



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

35876/2014. P., D. N. c/ GENERAL PAZ HOTEL SA **419** s/
DAÑOS Y PERJUICIOS

Buenos Aires, de diciembre de 2016.- fs. 460

Y VISTOS. Y CONSIDERANDO:

Voto de los Dres. Kiper y Fajre:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 373/90), que hizo lugar a la demanda por la cual el actor persigue la indemnización de los daños y perjuicios derivados del acto – a su entender- discriminatorio, que le impidió ingresar al establecimiento de la demandada con su pareja del mismo sexo, expresan agravios la demandada (fs. 402/13), y el actor (fs. 422/5). Este último contestó el traslado a fs. 427/40. A fs. 455/8 dictamina el Sr Fiscal de Cámara, quien se expide por la confirmación de la aplicación de daños punitivos. También se cuestionan las regulaciones de honorarios.

La demandada se agravia de que se la haya condenado. Hace hincapié en el texto de la Ordenanza General n° 96/70. En primer lugar, afirma que nada puede reprochársele, en tanto su conducta se ajustó a lo dispuesto por dicha regulación y, en segundo lugar, discrepa con la conclusión del a quo, quien entendió que dicha Ordenanza no impide el ingreso al hotel de personas del mismo sexo. Agrega que no hubo ningún acto discriminatorio ya que ignora la orientación sexual del actor y realiza consideraciones negativas sobre la llamada discriminación positiva. En subsidio, cuestiona que se haya admitido el resarcimiento del daño moral pues no hizo ningún acto antijurídico, y más aún el daño punitivo, pues alega que se limita a casos de particular gravedad y que no ha menospreciado al actor. Luego cuestiona que se la obligue a cumplir la prestación, ya que la referida Ordenanza se lo impide. Por último, se agravia de los intereses y de la imposición de costas.



Por su parte, el actor se agravia de la forma en la que se admitió la prestación a cargo de la demandada. Reclama que se efectúe en la mejor habitación del hotel, ya que ese fue el servicio contratado y frustrado. En segundo lugar, cuestiona el monto de los daños punitivos, que estima insuficiente.

Es un hecho no controvertido en esta instancia que el actor efectuó con antelación una reserva de una suite en el hotel de la demandada y abonó la totalidad de la tarifa. Al presentarse con su pareja en el establecimiento –para agasajarlo por su cumpleaños- le prohibieron el ingreso por tratarse de una pareja del mismo sexo. Para disipar toda duda, se advierte que el gerente del hotel demandado reconoció el hecho ante el INADI (ver fs. 7/8), y que la demandada lo admitió al contestar la demanda, y lo reconoce en su memorial.

Antes de examinar las particularidades del caso, conviene recordar el criterio que ha sentado esta Sala en otros casos en lo que se juzgaron conductas discriminatorias, pues tales doctrinas son aplicables al presente.

Señaló este Tribunal (Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A., 16/12/2002) que la famosa nota a pie de página número 4 del caso "Carolene Products" (304 U.S. 144, 152, N° 4), resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1938, formó parte de una línea de pensamiento tendiente hacia una nueva percepción de cuál sería el papel adecuado a jugar por los tribunales federales. En dicha nota, el magistrado Stone sugirió que la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizás no merecería la misma deferencia que la inmensa mayoría de la legislación. Concretamente sugirió la existencia de categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de las leyes. La cuestión de cuándo y cómo determinadas pretensiones constitucionales dan lugar a un examen





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

judicial especial se constituyó en una preocupación esencial de la teoría constitucional a partir de ese momento.

Al mencionar dicha nota la posibilidad de una revisión judicial más activa en ciertos ámbitos, se constituyó en un paradigma para el examen judicial especial de leyes que discriminan contra ciertos derechos o grupos. El primer párrafo, añadido a sugerencia del Presidente del Supremo Tribunal Hughes, apunta a la necesidad de un examen judicial mayor cuando están en juego derechos explícitamente mencionados en el texto de la Constitución. El segundo párrafo habla de un posible examen especial cuando las actividades de otros poderes públicos interfieran "aquellos procesos políticos respecto de los cuales puede esperarse ordinariamente que produzcan la derogación de la legislación poco deseable. El párrafo tercero es el más vigoroso, pues sugiere que el prejuicio dirigido contra "minorías aisladas y disgregadas" debería también dar lugar a un "examen judicial más cuidadoso, y citó en su apoyo precedentes que habían invalidado leyes discriminatorias sobre la base de la raza, religión u origen nacional.

