

## **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 6 de noviembre de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Soria, Hitters, Negri**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 109.005, "Machinandiarena Hernández, Nicolás contra Telefónica de Argentina S.A. Reclamo contra actos de particulares".

## **A N T E C E D E N T E S**

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó el fallo de primera instancia que hiciera lugar a la demanda de daños y perjuicios (fs. 221/242).

Se interpuso, por la parte demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 248/273).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

## **C U E S T I Ó N**

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

## **V O T A C I Ó N**

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:**

I. El señor Nicolás Machinandiarena Hernández promovió demanda de daños y perjuicios contra Telefónica Móviles Argentina S.A., en los términos de la ley de defensa del consumidor (arts. 52, 53 y concs., ley 24.240, modif. ley 26.361; fs. 18/37).

En el escrito de inicio el actor expuso que es titular de una línea de teléfono móvil de la empresa demandada y que usa una silla de ruedas para desplazarse a causa de la incapacidad física que padece.

También relató que el viernes 17 de mayo de 2008, en horas del mediodía, concurrió al local de Movistar ubicado en la esquina de la calle La Rioja y la avenida Colón de la ciudad de Mar del Plata, con el objeto de efectuar reclamos varios por el servicio prestado por la demandada y que al arribar a la entrada del comercio constató que para poder acceder al lugar de atención al cliente, solamente había una escalera de seis escalones, sin rampa para discapacitados, por lo que se vio en la necesidad de solicitar ayuda al personal de seguridad de la empresa. Luego de esperar quince minutos en un día de muy baja temperatura, fue atendido por una empleada quien le manifestó que no podían brindarle la asistencia requerida porque "el seguro no los cubría si les pasaba algo"

subiéndolo por la escalera. Ante tal estado de cosas, la misma le dijo que podían recibirle el reclamo en la vereda, a lo cual el actor se negó y pidió ser atendido como cualquier persona dentro de la oficina, solicitando que se hablara con algún supervisor a fin de resolver el problema. Al cabo de otros quince minutos volvió la misma empleada respondiéndole que tampoco el personal directo podía colaborar a que accediera al edificio, por lo cual, finalmente, fue atendido en la entrada del local.

Con base en tales hechos, especialmente por la atención recibida a la intemperie, la ausencia de rampa y la negativa a ayudarlo (v. fs. 18 vta.), configurando ello -a su entender- un trato indigno (fs. 27), solicitó la aplicación de la multa civil contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361) y la reparación del daño moral sufrido con fundamento en el estatuto normativo de defensa del consumidor y de los discapacitados (fs. 20 vta./35 vta.).

II. En primera instancia, la acción fue admitida condenándose a la accionada a resarcir el daño moral reclamado con más la multa civil (fs. 130/140).

Apelada esta decisión por la demandada, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó el fallo (fs. 221/242).

Para así resolver, en lo que atañe a la valoración de la prueba respecto de la existencia del hecho denunciado en la demanda, la alzada juzgó que si bien ninguno de los testigos afirmaron haber estado presente en el momento en que se le negó el acceso al actor al local comercial de la demandada, lo cierto es que fueron todos contestes en manifestar que determinado día del mes de mayo del 2008 vieron al señor Nicolás Machinandiarena Hernández en frente o en la entrada del local de Movistar (fs. 223 vta.).

A partir de ello, teniendo en cuenta que el accionante era cliente de la demandada y que a los pocos días efectuó un reclamo administrativo ante la oficina de Defensa del Consumidor, el tribunal concluyó que el hecho había sucedido (fs. 224/vta.).

Luego, con relación a la falta de rampa de acceso -circunstancia reconocida por la accionada- entendió que la situación de no poder acceder al local constituía por sí misma no sólo una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente sino que también implicaba un acto discriminatorio capaz de provocar una dolencia íntima en la persona que debía ser reparada (fs. 225 y ss.).

De este modo, en cuanto a la reparación del daño moral petitionado, señaló que si bien existía una relación contractual entre las partes de telefonía celular

y que se la podría encuadrar en la llamada "relación de consumo", el acto discriminatorio era ajeno a ella, siendo la indemnización del menoscabo ocasionado de "corte legal", en razón de lo establecido por el art. 1 de la ley 23.592 (fs. 237). Además, ponderando las pautas analizadas por el juez de primera instancia, estimó justo y equitativo el monto por él determinado (fs. 238 vta.).

