

SENTENCIA NUMERO: 26.

En la Ciudad de Córdoba, a los diez días del mes de marzo de dos mil veintitrés de conformidad a lo dispuesto por el Acuerdo Número un mil seiscientos veintinueve (1629) Serie "A" del seis (06) de junio del año dos mil veinte (punto 8 del Resuelvo), dictado por el Tribunal Superior de Justicia, los Sres. Vocales Dres. Gabriela Lorena Eslava y Héctor Hugo Liendo proceden a dictar sentencia en los autos caratulados: "AGÜERO BARRIONUEVO, ROXANA ESTELA Y OTRO C/ VANGUARDIA CORDOBA S.R.L. Y OTRO - ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - EXPTE. 6213715", con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada, en contra de la Sentencia N° ciento cincuenta y cuatro, dictada por la Sra. Jueza en lo Civil y Comercial de 30° Nominación de esta ciudad con fecha siete de septiembre de dos mil veinte en la que se resolvía: "(...) I.- Rechazar la excepción de defecto legal interpuesta por la parte demandada.---II.- Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por las actoras Roxana Estela AGÜERO BARRIONUEVO y Lucrecia Natalia CASTRO en contra de la demandada VANGUARDIA CÓRDOBA SRL y condenar a esta última a abonarle a las accionantes la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$80.000) con más los intereses indicados en los considerandos pertinentes.--III.- Rechazar la aplicación de la sanción prevista por el art. 83 del CPCC solicitada por la parte demandada, con costas a la vencida.---IV.- Imponer las costas de la presente acción a la demandada vencida VANGUARDIA CÓRDOBA SRL (art. 130 del CPCC).---V.- Regular -en conjunto y proporción de ley- los honorarios profesionales definitivos de los Dres. Carlos NAYI y José Amado NAYI -abogados de la parte actora- en la suma de PESOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS CON VEINTE CENTAVOS (\$ 22.900,20).---VI.- No regular honorarios a favor de los abogados de la demandada por su actuación en la causa principal (art. 26 CA contrario sensu).---VII.- Regular -en conjunto y proporción de ley- los honorarios profesionales definitivos de los Dres. Carlos NAYI y José Amado NAYI -abogados de la parte actora incidentada- en la suma de PESOS SEIS MIL CIENTO SEIS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$ 6.106,72), por sus tareas en el incidente relativo a las sanciones previstas por el art. 83 CPCC.---VIII.- No regular honorarios a favor de los abogados de la demandada por su actuación en la incidencia relativa a la aplicación de sanciones procesales prevista por el art. 83 CPCC (art. 26 CA contrario sensu).---IX.- Regular los honorarios profesionales definitivos de la Lic. María Inés MOLINA -Perito psicóloga oficial- en la suma de PESOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS CON VEINTE CENTAVOS (\$22.900,20) por sus tareas desplegadas en la causa.---X.- Establecer que en caso de no ser abonados, todos los honorarios aquí regulados devengarán el interés por mora indicado en los Considerandos pertinentes. Asimismo, establecer que en todos los casos deberá adicionarse sobre los emolumentos regulados, el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), según la condición tributaria que tenga cada

profesional, a la fecha del efectivo pago---Protocolícese, hágase saber y dése copia.---"

El tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

A la Primera Cuestión: ¿Procede el recurso de apelación?

A la Segunda Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

De conformidad con el orden establecido por el sorteo para la emisión de los votos, A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, LA SRA. VOCAL DRA. GABRIELA LORENA ESLAVA, DIJO:1)

Contra la sentencia Nro. ciento cincuenta y cuatro, dictada por la Sra. Jueza en lo Civil y Comercial de 30° Nominación de esta ciudad con fecha siete de septiembre de dos mil veinte, la demandada interpuso recurso de apelación con fecha 15/09/2020, el cual fue concedido mediante proveído de fecha 18/09/2020. Radicados los autos en la alzada, se dio trámite al recurso, expresando agravios la demandada con fecha 20/09/2022, los que son contestados por la parte actora con fecha 28/09/2022. En fecha 04/11/2022 acompaña dictamen la Sra. Fiscal de Cámara en lo Civil, Comercial y del Trabajo. Firme el decreto de autos de fecha 09/11/2022, queda la causa en estado de ser resuelta.-

2) La parte demandada expresa en síntesis los siguientes agravios:

Como primer agravio señala que la magistrada ha violentado el principio de congruencia, el cual opera como marco regulador y delimitador de todo proceso, debiendo el juez respetar los tres elementos esenciales de todo proceso: sujeto, objeto y causa.--

Señala que en el caso de autos las actoras reclaman daño moral y punitivo argumentando que tal daño ha sido causado por la demandada al haberles negado el ingreso al local sin motivación alguna y con claros tintes discriminatorios, ya que su target y vestimenta no eran los requeridos por la demandada a los fines de permitirle el ingreso. Que la jueza condena a la demandada a abonar daño moral y punitivo por considerar indigno que las hayan hecho esperar para ingresar al local.--

Exponen que la juzgadora hace lugar a un daño moral por un hecho que en ningún momento las actoras entendieron que provocó una disminución disvaliosa de su espíritu ni que alteró su capacidad de querer o sentir. Que nada dicen las actoras sobre que la espera les haya ocasionado un daño, sino que reclaman daño porque se sintieron discriminadas porque no las dejaron entrar a Cruz por no estar vestidas con minifaldas, ni tacos, sombreros y/o prendas provocativas o insinuantes y que ese hecho, al que consideran

discriminatorio, les ha ocasionado un padecimiento moral que piden sea reparado.--

Considera que la sentencia ha fallado extra petita, haciendo lugar a la reparación de un daño por un hecho distinto al descrito en la demanda y supuestamente causante del daño cuya reparación reclaman las actoras.--

Señala que el objeto de la demanda es el reclamo de resarcimiento por el daño moral padecido en dos oportunidades argumentando que la primera vez les negaron el ingreso sin motivo, y con claros tintes discriminatorios, y que la segunda vez fueron a corroborar que ese hecho no era aislado y al repetirse la circunstancia de prohibición de ingreso por no dar el target, concurren al INADI a efectuar denuncia por discriminación y que ocurren a esta instancia a fin de reclamar daños y perjuicios por la prohibición de ingreso por causas netamente discriminatorias.--

Remarca que el reclamo es claro, no haberlas dejado entrar porque "no daban el target" requerido por la empresa demandada lo que les ha ocasionado un terrible daño moral que solicitan sea reparado, mientras que al momento de resolver la juzgadora hace lugar a la demanda incoada y condena a abonar daño moral y daño punitivo por la conducta de "hacer esperar", la que se convierte en injustificada, arbitraria y por ende antijurídica, produciendo una clara violación al deber de trato digno que debe dispensarse a todo consumidor (art. 8 bis de la LDC) .-

Expone que la jueza al fallar, suma a la incongruencia la arbitrariedad ya que las actoras articulan demanda por hechos ocurridos en dos oportunidades y la demandada contesta esa demanda y ofrece pruebas por ambos hechos denunciados por las actoras, pero la magistrada, arbitrariamente y sin motivo jurídico alguno, resuelve no valorar el supuesto hecho ocurrido el 2 de abril de 2016 y decidir que el hecho principal analizado y que ha motivado los presentes es el supuesto hecho ocurrido el primero de mayo de 2016.--

Remarca que la sentencia condena a reparar por un hecho (la espera a ingresar al establecimiento) que en ningún momento las actoras insinuaron les causó daño alguno.--

Por todo lo expuesto expresan que la sentencia en crisis ha violentado el principio de congruencia al condenar a la demandada a abonar daño moral y punitivo por un hecho no alegado ni reclamado por las actoras y mucho menos probado, por lo que, siendo que dicha pretensión no fue introducida en la demanda, ello impide su consideración. Que el fallo en crisis ha sido dictado violentando el principio de congruencia ya que solicitar la reparación de daños y perjuicios por impedirles el ingreso a un localailable por razones discriminatorias no es lo mismo que reclamar daños por ser indigno el trato dispensado al hacerlas esperar para ingresar al local.--

