



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REGISTRO N°

178-S

FOLIO N° 653/65

EXPEDIENTE N° 165637 JUZGADO N° 7

En la ciudad de Mar del Plata, a los 14 días del mes de agosto de 2018, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**BUCHET CLAUDIA MATILDE C/ TRANSPORTE EL AGUILA DE JUNIN S.R.L. S/ RECLAMO C/ACTOS DE PARTICULARES(SUMARIO)**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.-

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs.363/385?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I. Viene apelada la sentencia de fs. 363/385 en la que se hizo lugar a la demanda instaurada por CLAUDIA MATILDE BOUCHET contra TRANSPORTE EL AGUILA DE JUNIN S.R.L, condenando a ésta a abonar a la actora \$ 636.000 con más los intereses y costas.

Al monto total de la condena se arriba mediante la estimación de la suma de pesos cien mil para reparar el daño extra-patrimonial; la evaluación en treinta y seis mil pesos del daño material derivado de la lesión, y la de pesos quinientos mil fijada en concepto de daño punitivo.

La Sra. Jueza consideró aplicable todo el plexo normativo que ampara a las personas con capacidades diferentes, la ley 24.240 y, valorando



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la prueba rendida, concluyó que el obrar de la demandada constituía un ilícito generador de los daños reclamados, con la entidad suficiente para ser sancionado de acuerdo al art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

Afirmó que tanto la legislación nacional como la provincial garantizan la gratuidad del transporte público a los pasajeros que cuentan con el certificado de discapacidad y que, cuando se trata de un viaje de larga distancia, debe presentar este certificado (o su copia auténtica) junto con el DNI al solicitar el pasaje en la boletería de la empresa, más no al subirse al ómnibus.

Consideró que la conducta del chofer - al no permitirle acceder al colectivo a la actora por tener consigo en ese momento solo su DNI - no se ajusta a ninguna norma y constituye un acto de discriminación, atentatorio de la dignidad de la actora, tanto por su calidad de consumidor como por su condición de discapacitada.

II. Recursos.

Apelaron ambas partes a través de sus letrados apoderados. La accionante lo hizo a fs. 386, fundando el recurso a fs. 396/399. La respuesta obra a fs. 415/418.

El recurso de la demandada fue interpuesto a fs. 394. Los agravios están expresados en el escrito de fs.425/432, los cuales fueron contestados a fs.441/452.

II.1. Recurso de la actora.

a. En primer lugar, cuestionó el monto del daño psicológico, afirmando que la jueza ha omitido involuntariamente tener en cuenta en el 10% de incapacidad que presenta su parte (conf. baremo dec 478/98), causado por la depresión de grado II que sufre.

A su entender, la fijación para el rubro indemnizatorio articulado se compone tanto por el coste del tratamiento tendiente a disminuir o eliminar los efectos del daño, cuanto de la compensación por el daño efectivamente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

sufrido, que no es más que lo que se ha dado en conocer como “sufrimiento psicológico”

b. También se quejó del monto fijado para reparar daño moral por considerarlo bajo. Afirmó que están demostrados los padecimientos y las vejaciones sufridas por la actora por el comportamiento malicioso de la empresa de servicios públicos.

Señaló que por su condición de discapacitada, la Sra. Buchet es una persona vulnerable e indefensa, y por tanto las laceraciones que curan fácilmente para el común de las personas, quizá resulten heridas más difíciles de cicatrizar para ella. Trajo a colación partes del informe elaborado por la perito psicóloga.

Sostuvo que la afectación del espíritu de su parte no se limitó al hecho acaecido, a la desagradable situación a la que la sometió el dependiente de la accionada, sino que además y fundamentalmente, que la ha llevado a un padecimiento de más de 5 años recorriendo oficinas administrativas municipales, estudios de abogados, estudios de mediación, audiencias judiciales.

c. En último lugar se agravio de la suma establecida por daño punitivo. Indicó que hay que tener en cuenta fundamentalmente: 1.- el carácter de servicio público que brinda la demandada; 2.- la vulnerabilidad de la actora; 3.- el comportamiento abusivo de la demandada; 4.- el trato indigno a la consumidora; 5.- las consecuencias lesivas en la demandante y por último 6.- el comportamiento posterior de la empresa accionada.

Destacó la faz preventiva de la sanción y afirmó que a los empresarios hay que hablarles en el mismo idioma financiero que manejan y que el daño punitivo debe servir para evitar el maltrato, el trato indigno, el atentado al decoro, el abuso y las prácticas perniciosas en detrimento de los derechos de los consumidores, máxime cuando se trata de personas especialmente vulnerables, como es el caso de marras.

II.2. Recurso de la demandada.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

El recurso persigue la revocación de la sentencia. Con tal fin, la letrada apoderada de la empresa de transportes expuso los siguientes agravios:

a. En primer lugar se quejó de que se haya resuelto que su mandante incumplió con la normativa vigente. Por el contrario, sostuvo que la conducta desplegada por el conductor fue acorde a derecho pues la Autoridad Nacional que controla la actividad del transporte público de pasajeros (CNRT) informa que, para viajar, es necesario tener el certificado de discapacidad y el documento (o su copia certificada), tal como surgiría de la contestación del oficio de fs. 190/191.

