

A.- Consumidor. Accidente en colectivo.

Nulidad por falta de participación del Ministerio Público.

Prueba. Rubros (14)

Excma. Cámara:

La Fiscal de las Cámaras Civiles y Comerciales que suscribe en estos autos caratulados **“SUAREZ, YANINA ANABEL C/ TRANSPORTE AUTOMOTOR MUNICIPAL S. EST. (TAMSE) Y OTRO – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJ. – ACCIDENTES DE TRANSITO (487014)”**, por ante la Excma. Cámara 7° en lo Civil y Comercial comparece y dice:

I. Que viene a evacuar el traslado corrido con fecha 05/05/2017 (f. 595), con motivo del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora, Yanina Anabel Suarez, en contra de la sentencia N.º 252 de fecha 25/08/2015 (ff. 402/517), mediante la cual el Dr. Guillermo C. Laferriere, titular a cargo del Juzgado de Primera Instancia y Vigésimo Octava Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad de Córdoba, resolvió acoger parcialmente la demanda de daños y perjuicios deducida por la actora como consecuencia de los daños que invoca habría padecido en el interior del colectivo O429 interno n.º 0970 de la línea R Central de propiedad de la empresa TRANSPORTE AUTOMOTOR MUNICIPAL SOCIEDAD DEL ESTADO (TAMSE), y en consecuencia condena a esta última -como propietaria del vehículo- y al Sr. Héctor Adrián Muñoz -en su calidad de chofer y guardián de la cosa riesgosa-, a pagar una indemnización de pesos cinco mil setecientos (\$5.700), con costas por la pretensión principal en un 70% a la actora y en un 30% a los demandados. -

II. Expresión de agravios

A ff. 544/565 la recurrente expresa agravios en contra de la resolución mencionada.-

En primer término expone que el decisorio en crisis no cumple las formas y solemnidades requeridas para su validez, en efecto sostiene que deviene incongruente, falta de fundamentación lógica y legal, con mala o errónea valoración de las pruebas incorporadas y desacertada aplicación del derecho.-

Cita definiciones de "iura novit curia" y "sana crítica racional".-

Resalta que el A quo no aplicó ni tuvo en cuenta las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N.º 24.240).-

Seguidamente puntualiza los agravios que le causa el decisorio de primera instancia, de cuya lectura se extraen los siguientes:

a) Luego de transcribir los fundamentos por los cuales el A quo decidió fijar el rubro por gastos médicos en la suma de pesos cien (\$100), expone que le agravia la mengua respecto al monto que ordenó pagar.-

Refiere que la suma reclamada en la demandada de pesos un mil (\$1.000) luce apropiada conforme los resultados de las pericias, para el caso quien debe ir a una consulta psiquiátrica, se le recetan remedios, siendo que se le sugirió mínimo 6 sesiones con psiquiatra. Además padeció un 7% de incapacidad física.-

En esta línea, sostiene que reconocer por este rubro la suma de \$100, implica un desconocimiento por parte del sentenciante del valor que tienen los remedios, y de una falta de empatía y sentido lógico.-

b) Luego de reproducir los puntos IX), XI), XII) y XIII) de los Considerandos de la resolución en crisis, relativos al reclamo en concepto de Lucro Cesante que mereció el rechazo por parte del A quo, aún a título de Pérdida de Chance por aplicación del "iura novit curia", expone su segunda queja.-

Sustenta que el inferior debió estar a lo previsto por el art. 283 del CPCC en cuanto dispone que: *"Si las partes hubieran dado a los peritos el carácter de árbitros o arbitradores, el tribunal estará obligado a seguir su dictamen..."*.-

Señala que el juez tiene la libertad de apartarse de lo dictaminado e incluso puede rechazarlo cuando no esté debidamente fundamentado, sea absurdo o inverosímil o carente de credibilidad, pero siempre debe motivar su decisión a fin de

no incurrir en una conducta arbitraria, tal como sostiene que acontece en todo el punto del fallo atacado.-