Solicita que, al ser un fallo incongruente, se lo declare nulo y en consecuencia se revoque el mismo, con costas a la actora.--

Como segundo agravio le perjudica que la magistrada haya modificado los hechos denunciados por la actora.--

Señala que para dar fundamento a su resolución ha modificado en reiterados párrafos los hechos relatados por las actoras, como por ejemplo que las actoras interponen demanda por dos hechos de discriminación en su contra supuestamente cometidos por la demandada y la Jueza basa su decisión sólo en el segundo hecho, siendo que sobre el primero se había pronunciado el INADI resolviendo que no había existido discriminación alguna.--

Remarca que las actoras en todo momento fundamentan su pretensión resarcitoria en la discriminación e impedimento de ingreso y eso se refuerza en que concurrieron al INADI a denunciar y no a Defensa del Consumidor, siendo que incluso el INADI fue categórico en que no hubo trato discriminatorio alguno el día 2 de abril de parte de la demandada para con las actoras. --

Señala que al no existir prueba alguna del hecho denunciado por las actoras y la causa del daño que reclaman, esto es daño moral por haberlas discriminado al no haberles permitido el ingreso al local ya que no se encontraban vestidas conforme cánones exigidos por la demandada, la magistrada, modifica a su antojo el hecho, y condena a la demandada porque hizo esperar a las actoras, cuando en párrafo alguno de la demanda éstas reclaman daño por la espera para entrar, ni insinúan que la espera les haya ocasionado daño moral alguno a reparar.--

Como tercer agravio señala que la magistrada yerra al sostener que el trato dispensado a las actoras al hacerlas esperar para ingresar al local de las demandadas fue indigno.--

Manifiesta que en el supuesto de que el reclamo hubiere fincado en la indignidad por la arbitraria espera, lo que reitera no fue el hecho por el cual se reclama daño en los presentes, se tendría que haber probado que a las actoras se les hizo esperar sin razón o motivo alguno, pero de las pruebas receptadas en la causa, inclusive en la prueba ofrecida por la actora, ha quedado acreditado que las mismas concurrieron a Cruz -primer hecho del día 2/4/2016- portando una invitación que acompañan como documental la que fuera desconocida por la persona que ellas refieren era quién se las había entregado.--

Reitera que es errado el razonamiento de la Jueza, al sostener que el trato dispensado a las actoras fue indigno.--

Señala que no está cuestionado el hecho de que a las actoras no se les impidió el ingreso, sino que se le pidió que esperen (Escritura 77 y testimonio de Gisela Trinidad de Lourdes Flores); que ha sido probado con los testimonios de los Sres. Ossela y

Centeno, que dada la modalidad del servicio prestado por Cruz y por cuestiones de seguridad y cumplimiento de la ley (respetar habilitación Municipal que limita cantidad de personas que pueden ingresar) el sistema de ingresos es que primero ingresan quienes tienen reservas, están en listas de eventos y/o tienen invitaciones free. Que las actoras concurren el día 02/04/2016 con una tarjeta apócrifa o que por lo menos no era una invitación para ese día (testimonio de Centeno); que ha quedado acreditado con el testimonio brindado por la Srta. Gisela Trinidad de Lourdes Flores, amiga de las actoras y de la Escribana Margit Porchietto, que tanto las actoras como la escribana eran asiduas concurrentes de Cruz, que en una época iban todos los sábados y durante por lo menos dos años, por lo que se supone que conocían la modalidad de ingreso al local y la aceptaron durante dos años.--

Señala que decirle a una persona que, como no tiene reserva o invitación, deberá esperar, no es una discriminación arbitraria o un trato indigno, si esa espera es en cumplimiento de una obligación legal como es respetar la habilitación municipal en relación a la capacidad del local. Que hacer esperar sin motivo podría ser arbitrario, pero esperar diez minutos en una puerta de ingreso no es una espera excesiva ni arbitraria, porque como se ha probado, la persona que no cuenta con reserva ingresa si se verifica que no está cubierto el cupo de ingresantes que cuentan con reservas.--

Remarca que la magistrada no ha dado fundamento alguno acerca del motivo por el cual entiende que el hecho de que las actoras hubieren tenido que esperar 20 minutos para ingresar sin invitación o reserva es un trato indigno, arbitrario y antijurídico.--

Como cuarto agravio, sostiene que yerra la magistrada al sostener que la relación invocada por las actoras se encuentra amparada por la figura del consumidor expuesto a la relación de consumo.-

-

Manifiesta que el error se encuentra cuando al resolver se establece como factible aplicar el régimen consumeril a los consumidores expuestos. Que del fallo surge que las actoras no son consumidoras y que no revisten la categoría de consumidoras, sino que son consumidoras expuestas, figura esta que ha sido excluida del derecho consumeril a partir de la reforma de 2015.-

-

Expone que cuando se habla de consumidor expuesto se hace referencia a quien sufre consecuencias a partir de la relación de consumo ajena y que la magistrada fundamenta su conclusión, de que las actoras se encuentran amparadas por las norma del instituto consumeril por revestir el carácter de consumidoras expuestas, con basamento en el famoso Caso "Mosca Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y Otros" del 6 de marzo de 2007, siendo que tanto la doctrina, como los precedentes "Mosca" y "Zubeldía"

hablan de la protección por razones de seguridad que debe tener cualquier persona expuesta a una relación de consumo ajena.--

Remarca que la juzgadora ha dicho que las actoras no han podido probar la relación de consumo, por lo que no son consumidoras, pero tampoco son consumidoras expuestas.--

Por su parte destaca que en relación a la protección del consumidor expuesto, y en el supuesto que las actoras encuadrasen en la figura del bystander, la Ley 26994 y la legislación complementaria han excluido la figura del consumidor expuesto a una relación de consumo del régimen consumeril, por lo que no es viable la aplicación analógica que hace la magistrada, ya que no hay vacío o laguna legal y la norma existe, razón por lo cual aplicar por analogía normas del derecho consumeril al consumidor expuesto no es posible.--

Por todo ello solicita se revoque el fallo impugnado.--

Como quinto agravio, señala que se yerra en la resolución al interpretar que esperar 20 minutos para ingresar a un boliche es una práctica abusiva y en consecuencia el consumidor expuesto cuenta con protección ante las mismas.--

Que la única prueba en la que se basa la resolución ha sido la prueba pre constituida traída al proceso por las actoras, esto es la Escritura N° 77 de fecha 01 de Mayo de 2016, labrada por la Escribana Margir Aylén Porchietto Leyendecker, de la que surge tal como lo dice la juzgadora que "...el día 01/05/2016 a las 1:50 hs. La escribana se constituye en el domicilio sito en Av. Ramón Cárcano ... conjuntamente con las actoras... con lo que termina el acto siendo las dos y diez de la madrugada " .

Que en ese período de tiempo que va desde las 01:50 hasta las 02:10 horas, tal como lo dice la fedataria las actoras se acercan a una puerta y dicen que quieren entrar, el señor les responde que aguarden, que ya las deja pasar. A continuación, se van a otra de las entradas del local y el dependiente de la demandada les dice que aguarden y siendo las dos y diez de la madrugada termina el acto y se retiran, por lo que desde que las actoras llegan a Cruz el día 01 de mayo de 2016, acompañadas por la escribana Porchietto, hasta que se retiran, tal como expresamente dice la Escritura N° 77, sólo transcurrieron veinte minutos, y ese es el hecho por el cual la demandada ha sido condenada a abonar a consumidoras expuestas, que no lo son, aplicando normas por analogía a pesar de la existencia de una norma expresa sobre el tema, y los que es aún más grave, condenando por hechos que no han sido ni siquiera insinuados por las actoras en la demanda.--

Entiende que la resolución debe ser revocada por no ser el razonamiento del juzgador sensato y violentar el principio de razonabilidad que debe guardar toda resolución judicial. --

Como sexto agravio, le perjudica que la magistrada ha dado por probado un daño sin contar con una sola prueba que acredite el

mismo y sin fundamentación alguna sobre su decisión, siendo que quién alega sufrir un daño, debe probarlo.--