Afirmó que la sentencia recurrida desconoce el texto de la norma y que no puede el Sr. Juez obligar a su mandante a desoír el texto referido y/o cometer una infracción.

A su entender, con el fallo, el sistema de pases gratuitos y los requisitos para su utilización pierde valor normativo: se transforma en un mero consejo, una simple sugerencia. O sea, su relevancia práctica sería casi igual a cero. De nada valdría su elaboración y actualización: los pasajeros podrían utilizar el sistema a su antojo.

b. En segundo lugar cuestionó la fijación del daño punitivo, afirmando que no se configura un caso excepcional que la justifique.

Reiteró que su mandante no incumplió con una norma sino que buscó su efectivo cumplimiento y que, en todo caso, no se presenta un supuesto de grave indiferencia o menosprecio como señala la Sra. Jueza. Expuso que la denegatoria del conductor no se basó en un motivo infundado, maligno, doloso ni imprudente, ni basado en una desidia administrativa.

c. En capítulo aparte se quejó de los montos indemnizatorios, considerándolos elevados. El planteo es subsidiario de los anteriores.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Sostuvo que la resolución, que tiene en cuenta la pericia psicológica practicada, resulta contraria a derecho pues esta última carece de la batería de tests/ estudios técnicos administrada a la actora, tales como: Test de Bender, Persona Bajo la Lluvia, Inventario de Depresión de Beck, escala de gravedad de síntomas del trastorno de estrés postraumático, IES Escala de sucesos impactantes y MMPI II, los cuales su parte se vio impedida de cuestionar.

Adujo que la Sra. Perito realizó su informe en base a los hechos denunciados en la demanda, abstrayéndose de todo otro dato que pudo haber vivido la actora y generador del referido daño, por lo que es parcial, incompleto y carente de todo sustento fáctico y científico.

Destacó que, de existir una incapacidad, sería temporaria (toda vez que podría remitir con tratamiento), por lo que es incorrecto determinar el pago de una indemnización con motivo de ello, menos aún, cuando dicho porcentaje incluye la patología de base que ya tenía la actora previo al supuesto hecho que ahora denuncia.

A su vez, en cuanto a su monto, se agravio de que no se haya considerado la falta demostración sobre la imposibilidad y/o ineficacia de la realización del tratamiento a través de un nosocomio público, no existiendo fundamento alguno que disponga el tratamiento rentado.

Por lo demás, sostuvo que si luego del supuesto hecho la Sra. Buchet pudo seguir viajando con su poderdante, el agravio moral o psicológico no es tal, ya que es incongruente una situación de *stress* y que continúe utilizando libremente los servicios de la aquí demandada.

Criticó la valoración de la prueba testimonial sosteniendo que no son suficientes para acreditar un supuesto daño moral, por referirse a un estado emocional ajeno.

Hizo reserva de caso federal.

III. Tratamiento de los recursos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Corresponde tratar en primer lugar el agravio de la empresa accionada relativo al incumplimiento.

1. No es materia discusión que la actora posee un certificado de discapacidad, en razón de una limitación en su movilidad que padece como consecuencia de haber sufrido un accidente cerebro vascular.

Tampoco está cuestionado que el día 10 de abril de 2013, en esta ciudad, el conductor del ómnibus de la empresa demandada le impidió abordar el servicio de las 15:00 horas con destino a Quilmes, pues no tenía en ese momento el certificado o su copia auténtica, pese a exhibir el pasaje emitido a su nombre cinco días antes (05/04/2013 con asiento asignado nº60) y el DNI.

Son contestes también las partes en cuanto a que la Sra Buchet finalmente pudo viajar en ese colectivo, aunque adquiriendo un nuevo pasaje, por el cual debió pagar la suma de \$176,80.-, que fue emitido dos minutos antes del horario fijado para la salida, tal como lo muestran las copias de fs. 15.

La empresa de transportes también ha reconocido que la actora, por su especial condición, tiene derecho a obtener un pasaje gratuito.

La controversia se limita a la negativa del conductor, si esta se encuentra o no justificada legalmente, o dicho de otro modo, si resultó legítima la exigencia de exhibición del certificado al momento de abordar el ómnibus.

2. Comparto la opinión, de la Sra. Jueza.

La normativa no exige expresamente exhibir el certificado de discapacidad a la hora de subir al colectivo, sino que este recaudo solo es exigible al momento de concurrir a la boletería a adquirir el pasaje.

Tal como se dice en la sentencia, los derechos de la actora cuentan con una específica tutela de raigambre constitucional e internacional, que se proyecta tanto en legislación nacional como provincial, en función del principio "Pro Homine", que consiste en un criterio hermenéutico que informa toda la Legislación referida a los Derechos Humanos y que prescribe que se debe acudir a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

Las personas con discapacidad (PCD) son mereedoras de especial protección y resguardo y se promueve su inserción en la vida comunitaria, tratando de equiparar las condiciones de accesibilidad que pudieran verse disminuidas como consecuencia de los padecimientos que sufren. La desatención de esa especial tutela en virtud de su padecimiento constituye un acto de discriminación (conf. arts. 5, 14, 33, 42, 77 inc. 22 fr Is Constitución Nacional, ley n° 22.431 que instituye un sistema de protección de las personas con discapacidad, estableciendo el Decreto n° 487/83 la reglamentación de dicha ley, como así también los decretos 38/2004 y Resolución 31/2004; la ley n° 25280 que aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala, la ley n° 26378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. En la Provincia de Buenos Aires: arts. 36 incs. 5° y 8° de la Constitución; la ley n° 10592 (Régimen jurídico básico integral para personas discapacitadas).

