

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN
CENTRO JUDICIAL CAPITAL
Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común Sala II

ACTUACIONES N°: 4132/19



H102224252253

San Miguel de Tucumán, 29 de diciembre de 2022

AUTOS Y VISTOS: La causa caratulada “**FIGUEROA, AUGUSTO SEBASTIÁN C/ DERUDDER HNOS. S.R.L. (FLECHABUS) S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**” (Expte. N° 4132/19), venida a conocimiento y resolución de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia N° 344 de fecha 25 de julio de 2022; y

CONSIDERANDO:

1. Que por la referida sentencia el Sr. Juez de primera instancia resuelve no hacer lugar a la acción de consumo interpuesta por Augusto Sebastián Figueroa en contra de Derudder Hnos. S.R.L., imponiendo las costas a la parte actora y reservando pronunciamiento sobre honorarios profesionales.

2. Que, en lo relevante, concreto y conducente, la parte apelante se agravia, básicamente, con respecto a la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica y a la omisión de aplicación del régimen protectorio del consumidor.

2.1. Estima que, más allá de que el dictamen del agente fiscal no sea vinculante, el *a quo* omite absolutamente su consideración, particularmente, en cuanto sostiene que la plataforma fáctica debatida en autos, a criterio del Ministerio Fiscal, ha quedado debidamente acreditada, destacando que la empresa accionada nunca probó que la demora denunciada en la demanda no haya ocurrido o que, de haber ocurrido, se haya producido por causas que no le sean imputable.

2.2. Señala que los hechos en que se funda la demanda han sido probados con los medios a su alcance, en especial mediante los reclamos formulados a la empresa (talones de reclamos nros. 110717 y 106771), cuyo contenido en posesión exclusiva del proveedor jamás fue exhibido, no obstante el requerimiento en tal sentido y lo dispuesto por el art. 53 de la LDCU. Tales hechos resultan corroborados por la declaración testimonial de Matías Díaz Romero.

2.3. Sostiene que el ofrecimiento efectuado por la demandada en sede administrativa, por la doctrina de los actos propios, importa un reconocimiento de su responsabilidad, circunstancia que jamás fue valorada por el *a quo*.

2.4. Señala que no se aplicó el principio de la inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor, colocándolo en un pie de igualdad con el proveedor, cargando sobre la parte débil del vínculo la totalidad de la prueba sobre los hechos controvertidos, aun cuando la demandada se encontraba en una mejor situación para demostrar la inexistencia de los mismos.

Destaca que en autos no existieron solamente los “dichos de una de las partes”, como lo considera el *a quo*, sino que los mismos están respaldados por la prueba testimonial, los talones aportados como prueba, el cuerpo de los reclamos no exhibidos por la demandada y la inversión de la carga de la prueba.

2.5. Finalmente, entiende que el incumplimiento contractual, al que se suman las violaciones a los deberes de seguridad, trato digno y de información, justifican la procedencia de una indemnización por daño moral y la aplicación de una sanción por los llamados “daños punitivos”.

3. Que, contestados los agravios oportunamente por la parte demandada, habiéndose expedido la Sra. Fiscal de Cámara mediante dictamen de fecha 10 de noviembre de 2022 y firme el llamamiento de autos para sentencia, la presente causa se encuentra en estado de ser resuelta.

4. Que, resumidos de la manera precedente los agravios del apelante, corresponde que esta Alzada se aboque a la consideración de ellos con el objeto de dar fundamento a la resolución del recurso planteado, sin perder de vista que la obligación del Tribunal se circunscribe a considerar sólo aquellas cuestiones con relevancia para la solución del litigio y a valorar sólo aquella prueba que sea conducente a tal fin.

5. *Valoración de la prueba y deber de colaboración probatoria del proveedor.* Esta Sala tiene dicho que: “el art. 53 de la LDCU, tercer párrafo, no importa la inversión de la carga de la prueba, sino un deber agravado en cabeza del proveedor de bienes o servicios. De tal modo, el consumidor no está exento de actividad probatoria, y tendrá que ofrecer y producir la prueba que sustente su derecho, para justificar la posición que asuma en el pleito, ya que la citada norma no desplaza los principios generales en materia de carga de la prueba, sino que intenta complementar la aplicación de las reglas tradicionales, colocando la carga de probar, en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación de hacerlo” (CCCTuc., Sala II, *Cancino c. Remis*, Sentencia N° 166, 12/04/2022).