Señala que no existe prueba alguna del daño moral que dicen haber padecido las actoras por haberseles impedido el ingreso al local de la demandada a causa de un hecho de discriminación. Que no han producido prueba alguna, ni testimonial ni pericial que dé cuenta de que el hecho denunciado ha provocado un disvalor en su espíritu pasible de ser indemnizado.--

No desconoce esta parte la particularidad que atribuye la doctrina a la prueba del daño moral, pero la Sra. Jueza, al no contar con prueba alguna recurre al contacto personal que tuvo con las actoras en la audiencia fijada a los fines del art. 58 del CPCC lo que reviste otra más de las arbitrariedades por ella cometidas en la resolución en crisis, ya que no existe registro de lo sucedido en la audiencia, tal como lo prevé la ley adjetiva, para salvar la orfandad probatoria del rubro daño moral reclamado por las actoras.--

Destaca que la magistrada expresa en su resolución que es evidente que la situación vivenciada por las actoras el día del suceso ha repercutido de manera negativa y disvaliosa en la autoestima de las accionantes, pero el problema radica en que las actoras reclaman sosteniendo que fueron discriminadas por su forma de vestir y por ese motivo no las dejaron ingresar y en eso fincan el daño, pero la magistrada condena a abonar daño moral por ser indigno que las hayan hecho esperar (veinte minutos), por lo que no se sabe cuál es la situación vivenciada por las actoras que ha repercutido de manera disvaliosa, si la alegada en la demanda o la alegada en la sentencia.--

Señala que de lo expuesto en la demanda surge que una de las motivaciones que tiene en cuenta la magistrada para fijar el quantum del daño, es el largo proceso judicial que han transitado las actoras, siendo que la demandada debe cargar las consecuencias del largo proceso judicial, cuando de las constancias de autos surge de manera clara y evidente que ha presentado sólo un incidente, acuse de negligencia en la producción de la prueba por parte de la actora y desglose de pericia psicológica- al cual se hizo lugar, mientras que ha sido la actora la que ha efectuado múltiples planteos recursivos, todos denegados.-

Por todo ello y no habiendo la actora diligenciado prueba alguna acerca del daño moral reclamado ni dado fundamento el a-quo sobre la existencia y quantum del mismo, solicita se revoque el fallo y en consecuencia sea rechazado el rubro.-

Como séptimo agravio, le perjudica que se haya condenado a abonar daño punitivo cuando las actoras no revisten la calidad de consumidoras ni de consumidoras expuestas, haciendo lugar a un daño cuando no hay prueba alguna del mismo, y que de la simple conceptualización de la entidad del hecho deviene imposible

deducir que haya daño que reparar, en la medida en que liviana e infundadamente ha resuelto la magistrada.--

Por otro lado señala que el caso Vega, citado por la magistrada, ha sido aplicado a consumidores expuestos, cuando la figura del consumidor expuesto se encontraba amparado en las normas del derecho consumeril, por lo que las circunstancias de hecho del fallo traído como jurisprudencia a los fines de dar fundamento a la condena no son ni siquiera similares a las del caso de autos, ya que los hechos denunciados en el presente sucedieron en 2016, o sea a posteriori de la reforma introducida por la ley 26994, mientras que los hechos del caso Vega sucedieron estando vigente el art. 1 de la ley 26.361, a su turno en el fallo traído como precedente hace lugar a una demanda por discriminación y en el caso de autos no ha sido probada la discriminación, como lo reconoce la sentencia.--

Señala que no corresponde condenar a la demandada a abonar daño punitivo toda vez que el hecho por el cual ha sido condenada la demandada -no el hecho de la demanda- no reviste la entidad a los fines de la procedencia de la multa civil que es la esencia del daño punitivo, ya que el hecho - hacer esperar- no ha provocado daño alguno en las actoras, toda vez que no lo han reclamado, por ende no existe petición alguna por parte de las actoras relacionadas con la reparación del daño que esperar les haya provocado y mucho menos prueba del mismo. Que además no basta un simple daño, sino que por la trascendencia del mismo debe ameritar una sanción que trascienda lo individual, a más de que la conducta debe ser dolosa, no alcanzando la simple negligencia, por lo que no existe prueba alguna a los fines de la procedencia del daño punitivo.--

Por lo expresado, solicita sea revocado el fallo y en consecuencia se rechace la procedencia de daño punitivo, con costas.--

El octavo agravio, versa acerca de la prueba no producida por ellos a los fines de acreditar razones de seguridad en la espera.-

-

Manifiestan que al ser Cruz, tal como lo manifestó la magistrada, uno de los boliches de la zona norte de Córdoba más concurrido y requerido por los jóvenes, y a los fines de la organización del mismo, los propietarios instituyeron el sistema de invitaciones y tarjetas que llevan nombre y DNI del futuro cliente. Que esa forma de venta o reserva anticipada es la que les permite saber cuántos clientes van a tener esa noche, por lo que recién una vez que hayan ingresado quienes reservaron de manera anticipada el ingreso (reservado y no abonado ya que no es venta anticipada) pueden, si la capacidad del lugar lo permite ya sea porque las reservas fueron inferiores a la capacidad del local o porque jóvenes que reservaron no concurrieron, habilitar el ingreso a quienes no cuentan con invitación o reserva (extremos éstos que han sido probados en autos).--

Asimismo destacan que la prueba que, reiterada e insistentemente, dice la magistrada que no han producido es que al momento de intentar ingresar las accionantes el local encontraba su capacidad totalmente cubierta, siendo esta una prueba de imposible producción.--

Señala que Cruz es un complejo que cuenta con restaurante y boliche, y que ambos están unidos entre sí, de manera que una persona puede cenar y después continuar su diversión en el boliche. Que la particularidad de un boliche es que la gente va ingresando en distintos horarios como asimismo se va retirando en distintos horarios, no es un cine en el cual la película comienza a tal hora y concluye a tal hora y en el que las butacas son determinadas, por lo que la capacidad del boliche se va llenando en un lapso de tiempo, no todos concurren a la misma hora, como asimismo, los concurrentes se retiran en distintos horarios, algunos permanecen una hora, otros dos, otros cuatro. Por lo que la prueba que la magistrada insistentemente recalca que no fue producida, es una prueba imposible.--

Exponen que de los testimonios brindados por los amigos de las actoras, surge acreditado que tanto el día 2 de abril de 2016 y como el 1 de mayo de 2026 el local "se llenó", también ha quedado probado que las actoras concurren durante más de dos años todos los sábados a Cruz en compañía de la escribana Margit Porchietto. Que ha sido probado que en ninguna oportunidad se les ha prohibido el ingreso a las actoras y mucho menos que las mismas hayan sido discriminadas. Que se ha probado asimismo que absolutamente todos los dependientes de la demandada que interactuaron con las actoras, los días referidos, les dijeron "esperen chicas". Y que no hay prueba alguna de maltrato ni de que ese "esperen chicas" haya sido dicho de mal modo o haya trasuntado un trato indigno, vergonzante, arbitrario, injusto o antijurídico. --

Por todo lo expuesto y siendo que no ha sido probado que las actoras hayan padecido daño alguno y que ese daño guarde relación de causalidad con los hechos y sucesos por ellas relatados en la demanda, solicita se revoque la Sentencia recurrida y en consecuencia se rechace en todos sus términos la demanda incoada en contra de Vanguardia Córdoba S.R.L., solicitando se impongán las costas de la primera instancia y las del presente a la actora.-

-

3) Con fecha 28/09/2022 contesta los agravios la contraria, solicitando se rechace el recurso.-- Respecto del primer agravio expresa que la demandada no denuncia violación a las reglas éticas de la lógica, de la sana crítica racional, y menos aún ataca los yerros conceptuales que contiene el fallo, ni el perjuicio que esos errores ocasionan, así como tampoco da a conocer cuál hubiera sido, a su juicio, la solución ajustada a derecho, por lo que pide su rechazo.--

Respecto del segundo agravio señala que el reproche de la apelante consiste que la magistrada ha modificado los hechos denunciados

por la actora; empero no los impugna, sino que solo denuncia en que consistió la modificación pero sin formular motivaciones jurídicas como exigen los arts. 371 y 372 del C.P.C., por lo que es objetivamente inoponible y formalmente inadmisibles. Solicita su rechazo.--