En cuanto a la multa civil, valoró tanto su finalidad de prevenir ciertos daños y punir graves inconductas, como el único requisito exigido por la ley (art. 52 bis, ley 24.240, modif. ley 26.361), es decir, el incumplimiento de una obligación legal o contractual por parte del proveedor, por lo que recogiendo el criterio sentado por la doctrina de los autores según el cual el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad como puede ser el de abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menoscabo grave de derechos individuales o de incidencia colectiva, consideró aplicable la multa civil fijada por el juez de origen por no haberle proporcionado al actor el trato digno que exige el art. 8 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361; fs. 238 vta./240 vta.).

III. La apoderada de la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A. se alza contra este pronunciamiento mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de

ley deducido a fs. 248/273, en el que denuncia violación de los arts. 34 inc. 4, 163 incs. 5 y 6, 272, 375 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial; 16, 17, 18, 28 y 33 de la Constitución nacional; de la doctrina legal de esta Corte que invoca, así como los supuestos de absurdo y arbitrariedad. Hace reserva de caso federal.

En síntesis, alega la vulneración del principio de congruencia y la errónea valoración de la prueba en lo que concierne a la existencia del hecho -el acto discriminatorio- sobre el que fue planteada la pretensión entablada en autos (fs. 254/268).

Al respecto sostiene que el fallo atacado ha alterado los términos de la **litis**, afectando la garantía del debido proceso, pues, a su modo de ver, no se tuvo en cuenta los graves hechos expuestos en el escrito liminar ni el principio establecido por el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial en cuanto a la carga probatoria (fs. 254/255).

Afirma que la sentencia misma reconoce que el actor no probó el haber intentado ingresar al local. Tampoco se acreditó que el personal de seguridad se lo hubiera impedido y que una empleada lo haya atendido en la vereda, por lo que alega que el hecho discriminatorio denunciado en la demanda no existió (fs. 255 vta.). Destaca -más adelante- que el único extremo demostrado fue la

presencia del actor en la esquina del local de Movistar, aunque no se acreditó en qué día sucedió el hecho (fs. 257/258). Al respecto, controvierte la valoración de la prueba de presunciones ante la inexistencia de indicios (fs. 258/263).

Arguye, por otra parte, que la falta de rampa puede dar lugar a verificaciones o sanciones administrativas pero en sí no configura un acto discriminatorio que tenga que ser indemnizado (fs. 255).

Dice que la sentencia escinde la discriminación alegada en la demanda, considerando discriminatorio un hecho abstracto: la ausencia de rampa (fs. 263 vta./265).

Observa que en la sentencia se ha omitido verificar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil: el requisito de daño y la relación de causalidad, por lo que el fallo constituye una decisión dogmática por carecer de una fundamentación razonable (fs. 265/268).

Finalmente cuestiona la procedencia del daño moral y la multa civil. En cuanto al primero alega que el actor no ha demostrado menoscabo alguno sufrido en su persona o patrimonio y que la suma fijada por este concepto resulta arbitraria e injustificada. Respecto del daño punitivo refiere que no se ha acreditado que el señor

Machinandiarena hubiese pretendido ingresar al local, por lo que no existe acto discriminatorio. También aduce que la alzada al considerar el otro perjuicio -el moral- entendió que el mismo no tiene su fuente en la relación contractual, pero al discurrir sobre este daño lo hace con basamento en la relación de consumo de índole convencional (fs. 268/272 vta.).

#### IV. El recurso no prospera.

a) He considerado antes que el principio de congruencia constituye un principio derivado del sistema dispositivo y consiste en la exigencia de que medie identidad entre los sujetos, objeto y hechos de una pretensión principal o incidental y la decisión judicial que la dirime (conf. causa C. 95.843, sent. del 18-XI-2008). De ahí entonces que los órganos jurisdiccionales deban resolver las causas teniendo en cuenta los términos en que quedó articulada la relación procesal. Se trata del análisis y juzgamiento de aquellos puntos que constituyen la estructura de la traba de la **litis**, la plataforma misma del caso, conformando el esquema fáctico y jurídico (en relación a este último sin perjuicio del **iuria novit curia**) al que se debe atender para la solución del litigio (conf. causas C. 94.841, sent. del 20-VIII-2008; C. 99.766, sent. del 28-X-2009).

Ahora bien, como es sabido, los agravios

relativos a la infracción del mentado principio, por estar vinculados con la interpretación de los escritos presentados en el proceso, deben ser planteados por vía del absurdo (conf. causas C. 94.841, sent. del 20-VIII-2008; C. 99.766, sent. del 28-X-2009; C. 95.723, sent. del 15-IX-2010).