Expone que decir como lo hace el juez que *"...la perito no asignó grado de incapacidad alguno por lesiones en la rodilla izquierda, aclarando que el traumatismo sufrido en la misma no repercutió en limitación funcional..."* (f. 510 vta.), denota que no fue así, toda vez que la perito sí asignó la incapacidad, pero por un error involuntario consignó "derecho cuando era izquierdo", tal como lo expresó y declaró a f. 341 la experta en aquella ciencia bajo juramento hipocrático, y que no fue objeto de queja por ninguna de las partes que fueron notificadas conforme constancias de ff. 346/348.-

Indica que la impugnación del Dr. Monferini obrante a f. 298 resulta infructuosa para invalidar el dictamen de la perito oficial, a cuyo fin debió arrimar pruebas de similar fuerza o valor, ya que las simples diferencias sin fundamento no menguan la validez de la pericia.-

Señala que los términos de la sentencia resultan contradictorios cuando empieza diciendo que *"...se ha acreditado que la actora padeció lesiones con motivo del accidente..."*, pero después le niega entidad, y ello le agravia, pues entiende que o sufrió incapacidad o no la sufrió.-

Continúa diciendo que suponiendo que el dictamen pericial no lograba convencer al juez, previo a resolver debió dictar una medida para mejor proveer (art. 325 CPCC), pues era su facultad y hubiera servido para aclarar lo que se encontraba contrariado e infundado.-

Reitera que el argumento del a quo de que la perito no podía venir tres años después a rectificar un error material, por el contrario tiene la entidad que el juez niega toda vez que fue exteriorizada previo a dictarse el fallo y en tanto no fue objeto de oposición por ninguna de las partes.-

Por lo expuesto solicita se revoque y declare nulo el fallo en este punto.-

c) En tercer lugar, toda vez que se trata de un contrato de transporte público, se queja por la omisión de dar intervención al Ministerio Público y de la desatención de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240).-

Expone que esta circunstancia atañe un quebrantamiento de las formas y solemnidades prescriptas para el procedimiento, y conlleva una nulidad absoluta del fallo en crisis.-

Indica que, con motivo de la cuestión de fondo, no solo que no se dio la debida intervención al Ministerio Público en primera instancia, sino que además cuando lo hizo con motivo del planteo de inconstitucionalidad formulado a f. 435 vta., aquél órgano debió expresarse de oficio en virtud del art. 52 de la LDC, pero tampoco lo hizo.-

Cita fallos del Alto Cuerpo Provincial en apoyo de su postura, y en función de los cuales –además- solicita se determine la aplicación del daño punitivo y daño moral.-

d) Continúa diciendo que le agravia la resolución del A quo cuando dispone el tratamiento de manera conjunta y no autónoma de los rubros solicitados por la actora por los gastos de apoyo psiquiátrico y apoyo psicológico, como los montos en que fija dichos rubros y la aplicación de los intereses a partir de la fecha de las pericias psiquiátrica y psicológica.-

Señala que le agravia la decisión en el sentido detallado precedentemente, lo que considera que es producto de la errónea selección de las pruebas, además de arbitrario y falta de fundamentación en cuanto al monto y fecha a partir de la cual establece el cómputo de los intereses.-

Refiere que son dos cosas distintas, y por tal merecen tratamientos distintos. Sostiene que decir como lo hace el inferior, que no deben asignarse incapacidades ni por psiquiatría ni por factores psicológicos, le resulta agravante toda vez que los dictámenes dicen otra cosa y los mismos no fueron impugnados, además que no existen pruebas superadoras para que el a quo se aparte de ellos y tampoco dio fundamento acabado para hacerlo.-

En virtud de lo expuesto, solicita se revoque el fallo en el punto que ataca, debiendo tenerse por válidas las pericias oficiales de la Dra. Arguello y Lic. Dottori, tanto en las incapacidades asignadas como en los tratamientos aconsejados para el caso de la pericia psiquiátrica en 30 sesiones a un valor de \$120 cada una, es decir que este rubro asciende a la suma de pesos tres mil seiscientos (\$3.600); y para el tratamiento psicológico por el término de un año, o sea 48 sesiones a valor de doscientos pesos (\$200) cada una, es decir que este rubro asciende a la suma de pesos nueve mil seiscientos (\$9.600). Ambos montos solicitados, con más los intereses que peticiona desde la fecha del evento dañoso.-

e) Por último expone que le agravia el quantum de la indemnización por daño moral que el a quo estimó en la suma de pesos dos mil (\$2.000).-