Respecto del tercer, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo agravio, destaca, en términos generales, que los mismos son ineficaces, inidóneos jurídicamente y formalmente inadmisibles.-  
- Por todo lo expuesto solicita se declare desierto el recurso de apelación interpuesto, con expresa imposición de costas.--

4) En fecha 04/11/2022 acompaña dictamen la Sra. Fiscal de Primera Instancia y Segunda Nominación en lo Civil, Comercial y del Trabajo, oportunidad en la que, tras efectuar un análisis de la causa, concluye que corresponde rechazar el recurso de apelación promovido por la parte demandada.--

5) Pedido de deserción.-

Previo a abordar los planteos en torno a los segmentos impugnativos delimitados precedentemente, corresponde analizar la pretensión de la contraria de que sea declarado desierto el recurso.-

La petición no es de recibo pues los agravios vertidos satisfacen las exigencias necesarias para tener por cumplida la carga de criticar la sentencia.-

Por si hubiera alguna duda al respecto, participamos del criterio amplio en la ponderación del cumplimiento de la carga de expresar agravios, en razón de estar en juego el derecho al acceso a la doble instancia que hace al debido proceso. La apelación es una vía impugnativa de carácter ordinario, razón por la cual los jueces deben ser más bien amplios e indulgentes en la apreciación de la suficiencia crítica de los argumentos que se expresan para fundarla, procurando siempre preservar la garantía constitucional de defensa en juicio y evitando incurrir en excesos de rigor formal. De allí que la sanción prevista en el art. 374 del CPCC, en cuanto importa pérdida o caducidad de los derechos del apelante, debe ser interpretada con criterio restrictivo (confr. TSJ, "Toscano, Julio Cesar c/ Municipalidad de Bialeto Masse - Acción de Nulidad - Recurso de Casación - 754725", Sent. n.º 54 del 7/6/17).-

6) Tratamiento del recurso.-

El mismo debe ser rechazado. Doy razones.-

Respecto del primer y segundo agravio, la demandada hace hincapié en dos puntos centrales: a) Por un lado alega violación al principio de congruencia, debido a que considera que el daño por el cual reclaman las actoras ha sido causado por haberles negado el ingreso al local bailable sin motivación alguna y con claros tintes discriminatorios, ya que su target y vestimenta no eran

los requeridos por la demandada a los fines de permitirle el ingreso. Mientras que la jueza condena a la demandada a abonar daño moral y punitivo por considerar indigno que las hayan hecho esperar para ingresar al local, respecto de lo cual las actoras nada dicen.

b) Por otro lado remarca la arbitrariedad cometida por la magistrada cuando al resolver no valora el supuesto hecho ocurrido el 2 de abril de 2016 y decide que el hecho principal analizado y que ha motivado los presentes es el supuesto hecho ocurrido el primero de mayo de 2016.--

Respecto del primer supuesto, esto es, la violación del principio de congruencia entiendo que el mismo no se configura.--

Cuando hablamos de congruencia es bien sabido que "...las resoluciones judiciales no deben sorprender a las partes, afectando su defensa (cfme. Morello, A. "La prueba", p. 69, Platense, La Plata, 1.991), con lo que la decisión final del pleito debe atenerse a los términos de la litis, por lo que los jueces sólo tienen la obligación de expedirse sobre cuestiones introducidas oportunamente al proceso (cfme. Morello, A. "Prueba, incongruencia y defensa en juicio", p. 37, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.977). Berizonce agrega: "...no puede el iudex variar los términos en que queda planteada la litis, ni infringir el principio de congruencia..." (cfme. Berizonce, R. "El activismo de los jueces", LL, 1.990- E-928).-- De allí que la sentencia debe ser congruente con la demanda y su contestación, cuyas pretensiones respectivas, oportunamente deducidas en el proceso, delimitan el objeto del litigio.-- Asimismo, el principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respeta esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es el de la disposición de los derechos materiales o de fondo (Cfr. Loustayf Ranea "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Tomo I, pág. 115).-- Las pretensiones de las partes constituyen la primera limitación a que debe ceñirse el Tribunal en su ámbito de conocimiento y decisión.--

En la presente, la demandada apelante alega una incongruencia del material fáctico respecto a los hechos sobre los que quedó trabada la Litis, específicamente en el supuesto de incongruencia fáctica por exceso, por considerar que la magistrada resolvió teniendo en cuenta un hecho no planteado en la demanda y que, a más de ello, cambió los hechos originales.--

Respecto a esto, es de destacar que, sin perjuicio de compartir la mirada doctrinaria que considera que "...el principio de congruencia no es absoluto -no obstante su estrecha vinculación con la garantía de defensa- y en determinados supuestos debe

admitirse su flexibilización, bajo determinadas condiciones, para no afectar otras garantías constitucionales y la finalidad misma del proceso judicial..." (De Los Santos, M. La flexibilización de la congruencia. En L. L. N° Esp. 2001-752 y ss.), en la presente causa no hubo tal violación toda vez que, sin desconocer que las actoras inician la demanda alegando que se les "negó categóricamente el acceso al boliche sin explicación o motivación alguna con claros tintes discriminatorios", las mismas también se refirieron en reiteradas oportunidades acerca de la espera injustificada, la actitud arbitraria y del trato recibido "por parte de los representantes y empleados del local bailable, indigno, antijurídico y hasta se podría decir doloso..." (fs. 3).-  
-

Asimismo, como parte de su demanda, manifestaron que "...llegado el momento en que el personal de seguridad debía sacar las cadenas para permitir el ingreso, el mismo nos manifiesta en palabras, que más o menos se recuerda, "esperen, ya las hacemos pasar". Pero en ese preciso momento, la misma persona, permitió el ingreso de otro grupo de personas de aproximadamente treinta (30) personas entre ellos de género masculino y femenino". Esto se encuentra corroborado con la Escritura N° 77, la cual no fue redargüida de falsa, y de la que se desprende que las accionantes concurrieron a Cruz el día 01/05/2016 y que, mientras a ellas les decían que esperen, ingresaban otros grupos de personas quienes incluso sin exhibir DNI, ni tarjeta de invitación, se dirigían a la boletería a los fines de pagar la entrada e ingresar de manera directa.--

Es por lo expuesto que, siendo que de la demanda y de la prueba ofrecida por las actoras surge que las mismas se expidieron acerca de los hechos en los que se basó la juzgadora para resolver la cuestión, esto es, la espera arbitraria, injustificada y violatoria del principio de igualdad; y que la magistrada, en definitiva, no ha otorgado un derecho distinto al requerido por las interesadas ni ha violado las garantías de propiedad y de defensa en juicio, sumado a que "cuando están en juego derechos de linaje constitucional amparados de modo preferente, por el interés social comprometido con el objeto litigioso, el juez debe asumir una función de protección y acompañamiento activo de la parte amparada con el objeto de que se tornen efectivos aquellos derechos superando los obstáculos y vallados procedimentales frustratorios, especialmente por conducto de interpretaciones normativas funcionales y rendidoras" (Roberto Berizonce, citado por Livellara, Carlos A. Congruencia y traba de Litis. En Revista de Derecho Laboral; Procedimiento laboral V. 2021-2, p. 206), es que entiendo que en la presente causa no ha sido violentado el principio de congruencia.-

Respecto del segundo argumento, esto es, que la magistrada no haya valorado el supuesto hecho ocurrido el 2 de abril de 2016, considerando como hecho principal analizado, y que ha motivado los presentes, el ocurrido el 1 de mayo de 2016, entiendo que no

hay yerro alguno en las consideraciones efectuadas por la sentenciante.