Dicha nota, al señalar que la discriminación contra algunos grupos o derechos debía poner en marcha una sensibilidad judicial especial, simboliza la lucha del tribunal desde finales de los años treinta por terminar con la tradición anterior de intervención judicial que tenía como premisa la libertad contractual (conf. Soifer, A., "Identificación con la comunidad y derechos de las minorías", Rev. del Centro de Estudios Constitucionales, N° 1, setiembre-diciembre 1988, p. 93 y sigtes.).

Como señala Corwin, las leyes inevitablemente crean distinciones acerca del modo de tratar a diferentes personas, de manera que es menester indagar cuáles de ellas son una discriminación intolerable, o clasifican "clases sospechosas" que, si no se justifican suficientemente, originan una "discriminación perversa". La expresión "clase sospechosa" puede caracterizar a un grupo



"discreto e insular", que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o está relegado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario ("La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual", ps. 630/1).

Las leyes que discriminan en perjuicio de las "clases sospechosas" ("suspect classification"), o invaden un derecho "fundamental" deben pasar un test muy especial, denominado "escrutinio riguroso" ("strict scrutiny") o la prueba de las "libertades preferidas". En cambio, las restantes leyes deben afrontar un test más simple, el de racionalidad, es decir, determinar si son al menos razonables. Así, por ejemplo, en el caso de los extranjeros, la Suprema Corte entendió que las clasificaciones basadas en la extranjería son intrínsecamente sospechosas y están sujetas a un escrutinio judicial atento; se agregó que los extranjeros debían considerarse como "un acabado ejemplo de una minoría no homogénea y aislada para la cual era apropiada la mayor preocupación judicial" ("Graham v. Richardson", 403 U.S. 365, 1971, entre muchos otros). Esta doctrina se extendió, además, a supuestos en los que no se trataba de clases sospechosas, como el trato desfavorable de algunas leyes hacia los hijos ilegítimos (Corwin, ob. cit., p. 633). También el Tribunal Constitucional español señaló, en diversas oportunidades, el especial deber de atención que deben prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación laboral por razón del sexo (v. 145/1991, 58/1994, 147/1995, 41/1999), doctrina que coincide con la sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Este criterio ha servido para declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que discriminan entre los sexos sobre bases arcaicas y exageradas generalizaciones respecto de la mujer, o de estereotipos impuestos desde larga data, o sobre la descuidada presunción de que las mujeres son el sexo débil. En todos estos casos hubo un "mayor





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

examen", y no se advirtió la existencia de un importante interés estatal que justificase la distinción (Kiper, C., "Derechos de las minorías ante la discriminación", p. 132).

Esta sala también resolvió, por mayoría, que "Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el "onus probandi" pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla. En idéntico sentido, en España, la ley de procedimientos laborales de 1990 dispuso en su art. 96 que "en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad" (04/09/2000, "S., J. O. c. Travel Club S.A.", voto del doctor Kiper, JA, 2001-II-462, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe).

La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, introdujo claramente estos conceptos a partir de nuevas normas que inducen a la discriminación inversa y a la adopción de medidas positivas. El art. 37, apartado segundo, consagra que "La igualdad real



de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral." El art. 43, al regular la acción de amparo dándole jerarquía constitucional, establece en el segundo párrafo que "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación ... el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización." Aquí se incorpora, cuando el requerimiento lo efectúa alguna de las asociaciones indicadas, en favor de diversos afectados, otra novedad que es la expresa habilitación constitucional de la acción de clase (Jimenez, cit., p. 93). Se trata de acciones que están dirigidas a proteger intereses individuales de sectores específicos de la población, y que demostraron ser útiles en los Estados Unidos para superar los inconvenientes, no sólo de la indiferencia social frente a daños que no son percibidos por muchos, sino también para evitar la acumulación de acciones. En la "class action" se produce una extensión de la representación de intereses privados, semejantes y fungibles, que se acumulan por razones prácticas (ver Quiroga Lavié, H., "El amparo colectivo", Buenos Aires, 1998, ps. 110/2, quien a lo largo de la obra defiende con énfasis la tutela colectiva). El párrafo siguiente amplía el campo de la acción a los supuestos en los que se registren datos sobre una persona con el objeto de discriminarla (hábeas data). Por manera complementaria, el art. 86 le encarga al Defensor del Pueblo la defensa y protección de los derechos humanos y demás garantías tutelados por la Constitución. En el inc. 19 del art. 75, en el apartado tercero, se dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden "... la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...". En el mismo sentido, el inc. 23 de dicho artículo faculta al Poder Legislativo a "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