En cuanto a los servicios de transporte público, el artículo 22 de la ley 10592 (Texto según Ley 14968) establece que *"las empresas de transporte, colectivo terrestre y fluvial que operen regularmente en territorio provincial, deberán facilitar el traslado de las personas con discapacidad, en forma gratuita o mediante sistemas especiales y además deberán publicar, en forma fácilmente legible y entendible, las frecuencias de las unidades accesibles para personas con movilidad reducida, agregando un número telefónico para recibir consultas sobre dicha información. La publicación mencionada en el párrafo anterior deberá serlo en las boleterías de expendio de pasajes y en lugar bien visible al público, en las terminales y paradas de los itinerarios de las empresas de transporte colectivo terrestre y en las terminales en el caso del transporte colectivo fluvial. En aquellos supuestos en que la persona con discapacidad no pueda valerse por sí mismo, el beneficio del párrafo primero se hará extensivo a la persona que lo acompañe. La reglamentación establecerá las comodidades que deben otorgarse a*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

las personas con discapacidad y las características de los pases que deberán exhibirse. Las empresas de transporte colectivo fluvial además, se encuentran obligadas a permitir el acompañamiento de perros lazarillos para los casos en que el pasajero cuente con discapacidad visual. La inobservancia de esta norma por parte de las empresas de transporte colectivo las hará pasibles de las sanciones previstas en las Leyes y decretos que reglamentan el mencionado servicio público en la Provincia de Buenos Aires...."

A ello se agrega que debe ubicarse al beneficiario en asientos de fácil acceso, en el piso inferior del colectivo, tal lo que da cuenta la contestación del oficio de fs.331/337 de la Subsecretaría de Transporte del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de BsAs.

La recurrente únicamente sostiene su relato en lo informado a fs. 191 por la CNRT que, en base a los Decretos 38/2004 y 118/2006, llega a la conclusión de que la documentación exigible para abordar el servicio es el original o copia autenticada del certificado de discapacidad y original del documento nacional de identidad y de su acompañante, según el caso.

El dec.38/2004 prevé en su artículo 1º: *"El certificado de discapacidad previsto por la Ley N° 22.431 y su modificatoria, la Ley N° 25.504, será documento válido para acceder al derecho de gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte colectivo terrestre, sometidos a contralor de la autoridad nacional, de corta, media y larga distancia, según lo establece la Ley N° 25.635. La sola presentación del certificado de discapacidad, emitido por autoridad competente en la materia, tanto nacional, provincial o municipal, en los términos de la Ley N° 22.431, o provincial pertinente, juntamente con el documento nacional de identidad o cédula de identidad o libreta de enrolamiento o cívica, o bien, el pase para franquiciados vigente, será documento válido a los efectos de gozar del derecho contemplado en la Ley N° 25.635. Una vez reglamentada la Ley N° 25.504, los documentos indicados tendrán validez, hasta tanto las jurisdicciones responsables de la emisión de los certificados se ajusten a la nueva reglamentación. Para el uso gratuito de servicios de transporte de larga distancia, la persona con discapacidad o su representante legal deberá solicitar ante la boletería de la prestataria su pasaje y el de un acompañante en caso de necesidad*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

documentada, indicando la fecha de ida y regreso, horario, origen, destino y causa del viaje. La solicitud descrita en el párrafo anterior deberá ser formulada con un plazo de antelación mayor a CUARENTA Y OCHO (48) horas a la realización del servicio, estando obligada la transportista a entregar un comprobante de recibo de dicho pedido, indicando fecha y hora en que se lo formula. Deberá constar también la firma y aclaración del empleado interviniente. Para recibir el pasaje solicitado, el requirente deberá entregar el comprobante de recibo del pedido antes mencionado. Los trámites para la obtención de la orden de pasaje y el pasaje respectivo, serán gratuitos. Se consideran causas de integración social, aquellas que permitan a la persona con discapacidad compartir situaciones familiares o comunitarias en un lugar distinto al de su domicilio. Al momento de formular el pedido, el usuario podrá solicitar que las plazas a utilizar, él y su acompañante, si correspondiere, sean las más próximas a la puerta de ingreso a la unidad. Las personas ciegas podrán viajar en los vehículos de transporte público de pasajeros por automotor de corta, media y larga distancia, sometidas al contralor de autoridad nacional, acompañadas de UN (1) perro guía, previa autorización que extenderá la Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. La inobservancia de las prescripciones establecidas en la presente reglamentación será sancionada de conformidad con el Régimen de Penalidades por Infracciones a las Disposiciones Legales y Reglamentarias en Materia de Transporte por Automotor de Jurisdicción Nacional, aprobado por el Decreto N° 253 del 3 de agosto de 1995 y su modificatorio N° 1395/98, o el que lo reemplace en el futuro."