Así, es de remarcar que sin perjuicio de que en la demanda las actoras hacen referencia a lo sucedido en dos oportunidades (2/4/2016 y 1/5/2016), la cuestión principal sobre la que versa el juicio fue lo ocurrido el 1/5/2016. Ello es entendido así por ser lo ocurrido ese día lo que motivó el inicio de las presentes actuaciones a través de la narración específica y minuciosa de lo acontecido, y en virtud de lo cual se solicitó el daño moral y punitivo, sumado a que en razón de ese mismo hecho es que se presenta la prueba principal del caso (Escritura N° 77).--

Sin perjuicio de la aclaración que antecede no puede pasarse por alto que igualmente la magistrada se ha expedido en su resolución sobre lo ocurrido el día 2/4/2016 cuando al referirse al informe del INADI, señaló "los hechos sucedidos el día 02 de abril de 2016 si bien no encuadran en los términos de la ley N° 23.592, ello no equivale a determinar que no ha existido una conducta de trato arbitraria que implique en los hechos una falta de tratamiento equitativo de las actoras, lo que podría vulnerar el principio de igualdad ante la ley". Dando a entender la magistrada que, al igual que en lo sucedido el día 1/5/2016, el día 2/4/2016 también existió por parte del personal del local bailable una conducta arbitraria y antijurídica respecto de las actoras.--

Es por todo lo expuesto que no encuentro yerro por parte de la juzgadora en su razonamiento, razón por la cual entiendo que ambos agravios deben ser rechazados.--

Analizaré los agravios tercero y quinto de manera conjunta por entender que refieren a la misma cuestión de fondo, esto es, el error en considerar que la espera de 20 minutos de las actoras para ingresar al local bailable representó un trato indigno y antijurídico.--

Sobre este punto es necesario en primer lugar establecer lo que debe entenderse por trato digno, equitativo y no discriminatorio en materia consumeril. Así, "el deber de trato digno y equitativo al consumidor surge, en primer lugar, del art. 42 CN. El CCC por su parte, presta especial atención al tema de la dignidad de la persona expresando que "la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad"...

"El art. 8 bis LDC, trata de caracterizar a la obligación de trato digno resaltando que es aquello que "no se puede hacer". Así, prescribe que no se pueden "desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias". No hace falta que la conducta en cuestión produzca efectivamente la colocación del consumidor en esa situación; bastará su actitud para producir tal resultado..." (Chamatróulos, Demetrio A. Estatuto del consumidor comentado. Tomo I. CABA, La Ley, 2019, p.468) (el resaltado me pertenece).-

Por su parte nuestro CCC en su art. 1097 se refiere específicamente al trato digno preceptuando que " Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias" y se integra con el art. 1098, "Trato equitativo y no discriminatorio", según el cual "Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores". -

En la presente causa la demandada señala que el hecho de decirle a una persona que, como no tiene reserva o invitación, espere, no es una discriminación arbitraria o un trato indigno, si esa espera es en cumplimiento de una obligación legal como es respetar la habilitación municipal en relación a la capacidad del local. Por ende, considera que esa espera de 20 minutos para ingresar a un boliche no representaría un trato indigno ni una práctica abusiva y, en consecuencia, el consumidor expuesto no contaría con protección ante las mismas. He aquí el yerro en el que incurre la demandada.-

En primer lugar es de destacar que, tal como surge de los fundamentos de la sentencia y del dictamen de Ministerio Público Fiscal, el trato indigno y la conducta antijurídica de la demandada no radica solamente en la espera de 20 minutos injustificada, sino en el hecho puntual de que mientras las actoras cumplían esta espera había personas que, en iguales condiciones, ingresaban al localailable algunos exhibiendo invitación o pase libre y otros solo pagando la entrada--

Sobre ello con buen tino la magistrada señala "no puede desconocerse que -más allá de que no existió una prohibición expresa al ingreso del lugar-, la circunstancia de hacer esperar a las actoras sin justificativo mientras varios grupos de personas que se encontraban en la misma situación que ellas ingresaban al lugar (en algunos casos pagando la entrada y otros no)- constituye un acto arbitrario y antijurídico que viola el principio de igualdad. A ello se adita que esta situación también se había producido con anterioridad (el día 02/04/2016) ... cabe advertir que si el boliche se encontraba en ese momento con su capacidad saturada como indica la demandada, no se explica por qué la gente (con invitación especial o a través de la adquisición de la entrada en la boletería) seguía ingresando al lugar. Es decir, la demandada alega motivos de seguridad, pero la prueba de autos indica que la gente ingresaba en ese momento al lugar".--

Ello a su vez se encuentra corroborado con los testimonios acercados a la causa, así de la declaración del testigo presencial Sr. Christian Fornerod se desprende el testigo llegó a "Cruz -

Espacio" el día 1/5/2016 entre las 1:00 y 1:30 hs. de la madrugada junto a tres compañeros de trabajo, que en uno de los ingresos encontró de causalidad a las actoras, aclarando que no habían ido juntos. Indica que lo dejaron pasar al testigo, relatando que "pasaron, pagaron la entrada en la boletería ingresaron al lugar". Destaca, asimismo, que no dejaron ingresar a las accionantes y que "por esa misma puerta entraba otra gente y ellas se quedaban al costado". Precisa "Que no le explicaron la causa por la que no la dejaron entrar". En especial, a la pregunta del Dr. Nayi para que responde "si tiene conocimiento, sabe o le consta si para el ingreso al local bailable Cruz espacio, se debía exhibir alguna invitación especial, dijo que no. Que había que pagar, nada más" (fs. 183/183 vta.).-

Confirme lo hasta aquí expuesto, siendo que de las testimoniales incorporadas se infiere no sólo la concurrencia de las actoras a Cruz Espacio el día 01/05/2016, sino también que no se les permitió el ingreso y que mientras ellas esperaban para ingresar, entraban al local bailable otras personas que abonaban su entrada en la boletería, lo que no solo desvirtúa la principal razón de la espera dada por la demandada, esto es, el alto grado de ocupación del establecimiento nocturno, sino que también coloca a las actoras en una situación humillante y vergonzosa de tener que estar paradas a un costado del ingreso vivenciando como otras personas, en igualdad de condiciones, ingresan libremente y a ellas se le solicitan invitaciones o entradas especiales que al resto no, es que considero que la espera, sin importar el tiempo que la misma haya insumido, resulta lesiva de la dignidad de las actoras y representa un trato inequitativo que debe ser reparado.-

"(...) El ser digno -ser humano- y el trato digno se han convertido en un principio general del derecho que se expande por todo el ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional. Cuando se lesiona, se produce el daño, y debe ser reparado en forma autónoma, ya que se trata de un "valor" propio del ser humano y la construcción social (...)"

"(...) cuando la Constitución alude a un trato "equitativo" se refiere al concepto mismo de la equidad, es decir, ese valor de connotación social que se deriva de lo entendido también como igualdad. Se trata de la constante búsqueda de la justicia social, la que asegura a todas las personas condiciones de vida y relación social, digna e igualitaria, sin hacer diferencias entre unos y otros, a partir de la condición social, sexual, o de género, entre otras" (Alvarez Larrondo, F. A. (Dir.), Rodríguez G. (Coord.). Manual de derecho del consumo. CABA, Erreius, 2017, p. 371 y 375).- Por último resta aclarar la cuestión expresada por la demandada en cuanto a que, la figura del consumidor expuesto, tal como fueron denominadas las actoras por la magistrada, no contaría con protección ante el trato indigno o las prácticas abusivas.

Sobre ello y sin perjuicio de que lo relacionado a la condición de consumidoras expuestas o no será una temática analizada al

tratar seguidamente el cuarto agravio, es de destacar que "todo lo relativo al trato digno y equitativo ha sido incluido en el CCC (arts. 1096 a 1099) al regularse las "prácticas abusivas" en las cuales es muy importante destacar, que el sujeto protegido es también el bystander (noción no incluida en el concepto del consumidor de los arts. 1º, LDC y 1092 de dicho código). Esto porque dichos preceptos permiten su invocación a las "personas expuestas a las prácticas comerciales" sean determinables o no" (Chamatropulos, Demetrio A. Ob Cit., p.467). Por ende vuelve a ser errada la concepción de la demandada respecto a la protección que merecen los consumidores expuestos frente a cuestiones que resultan ser principios del derecho, como lo son la igualdad, la dignidad y el trato equitativo consumeril.--

Es por todo lo expuesto que los agravios citados no son de recibo.--

Como cuarto agravio, la demandada señala que es erróneo sostener que la relación invocada por las actoras se encuentra amparada por la figura del consumidor expuesto a la relación de consumo, pero que incluso en el supuesto que las mismas encuadrasen en la figura del bystander, la Ley 26994 y la legislación complementaria han excluido dicha figura del régimen consumeril, por lo que no es correcto aplicar por analogía normas del derecho consumeril a dichos consumidores.--

Así planteado existen dos cuestiones a resolver dentro del presente agravio, por un lado, expedirme respecto a si las actoras deben ser consideradas consumidoras expuestas, tal como lo determinó la magistrada; y por otro, si es correcta la aplicación analógica del régimen consumeril a dicha especie de consumidores.--  
-.