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, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad."

También la Corte Suprema de la Nación ha resuelto que en los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (15/11/2011, Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo).

En lo que aquí interesa, ya que se trata de un conflicto entre privados, si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga a utilizar un criterio neutro predicable por igual para las parejas heterosexuales u homosexuales -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sent. del 22/03/99, N° 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, t. 53, enero-abril de 1999, p. 485).



Asimismo, el artículo 8° bis de la ley 24.240, bajo el título “Trato digno. Prácticas abusivas”, dispone que “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”. Es claro entonces que la prohibición de discriminar y de asegurar la igualdad rige tanto frente al Estado como entre particulares.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse que el artículo 51 Código Civil y Comercial de la Nación, prevé que la persona humana es inviolable y que en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Asimismo, el artículo 52 dispone, entre otras cosas, que la persona humana lesionada en su dignidad personal puede reclamar la reparación de los daños sufridos. Aunque el cuerpo normativo citado no sea de aplicación al caso en virtud de la fecha en la que sucedieron los hechos, los artículos mencionados no hacen más contemplar principios que ya se encuentran insertos en nuestro ordenamiento jurídico porque tienen raigambre constitucional y porque se asientan en las bases fundamentales de los derechos humanos.

La demandada afirma que no se ha considerado la condición sexual del actor, sino solamente que se trataba de una pareja de personas del mismo sexo. El argumento es poco atendible, pues va contra el sentido común. Es fácil inferir que si dos personas del mismo sexo pretenden ingresar a un albergue transitorio, seguramente se tratará de una pareja homosexual. Pero, aunque no fuera así, tampoco es factible diferenciar a las parejas por su orientación sexual. Menos aún en la Argentina, donde desde el 15 de julio de 2010 existe legislación que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo. No es ocioso recordar que la ley surgió a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo la consigna «Los mismos derechos, con los mismos nombres». Además, el 12 de diciembre de 2002 se aprobó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el proyecto de ley de unión civil presentado por la Comunidad Homosexual Argentina.

Siguiendo el camino del absurdo, no puede sostener con éxito la demandada que quienes pueden casarse si lo desean, no están habilitados para ingresar juntos a un hotel. También se admite que cualquier matrimonio o unión convivencial hetero u homosexual tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por ser imposible a éstos últimos la fecundación natural entre sus componentes, y hasta el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

Lo concreto es que a partir de la ratificación por parte del Estado Argentino de los instrumentos de derechos humanos y en especial a partir de la sanción de la ley 26.618, no queda espacio para reputar como justificada una decisión que implique una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas (CN art. 16 y 75 inc. 22, CIDH "Atala Riffo" -2012-). Es indudable que la situación del actor encuadra en las mencionadas minorías que



requieren una protección especial y que, en lo que aquí interesa, justifican la inversión del *onus probandi*.

La demanda invoca en su apoyo la Ordenanza General n° 96 del año 1970 de la Provincia de Buenos Aires. Dice el Artículo 1°: “La presente Ordenanza General será de aplicación para los "Albergues por Hora", "Alojamientos por Hora", "Hoteles Alojamiento", "Hoteles habilitados", y todo otro Establecimiento cualquiera fuese su denominación que esté destinado a **alojar parejas de distintos sexos**, provistos o no de equipaje, por lapsos inferiores a veinticuatro (24) horas, y que se hallen exentos de cumplir la obligación de registrar documentos de identidad en el Libro de Registros de Pasajeros”.