Es éste el sentido en que debe ser interpretado el art. 53 de la LDCU cuando dispone: “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”.

De manera que, estando probada la relación de consumo y haciendo verosímiles los hechos relatados en la demanda la declaración testimonial de Matías Díaz Romero y los reclamos efectuados ante la empresa mediante talones nros. 110717 y 106771, la falta de colaboración probatoria de la demandada, quien se encontraba en mejores condiciones de probar y aportar los elementos que obraban en su poder para el esclarecimiento de la cuestión debatida, como así también el reconocimiento que implica el ofrecimiento efectuado en sede administrativa, generan convicción suficiente para acoger los agravios de la parte apelante sobre el punto.

Consecuentemente, haciendo una valoración global de la prueba, siguiendo las reglas de la sana crítica y la experiencia común, este Tribunal tiene por cierto que: a) el actor, Augusto Sebastián Figueroa, contrató con la empresa demandada su transporte terrestre desde Córdoba a Tucumán -Servicio de Camarote Ejecutivo de Flechabus-, con fecha de partida el 14 de octubre de 2019, a las 11:45 h, y de arribo a destino el mismo día, a las 20:45 h; y b) por razones imputables a la empresa el ómnibus que transportó al actor salió de Córdoba a las 13:38 h, esto es con casi dos horas de demora, y arribó a Tucumán a las 02:00 h del día siguiente, es decir cinco horas más tarde del horario previsto.

Si la demandada, Derudder Hnos. S.R.L., pretendía que los hechos han sucedido de otra manera, le bastaba aportar como prueba las planillas de horarios de ingreso y salida de la unidad de transporte correspondiente que tienen que obrar en su poder o, en todo caso, en las respectivas estaciones terminales de ómnibus, lo cual no hizo. Por otra parte, el ofrecimiento administrativo ante CNRT de una nota de crédito por \$1.655 y el pedido de disculpas, rechazados por el actor, constituyen una conducta jurídica relevante de la demandada (actos propios) en cuanto al reconocimiento de su responsabilidad por el incumplimiento contractual (art. 1067, CCCN).

Este Tribunal no puede pasar por alto la grave contradicción y arbitrariedad en la que incurre el *a quo* cuando, por un lado, rechaza la tacha del testigo Javier Matías Díaz Romero y, por otro, relativiza lo que declara con la mera invocación de la “negativa expresa y categórica” efectuada en la contestación de demanda, negativa que justamente es la que hace necesario el testimonio para zanjar los hechos contradichos. Otro tanto cabe decir cuando el juez de primera instancia, luego de sostener que en materia de derecho del consumidor “la carga de la prueba se encuentra invertida” y que es el proveedor del servicio quien se “encuentra en mejores condiciones a los fines probatorios”, lo libera de la obligación de colaboración probatoria que le impone el art. 53 de la LDCU, haciendo pesar todo el *onus probandi* sobre el actor.

6. *Daño moral*. En cuanto al daño moral, si bien es cierto que en materia contractual su indemnización tiene carácter restrictivo, ello no impide la procedencia de su indemnización cuando, como en el caso, las molestias, incomodidades y padecimientos generados por una demora de más de cinco horas en el tiempo regular de transporte pactado (nueve horas) y las vicisitudes del viaje -detención en la localidad de Loreto, Santiago del Estero, por falta de combustible, con gran malestar de los pasajeros, según el testimonio de Díaz Romero- superan una razonable tolerancia (cfr. CCCTuc., Sala II, *Fernández c. León Aperovich*, Sentencia N° 102, 23/06/2020, entre otras).

En tal sentido, parece justo y equitativo fijar la suma de \$20.000, reclamada en la demanda, en concepto de indemnización por el daño moral (art. 216, *in fine*, del CPCC).