El artículo 2º es de forma.

A su vez, el dec. 118/2006 que se refiere a la administración de un fondo de compensación generado por un impuesto sobre transferencia a título oneroso o gratuito, o importación, de gas oil o cualquier otro combustible líquido que lo sustituya en el futuro, destinado a regir hasta el 31 de diciembre de 2010, en su artículo 4º dice: "Establécese que el derecho de gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte colectivo de pasajeros sometidos a contralor de la autoridad nacional dispuesto por el Artículo 1º del Decreto N° 38 de fecha 9 de enero de 2004, será reglamentado por la SECRETARIA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, debiendo observar entre otros aspectos explicitados en los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

considerandos de dicha norma y mientras rija el Decreto N° 2407 de fecha 26 de noviembre de 2002 las siguientes pautas: a) Será aplicable a los servicios enumerados en los literales a), b) y c) del Artículo 3° del Anexo II del Decreto N° 2407/2002. b) Para cada servicio, la obligación de transporte se limitará a UNA (1) plaza para discapacitado y UNA (1) para su acompañante, si el servicio cuenta con hasta CINCUENTA Y CUATRO (54) asientos y de DOS (2) plazas para discapacitados y su acompañante si la capacidad fuera mayor. c) Independientemente de lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 1° del Decreto N° 38/2004, la inobservancia de lo normado en dicho artículo habilitará a la SECRETARIA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS a reducir el beneficio del Gasoil a precio diferencial, de acuerdo con la reglamentación que establezca dicha Secretaría."

Como puede observarse, los decretos mencionados en el informe no exigen de forma expresa el recaudo aludido, de modo que la interpretación efectuada por el ente público luce, cuanto menos, excesiva. Es que la reglamentación no puede estar por encima de las garantías y derechos de las personas con capacidades diferentes expresamente reconocidos en tratados internacionales con jerarquía constitucional y en leyes posteriores emanadas del Congreso de la Nación que estaban vigentes a la fecha en que ocurrió el hecho aquí ventilado, ni cabe sostener interpretaciones que lleven a dificultar e incluso a frustrar el ejercicio de los derechos reconocidos en la norma.

En conclusión, la documentación que acredita la discapacidad debe ser presentada al solicitar el pasaje en la boletería pues la gratuidad del pasaje se materializa en ese momento. Al subirse al ómnibus, la persona ya tiene acreditado el derecho a acceder al beneficio y por ende, corroborada su identidad, no es razonable exigirle que acredite nuevamente su discapacidad..

En este mismo sentido ha dictaminado la Dirección General para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Municipio de General Pueyrredón en el expediente administrativo n° 6147 (fs.19/21, testimonial de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

reconocimiento de su titular, el Dr. José Luis Zerillo, en audiencia video grabada constancia fs. 183, DVD reservado en secretaría).

3. El hecho no solo tipifica un incumplimiento a normas expresas de la ley vigente, sino que constituye un claro acto de discriminación contra una PCD que encuadra en el art.1º de la ley 23.592, evidenciado no sólo por haberle impedido a la actora el uso del beneficio de gratuidad, obligándola a pagar un nuevo pasaje, sino por hacerla subir al segundo piso del micro, pese a su dificultad motora.

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada por la ley 26.378, dedica especial atención a la *accesibilidad* como principio contra la eliminación de barreras que pudiera evitar la plena y efectiva integración a la sociedad de las personas con discapacidad

Es que la protección de las PCD tiene particular importancia, también, en atención evitar actos de discriminación. En julio de 2010, las denuncias por discriminación en razón de la discapacidad, implicaban el 22% del total de las denuncias que recibía el INADI (Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo) y entre los actos discriminatorios más comunes respecto de las personas con discapacidad, se encuentran: denuncias por incumplimiento del cupo laboral; conflictos en las escuelas (principalmente con niños/as con TGD o de rechazo en la integración); negativa a otorgar seguros de vida o a celebrar contratos de mutuo con personas ciegas o el incumplimiento en la entrega de los pasaje gratuitos de omnibus (conforme lo explica Rosales, Pablo Oscar "Daños y discriminación a personas con discapacidad" en Revista de Derecho de Daños 2011-,3 "Daños a la salud" Ed. Rubinzal Culzoni, p. 412/3)

En el año 2013 a través del INADI, se publicó el "Mapa Nacional de la discriminación 2013" 12 con un Anexo específico referido a las PCD y la discriminación directa, indirecta y múltiple que sufren en los distintos ámbitos de su vida, como también las familias de las PCD. El informe, concluyó que más del 50% de las PCD habían sufrido un acto discriminatorio, lo que no tuvo un correlato en medidas estatales que adecuaran la legislación vigente, subsistiendo la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

necesidad de que la discriminación que se ejerce contra las PCD tenga adecuada protección normativa y se implementen acciones que contemplen las múltiples discriminaciones que ellas afrontan (conforme surge del segundo informe alternativo sobre el cumplimiento del Estado argentino de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas en nuestro país presentado por distintas organizaciones sociales ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la sede de la ONU en Ginebra, Suiza.<https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/situacion-de-las-personas-con-discapacidad-en-la-argentina/>)

