vencida. (cfr. art. 69 CPCC);
3) **REGULAR** los honorarios del abog. D. R. P. en el 30 % y los de la letrada I. V. B. en el 25 %. Todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).
4) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /19 SDC. CONSTE.