7. *“Daño punitivo” o multa civil por actos desaprensivos. Requisitos objetivo y subjetivo. Graduación de la multa*. En reiteradas oportunidades (CCCTuc., Sala II, *Esteban, Noelia Estefanía c.*

Cervecería y Maltería Quilmes S.A., Sentencia N° 388, 27/07/17, entre otras), esta Sala ha tenido oportunidad de decir que una interpretación gramatical del art. 52 bis de la Ley N° 24.240 inevitablemente conduciría a un verdadero despropósito jurídico. Es que, como bien se ha señalado, de acuerdo con el texto sancionado, bastaría el mero incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor, haya o no un daño causado al consumidor, se haya enriquecido o no el proveedor como consecuencia del hecho, para que sea aplicable la multa (PICASSO, Sebastián, *Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor*, Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, La Ley, 2008 -abril-, 123). Esto sin contar que el daño derivado del acto ilícito -violación de la ley o incumplimiento obligacional- ya encuentra suficiente reparación en la correspondiente indemnización.

Esta circunstancia exige de los jueces una interpretación integradora y virtuosa que les permita salvar la *laguna técnica* de la ley. Según Hans Kelsen, una laguna técnica tiene lugar “cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y del derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 174, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, tr. Moisés Nilve). En este sentido, el “podrá” empleado en el artículo lo convierte en una norma de tipo abierto que, por tal circunstancia, autoriza al juez a integrarla con los presupuestos mínimos que hacen a la figura jurídica en cuestión.

En consecuencia, no basta con el mero incumplimiento legal o contractual para que sean aplicables los daños punitivos o multa civil por actos desaprensivos, sino que se requiere la concurrencia de un elemento objetivo y de otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, para la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis no es suficiente un simple daño, sino que debe tratarse de un daño -o su posibilidad- que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar. Desde el punto de vista subjetivo, la conducta del proveedor debe ser indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial (*outrageous conduct*). Para la concepción dominante en el derecho angloamericano, no cualquier acto ilícito puede generar la aplicación de *punitive damages*, sino que se requiere una particular subjetividad en la conducta del dañador que va más allá de la

mera negligencia (cfr. PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, p. 529, Hammurabi, Buenos Aires, 2004; CCCTuc., Sala II, *Umar c. Banco Columbia S. A.*, Sentencia N° 643, 23/12/2013, entre otras). El art. 1587 del Proyecto de 1998 hablaba de “grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva”; el art. 1714 del Proyecto de 2012, decía “grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva” (cfr. MOISÁ, Benjamín, *Los “daños punitivos” en la Ley de Defensa del Consumidor*, en *Cuestiones de derecho del consumidor*, AA. VV., p. 195 y ss., Bibliotex, Tucumán, 2015).

7.1. *Requisito objetivo.* Ahora bien, descripto el marco legal y teórico, entrando a considerar el caso particular, desde el punto de vista objetivo, una demora injustificada de cinco horas en un viaje cuya duración debió ser de nueve horas constituye un grave incumplimiento contractual que amerita una sanción ejemplar y disuasiva, para que en el futuro no vuelva ocurrir. La seguridad y la puntualidad en el servicio público de transporte terrestre colectivo de pasajeros exceden el interés particular del actor para comprometer el interés general.

7.2. *Requisito subjetivo.* Desde el punto de vista subjetivo, el incumplimiento contractual de la demora por más de cinco horas por haberse quedado sin combustible el ómnibus -la demandada no da ninguna otra razón que justifique su excesiva demora- pone en evidencia una grave negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes a cargo de la empresa de transporte. A ello cabe agregar la violación al deber de información y, consecuentemente, a un trato digno, por la falta de explicaciones precisas de la detención del ómnibus y la falta de respuesta a los reclamos efectuados. Asimismo, es una conducta reprochable y digna de sanción el incumplimiento por parte de Derudder Hnos. S.R.L. de su deber de colaboración probatoria, por no aportar al proceso todos los elementos de prueba que indudablemente obraban en su poder -como planillas de horarios de ingreso y egreso de la unidades a las estaciones terminales de ómnibus-, conforme a las características del bien o servicio, para posibilitar o por lo menos facilitar el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (art. 53, *in fine*, Ley N° 24.240).