En el **sub lite** no advierto la presencia del mentado vicio lógico, pese a la denuncia formulada por el recurrente con relación a la interpretación del escrito de demanda y en cuanto a las pruebas producidas en la causa (fs. 254 vta./263), ya que el mismo no se configura sino ante la presencia de un error grave y manifiesto que conduzca a conclusiones contradictorias o incongruentes, o incompatibles con las circunstancias objetivas de la causa (art. 384, C.P.C.C.; C. 95.848, sent. del 25-III-2009), pues, no cualquier disentimiento autoriza a tener por acreditado el absurdo, ni tampoco puede este Tribunal sustituir con su propio criterio al de los jueces de mérito, aún cuando la postura del sentenciante pueda ser calificada de objetable, discutible o poco convincente (conf. causas C. 99.979, sent. del 19-V-2010; C. 95.718, sent. del 9-VI-2010).

En virtud de ello, evidenciándose en la sentencia atacada una conformidad entre la pretensión formulada por el accionante -con fundamento en la

discriminación padecida por el trato desigual a raíz de su discapacidad- y lo resuelto por el **a quo** (v. fs. 18 vta./19, 20 vta./35 vta., 223 vta./225 y 236 vta./237), no se avizora la violación al principio contenido en los arts. 163 inc. 6 y 272 del Código procesal (conf. causa C. 98.596, sent. del 8-VII-2009; art. 279, C.P.C.C.).

b) En lo que concierne a la existencia misma del hecho discriminatorio y la configuración de los presupuestos de la responsabilidad atribuida en autos (daño resarcible y relación de causalidad), entiendo que tampoco se verifican las hipótesis de absurdo y arbitrariedad de sentencia, tal como fueran alegadas por la recurrente en su presentación (fs. 263 vta./268; arts. 279 y 384, C.P.C.C.).

Por un lado, cabe reparar en que la Cámara hizo un examen razonable de las declaraciones prestadas por los testigos junto con el resto de elementos probatorios incorporados a la causa (el contrato de telefonía reconocida por la demandada y la denuncia ante el organismo de defensa del consumidor; v. fs. 223 vta./224 vta.), por lo que no se observa una burda vulneración de las reglas de la sana crítica (conf. arts. 165 inc. 5, 354 inc. 1, 384, 385 y 456, C.P.C.C.).

En efecto, se ha resuelto que la valoración de las probanzas en su conjunto, vinculando los distintos elementos de juicio entre sí constituye un método de

razonamiento que aleja la posibilidad de incurrir en absurdo (conf. causa Ac. 66.872, sent. del 2-IX-1997; v. también Ac. 73.932, sent. del 25-X-2000).

Por otro lado, en lo que se refiere a la ausencia de rampa de acceso al local y la consecuente discriminación sufrida por la discapacidad del demandante, la alzada ha fundado el fallo en los conceptos y normativa supranacional, constitucional y legal que explica extensamente en su sentencia (fs. 225/236).

Sin embargo, la empresa accionada no ha impugnado debidamente este capítulo del decisorio, especialmente en lo que atañe al contenido de las normas previstas en los arts. 8 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361); 1 de la ley 23.592 y 24 de la ley 10.592 (texto modif. por la ley 13.110), así como tampoco respecto de la doctrina legal de esta Corte de la causa "Falocco" (v. fs. 235 y 236/237), por lo que estimo que el recurso resulta insuficiente (art. 279 y su doctrina, C.P.C.C.).

En efecto, el tribunal **a quo** conceptualizó la discriminación como todo acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida (fs. 225).

Apuntó, asimismo, que de acuerdo con el art.

1 de la ley 23.592, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados; y que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios (conf. art. 42 de la Carta Magna y el nuevo art. 8 bis de la ley de defensa del consumidor; fs. 235). Más concretamente, citó la ley provincial 10.592 (t.o. ley 13.110) expresando "que todo edificio de uso público, sea su propiedad pública o privada, existente o a proyectarse en el futuro, deberá ser completa y fácilmente accesible a personas con movilidad reducida, contemplando no sólo el ingreso al mismo, sino también el uso de los espacios comunes y de circulación interna e instalación de servicios sanitarios que posibiliten la vida de relación de dichas personas (art. 24)" (fs. 236 vta.).

Pues bien, tales fundamentos no fueron rebatidos, por lo que el recurso no cumple debidamente con la carga de bastarse a sí mismo, esto es el poder evidenciar con su lectura el error en la aplicación de la ley o en las motivaciones esenciales que contiene el

pronunciamiento, cuyas conclusiones definitivas y argumentos deben ser objeto de una crítica concreta, directa y eficaz (doct. art. 279, C.P.C.C.; conf. causas L. 90.567, sent. del 9-VIII-2006; C. 98.859, sent. del 22-X-2008).

c) Respecto de los agravios vinculados con el daño moral, la impugnante tampoco rebatía debidamente las razones en que se apoya el fallo (art. 279 cit.).