Sostiene que de conformidad a las pericias psiquiátrica y psicológica, deviene notorio el daño moral padecido.-

Manifiesta que hasta la realización de la pericial psicológica no usaba transporte público, y que en virtud de los dolores corporales que le afectaban continuar con sus labores debió suspenderla por espacio de dos horas. Asimismo expone que le cuesta mantener el sueño debido a pesadillas relacionadas al accidente, a más de los dolores corporales, todo lo cual se corrobora en la pericia de la Dra. Arguello.-

Cita un dictamen de esta Fiscalía en apoyo de su postura.-

Señala que las frustraciones que generaron las incapacidades a la actora, quien se encontraba sana al momento del accidente, permiten corroborar la procedencia del daño moral en la suma de pesos veinte mil (\$20.000) conforme lo pidió en la demanda.-

En definitiva pide se admita el recurso de apelación y en consecuencia se revoque la sentencia en las partes que ataca, modificando también las costas de primera instancia, con costas a las contrarias en un 100%.-

III. Contestación de agravios por TAMSE (demandada), Héctor Adrián Muñoz (codemandado) y Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros (citada en garantía)

Corridos los traslados para contestar los agravios, lo evacuan la demandada -**TAMSE**- y la **compañía aseguradora**, dándosele por decaído el derecho dejado de usar al codemandado, al no evacuar el traslado que se le corriera (conf. ff. 576 y 578).-

En el libelo de **ff. 570/572** el apoderado de **TAMSE**, en primer lugar, refiere que la queja de la apelante en cuanto a la supuesta violación de los principios de congruencia y fundamentación lógica y legal, no indica en concreto ningún vicio de motivación o yerro por parte del sentenciante.-

Así, sostiene que el discurso apelativo, en este segmento, no supera el mero umbral de la disconformidad con lo resuelto.-

Cita doctrina en apoyo de su postura.-

Seguidamente pasa a contestar las quejas, y respecto al primer agravio relativo al monto asignado en concepto de gastos médicos, que el A quo estableció en la suma de \$100, y por el cual el actor pretende la suma de \$1000, sostiene –y así dice que lo solicita- que, sin perjuicio de la fundadas razones brindadas por el juez de primera instancia en orden a su procedencia, considera que yerra en la cuantía del mismo, que debe establecerse en la suma de \$500.-

Continúa con los demás agravios en relación a los cuales sostiene que el análisis que realiza la sentencia guarda adecuado correlato con los términos de la Litis y la prueba producida, y que la valoración que realizada por el a quo es correcta, por lo que solicita su rechazo, con costas.-

Por su parte, a **ff. 580/584** luce la contestación del apoderado de **Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros**.-

Principia poniendo de relieve que en autos no se han hecho extensivos los efectos de la condena a su mandante en razón de que el capital puro de condena no alcanza a consumir la franquicia legal a cargo del asegurado.-

Refiere que aún en el caso de que el recurso de apelación prosperara parcialmente, el capital puro de condena seguiría quedando por debajo del descubierto obligatorio a cargo del asegurado, de modo que deberá mantenerse la no extensión de los efectos condenatorios a su mandante y, del mismo modo, solicita la no imposición de costas de ningún tipo.-

Todo ello en función de que su mandante, como cualquier aseguradora, responde siempre "en la medida del seguro" art. 118 Ley 17.418.-

Seguidamente pasa a contestar los agravios de la actora, y en definitiva por los motivos que expone, pide el rechazo del recurso con costas.-

IV. Tema a decidir.

Esta Fiscalía de Cámaras advierte que la cuestión debatida en autos y sobre la que le compete dictaminar, gira en torno a definir los puntos detallados en el apartado precedente y en el orden que seguidamente se propone por una cuestión metodológica:

a.- Si el caso de autos se circunscribe a una relación de consumo y en consecuencia si la omisión de ordenar la intervención del Ministerio Público Fiscal en primera instancia torna nula la resolución apelada;

b.- Montos indemnizatorios mandados a pagar en concepto de: gastos médicos, lucro cesante, apoyo psicológico y apoyo psiquiátrico –y el dies a quo de los intereses-, y daño moral;

c.- Procedencia del reclamo por daño punitivo.-

V.- La intervención del Ministerio Público Fiscal en los procesos de consumo

V.1. Régimen legal

Como cuestión liminar, cabe señalar que el **art. 52** de la **Ley 24.240** establece que: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario*

*podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.- La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. **Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.**- En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.- En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal”.-*

Así, la norma aludida establece que en cualquier caso en que pueda estarse frente a una **“relación de consumo el Ministerio Público intervendrá como fiscal de la ley”.-**

V.2. Calificación de la relación jurídica. El caso de autos.

La primera cuestión es definir si en el sublite concurre el recaudo fáctico indispensable para la convocatoria del representante del Ministerio Público Fiscal, esto es una relación de consumo y que de la misma surja una controversia que excite todo el bloque de responsabilidad consecuente.-

El **art. 1°** del plexo en examen define qué se entiende por consumidor, a la vez que extiende dicho concepto a los usuarios, remarcando que se trata de personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.-

Por su parte, el **art. 2°** del mismo cuerpo legal reza: *"Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas. No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento".-*

En tanto, Lorenzetti, dice que la voz proveedor *"alude a todo el sector oferente de productos y servicios, siempre que lo haga de una manera profesional y en una relación de consumo"*, quedando incluidos aún quienes lo hagan de manera ocasional (Lorenzetti, Ricardo: *"Contratos, Parte Especial"*, T. I., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 81).-

En la presente causa ha quedado acreditado y no controvertido que la Sra. Yanina Anabel Suarez se trasladaba en el colectivo de titularidad de la empresa Transporte Automotor Municipal Sociedad del Estado (TAMSE), quien presta el servicio de transporte público de pasajeros.-

En este sentido, nuestro Máximo Tribunal Nacional ha definido la temática de autos, expresando que el contrato de transporte de pasajeros debe ser analizado a la luz del art. 42 de la C.N., pesando sobre el transportista una obligación de seguridad (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *"Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros"* Sentencia de fecha 09/03/2010).-

Desde esta perspectiva, surge de autos la hipótesis contemplada por la Corte, puesto que entre la Sra. Suarez y la empresa de transporte TAMSE ha mediado una relación de consumo.-

Tal circunstancia se advierte de las pruebas aportadas a la causa que dan cuenta que la accionante se trasladaba en un transporte público de pasajeros, mientras que la demandada se obligaba a trasladar a la usuaria hasta el lugar de destino.-

De ello se sigue que efectivamente debió darse participación al Ministerio Público, en el desarrollo del proceso.-

V.3. El panorama en la jurisprudencia

El carácter y entidad de la intervención del Ministerio Público en el marco de los procesos de consumo, así como las consecuencias que acarrea su falta de participación, son cuestiones que fueron abordadas por nuestro Tribunal Superior de Justicia. Por ello, a los fines de brindar una adecuada respuesta al planteo apelativo de la actora, conviene realizar un repaso de la doctrina judicial que nuestro Máximo Tribunal sentó al tratar el tema.-

En el año **2003** la causa "**Jiménez Tomás c. Citibank**", el Alto Cuerpo Provincial sostuvo que *"...la razón que determina la institución del Ministerio Público se encuentra en el interés público que se encuentre involucrado en el proceso. El "presupuesto ontológico" de la intervención del Ministerio Público, la justificación de su accionar, consiste, pues, en la defensa de los intereses vinculados al orden público y social..."* y que *"...el sólo silencio del consumidor o la omisión de éste de solicitar al Tribunal se garantice la debida intervención del Ministerio Público en el litigio, no resulta motivo que autorice tener por subsanada o consentida la nulidad en la que se incurre al no darse intervención al Ministerio Fiscal en los procesos que expresamente se han enmarcado en la ley de Defensa al consumidor..."* (TSJ, Córdoba, "JIMENEZ TOMAS C/ CITIBANK N.A. Y OTRA – ORDINARIO - RECURSO DIRECTO 05/01, Sentencia 72, 2/7/2003). En definitiva, declaró la nulidad de la sentencia de emitida sin correr previamente traslado de la apelación al Ministerio Público Fiscal.-