La alusión a parejas de distintos sexos, es lo que a entender de la demandada justificó su proceder, ya que el actor pretendió ingresar con una pareja del mismo sexo.

Caben dos posibilidades. Una es interpretar que dicha frase no debe ser interpretada con ese alcance sino de manera más genérica, como hizo el a quo. La otra es entender que dicho art. 1° prohíbe expresamente el ingreso de parejas de igual sexo, sostenida por la demandada apelante.

Pues bien, aceptando esta última interpretación, no se advierte que la postura asumida por la demandada, de haberle impedido el ingreso al actor, se encuentre justificada. Varias son las razones: a) la Ordenanza es de 1970, y ha habido una fuerte evolución cultural y jurídica en contra de la discriminación y de los prejuicios; b) una ordenanza está claramente por debajo de la Constitución Nacional, de tratados internacionales, de leyes nacionales, y de una jurisprudencia que se orienta hacia la igualdad de derechos; c) no se intentó siquiera armonizarla con leyes posteriores; d) cuando se legisla una prohibición, la interpretación debe ser lo menos restrictiva posible, y siempre a favor del ejercicio de derechos fundamentales; e) pudo arriesgarse la demandada a cometer una “infracción”, y de ser





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

sancionada cuestionar con buenos argumentos su inconstitucionalidad. Más aún, el gerente del hotel admitió que “no conoce ningún caso por el que se haya multado a ningún hotel por permitir el ingreso a personas del mismo sexo” (ver fs. 8).

Sostiene la demandada que el gerente del hotel no hace este tipo de razonamientos jurídicos o técnicos, librado a los abogados. El argumento es inatendible, pues el derecho se presume conocido por todos y el error jurídico no es excusable. De no ser así, estarían justificadas todas las violaciones a la ley por aquellas personas que no sean abogados.

En el caso “Álvarez” la Corte Suprema hizo una afirmación por demás interesante: “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos” (7/12/2010, Alvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.).

Refuerza la posición del actor lo previsto en el citado art. 8 bis de la ley de Defensa del Consumidor. El objetivo principal perseguido por esta norma es fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, que todos sabemos que es el consumidor y el usuario, para establecer una situación de equidad y de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado. 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, ni mortificaciones.

En materia de igualdad se halla comprometido un valor fundamental, la dignidad de la persona humana. Es la igual dignidad de todos los hombres lo que determina que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, origen nacional, condición social, enfermedad, etc. Así, cabe hablar de “igualdad en dignidad”, lo que significa que todos aquellos derechos



que son imprescindibles para garantizar la dignidad de la persona corresponden a todos por igual, y su regulación normativa debe ser idéntica para unos y otros. La dignidad es, en definitiva, la fuente de todos los derechos, de ella dimanan derechos inviolables que le son inherentes, lo que la eleva a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social.

Lo atinente al trato digno también se proyecta en la relación contractual. Santos Briz sostiene que “el derecho a la contratación, como el derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales” (Los contratos civiles. Nuevas Perspectivas, Granada, Comares, 1992).

Pues bien, probado el hecho discriminatorio, y no justificada la conducta por la demandada, cabe confirmar lo resuelto al respecto.

La demandada también se agravia de la condena por daño moral.

Las normas legales y actos discriminatorios son inconstitucionales. A la vez, en la medida que su aplicación cause un daño, la víctima tiene derecho a su reparación. La discriminación puede provenir de actos o hechos de particulares. Al existir un derecho fundamental a no ser discriminado, y al ser el acto discriminatorio un acto prohibido por las leyes, aquí también habrá ilicitud y el afectado, además de requerir la cesación de los actos de tal naturaleza, en caso de haber sufrido un daño se encuentra habilitado para demandar su reparación.

Aunque a esta solución es fácil arribar con la sola aplicación de los principios generales, la ley antidiscriminatoria (23.592) expresamente consagra esta solución al prever una tutela inhibitoria y resarcitoria. Dice el art. 1° de la ley 23.592 que la acción tiende “a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

reparar el daño moral y material ocasionados”. La indemnización juega un papel importante, pues de ser efectiva, además de resarcitoria puede actuar como correctora de la conducta de quienes practican la discriminación. No obstante, muchas veces es insuficiente, por lo que se advierte la necesidad de legislar sobre daños punitivos con el objeto de instrumentar un incentivo social (Kiper, Claudio, Discriminación y responsabilidad civil, RCyS 2011-V-3). Alguna respuesta en este sentido se encuentra en la ley de defensa del consumidor (art. 8 bis).