Tal como señalara antes (punto III), la alzada fundó el resarcimiento de este perjuicio en el art. 1 de la Ley de Actos Discriminatorios (ley 23.592), ello sin importar la relación contractual y de consumo habida entre las partes por la celebración del contrato de telefonía celular (fs. 237).

Sobre tal base, indicó que no era necesario producir prueba particular sobre la afeción espiritual que ha causado el acto de discriminación sufrido por el actor, toda vez que no quedan dudas que al acudir al local comercial de la demandada y encontrarse con que no podía acceder por la ausencia de rampa, se le ha afectado un interés no patrimonial consagrado por la ley, que atañe al reconocimiento de su persona, dignidad e igualdad (fs. 237 vta.).

Pues bien, el embate intentado por el quejoso no resulta suficiente, dado que solo se basa en una mera discrepancia de criterio, sin que se pueda vislumbrar

una errónea aplicación de la ley ni de la doctrina que invoca (fs. 268/270 vta.; conf. C. 98.642, sent. del 25-III-2009; C. 94.134, sent. del 3-III-2010), porque esta última se refiere a hechos diferentes a los analizados en este expediente (materia contractual; v. fs. 269, último párrafo; conf. Ac. 69.113, sent. del 21-XI-2001 y C. 97.157, sent. del 11-II-2009).

A ello se añaden las particularidades del caso, que la misma sentencia se encarga de exponer para admitir la procedencia del daño y determinar su cuantificación (fs. 238/vta.), por lo que no observo la presencia del vicio de absurdo, extremo que habría habilitado a esta Corte la revisión del tópico planteado (conf. causa C. 96.510, sent. del 19-IX-2007).

d) Por último, en lo atinente a la multa civil, entiendo que la demandada se ha desentendido de los argumentos del sentenciante, no logrando comprender el significado de las distintas fuentes de la responsabilidad reprochada en el caso (art. 279 y su doctrina, C.P.C.C.).

El factor de atribución relativo a la obligación de reparar el daño moral fue basado -como quedara expuesto antes- en el art. 1 de la ley 23.592, mientras que el daño punitivo fue fundado en la relación de consumo, conforme a lo normado por el art. 52 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361).

Efectivamente, al evaluar la procedencia del daño moral la Cámara señaló que "*... si bien existe una relación contractual entre las partes (telefonía celular), y que se la podría encuadrar dentro de lo que se ha dado en llamar 'relaciones de consumo', lo cierto es que el acto discriminatorio individualizado y acreditado en autos es ajeno a ella, es decir, escapa a las previsiones del contrato*" (fs. 237). Y más adelante aclaró que "*... la reparación del daño moral es de corte legal, en la medida que se impone a partir de lo establecido por el art. 1 de la ya citada ley 23.592*".

Estas consideraciones no obstan a que al examinar luego la admisibilidad de la multa civil pueda repararse en la relación de consumo, puesto que de la comisión de un hecho ilícito -el acto discriminatorio- pueden originarse diferentes consecuencias o efectos jurídicos, más aún cuando los reclamos no son incompatible entre sí (doct. arts. 499, 896, 1066 y concs., Código Civil; 1, 3, 8 bis, 52 bis, ley 24.240).

Además, en el **sub examine** la violación de los deberes impuestos por los arts. 42 de la Constitución nacional y 8 bis de la ley de defensa del consumidor, se refieren a comportamientos vinculados a la relación de consumo, esto es, a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la

oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas poscontractuales; y como la exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, resulta lógico que frente a su violación se originen no sólo la infracción de la ley 24.240, sino también la de otras normas previstas en leyes especiales: tal el caso del trato discriminatorio y lo regulado por la ley 23.592.

Por otra parte, el mismo art. 8 bis de la ley 24.240 determina que: "*Tales conductas* (los comportamientos que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias), además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, **sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor...**" (el resaltado me pertenece).

A partir de tales premisas, no habiéndose acreditado la inexistencia del acto discriminatorio ni el error en lo que respecta a la aplicación del daño punitivo (fs. 371/372 vta.), el agravio en tratamiento tampoco puede ser acogido (art. 279, cit.).

V. Por todo ello, corresponde rechazar el

recurso deducido, con costas a la parte vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Soria, Hitters** y **Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto, con costas (art. 289, C.P.C.C.).

El depósito de \$ 6.000 efectuado a fs. 280 y 286, queda perdido (art. 294, C.P.C.C.). El tribunal **a quo** deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto resol. 870/2002).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

CARLOS E. CAMPS

Secretario