7.3. *Graduación de la multa.* El art. 52 bis de la LDCU deja librada a la discrecionalidad judicial la graduación de los llamados “daños punitivos”, o con mayor propiedad, de la *multa civil por actos desaprensivos, indignantes o antisociales (outrageous conduct)* de parte del

proveedor, con una fórmula abierta que requiere tener en cuenta “la gravedad de la falta y demás circunstancias del caso”, lo cual impone al Tribunal, además, no desentenderse de las consecuencias de su fallo.

Pizarro explica que las pautas de valoración son muy variadas y, entre otras, enuncia: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la conducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima, etcétera (PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, p. 530, Hammurabi, Buenos Aires, 2004).

Por otra parte, en la Comisión N° 10 de las *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se recomendó que: “Deben considerarse como pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, las siguientes: a) la índole de la conducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su conducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena”.

Consecuentemente, una justa sanción, que permita hacer efectiva la función preventiva de la multa civil (“daño punitivo”) por medio de la disuasión, exige que el monto de la misma sea suficiente e idóneo para corregir la conducta del proveedor, a fin de que en el futuro evite volver a incurrir en conductas desaprensivas, indignantes o antisociales que afecten gravemente el trato digno que merece el consumidor (art. 8 bis, Ley N° 24.240). Sin embargo, un imperativo de justicia, impone a los jueces arbitrar los medios necesarios para impedir que la cuantía de la multa redunde en un enriquecimiento sin causa para el consumidor, promueva aventuras especulativas o fomente la “industria del juicio”.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las pautas señaladas por el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 y la doctrina referida

precedentemente, se estima razonable, justa, equitativa y adecuada a la finalidad punitiva, disuasoria y preventiva de la multa la suma de \$1.000.000. Cabe destacar que no corresponde exigir que dicho importe se ajuste a parámetros aritméticos, sino que, dentro de la discrecionalidad que otorga la ley, sea prudente y no provoque un enriquecimiento sin causa de su destinatario.

8. *Destino de la multa. Enriquecimiento sin causa. Inconstitucionalidad.* Ahora bien, un imperativo de justicia, impone a los jueces arbitrar los medios necesarios para impedir que la multa redunde en un enriquecimiento sin causa para el consumidor, promueva aventuras especulativas o fomente la “industria del juicio”. Consecuentemente, siguiendo la línea de pensamiento de Moisset de Espanés y Merino, el Tribunal entiende que la “multa civil” no debe tener un destino de interés privado, como es el patrimonio del consumidor -o de la víctima-, sino uno de bien, utilidad o interés público, en cuyo caso no podrá invocarse un enriquecimiento sin causa, pues su finalidad es restaurar el orden jurídico mediante la consiguiente sanción, elemento coactivo propio de toda norma de derecho (cfr. MERINO, Enrique - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Notas sobre inconducta procesal maliciosa -art. 622 del C. Civil-*, en separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Año XXXV, enero-diciembre 1971, Nros. 1-5).

La responsabilidad civil mediante la reparación integral da satisfacción al *interés privado* del damnificado, pero no al *interés público* de la comunidad en el restablecimiento del orden jurídico alterado y el imperio del Derecho: “la reparación integral deja entonces insoluta la lesión al sentido de justicia”, al decir de Kemelmajer de Carlucci.

Por lo tanto, como lúcidamente lo hace notar Díez-Picazo: “Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro público” (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, p. 46, Civitas, Madrid, 2000).

Contrariamente a la opinión de Pizarro, quien piensa que “nada impide, técnicamente, que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios” (PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, p. 535), esta Alzada considera que existe un doble impedimento jurídico-filosófico para que una multa civil pueda ser destinada a

la víctima: el destino público de las sanciones y la proscripción del enriquecimiento sin causa.