En lo que hace al daño moral, si el impedimento de ingreso al hotel se fundó en un acto discriminatorio, al ser una acción antijurídica lesiva del derecho a la dignidad y a la consideración social, debe tenerse por probado *in re ipsa* el perjuicio extrapatrimonial (CNCiv, sala H, 7/4/2009, LA LEY 2009-E, 402; CNCom, sala D, 29/7/2009, G., E. y otro c. Altos Los Polvorines S.A. y otros, La Ley Online).

Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No debe ser objeto de prueba directa, dada la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia e intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción (Pizarro, Ramón Daniel, La prueba del daño moral, Rev Der Privado y Comunitario, N° 13, Prueba, I, 1997).

Por ende, cabe rechazar los agravios vertidos al respecto.

Ambas partes se agravian de lo resuelto sobre daños punitivos, pero con distintos fundamentos. La demandada alega que no hubo



extrema gravedad que justifique esta sanción. El actor considera que la suma fijada por el a quo (\$100.000), es insuficiente.

El daño punitivo o multa civil, conforme lo establece el art. 52 bis LDC, cuenta con una finalidad eminentemente preventiva (y represiva), puesto que se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves.

Para la procedencia de los "daños punitivos", la doctrina requiere una conducta dolosa o realizada con culpa grave. El dolo o la culpa grave no se presumen y requieren una prueba acabada de la intención nociva del agente, o al menos, de su grosera despreocupación por las eventuales consecuencias de sus actos, (ver sobre el tema Picasso, Sebastián, "Objeto extraño en una gaseosa y los 'daños punitivos'", LA LEY 2014-D-24). Desde ya, el acto discriminatorio, a pesar de lo sostenido por la demandada, es un acto de particular gravedad, en tanto afecta a la dignidad de la persona. La discriminación es un acto doloso.

La aplicación de multas es importante, ya que se trata de una herramienta para erradicar las prácticas que ofendan la dignidad del consumidor o usuario. Las multas deben ser severas, pues de lo contrario sólo servirán para legitimar las conductas que se quieren desterrar. De no ser así, al discriminador le puede convenir pagar para seguir haciéndolo.

La pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder; se determina así una sanción además de la indemnización por otros daños, con la intención de penar este tipo de conductas y ejemplarizar aventando futuras violaciones a los derechos. El propio 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





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor...".

Por lo demás, cabe remitirse a los fundamentos expuestos por el Fiscal General, para no incurrir en repeticiones innecesarias.

En cuanto al monto, el establecido por el a quo se muestra razonable y tiene la entidad suficiente para disuadir de conductas similares en el futuro.

El actor cuestiona lo vinculado a la prestación en especie de un servicio similar al contratado oportunamente; pretende el mismo que no se pudo cumplir. La demandada insiste en que si una Ordenanza no lo permite, el juez no la puede obligar, ya que ello importaría "poner en acto la discriminación positiva" (ver fs. 412).

El agravio de la demandada sorprende. Insiste en que no puede contrariar la Ordenanza, ni siquiera por orden de un juez. Ya se expuso que dicha Ordenanza no puede contrariar leyes superiores, como la Constitución Nacional, los Tratados, y las leyes nacionales. Nada cabe agregar.

En cuanto al planteo del actor, cabe señalar que en su escrito de demanda solicitó que la demandada le brinde el mismo servicio que intentó usar pero que no le fue prestado, en los términos de los arts. 10 bis y 19 de la ley de Defensa del Consumidor, y 1º de la ley 23.592. El a quo hizo lugar al reclamo y dispuso que la demandada le otorgue una "prestación similar a la denegada, en iguales condiciones de contratación que cualquier cliente" (Fs. 389n y 390).

El actor solicitó aclaratoria, para que se establezca que se trata de la habitación más onerosa, esto es la denominada "suite Supreme", lo que fue denegado por entender el a quo que la sentencia era clara (fs. 395).