Respecto del primer punto, la relación de consumo tiene como contorno necesario que uno de los sujetos reúne todos los requisitos de un consumidor o usuario, y el otro tiene el carácter de proveedor de bienes o servicios, siendo la causa -fin de dicha relación "el consumo" de los bienes o servicios por parte el consumidor, valga la redundancia.--

Ahora bien, "al referir a la relación de consumo, la directriz constitucional abarca no solo el vínculo creado por el contrato, sino también el derivado de los hechos o actos jurídicos vinculados al "acto de consumo", así como la conexidad contractual resultante de las implicaciones del sistema. A tal fin, abarca todas las situaciones en las que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar, cuando es dañado por un ilícito contractual o sometido a una práctica del mercado, cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente" (Lorenzetti, R. citado por Junyent Bas, F; Garzino, C &Rodriguez Junyent, S. Cuestiones claves del derecho del consumidor a la luz del Código Civil y Comercial. Córdoba, Advocatus, 2016, p. 17).--

En relación a la figura del consumidor propiamente dicho el art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor establece que "Se considera

consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social", precisando en el párrafo siguiente "Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" (artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994

B.O. 08/10/2014 Suplemento, vigencia a partir del 01/08/2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014).--

A ello se suma lo dispuesto en el CCC en su art. 1096, cuyo texto dispone que "Las normas de esta Sección y de la Sección 2da del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092".

Así, conforme la definición legal, y según las circunstancias que rodeen la actuación del consumidor en la relación de consumo, el mismo puede clasificarse en: "a) quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso (consumidor directo o jurídico -primer párrafo, art. 1, LDC-); b) quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente (consumidor indirecto o material -segundo párrafo, art. 1, LDC-); y c) quien se expone a una relación de consumo (...) los sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales (...) (consumidor expuesto a una relación de consumo o bystander -art. 1096, CCyCN-) (Cfr. conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, "Comisión de Derecho Interdisciplinario. Derechos del consumidor", Córdoba, 2009).--

Teniendo presente esta clasificación de consumidor, y siendo que en el caso de autos no se encuentra discutido que las actoras concurren en dos oportunidades al local bailable "Cruz" sin haber podido ingresar al mismo (02/04/2016 y 01/05/2016); que acompañaron, a f. 13, ticket del estacionamiento por la suma de pesos ochenta (\$80) en el cual se consignan los datos de la demandada -"Vanguardia Córdoba SRL", al igual que el nombre de fantasía "CRUZ ESPACIO", prueba ésta que no ha sido cuestionada por la contraria y que da cuenta que las actoras ingresaron al predio del estacionamiento dependiente del local bailable, y sin perjuicio de que no pudieron ingresar a las instalaciones internas del lugar, entiendo que las mismas quedan posicionadas como consumidoras expuestas, toda vez que sin ser ni consumidoras ni usuarias en sentido estricto, se encuentran en una situación particular que las conecta con una relación de consumo (Ver Junyent Bas, Garzino y Rodríguez Junyent. Ob Cit. p. 36).--

Por su parte respecto de la demandada, no caben dudas que la misma reviste la calidad de proveedora profesional, conforme el art. 2 LDC, ya que reviste la calidad de persona jurídica de naturaleza privada que se dedica a la actividad comercial siendo habilitada para la explotación del establecimiento en el rubro "RESTO PUB CON ESPECTÁCULO Y BAILE" denominado "Cruz" (fs. 95/100)-.

Es por todo lo expuesto que comparto lo resuelto por la magistrada de primera instancia y por la representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que, en la especie, se verifica una relación de consumo entre las partes (art. 42 de la Constitución Nacional; arts. 1, 2 y 3 de la LDC; arts. 1092, 1096 y cc. del CCyCN),--

Respecto del segundo punto, esto es, si es correcta la aplicación analógica del régimen consumeril a los consumidores expuestos, considero que dicha aplicación es correcta toda vez que no obstante haber sido excluida la figura, luego de la reforma del año 2015, del art. 1 de la LDC, la misma fue receptada, a los fines de su tutela en el CCC en su art. 1096.--

Así, "el sujeto o consumidor denominado bystander quedaría excluido de la protección legal, y se restringe nuevamente la noción a los casos de consumidor directo o indirecto, como regla general. Sin embargo, el consumidor expuesto o bystander sí queda incluido en el art. 1096 del CCC, que regula el ámbito de aplicación de las prácticas abusivas al señalar: "las normas de esta sección son aplicables a todas las "personas expuestas" a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto por el art. 1092"

De tal modo, a pesar de la exclusión expresa del bystander de la noción de consumidor (art. 1 de la LDC y art. 1092 del CCC) también se encuentra tutelado por el plexo consumeril en el citado art. 1096" (Junyent Bas, Garzino y Rodriguez Junyent. Ob Cit. p. 40).-

-

Por ende comparto lo señalado en el dictamen fiscal en cuanto a que la concepción del consumidor expuesto no ha sido eliminada ni ha sufrido morigeración alguna, sino que la misma se ha reubicado en el art. 1096 del CCC al tratar principalmente prácticas comerciales abusivas, esto es, violación al deber de información (art. 4 y 1100 CCC), a la protección de la salud y seguridad (arts. 5 y 6), las condiciones de la oferta (art. 7) y la publicidad (art. 8 y 1101 CCC), la violación al trato digno y equitativo (tal el caso de autos) (art. 8 bis, 1097 y 1098 CCC), entre otras".--

Todo lo expuesto me exime de mayores consideraciones al respecto, debiendo rechazar el presente agravio.--

Respecto del sexto agravio, la demandada alega que no existe prueba alguna del daño moral que dicen haber padecido las actoras por haberseles impedido el ingreso al local a causa de un hecho de discriminación, toda vez que no han producido prueba alguna,

ni testimonial ni pericial que dé cuenta de que el hecho denunciado ha provocado un disvalor en su espíritu pasible de ser indemnizado.— Sobre el tópico es de destacar que puede definirse al daño moral como: "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).--

En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Cód. Procesal, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (el subrayado me pertenece) (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LA LEY, 1990-A, 655).-- Es de destacar que el daño moral no solo es procedente ante mortificaciones o padecimientos que excedan lo ordinario, sino que, por el contrario, por imperativo constitucional (art. 19 Constitución Nacional, según la interpretación que viene haciendo de él la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en el precedente "Aquino", del 21/9/2004, Sup. Especial La Ley 2004, p. 39, con notas de Ramón D. Pizarro, Roberto A. Vázquez Ferreyra, Rodolfo E. Capón Filas, Marcelo López Mesa, Carlos V. Castrillo y Horacio Schick) todo daño debe ser objeto de una adecuada reparación, aun si su monto es relativamente poco importante. En tal sentido comparto las palabras de Calvo Costa: "Aun cuando el perjuicio sea leve, si el mismo reviste el carácter de 'injusto' para la víctima (...) debe ser reparado por el responsable. Resulta -a nuestro entender- contrario al espíritu actual del derecho de daños, rechazar la posibilidad de que la víctima pueda reclamar la reparación de un perjuicio que ha sufrido injustamente argumentándose como defensa su insignificancia. Además, no surge de lege lata en nuestro derecho civil prohibición o limitación alguna de reclamar los daños sufridos en razón de la insignificancia de los mismos" (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 236, con cita de Mayo, Zannoni y Boffi Boggero).--

Asimismo, considero que "si se acepta que los perjuicios económicos mínimos son indemnizables, por fuerza también deben serlo los desmedros espirituales de escasa significación, el mayor o menor alcance del daño no excluye el resarcimiento, sólo define la importancia de la indemnización" (Zavala de González, Matilde, "Los daños morales mínimos", LA LEY, 2004-E, 1311).--