Mosset Iturraspe explica que la discriminación importa una lesión, un ataque y el consiguiente perjuicio a la persona humana, ya que provoca el desconocimiento de sus derechos a la libertad, a la igualdad y a la dignidad, es decir que se vincula con los derechos humanos, como fundamentales de toda persona, nacidos por su condición de tal. Siguiendo a González Pérez, dice *“por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona, con la dignidad que ello comporta”* (“Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación”, Revista de Derecho Laboral, “Discriminación y violencia laboral –II,”2009-1, p.49 y sgtes, Dir. Mario Ackerman y Valentín Rubio, Rubinzal Culzoni;)

Tanto las normas de índole internacional, como las internas que combaten las prácticas discriminatorias, son de plena aplicación a las relaciones laborales y justifican la solución que se ha dado al caso.

Este derecho fundamental de toda persona a la no discriminación tiene su reconocimiento en diversas normas: a) los arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; b) el art.26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado por nuestro país por ley 23.313 en 1986. d) art. 3.1. de la Carta de la OEA; e) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la cual los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos allí reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción –y en lo que aquí interesa- sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición nacional (art. 1.1).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Se reafirma el postulado de igualdad ante la ley de todas las personas y en consecuencia el derecho, sin discriminación, a igual protección legal (art. 24), en las opiniones consultivas que al respecto ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos citadas por el Dr. Monterisi en su enjundioso voto en la causa nro.143.790 (“Machinandiarena”) f) En el ámbito nacional, como derivación del principio de igualdad emergente del art. 16 de la Constitución Nacional, el art. 75 dispone que “...Corresponde al Congreso:... inc. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”. La ley 23.592, que en su art.1 dispone: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja 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. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”*

La norma, en directa vinculación con el principio de legalidad e igualdad, impone un claro estándar consistente en la prohibición de toda discriminación sustentada en dichas causas y, con base en la igualdad de oportunidades sociales, define los efectos que de los actos discriminatorios: por una lado su ineficacia y, por tratarse de actos ilícitos, la responsabilidad por los daños ocasionados.

4. A todo evento, si existiera alguna duda acerca del alcance de esta exigencia contenida en los distintos dispositivos normativos internacionales, nacionales y locales, la conducta del chofer es igualmente reprochable por abusiva.

El pasaje agregado en copia a fs. 15 que la Sra. Buchet había sacado con la franquicia tiene impreso su nombre completo y número de DNI, de modo que pudiendo ser comprobada su identidad con el documento al momento del acceder al colectivo, la falta del certificado era intrascendente. No podía



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

dudarse que era la propia beneficiaria (y no otra persona) la que iba a utilizar el pasaje.

Más allá de las diferencias entre el art. 1071 del CC y el 10 del CCyC (conf. lo explica Renato Babbi-Baldi Cabanillas, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" dir. Rivera-Medina, Ed. Thomson Reuters, La Ley tº1, p.83/4), lo cierto es que en ambos está puesto el foco en el ejercicio irregular, antisocial o antifuncional de un derecho.

5. A su vez, la conducta del dependiente de la empresa demandada importa en el incumplimiento de los deberes que le impone la ley 24.240, en tanto el contrato está regido también por ese estatuto.

Esta cuestión, como se explica en el apartado pertinente, tiene especial significación en cuanto al daño punitivo fijado.

6. Despejada, pues, mi decisión sobre el primer agravio de la demandada, serán tratados los comunes presentados por ambas partes, relativos a la procedencia de los rubros por daño psicológico, consecuencias no patrimoniales y la sanción del art. 52 bis de la ley 24.240.

6.1. Daño psicológico.

La actora cuestionó que por este rubro sólo se haya fijado la suma de \$36.000.- correspondiente al costo del tratamiento recomendado por la experta, sin considerar que también señaló que posee un 10% de incapacidad por la depresión de grado II que padece, de acuerdo al baremo decreto 478/98.

La empresa demandada se agravió de la falta de agregación al expediente de los protocolos de los tests y estudios practicados a la actora, sobre los que se basó la pericia, afirmando que su parte se vio impedida de controvertirlos y que el informe fue sostenido exclusivamente en el relato de la actora, por lo que carece de fundamentación adecuada. Adujo, en cuanto a su monto, que la actora no ha demostrado la imposibilidad y/o ineficacia de la realización del tratamiento a través de un nosocomio público.

a) No le asiste razón a la actora.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Este daño se refiere a toda alteración de la personalidad o perturbación del equilibrio emocional que altere la normalidad del sujeto y trascienda en su vida de relación, influyendo en su integración con el medio social. Consiste en una cierta clase de lesión inferida a la persona que constituye fuente de daños resarcibles pues supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente (Zavala de González, Daños a las personas, tº 2-a, p.193, ed. Hammurabi)

Pero no se trata de una categoría autónoma o *sui géneris* de daño, sino que estrictamente, es una lesión productora de daños. Puede tener sus proyecciones en el daño moral, como factor de agravamiento o pauta valorativa, como en el daño emergente, consistente en los gastos que demandará el tratamiento en caso de ser necesario.