Al ser exacto lo expuesto, para evitar nuevos planteos, se aclara que esa debe ser la habitación que debe utilizar el actor cuando asista al establecimiento demandado en cumplimiento de este fallo.



La parte demandada se agravia de que se haya aplicado la tasa activa. Afirma que se trata de la tasa más alta del mercado y que ello agrava su situación económica, actualmente “jaqueada”.

Sin embargo, lo cierto es que esta Sala aplica la tasa activa, y hasta la ha duplicado luego de la vigencia del Código referido. Dado que no se puede empeorar la situación del apelante, cabe confirmar lo resuelto por el a quo sobre el punto.

También se agravia la demandada de la imposición de costas. No se advierten motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota. La recurrente plantea que se trata de un castigo pero no es así, es compensar los gastos de quien se vio obligada a acudir a la justicia con motivo de una conducta claramente discriminatoria.

Por ello, corresponde confirmar la decisión apelada en lo que fue materia de agravios, con costas de esta instancia en un 80% a cargo de la demandada, sustancialmente vencida. Fdo. José Benito Fajre, Claudio M. Kiper.

Disidencia parcial Dra. Abreut de Begher:

a- Coincido plenamente con mis distinguidos colegas de grado sobre el fondo de la cuestión aquí debatida, en tanto existió un grave incidente por discriminación que causó un daño al actor, el que merece ser reparado; no obstante, disiento con la aplicación del daño punitivo por los motivos que explicaré a continuación.

Señalo que no advierto dolo o culpa grave por parte de la demandada, en tanto existe una antigua norma legal de carácter





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

local, a la fecha todavía vigente, que legitimaba de alguna manera su proceder, aun cuando ella resulta inconstitucional a la luz de la actual legislación nacional sobre la cual se hizo referencia en el decisorio, que se encuentra apoyada en el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara.

Es cierto que la Ordenanza General 96/70 de la Provincia de Buenos Aires es inconstitucional, y hasta podríamos decir que pudo caer en desuetudo, pero lo central es que aún se encuentra vigente con las graves deficiencias apuntadas anteriormente.

b- La aplicación de una multa civil en concepto de daños punitivos, como un plus a la indemnización fijada, aparece en este caso como excesiva.

Me he expedido en otros conflictos y he aplicado este instituto cuando su fijación estaba justificada por haber mediado una conducta dolosa o con culpa grave por parte del contendiente (conf. esta Sala, in re “San Miguel, María L. c/ Telecentro S.A.; s/ daños y perjuicios”, Rec.606.945, del 10/12/2012).

Este instituto está destinado a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf. Ramón Pizarro, *Daño moral*, Hammurabi, 1996, pág.453; ver Guillermo P.Tinti y Horacio Roitman, “Daño punitivo”, en *Eficacia de los derechos de los consumidores*, Rubinzal-Culzoni, 2012-1, pág.212; Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra (dir), *Ley de Defensa del Consumidor.Comentada y anotada*, La Ley, 2009, T I, pág.593).

Recuerdo que los daños” punitivos” tienen entonces un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente



desembolsar en concepto de indemnización de daños (Sebastián Picasso, “Los daños punitivos”, en Picasso y Vázquez Ferreyra, “*Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, 1ª ed., Tomo I, 593/4).

A partir de la reforma de la ley 24.240 formulada por la ley 26.361 (2008), queda incorporado el artículo 52 bis que dispone: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b de esta ley”.

Allí se ve, y más allá del texto legal, que no todo incumplimiento o ilícito civil lleva aparejada la imposición de una condena a pagar daños punitivos. Siempre se requerirá una conducta gravemente dolosa, una actitud absolutamente desaprensiva hacia los derechos del consumidor que amerite la imposición de una sanción, la que a su vez jugará un papel ejemplificador. Por su propia naturaleza los daños punitivos no buscan reparar el perjuicio causado al consumidor, sino imponer una sanción ejemplar al autor de la conducta antijurídica. Sanción que, para algunos, tiene el carácter de una multa civil, y para otros, de una típica sanción propia del Derecho Penal. De lo que no cabe duda es que no tiene naturaleza resarcitoria (Roberto Vázquez Ferreyra, “La naturaleza de los daños punitivos”, en *Revista de*





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

Derecho de Daños -2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., páginas 103/4).