En definitiva, para la existencia de un daño moral resarcible basta con que el incumplimiento haya lesionado intereses extrapatrimoniales de la víctima y tenido cierta repercusión en la esfera espiritual de la persona, sin que sea preciso que nos encontremos ante daños catastróficos o circunstancias excepcionales o gravemente lesivas.--

Ahora bien, en cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.-

-

El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).--

En otras palabras, el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Cód. Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".--

Conforme lo antes expuesto, y teniendo presente la dificultad que representa presentar prueba directa para el reclamo de este tipo de rubro, de la causa podemos extraer fuertes presunciones que dan lugar al resarcimiento solicitado, no solo por significar la pérdida de tiempo por parte de las actoras para lograr el restablecimiento de sus derechos y el reconocimiento de su reclamo; sino también por el trato arbitrario, abusivo y contrario al deber de trato digno e igualitario que merece todo consumidor.-  
- Así, estas presunciones específicamente son: a) que las actoras concurrieron dos veces (02/04/2016 y 01/05/2016) al local bailable Cruz Espacio, sin poder ingresar al mismo y viendo frustrada la

posibilidad de hacer uso de los servicios que el mismo presta, perdiendo la posibilidad de divertimento y distensión; b) el trato indigno, inequitativo y arbitrario sufrido por las actoras al no poder ingresar al lugar siendo que mientras que a ellas les decía que esperen, ingresaban grupos de personas, en iguales condiciones, a los que no se les exigían que presenten DNI, tarjeta de invitación, ni ningún otro requisito como a ellas se les requería; y c) el trato vergonzoso sufrido por las actoras al tener que quedarse esperando, sin importar si esa espera fueron diez veinte o treinta minutos, a un costado de la puerta de ingreso viendo como otras personas ingresaban al lugar, lo que fue corroborado con el testimonio del Sr. Christian Fornerod (fs. 183).--

Lo expuesto da cuenta de que existen elementos para considerar que, por la situación vivenciada por las actoras, al no haber podido ingresar al boliche en dos oportunidades sin justificativo comprobable alguno, y el trato indigno, arbitrario y no igualitario sufrido por las mismas, sumado las circunstancias de tiempo, lugar y edades de las antes nombradas, fueron expuestas a un duro golpe a su autoestima lo que evidentemente provocó una modificación disvaliosa en sus espíritus.-

Es por lo expuesto que entiendo que no corresponde que sea de recibo el agravio presentado.-

Como séptimo agravio la demandada expone que le perjudica que se haya condenado a abonar daño punitivo cuando las actoras no revisten la calidad de consumidoras ni de consumidoras expuestas, haciendo lugar a un daño cuando no hay prueba alguna del mismo, y siendo que el hecho de hacer esperar no les ha provocado daño, toda vez que no lo han reclamado.-

En cuanto al daño punitivo, éste se encuentra regulado en el art. 52 bis LDC que reza: "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."-

Por su parte, el art. 8 bis LDC expresa: "Trato digno. Prácticas abusivas. 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. No podrán ejercer sobre los consumidores

extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.- En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.- Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor"-

Este rubro [daño punitivo] es concebido como una multa o sanción impuesta al autor de un hecho ilícito en favor de la víctima de este, cuya finalidad principal es "castigar" al primero y servir como ejemplo para que tales conductas no se vuelvan a cometer.-

Comparto lo dicho por la parte mayoritaria de la doctrina en cuanto a que "...nuestra legislación pone en el centro de las relaciones de consumo a la persona del consumidor, tal como se desprende de la regulación constitucional y del art. 8 de la LDC que imponen como directriz central la conducta de los proveedores del tanto digno y equitativo a los consumidores y usuarios y, expresamente, puntualizan que las conductas que coloquen a estos en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidantes serán pasibles de una multa civil ...

"...Zavala de González señala que ... el art. 52 bis de la LDC asume que el derecho de daños debe satisfacer no solo intereses privados de las víctimas, sino también aplicar sanciones económicas disuasorias de actividades injustamente perjudiciales, preservando un derecho genérico a no ser víctima..."

En definitiva "la finalidad del instituto es de carácter sancionatorio, pues procura castigar determinadas conductas de los proveedores que lesionan al interés comunitario y que deben ser reprochadas por el derecho. Además posee una función preventiva, pues, procura evitar la reiteración de las conductas antijurídicas en el futuro, adelantándose a la producción de nuevos daños..." (Junyent Bas, Garzino y Rodríguez Junyent. Ob Cit. p. 95,96 y 99).--

Con respecto a las pautas para su procedencia, se ha dicho que éstas, de acuerdo a una interpretación sistemática y funcional de sus notas típicas, son:-

"a)el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales;-

b) la gravedad de la falta, como dato objetivo que no requiere necesariamente de un daño físico o patrimonial, pero que de algún modo debe impactar en el consumidor, tal como sería la hipótesis del art. 8° bis de la LDC.-

- c) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal;-
- d) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito;-
- e) la posición de mercado o de mayor poder del punido;-
- f) el carácter antisocial y reprochable de la inconducta y su repercusión en el medio social, es decir, el factor de atribución subjetivo, que se descubre ante el menosprecio a los derechos de los consumidores y usuarios;-
- g) la finalidad disuasiva futura perseguida;-
- h) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, debiendo también considerarse muy especialmente la conducta asumida sea en sede administrativa, sea en sede judicial;-
- i) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado;-
- j) los sentimientos heridos de la víctima." (JUNYENT BAS, Francisco, "Recaudos de procedencia del Daño Punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban"", LA LEY 14/08/2017,7, Cita Online: AR/DOC/2153/2017).-

Corresponde poner de resalto que no basta el mero incumplimiento de la obligación legal o contractual, sino que también requiere de un factor de atribución de responsabilidad de índole subjetiva donde adquiere especial importancia la conducta desplegada por la demandada.-- Así, en primer lugar, atento a todo lo argumentado en los Considerandos que anteceden, y siendo que, tal como señaló el Ministerio Público Fiscal, la parte demandada incurrió en un grave incumplimiento a las obligaciones constitucionales (art. 42, Constitución Nacional) y legales (art. 8 bis, ley 24.240 - texto según ley 26.361-, 1096, 1097 y 1098 del CCyCN y arts. 26 y 27 de la Ordenanza 11.684), particularmente, en lo que se refiere al incumplimiento del trato digno en contra de la parte actora, es que corresponde el resarcimiento por daño punitivo sin duda alguna. Ello es así por cuanto "el art. 8 bis es la única norma de toda la LDC que menciona a la multa civil fuera del art. 52 bis, en donde ella se encuentra regulada. Por lo tanto, debe razonarse que las obligaciones que establece este precepto en cabeza del proveedor deben ser cumplidas de modo estricto pues, de lo contrario, existe la posibilidad de que se le impongan daños punitivos de manera más probable que si se

hubiese dejado de lado otro disposición del Estatuto del Consumidor" (Chamatropulos, Demetrio A. Ob. Cit. p. 529).-

Sin perjuicio de lo expuesto, esto es, que el solo incumplimiento al trato digno por parte del proveedor acarrea la sanción de daño punitivo, y que, conforme los principios del derecho de consumo, en caso de dudas sobre el carácter vejatorio, vergonzante o intimidatorio de una conducta se debe efectuar una interpretación a favor de la dignidad del consumidor, en la presente se encuentran además cumplimentados los demás presupuestos para su configuración, entre ellos encontramos:

a) En primer lugar, contrariamente a lo que señala la demandada, en los considerandos precedentes se analizó la cuestión de forma específica arribándose a la conclusión de que nos encontramos frente a una relación de consumo, en la cual Cruz Espacio reviste a calidad de proveedor y las actoras de consumidoras expuestas amparadas por la LDC;

b) La situación particular del proveedor dañador, en este caso, el boliche bailable Cruz Espacio, el cual goza de prestigio y solvencia moral y económica en el rubro de entretenimientos de la zona norte de esta ciudad, siendo un local muy concurrido asiduamente por diferentes grupos de personas;

c) La conducta humillante, indigna y no igualitaria desplegada por los dependientes del proveedor, en este caso las personas encargadas del control del ingreso al lugar, entre ellos el Sr. Servo o Cervo, quienes no solo sometieron a las actoras a una espera innecesaria y no justificada sino que además las colocaron en una situación vergonzosa y de desigualdad frente a otros potenciales consumidores que asistieron al boliche los días 02/04/2016 y 01/05/2016. Ello teniendo presente que "quien actuara en nombre del proveedor, debe ser entendida ampliamente, sin limitarse a los supuestos de mandato o de representación formal, sino que basta con que el tercero actúe en nombre del proveedor..." (Chamatropulos, Demetrio A. Ob. Cit. p. 529).