Posteriormente, en el **año 2015** en la causa "**Fernández c/ Libertad**", el Tribunal Címero Local ratificó su interpretación en torno a los presupuestos que

condicionan -en general- la legitimación del Ministerio Público Fiscal para intervenir en juicio, y del rol que a dicho órgano le cabe -en particular- en los procesos de consumo. Sin embargo, sostuvo que "...tales declaraciones no albergan ínsita una respuesta unívoca a la específica inquietud que nos ocupa, por lo que mal podría extraerse de ellas que la Sala haya propugnado en el trance que la concreta verificación del vicio de actividad de que se trata provoque, necesariamente y en todos los casos, la insanable nulidad del proceso tramitado sin la intervención que al Ministerio Público Fiscal le confiere el art. 52 de la Ley 24.240 como "fiscal de la ley"...". (TSJ, Córdoba, "FERNÁNDEZ, RUPERTO C/ LIBERTAD S.A. – ORDINARIO – COBRO DE PESOS – RECURSO DE APELACIÓN – RECURSO DE CASACIÓN" (F 28/13) (Expte. N° 1741312/36)", Sentencia 62, 03/06/2015).-

Reflexiona que en el precedente "Jiménez" de ninguna manera se pretendió establecer una 'doctrina judicial' que instruyera, a modo de derrotero inexorable, proveer la nulidad del proceso ante la mera evidencia de haberse omitido la convocatoria a dicho Ministerio, sino que tal desenlace debe acontecer de las particularidades que informen cada caso en concreto. Es decir, el Máximo Tribunal interpretó el precedente aludido, señalando que "...la solución allí impuesta estuvo signada por las particulares alternativas que informara la litis y fue, por ende, concebida sin más propósito que el de regir el caso particular, nada autorizaría a trasuntar en aquella declaración de nulidad la fijación de un criterio jurídico que, con vocación a la generalidad, propiciara la invalidez de todo proceso en el que se omita convocar al Ministerio Público Fiscal, en las condiciones que prevé el art. 52, 2º párrafo -in fine-, Ley 24.240...".

En segundo lugar, pone de resalto que cabe desvirtuar la errada idea de que toda transgresión a una norma legal de orden público (sea de derecho objetivo o adjetivo) genere necesariamente una nulidad "absoluta".-

Asimismo, postuló que "... la legitimación para hacer valer dicho déficit y reclamar su subsanación recae, con exclusividad, sobre el propio Ministerio Público Fiscal quien, en su inherente condición de representante de los intereses sociales cuya tutela le encomienda la ley, resulta ser el único 'afectado directo' por la

irregularidad de que se trata..." y que "...la irregularidad de referencia sólo puede ser 'consentida' por quien, como único 'afectado directo', se halla legitimado a hacerla valer e instar en su mérito la nulidad del proceso, que no es otro que el propio Ministerio Público Fiscal, en representación de la sociedad y en interés de la ley..."-.

Finalmente, sostuvo que "...la aplicación al caso del principio de instrumentalidad de las formas exige dilucidar si la posterior intervención del M.P.F. recién en las instancias impugnativas del litigio brinda -o no- a dicho órgano un ámbito de actuación propicio para que cumplimente en forma útil y efectiva la función que la L.D.C. le encomienda ejercer en el marco de los procesos individuales en los que no sea parte. En torno a la inquietud planteada, nos inclinamos por la respuesta afirmativa. Ello así, en atención a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que rigen la estructura y funcionamiento del M.P.F. (arg. art. 3, ley 7829), en cuya virtud se impone inferir que la concreta intervención de uno de sus integrantes -cualquiera sea su rango funcional dentro del esquema jerárquico del Cuerpo- garantiza retroactivamente y con la autoridad del cargo que ostente, la efectiva tutela del orden público consumeril en el proceso, con total abstracción de la instancia en la que esa intervención haya sido concretada. En efecto, acorde a la dinámica estructural descrita, el Fiscal de Cámaras y -con mayor autoridad aún- el General y sus Adjuntos, se hallan asistidos de amplias facultades para, en nombre y representación de su ministerio, **convalidar** en forma expresa o tácita (incluso contra la postura que hubiere podido asumir su antecesor en la instancia previa) las actuaciones cumplidas con anterioridad o, si lo estima necesario, **instar la nulidad** del trámite sustanciado en apartamiento de la directiva impuesta en el art. 52, Ley 24.240, siempre -claro está- que individualice **el perjuicio irrogado a su parte** (con indicación, además, del estadio procesal en el que el mismo se habría producido), pues de lo contrario, la pretensión nulificante se presentaría ab origine despojada de toda utilidad práctica que la legitime"-.