Se ha dicho que solo proceden ante la existencia de daños graves ocasionados a consecuencia de un grave menoscabo por los derechos individuales o colectivos como así también en los casos en los que existen ilícitos lucrativos. En igual sentido la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar a acciones del mismo tipo (Graciela Lovece, *De los daños punitivos a la sanción pecuniaria en el Proyecto de Código*, La Ley del 2 de agosto de 2012, página 1; Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María V. “Las reformas a la ley de defensa del consumidor”, JA 2008-III-1353; ver esta Sala, *in re* “Benzo, Magdakeba c/ Encalada 2995SRL; s/ vicios redhibitorios” del 2/7/2015; CNCivil Sala L, *in re* “Soto, Karina P. c/ Confira S.A.; s/ daños y perjuicios” del 15/11/2012).

El art. 52 bis de la ley del Consumidor es un instituto necesario a la hora de poner coto a las conductas ignorantes de los perjuicios que, en muchos casos, generan las grandes corporaciones, tanto a sus clientes como a quienes se constituyen en usuarios o se ven afectados por la utilización de los servicios que aquéllas prestan. Se ha dicho que constituye una realidad de nuestro tiempo que, a veces, es negocio dañar. Otras veces, el agente dañador actúa con una desaprensión que indigna (ver Luis Eduardo Sprovieri “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino” JA suplemento del 3/11/2010; Galdós, Jorge M. “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, RCyS 1999-196).

c- Ahora bien, aquí existió una interpretación literal de la norma por parte del demandado, quien se desentendió del



contexto social actual. Transcurridos 46 años desde la sanción de la Ordenanza en el año 1970, ella resulta a todas luces anacrónica y contraria a los principios constitucionales en los que se inspiró la reforma constitucional de 1994, y violenta los Tratados internacionales con jerarquía constitucional (conf. art.75 inc.22 CN). No obstante, considero que en el caso resulta improcedente su admisión por cuanto es requerido para la aplicación del instituto una conducta dolosa o realizada con culpa grave, y ellas no se presumen, de modo que requieren una prueba acabada de la intención nociva del agente, o al menos, su total y grosera despreocupación por las eventuales consecuencias de sus actos; demostración que no fue cumplida en autos (conf. art. 377 CPCC). Existió por parte de la accionada un apego a una normal local, que no había sido dejada sin efecto por la Autoridad de aplicación, pese a ser contraria a la normativa nacional y supranacional posterior que se le oponían.

En ese sentido fue entendido por el INADI frente a la denuncia del actor, al tener por acreditado que la negativa al acceso al hotel se fundamentó en la norma local, y su Asesoría letrada consideró que la Ordenanza 96/70 era discriminatoria en los términos de la ley 23.592, leyes concordantes y complementarias, por lo que recomendó que fuera puesto ello en conocimiento del Honorable Consejo Deliberante de la Municipalidad de San Martín para su revisión y posterior modificación (ver dictamen de la Asesora legal del INADI, del 31/12/2012, fs.14/19).

Entiendo que existió un error de derecho, y que en tanto el mismo se presume conocido por todos no puede actuar como causa de justificación para impedir el resarcimiento indemnizatorio, no obstante resulta suficiente en este conflicto





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

para tornar inaplicable la sanción por daño punitivo; lo que así propongo.

A su vez, propicio que se le comunique al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de San Martín el contenido de la presente sentencia, de modo que tome nota de esta cuestión con proyección sobre la Ordenanza General n° 96/70 del Gobierno de la Pcia. de Buenos Aires. Lo que así voto. Fdo. Liliana E. Abreut de Begher.

En consecuencia, el Tribunal por mayoría de votos y con la disidencia parcial de la Dra. Abreut de Begher; RESUELVE: Confirmar la decisión apelada en lo que fue materia de agravios, con costas de esta instancia en un 80% a cargo de la demandada, sustancialmente vencida. (arg. Arts. 68 y 69 del Cód. Proc.).