d) Que la finalidad disuasiva perseguida es de relevancia a nivel social, buscándose que en lo sucesivo el proveedor otorgue a sus consumidores directos, indirectos, expuestos o potenciales consumidores un trato digno, igualitario y de respeto, permitiéndole gozar de los servicios que presta;

e) La actitud ulterior de la demandada, quien pese a no negar la espera que debieron afrontar las actoras y el hecho de que no hayan ingresado al local bailable, planteó como justificación de dicha espera que el local se encontraba en su capacidad máxima, pero sin acompañar prueba que dé fe de ello, máxime cuando de las constancias de la causa surge que otros consumidores continuaban ingresando al boliche en ese mismo momento;

f) Lo atinente a los sentimientos de las actoras, los que se vieron afectados por tener que sufrir un trato humillante,

vergonzoso y desigual cuando lo único que buscaban era pasar un momento de distensión y diversión.--

Todo lo expuesto demuestra que la conducta desplegada por la proveedora encuadra dentro de una inobservancia, si no grave, al menos reprochable a los más elementales derechos del consumidor, lo que motiva la imposición de la sanción requerida a fin de evitar que dichas conductas antijurídicas continúen sucediendo en el futuro.-

Sobre el octavo agravio, la demandada se queja por cuanto considera que la prueba que reiterada e insistentemente dice la magistrada que no ha producido, tendiente a demostrar que al momento de intentar ingresar las accionantes el local encontraba su capacidad totalmente cubierta, es una prueba de imposible producción.-

Este último agravio entiendo que tampoco resulta de recibo toda vez que, siendo carga de la parte demandada, debido al principio de colaboración probatoria (art. 53 LDC), el probar que el boliche se encontraba con capacidad plena al momento en el que se disponían a ingresar las demandadas, nada acreditó.--

A ello se suma que de la principal prueba acompañada, esto es, el instrumento público Escritura N° 77, el cual tiene plena validez toda vez que no ha sido redargüido de falso formalmente por la parte demandada, se desprende que las actoras concurren a Cruz espacio los días 02/04/2016 y 01/05/2016 y que este último día, mientras a ellas las hacían esperar para ingresar a un costado, otros grupos de personas ingresaban al local bailable, algunos sin siquiera exhibir DNI ni tarjeta de invitación, sino solo pagando la entrada en boletería. Todo lo cual se encuentra corroborado con los dichos del testigo presencial Sr. Christian Fornerod quien en oportunidad de ser interrogado dijo que llegó a "Cruz - Espacio" el día 1/5/2016 entre las 1:00 y 1:30 hs. de la madrugada, que en uno de los ingresos encontró de causalidad a las actoras, que él y sus acompañantes "pasaron, pagaron la entrada en la boletería ingresaron al lugar". Pero que asimismo no dejaron ingresar a las accionantes y que "por esa misma puerta entraba otra gente y ellas se quedaban al costado" (...) "Que no le explicaron la causa por la que no las dejaron entrar" (fs. 183/183 vta.).--

Por otro lado, es de importancia señalar que el principal argumento de la demandada, respecto de este agravio, es que le resulta de imposible producción la prueba que demuestre que la capacidad del local bailable se encontraba cubierta, cuando en realidad de los dichos del testigo Feliz Maximiliano Osella, empleado de la empresa de seguridad Wasp quien cumple funciones en Cruz desde hace dos años y medio discontinuados (a la fecha de este testimonio), en el horario de 2.00 a 5.00 am, surge que en la boletería del boliche se encuentra una persona que está encargada del control de la gente que ingresa y que tiene en su poder un "cuenta ganado". Así, el testigo al ser interrogado sobre

el mecanismo de proceder ante algún inconveniente en la entrada del local donde funciona Cruz manifestó que "...si concurre una persona sin invitación o reserva el testigo consulta con una persona que está en un segundo control donde está la boletería que tiene un cuenta ganado, que es un contador en donde se marca cada persona que ingresa al local, y es para tener un control exacto de las personas que ingresan, si esa persona que está con el cuenta ganado le dice que hay capacidad y si la persona es mayor de edad obviamente le permiten el ingreso" (f. 113 vta) (el resaltado me pertenece).-- Conforme lo expuesto y siendo que nada impedía a las personas encargadas del control de ingreso del boliche, exhibir, la noche del suceso, a la Escribana Margit Porchietto Leyendecker dicho cuenta ganado, lo que hubiera revestido prueba contundente de las afirmaciones sobre la capacidad cubierta del local al momento en que las actoras se disponían a ingresar, sumado a lo ya dicho sobre que había personas indeterminadas que continuaban ingresando en el mismo momento en el cual se las hacia esperar injustificadamente a las actoras, es que entiendo que este último agravio tampoco resulta de recibo.--

-

7) Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, toda vez que la decisión asumida por el Tribunal de grado luce ajustada a derecho y corresponde sea confirmada.--

8) Costas.

La costas del presente se imponen a cargo de la apelante atento no existir motivos para apartarse del principio general de la derrota plasmado en el art. 130 del CPCC.--

9) Regulación de honorarios.

A los fines de la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes tengo en cuenta lo dispuesto por los arts. 26, 29, 36, 39, 40 y 109 y conc. del Código Arancelario - Ley 9459. En consecuencia, se establece el porcentaje regulatorio de los honorarios profesionales del Dr. José Amado Nayi en el treinta por ciento (30%) del punto medio de la escala del art. 36 CA, de conformidad a los incs. 1 y 5 del art. 39 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido objeto del recurso (art. 40 ley citada). No se regulan los honorarios profesionales del letrado de la apelante en esta oportunidad por aplicación del art. 26 CA a contrario sensu.--

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. HECTOR HUGO LIENDO,

DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante expidiéndome en igual sentido.--

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA VOCAL DRA. GABRIELA LORENA ESLAVA DIJO: Corresponde: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando la decisión impugnada en todo cuanto dispone. 2) Imponer las costas en esta instancia a cargo de la apelante (art. 130 del CPCC). 3) Establecer el porcentaje regulatorio de los honorarios profesionales del Dr. José Amado Nayi, en el treinta por ciento (30%) del punto medio de la escala del art. 36 CA, de conformidad a los incs. 1 y 5 del art. 39 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido objeto del recurso (art. 40 ley citada). 4) No regular los honorarios profesionales del letrado de la apelante en esta oportunidad por aplicación del art. 26 CA a contrario sensu.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. HECTOR HUGO LIENDO,

DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante, expidiéndome en igual sentido.---

Por todo lo expuesto, normas aplicables y certificado que antecede, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando la decisión impugnada en todo cuanto dispone. 2) Imponer las costas en esta instancia a cargo de la apelante (art. 130 del CPCC). 3) Establecer el porcentaje regulatorio de los honorarios profesionales del Dr. José Amado Nayi en el treinta por ciento (30%) del punto medio de la escala del art. 36 CA, de conformidad a los incs. 1 y 5 del art. 39 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido objeto del recurso (art. 40 ley citada). 4) No regular los honorarios profesionales del letrado de la apelante en esta oportunidad por aplicación del art. 26 CA a contrario sensu. Protocolícese, hágase saber y bajen.-

Texto Firmado digitalmente por:

VOCAL DE CAMARA Fecha: 2023.03.10

LIENDO Hector Hugo

VOCAL DE CAMARA Fecha: 2023.03.10

ESLAVA Gabriela Lorena