Este es el sentido que, acertadamente, le ha dado la Sra. Jueza *a quo*, al analizar el dictamen de fs. 229/233 presentado por la perito psicóloga (puntos d.1) y d.2) de su sentencia). Lo consideró como elemento de peso a la hora de fijar el daño moral y, bajo el rótulo de daño psicológico, estableció la indemnización del daño emergente.

De allí que el porcentaje de incapacidad señalado por la auxiliar es sólo un dato que se arrima para fundamentar cómo se proyecta el trauma que padece la actora en estas dos esferas (patrimonial y extrapatrimonial).

No se trata de una incapacidad permanente que deba ser evaluada en los términos del art. 1746 del CCyC, sino que es meramente transitoria y mejorable terapéuticamente, razón por la cual decidió indemnizar el rubro analizado a través de la concesión del importe del tratamiento (fs.232 vta, último punto de pericia)

Es por lo expuesto que la queja de actora no es de recibo (arts.1738, 1739, 1744, 1746 y cdtes del CCyC; 163 inc 5, 260, 266 y cdtes del CPC)

b) En cuanto al recurso de la demandada, debo efectuar las siguientes aclaraciones:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

i. En primer lugar considero que acierta en su queja sobre la falta de agregación de los test. El objetivo de la evaluación pericial psicológica consiste en establecer el grado de certidumbre del relato de actora respecto a las consecuencias en su psiquis del hecho denunciado.

Sin desconocer que una pericia psicológica no cuenta con el grado certeza que tienen otras como la mecánica o la química, a fin de afirmar la credibilidad de la conclusión pericial es dable exigir igualmente la comprobación de metodologías de actuación que permitan su observación, como ocurre por ejemplo con la psicometría, que engloba la teoría y la construcción de pruebas, test y otros procedimiento de medición válidos y confiables (Gorra, Daniel Gustavo "La credibilidad de la pericia psicológica", Sup. Penal 2011 (septiembre), 14- LA LEY 2011-E, 217, Cita online: AR/DOC/2596/2011)

Por ese motivo, se ha juzgado que para hablar de daño psíquico o de incapacidad psíquica de una persona determinada, se hace indispensable acreditar de modo indiscutible y científico la existencia de tal patología, para lo cual es preciso agregar todo el material gráfico obtenido (pruebas psicométricas, proyectivas y/o mixtas, protocolos de entrevistas libres debidamente comentados e interpretados) junto con el informe de peritación, señalizando en los protocolos las remisiones que desde el texto se hagan. La fundamentación de síndromes codificados carentes de tales protocolos, puede hacerse también si se describen los signos y síntomas hallados y éstos se clasifican conforme a los criterios de diagnóstico existentes en las clasificaciones de uso internacional (conf. Cámara Civil y Comercial de Quilmes, sala II, sentencia del 28/08/2012, autos "Rodríguez, Fabio Eduardo y otro c. Rojas, Luis Alberto s. daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/44597/2012)

Las pruebas o test psicológicos son las herramientas para realizar los diagnósticos que permitan hacer un peritaje certero, habiéndose recomendado establecer una batería de test base que por su fiabilidad y reconocimiento, y por la amplitud de los rasgos que detectan (Talarico Pinto, Irene "Pericia Psicológica" La Rocca, Bs.As.2003, p.85), son necesarios para poder concluir fundadamente sobre los puntos periciales que se solicitan.

La necesidad de contar con las evaluaciones de donde el profesional extrajo las conclusiones permite mejorar el control de éstas. La negativa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de la licenciada a suministrarlas no se encuentra justificada. No se vulnera el secreto profesional con su agregación. Si acaso ello así fuera, debería considerarse igualmente violatorio a tal deber la transcripción del relato efectuado por la consultante (la actora). Los test efectuados, sin una interpretación profesional, no exponen ningún aspecto íntimo que deba ser legalmente preservado.

La propia actora fue quien en su demanda explicó detalladamente en qué consiste su padecimiento, quien fundó una pretensión indemnizatoria en tal estado, de modo que ha decidido exponerlo judicialmente para obtener una indemnización, y ofreció prueba pericial y testimonial para acreditarlo, como también debe tenerse en cuenta que la tarea profesional desarrollada por la perito fue el resultado de tal proceder.

Es decir que en lo tocante exclusivamente al trauma generado por el acto de discriminación denunciado, no hay intimidad a resguardar que no haya sido, previamente, divulgada en este expediente por la propia afectada, por lo que entiendo que la licenciada se encuentra relevada de guardar secreto profesional y no infringe ninguna norma al agregar las evaluaciones practicadas sobre las cuales ha sostenido su informe (arts. 51, 52, 55, 1770 y cdtes del CCyC).

ii. De todos modos, el déficit expuesto por la demandada no cambia la suerte de la procedencia del daño psicológico.

El dictamen pericial no es la única prueba producida, sino que se encuentra abonado con lo declarado por los testigos Alicia Matilde Sifredi y María Inés Tiberi (en audiencia video grabada constancia fs. 183, DVD reservado en secretaría). En especial esta última señaló que luego del acontecimiento aquí debatido, notó un desmejoramiento en la actora, manifestado: en temblores; nerviosismo; pánico e inseguridad general; no querer viajar a ver a su familia; evitar ir a la terminal de omnibus y preferir pagar el pasaje, mandando a otra persona a comprarlo.