II.- A fin de entender en los recursos interpuestos a fs. 398/400 y fs. 415, contra la regulación de honorarios correspondientes al abogado de la parte actora, cabe señalar liminarmente que este Tribunal considera, de conformidad con lo establecido por el art. 19 de la ley 21.839, que debe considerarse como monto del proceso a los fines arancelarios al capital de condena con más los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos “Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan José y otros s/cobro de sumas de dinero” del 27/09/11).

Respecto de la fundamentación ensayada por el beneficiario de la regulación, la doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas en el encuadre jurídico que cabe asignar a los honorarios de los letrados que intervienen en la etapa de mediación previa. No obstante, la postura mayoritaria, en ambos casos, pregona el



reconocimiento del derecho a percibir honorarios, sin perjuicio de los que correspondan a la labor en la tramitación del juicio posterior.

La ley 24.573, pionera en instituir el carácter obligatorio de la mediación como requisito ineludible para acceder a la jurisdicción, exhibió un vacío al respecto. El decreto 91/98, reglamentario de la ley citada, sólo indicaba, en su artículo 27, quién sería el juez competente para entender en los pedidos de regulación, dejando entrever con ello la procedencia de la retribución por las tareas inherentes a aquélla.

Con posterioridad, se sancionó la ley 26.589, cuyo artículo 35 consagra la presunción de onerosidad de los profesionales asistentes a las audiencias, mientras que el artículo 37 reza: *“La remuneración de los abogados de las partes se regirá de acuerdo con lo establecido por la Ley de Aranceles de Abogados y Procuradores y las pautas del artículo 1627 del (hoy derogado) Código Civil”*.

Finalmente, el art. 4º del Decreto 2536/2015 (sustitutivo del art. 30, del Anexo I Dec. 1467/2011), establece que *“Los honorarios de los profesionales asistentes serán pactados con las partes y se ajustarán a lo que dispongan sus respectivos regímenes arancelarios profesionales, no pudiendo en ningún caso ser inferiores al 50% de los honorarios básicos del mediador...”*.

Ahora bien, la Ley de Arancel 21.839 (t.o. ley 24.432), aplicable en el ámbito nacional (art. 1º), a la cual remiten las normas jurídicas transcritas, no contempla específicamente el supuesto que nos ocupa. A juicio de este Tribunal, no puede ser encuadrada, en principio, dentro de las previsiones del art. 57 de la ley, postura que concuerda con la jurisprudencia de la CSJN, quien entendió que dicho artículo resulta aplicable en el caso de que el trabajo extrajudicial sustituya al judicial, total o parcialmente (CSJN, Fallos: 307:1974; “Fisco Nacional c De La Valle de Palma, Josefa”).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

En síntesis, reconociendo este Tribunal el carácter oneroso de la actuación de los profesionales en la etapa de mediación, corresponde valorarla a la luz de los preceptos que establece el art. 6 del Arancel y con la pauta que brinda el art. 4° del Decreto 2536/2015.

Por lo demás, la regulación habrá de contemplar las tareas por las incidencias de fs. 141/145, todas ellas en un único monto, ponderando las vicisitudes del caso en su totalidad y, especialmente, la condena en costas recaída en la instancia de grado, que es confirmada por intermedio del presente fallo.

En síntesis, ponderando el objeto de las presentes actuaciones, el interés económicamente comprometido resultante del capital de condena y sus intereses, naturaleza del proceso, su resultado, etapas procesales cumplidas y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia, extensión y, principalmente, la trascendencia jurídica y moral que el presente caso puede aportar para otros futuros (art. 6°, inc. f del Arancel), considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 19, 33, 37, 39 y concs. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432, al ser reducidos, se elevan a la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]) los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, **Dr. Néstor Darío Czech**.

III.- Por su actuación en la etapa recursiva que culminó con el dictado de la presente sentencia definitiva, regúlase el honorario del nombrado **Dr. Néstor Darío Czech** en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]) y el del **Dr. Luis Mariano Picard Smith** en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]) (art. 14 del Arancel).

IV.- Regístrese y notifíquese por Secretaría a los domicilios electrónicos constituidos (Ac. N° 31/2011 y 38/2013 de la CSJN). Cumplido, comuníquese al CIJ (Ac. N° 15/2013 y 24/2013 de la



CSJN) y, oportunamente, devuélvase. Fdo. José Benito Fajre, Liliana
E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.