En este sentido, lenta pero firmemente, se va abriendo camino una corriente jurisprudencial que propicia un destino mixto de la multa. Así, el Juzgado en lo Civil y Comercial de la 49ª Nominación de la ciudad de Córdoba, en los autos *Echegaray c. Telecom Argentina S.A.*, por sentencia de fecha 17 de marzo de 2022, dispuso que una parte de la multa por daños punitivos tenga como beneficiario al Hospital de Niños de la Santísima Trinidad de la Provincia de Córdoba.

8.1. *Destino público de las sanciones.* En primer lugar, el Derecho como orden coactivo requiere de sanciones (*norma primaria*, según Hans Kelsen; o *perinorma*, según Carlos Cossio) para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. Ahora bien, el mantenimiento de ese orden coactivo o jurídico, más allá del interés particular de cada individuo, responde ante todo a un interés social, por lo que una sanción, sea penal o civil, de ningún modo puede estar destinada a beneficiar a la víctima (cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 70, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, tr. Moisés Nilve). El interés privado de ésta, se insiste, encuentra suficiente satisfacción con la reparación integral propia de la responsabilidad civil.

8.2. *Enriquecimiento sin causa. Afectación del derecho constitucional de propiedad.* En segundo término, no se trata de una mera cuestión técnica de “conveniencia o inconveniencia”, como pretende sin mayores fundamentos alguna doctrina, sino que la proscripción del enriquecimiento sin causa tiene profundas raíces éticas y de equidad: “Es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro” (*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*, POMPONIO, *Digesto*, L, XVII, 206; cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de obligaciones*, t. III, p. 303 y ss., Zavalía, Buenos Aires, 2004; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 311 y s., nº 933, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1912).

Sobre tales bases, entendemos que el destino privado de la multa, con el consiguiente enriquecimiento sin causa de la víctima, al carecer de una causa ético-jurídica -como lo es el interés público de la sanción- que justifique el desplazamiento patrimonial con el consiguiente empobrecimiento del sancionado, indudablemente afecta el derecho de propiedad de este último garantizado constitucionalmente, al permitir una

infundada e irrazonable disminución de su patrimonio, violentando su derecho de propiedad protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional. Desde 1925, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: “Las palabras *libertad* y *propiedad*, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” (CSJN, *Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*, 1925, *Fallos* 145:307, entre otros).

Siguiendo la doctrina correcta, tanto el art. 1587 del Proyecto de 1998 como el art. 1714 del Proyecto de 2012 -hoy convertido en CCCN, con supresión de la norma-, dejaban librado el destino de la multa o sanción al que le asigne el juez o tribunal mediante resolución fundada. Sin perjuicio de ello, no por razones de justicia sino de política legislativa, esta Alzada considera que, a modo de incentivo económico para la denuncia y represión de conductas desaprensivas, indignantes o antisociales por parte de los proveedores de bienes y servicios, puede admitirse que una parte de la multa tenga como destinataria a la víctima de tales conductas.

8.3. *Declaración de inconstitucionalidad de oficio.* Así ello y conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional, teniendo particularmente en cuenta la falta de causa de la atribución patrimonial establecida por el texto legal, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley N° 24.240, sólo en cuanto establece que el destino de la multa civil sea exclusivamente “a favor del consumidor”.

Es que, como lo señalara Alexander Hamilton en *El Federalista* (LXXVIII): “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

”Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder

del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son” (HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El Federalista*, p. 332, Fondo de Cultura Económica, México, 1974).

Esta idea, base del control de constitucionalidad, es tomada el 24 de febrero de 1803 por el *Chief Justice* John Marshall en el clásico precedente *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “En el caso de una ley contraria a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, se aplican a un caso particular, la justicia debe decidir ese caso ya sea de acuerdo a la ley desatendiendo a la Constitución, o bien conforme a la Constitución sin tener en cuenta la ley: debe determinar cuál de las dos normas gobiernan el caso: esto es de la esencia del Poder Judicial. Entre esas alternativas no hay término medio: o la Constitución es la ley suprema o no lo es. De admitirse la primera alternativa, que es la única sensata, corresponde invalidar a la ley inconstitucional; de admitirse la segunda, entonces las constituciones escritas serían tentativas absurdas para limitar un poder que sería ilimitado por su propia naturaleza” (*Supreme Court of the United States*, 5 U.S. 137).