Asimismo, recientemente en el fallo "**HSBC c/ Valentinuzzi**" (TSJ, Córdoba, "**HSBC BANK ARGENTINA S.A. c/ VALENTINUZZI, CARLOS ALBERTO O. y OTRO – EJECUCIÓN HIPOTECARIA – RECURSO DIRECTO** -

Expte. 2733262/36-), Auto 233, 13/10/2016), el TSJ, por mayoría, ratificó el criterio sentado en el precedente "Fernández".-

V.4. La solución para el caso de autos

De la aplicación de los principios expuestos al caso de autos, se sigue que sin perjuicio del acierto intrínseco del postulado de la apelante, en el sentido que debió darse intervención al Ministerio Público Fiscal en virtud de la calificación de la relación jurídica entre la actora, Yanina Anabel Suarez y la demandada, TAMSE, como relación de consumo; lo real y concreto es que el agravio constituye una enunciación genérica que no alcanza para el caso particular, y aparece despojada de virtualidad práctica para derribar la validez del trámite sustanciado sin intervención del Ministerio Público.-

En efecto, la falta de pronunciamiento de la Fiscalía de Primera Instancia puede suplirse en esta oportunidad, con el dictamen de esta Fiscal de Cámaras, por lo que no se advierte razón práctica alguna que justifique retrotraer el proceso a un estadio ya superado.-

En definitiva, las críticas que ensaya la quejosa en su presentación no se estiman atendibles, por lo que corresponde rechazar el agravio en que se sustenta este punto de debate.-

VI. Reseña del Caso. Aclaraciones Previas.

En la presente causa la Sra. Yanina Anabel Suarez acciona en contra de TAMSE por daños y perjuicios que refiere haber sufrido en ocasión que viajaba como pasajera a bordo de un colectivo de la empresa demandada en el suceso acontecido con fecha 10/12/2007.-

De este modo, y en relación a la cuestión de fondo, corresponde delimitar la ley aplicable en virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, producida el 1 de agosto de 2015. Al respecto, el art. 7 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispone que "A partir de su entrada

en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.- Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".-

Ahora bien, siendo el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. Art. 1067 del C.C. anterior y art. 1716/1717 del Nuevo C.C. y C.), aquél que motivara el origen de esta causa, constituyó la obligación jurídica de repararlo. Por ello, es que en los presentes nos encontramos ante una situación jurídica que se ha consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial, y que incluso ha motivado el reclamo con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada norma. De esta manera, teniendo en consideración que la relación jurídica se entabló y sustanció en vigencia del anterior régimen, bajo el cual también se ha desarrollado la totalidad de la actividad procesal de las partes, es que resulta pertinente que la presente causa sea analizada a la luz de las normas vigentes a ese momento contenidas en el Código Civil Velezano y en el Código de Comercio en su caso.-

Teniendo en cuenta que la actora sufrió daños en ocasión de un viaje en un transporte público de pasajeros, resulta de aplicación al caso el art. 184 del Código de Comercio, que pone a cargo del transportador una obligación de seguridad; y asimismo en virtud de que el vínculo entre el transportador y el pasajero constituye una típica relación de consumo, aquél debe integrarse con los preceptos de la Ley 24240, que consagran igualmente el derecho a la seguridad de los consumidores y usuarios.-

Asimismo el art. 40 LDC consagra un sistema de responsabilidad objetiva, estableciendo que "*si el **daño al consumidor** resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. **El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa***

con motivo o en ocasión del servicio.- La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".-