Es decir que aun restando fuerza a la pericia, el daño igualmente se encuentra acreditado (arts. 1737, 1738, 1739, 1744 y cdtes del CCyC; 375, 384 y cdtes. del CPC)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

La fuerza probatoria de los dictámenes periciales es de exclusiva evaluación de los magistrados, quienes, teniendo en consideración la competencia de las personas que efectúan los mismos, los principios en que puedan fundarlos y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrece, tomarán su propia convicción, adjudicándoles el valor que estimen apropiado para la resolución de la litis (SCJBA, DJBA v.134 p. 345 LA LEY, 1988-D, 100; citado por Morello y otros en el t. V-B, 439).

iii. Por lo demás, no asiste razón a la empresa accionada al quejarse que no se haya probado la imposibilidad de la actora de procurarse un tratamiento o su ineficacia, para sostener que no procede la indemnización del daño emergente.

La Sra. Buchet tiene derecho a elegir el profesional que habrá de tratarla y para ello necesita contar con el dinero para afrontar el pago de las sesiones, sin que esté condicionado por un listado que provea su obra social, o que deba concurrir a asistencia pública. Este peregrinar no haría otra cosa que agravar el daño ya demostrado.

Es un derecho de elección que asiste a la víctima, que engendra el derecho de obtener la mejor asistencia terapéutica posible y que consiste en la libre selección de establecimientos, profesionales o tratamientos que mayor idoneidad y capacitación considere que poseen. *“Esta aspiración existe también y es especialmente legítima cuando el menoscabo constituye el resultado de un daño inmerecido e injustamente causado por otro”* (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños” 2 a, Ed. Hammurabi, 1991, p.93)

62. Consecuencias no patrimoniales (daño moral)

Entiendo que la suma acordada de \$100.000.- por este rubro es ajustada a derecho (art.1741 del CCyC).

Tratando de evitar que el daño moral se constituya en un ejercicio abusivo del derecho o en una fuente de enriquecimiento indebido, debe discernirse si el deber incumplido tiene virtualidad de provocarlo de acuerdo al



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

orden natural y habitual de las cosas (conf. Zavala de González, Matilde "Amplitud resarcitoria del daño moral contractual" en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros" Editorial La Ley Año VI n° VIII, Septiembre de 2004), pues los sinsabores y molestias no constituyen por sí solos daño moral indemnizable.

El daño moral tiene condición autónoma y vigencia propia que asienta en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones destruidas.

Considero que la situación ventilada en autos se inserta sin ninguna dificultad en este concepto, en tanto terminó convirtiéndose para la actora en un padecimiento algo más significativo que una mera molestia no susceptible de reparación.

Sobre su monto, si bien es difícil la evaluación toda vez que es imposible penetrar en forma completa en la subjetividad del reclamante, como afirma Zavala de González (Resarcimiento de daños. 5 a. Ed Hammurabi p.86), los elementos arrojados a la causa me convencen en confirmar lo decidido por el Juez.

Aun cuando su determinación no responde a estándares o cánones invariables, deben considerarse las circunstancias del hecho generador y la personalidad y profesionalidad del dañador. (conf. Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral", ED Hammurabi, p.341/342;) atendiendo al método indicativo, es decir antecedentes judiciales (Peyrano Jorge W., "De la tarificación judicial 'iuris tantum' del daño moral", en JA-1993-I-877; CCivCom., Rosario, Sala 4, 10-12-1992, "García, Jorge c. Club Remeros Alberdi", en JA-1993-I-611, con nota aprobatoria de Vázquez Ferreyra, "La cuantía de la indemnización del daño moral: Estimación tarifaria iuris tantum", en JA-1993-I-621).

Siguiendo estas pautas, la suma se aproxima al daño sufrido por la Sra. Buchet no es necesario una demostración acabada en tanto surge notorio de los hechos (art 1744 CCyC), pues se justifica en la ilegitimidad del obrar del accionado y se traduce, en el caso, en las aflicciones que ha debido soportar tanto por verse discriminada como por la falta de dignidad en el trato. De todos modos, como bien se expone en la sentencia apelada, el relato de su sufrimiento y cómo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

éste se ha exteriorizado, fue debidamente demostrado con las pruebas testimoniales y la pericial psicológica (art.375 del CPC)

El daño guarda, así, una debida relación de causalidad con al incumplimiento atribuido. Se trata de consecuencias inmediatas y el monto entiendo es acertado, por lo que corresponde la confirmación de la decisión sobre este punto, rechazando los agravios formulado al respecto por amaba partes (arts.1726, 1727, 1728, 1741 y cdtes del CCyC; 163 inc.5, 165, 242, 260, 266 y cdtes del CPC)

63. Daño punitivo.

Respecto al daño punitivo, el cuestionamiento de la demandada gira en torno a que no hay incumplimiento y que por ende no están reunidos los recaudos de procedencia de la sanción establecida por el art 52 bis de la ley 24.240. La actora pretende la elevación del monto por considerar que es grave el menosprecio a sus derechos y poniendo el foco en la faz preventiva de la sanción.