Siguiendo estos antecedentes, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que los magistrados locales, en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional, no solamente pueden sino que tienen el deber de hacer prevalecer la supremacía establecida por la ley base, ejerciendo el control de constitucionalidad en sus respectivas jurisdicciones (cfr. *Strada*, Considerando N° 9, *Fallos* 308:490, La Ley, 1986-B, 476, citado por GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 369, La Ley, Buenos Aires, 2006).

Luego, resultando inconstitucional el destino de la multa establecido por el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 de acuerdo a lo precedentemente expuesto, se hace imperioso determinar el correcto destino de la multa. Así: a) parece justo y equitativo que \$900.000 del monto total de la multa tengan como destino de bien público a la Sociedad de Beneficencia de Tucumán, la cual, creada en 1858, es la institución benéfica más importante y antigua de la provincia; y b) parece razonable, a modo de incentivo para la denuncia de hechos desaprensivos, indignantes, recalcitrantes y antisociales - en lo cual se encuentra comprometido el interés público-, y también como

compensación por la actividad procesal desplegada por la parte actora para su demostración, destinar \$100.000 de la multa a favor del actor, Augusto Sebastián Figueroa, en su condición de usuario damnificado.

8.4. *Inconstitucionalidad normativa y fáctica. Trámite.*

Tratándose de una “inconstitucionalidad normativa”, el Tribunal considera que no es aplicable el trámite previsto por el art. 88, tercer párrafo, del CPConst. De otra manera se vería afectado el *iura novit curia*, principio cardinal de la jurisdicción, consagrado enfáticamente por el art. 34 del CPCC, según el cual los jueces: “Deberán aplicar el derecho con prescindencia o contra la opinión de las partes, dando a la relación substancial la calificación que le corresponda y fijando la norma legal que deba aplicarse al caso.

”En todos los casos están obligados a respetar la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia”.

Esto impone distinguir, según cual sea el objeto del control, entre *control de constitucionalidad normativo* (norma contra norma) y *control de constitucionalidad fáctico* (acto contra norma). El primero se ejerce sobre *normas jurídicas* en sentido amplio (constituciones, leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, etc.); el segundo, sobre *actos u omisiones* del Estado o de los particulares (MOISÁ, Benjamín, *El control de constitucionalidad en la Provincia de Tucumán*, en revista *Lex* del Colegio de Abogados de Tucumán, p. 16, abril de 2001; y MOISÁ, Benjamín, *Código Procesal Constitucional de Tucumán. Un gran paso hacia la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales*, LLNOA2000, 271, AR/DOC/5052/2001).

Así ello, una interpretación lógica y razonable (arts. 2 y 3, CCCN), lleva a la inexorable conclusión que el trámite previsto por el tercer párrafo del art. 88 del CPConst. es aplicable solamente cuando se trata del *control de constitucionalidad fáctico*, esto es, cuando la eventual inconstitucionalidad compromete actos u omisiones de órganos o agentes del Estado provincial, o de entes autárquicos provinciales, o de particulares. Pues, tratándose del *control de constitucionalidad normativo*, al ser la interpretación y aplicación del Derecho una potestad exclusiva y excluyente de los jueces, que deben ejercer “con prescindencia o contra la opinión de las partes”, como dice el art. 34 del CPCC, carece de sentido por inconducente -con afectación de la celeridad y economía procesales- el trámite previsto por el tercer párrafo del art. 88 del CPConst.

9. *La Sociedad de Beneficencia de Tucumán como destinataria de la multa civil.* La importancia de la obra benéfica de la

asociación civil “Sociedad de Beneficencia de Tucumán”, creada por el Gobernador Marcos Paz mediante Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 2 de junio de 1858, inscripta y bajo el control de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Tucumán, justifica ampliamente el destino de bien público que debe tener toda sanción.

El art. 3º del referido Decreto dispone: “Póngase bajo su inspección y dirección la educación de las niñas, hospitales y todo otro establecimiento público dirigido al bien de todos los individuos de su sexo, y demás que puedan establecerse por la caridad pública mientras no funcione la Municipalidad”.

El art. 1º de los Estatutos y Reglamentación de la Sociedad de Beneficencia de Tucumán, aprobados por Decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de fecha 28 de noviembre de 1922, establece: “La Sociedad de Beneficencia de Tucumán tiene por objeto el alivio de la humanidad doliente y desamparada, la protección y dignificación de la mujer, y el estímulo de las virtudes domésticas, pudiendo para la realización de estos fines crear instituciones permanentes o transitorias.

”Desempeñar igualmente con decisión y esmero cualquier comisión o encargo que el Gobierno de la Provincia o la Municipalidad de esta Capital dispusieran encomendarle a su celo y cuidado, siendo conforme a los principios de su institución. Entre tanto concretará especialmente sus esfuerzos al mantenimiento de sus actuales establecimientos de caridad: El Asilo San Roque, Hospital de Niños y Escuela Hogar de Obreras”.

En cuanto a los recursos económicos para el cumplimiento de su objeto, el art. 2º de sus Estatutos dispone: “Para el cumplimiento de tales propósitos la Sociedad de Beneficencia cuenta con los bienes raíces, muebles y dinero de que en la actualidad es dueña, cuotas que abonan las socias, donaciones, herencias, legados, subvenciones, o cualquier otro título legal”.

De manera que, por su objeto, por su fin y por una encomiable realidad avalada por casi 160 años -hogares San Roque, Nuestra Señora de la Merced y Anselmo Rojo-, la Sociedad de Beneficencia de Tucumán, a criterio del Tribunal, se presenta como un buen destino de bien público para la parte sustancial de la multa civil por actos desaprensivos (“daño punitivo”) que corresponde imponer a Derudder Hnos. S.R.L. (Flechabus).

10. *Costas*. Que, atento al resultado que se arriba y siguiendo el principio objetivo de la derrota, corresponde imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 105, 107 y 713 de la Ley N° 6.176, por art. 824 del CPCC).

Por ello, el Tribunal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, **REVOCAR** en todas sus partes la Sentencia N° 344 de fecha 25 de julio de 2022.

II. HACER LUGAR a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por Augusto Sebastián Figueroa en contra de Derudder Hnos. S.R.L. (Flechabus) y, en consecuencia, **CONDENAR** a la demandada a pagar al actor la suma de **\$20.000** en concepto de indemnización por daño moral, con más intereses a una tasa pura anual del 8% desde la fecha del hecho hasta la del dictado de esta sentencia y a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde esta última fecha hasta su efectivo pago.

III. DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley N° 24.240, sólo en cuanto establece que la multa civil se aplicará “a favor del consumidor” y, en consecuencia, disponer que la multa impuesta en el punto I tendrá el siguiente destino: **a)** a favor de la parte actora, la suma de \$100.000; y **b)** a favor de la asociación civil Sociedad de Beneficencia de Tucumán, la suma de \$900.000, con cargo de oportuna y documentada rendición de cuentas al juzgado, sumas ambas que devengarán intereses moratorios a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de esta sentencia hasta su efectivo pago.

IV. IMPONER las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida.

V. NOTIFICAR la presente sentencia, además de las notificaciones de rigor, a la asociación civil “Sociedad de Beneficencia de Tucumán”, **CUIT 30-54590821-9**, con domicilio en calle Mendoza N° 451 de esta ciudad.

VI. RESERVAR pronunciamiento sobre honorarios.

La presente sentencia es dictada por dos miembros del Tribunal por existir coincidencia de votos entre el primer y segundo votante (art. 23 bis de la LOT, texto incorporado por la Ley N° 8.481).

HÁGASE SABER

BENJAMÍN MOISÁ

MARÍA DOLORES LEONE CERVERA

Ante mí:

Fedra E. Lago.

NRO.SENT: 606 - FECHA SENT: 29/12/2022

FIRMADO DIGITALMENTE

Certificado Digital:

CN=MOISÁ Benjamin, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20181862174, Fecha:29/12/2022;CN=LEONE CERVERA María Dolores, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27149665353, Fecha:29/12/2022;CN=LAGO Fedra Edith, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27206925375, Fecha: 29/12/2022;
La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>