Considero que no les asiste razón.

Coincido con el Sr. Juez en cuanto a que la conducta desplegada por la demandada encuadra en la descripción del art 52 bis de la ley 24.240. Optó por hacer caso omiso a la normativa legal y reglamentaria, cometiendo a través de su dependiente un acto ilegítimo, de discriminación, al no dejar acceder al colectivo a la actora con su boleto gratuito por no contar con el certificado de discapacidad, obligándola a comprar uno nuevo, cuyo asiento asignado se encontraba en el segundo piso del coche.

Tal como lo explicara el Dr. Monterisi (en su voto al que adherí en la causa "Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina" causa nº143.790, sentencia del 27/05/09 reg. nº257 Fo. 1619/1640), se ha definido al daño punitivo como las "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Ramón D., “Derecho de Daños”, 2° parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.).

Se trata de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que ahora hace su aparición entre nosotros. Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.). La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B, 949).

Si bien prestigiosos doctrinarios han alertado contra la introducción del instituto de la multa civil a la legislación argentina por medio de la Ley de Defensa del Consumidor (Jorge Mayo, “La inconsistencia de los daños punitivos”, en LL periódico del 04/03/09, pág. 1 y ss.; Sebastián Picasso, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008, pág. 123 y ss. Bueres, Alberto J. en Picasso- Vázquez Ferreyra Ley de defensa del consumidor, edit. La Ley.p.641), **lo cierto es que la mayoría de la doctrina autoral la ha recibido favorablemente** (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob. cit.; Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia, “Visión integral de la nueva ley del consumidor”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alterini, Atilio Aníbal, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alvarez Larrondo, Federico M., “La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo argentino”, JA 2008-II, Núm. Esp. “Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su reforma”; mismo autor, “La consistencia de los daños punitivos”, LL 2009-B, 1156; entre otros).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

No obstante su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico difiere de sus antecedentes del derecho comparado. Ello sucede, en especial, en lo tocante a que la ley local no contiene una referencia expresa a que su aplicación quede reservada a supuestos de incumplimiento de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimiento indebido derivado del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de la posición de poder.

Esta circunstancia ha sido fuertemente criticada por parte de la doctrina (Ramón Daniel Pizarro, Rubén Stiglitz, Sebastián Picasso, Roberto Vázquez Ferreyra, Antonio Juan Rinesi, Horacio Roitman, entre otros) que sostienen que la norma tiene una laxitud impropia del instituto y desentendida de sus fuentes, lo cual conduce a algunos incluso a proponer su inconstitucionalidad.

Pero más allá de la discusión sobre el alcance de la norma, en el caso la aplicación de la multa se justifica como una medida tendiente a sancionar el grave acto de discriminación sobre la actora y el trato indigno dispensado (art 42 del Constitución Nacional) y como un medio de prevención.

Tengo especial consideración que la declaración de la Sra. Alicia Matilde Sifredi, que presencié el hecho, es completamente coincidente con lo narrado por la actora en cuanto al trato que recibió del chofer y la respuesta negativa del empleado de la boletería. Su idoneidad no ha sido cuestionada y la demandada no ha producido prueba alguna en contrario, por lo que lo invocado debe tenerse por demostrado (art.375 del CPC).

En orden a la graduación, la ley señala que corresponde al juez considerando la gravedad del hecho y las circunstancias del caso, por lo que se exige una evaluación integral en que se produce la conducta sancionada, independiente de otras indemnizaciones que se hayan reconocido.

En este punto, se señala que la gravedad debe ser apreciada teniendo en cuenta circunstancias tales como el tipo de producto o servicio, la alteración, el tipo de consumo, a quién está destinado, la cantidad, y demás caracteres (conf. lo señalan Tinti y Roitman en "Daño Punitivo" publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-1 "Eficacia de los derechos de los consumidores" Ed. Rubinzal Culzoni, p.219).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

De este modo, considero que en atención a los intereses en juego (discriminación sobre una persona con discapacidad y la dignidad del consumidor), considero justa la fijación de \$500.000.- efectuada por el juez, por lo que corresponde su confirmación (art. 42 Constitución Nacional, 52 bis L 24.240, 165 del CPC y cdtes.).

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

En atención al modo en que ha quedado resuelta la cuestión precedente, corresponde rechazar los recursos deducidos por las partes, con costas en cada caso por su calidad de vencidos, confirmando la sentencia apelada (arts.68 242, 260, 266 y cdtes del CPC)

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Reanudar el llamado de autos para sentencia suspendido a fs. 480. **II)** Rechazar el recurso de la actora deducido a fs. 386, con costas, dada su calidad de vencida (art. 68 del CPC); **III)** Rechazar el recurso interpuesto por la empresa demandada a fs. 394, con costas a su cargo, por su condición de vencida (art 68 del CPC); **IV)** Confirmar en su totalidad la sentencia apelada; **V)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 del C.P.C.). **DEVUÉLVASE.**



**RICARDO D. MONTERISI
LOUSTAUNAU**

ROBERTO J.

**Lucas M. Trobo
Auxiliar Letrado**