En ese aspecto existe coincidencia con la regulación contenida en el art. 1113 del Código Civil, por lo que la aplicación del régimen en función de la legislación de fondo ningún agravio ha causado al consumidor ya que sus derechos han sido correctamente tutelados.-

De allí que en función de los límites de la instancia apelativa, se advierte que **no existe controversia** alguna en orden a las circunstancias de **modo, lugar y tiempo** en que se produjo el evento dañoso.-

Tampoco se discute la **responsabilidad de los demandados** en el accidente de tránsito suscitado en autos.-

En efecto, **las quejas** de la actora **se circunscriben a los montos mandados a pagar respecto de algunos rubros y el rechazo de otros.**-

De allí que corresponde ingresar al tratamiento concreto de las cuestiones debatidas.-

VII. Los rubros cuestionados

VII.1. Gastos Médicos

La actora en el libelo introductorio reclama por este rubro la suma de pesos un mil (1.000), en tanto el sentenciante al resolver sustenta que las lesiones sufridas por la actora en brazo izquierdo y rodilla izquierda no resultan de gran entidad. Continúa diciendo que de la historia clínica del hospital de urgencias surge que se le recetó Ranitidina cada 24 horas e Ibuprofeno cada 8 horas y que se le prescribió el alta médica, sin indicación de estudios complementarios ni rehabilitación, por lo que entiende excesivo el monto reclamado. Por ello y aplicando las reglas de la experiencia estima justo fijar tales gastos en la suma de pesos cien (\$100), y en contra de lo cual se alza la apelante.-

Sobre el punto, la jurisprudencia mayoritaria pregona que **este tipo de gastos resulta indemnizable sin que sea necesaria la efectiva prueba de los desembolsos realizados o a realizar**, siempre y cuando por las características del hecho y la índole de las lesiones sufridas pueda inferirse que los mismos debieron efectuarse. Como señala la Dra. Zavala de González, estando en juego la asistencia a la persona, el límite a la razonabilidad de los gastos médicos y de farmacia es mucho más lato que cuando se trata de la simple reparación de un bien material ("Resarcimiento de daños", t. 2a, p. 119).-

Se ha entendido con frecuencia que los gastos médicos y de farmacia constituyen una consecuencia forzosa del accidente, de modo tal que el criterio de valoración debe ser flexible, no requiriéndose, por ende, prueba concreta y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. **Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho**, es decir, que exista la debida relación causal.-

Conforme copia de historia clínica del Hospital de Urgencias de f. 210, surge que la actora recibió tratamiento vinculado con la clase de lesiones producidas por el hecho, indicándosele Ranitidina 300mg cada 24 horas e Ibuprofeno 400mg cada 8 horas.-

Asimismo, sin perjuicio de que los montos estimados por el a quo por los rubros apoyo psicológico y psiquiátrico son motivo de agravios, en tanto la actora los considera mayores y cuyo análisis se desarrollará Infra, su procedencia no se encuentra en jaque. De este modo, teniendo en cuenta que el juez de primera instancia reconoce la necesidad de la actora de recibir apoyo psicológico y psiquiátrico, y que la psiquiatría se diferencia de la psicología en tanto el tratamiento del primer profesional (psiquiatra) se añade al del segundo (psicólogo) y entra en juego ante la necesidad de prescribir productos farmacológicos para paliar los trastornos padecidos (tales como depresión, ansiedad, etc.), opino que el reclamo por gastos médicos que el sentenciante estima en la suma de \$100 resulta insuficiente.-

Tan es así que el mismo apoderado de la demandada en oportunidad de contestar la apelación, reconoce la escasez del monto fijado por el a quo.-

En este orden de ideas, y a la luz de los lineamientos desarrollados precedentemente, conforme la prueba rendida en autos, *es criterio de este Ministerio Público que corresponde admitir el presente agravio y estimar la indemnización por el rubro de gastos médicos en la suma solicitada de pesos un mil (1.000).-*

VII.2. Lucro Cesante

VII.2.a. La resolución del juez de grado y la queja de la apelante

El **a quo** rechaza el presente rubro en tanto considera que en relación a su actividad laboral como empleada, la actora no alega ni acredita haber tenido una merma en los ingresos; y respecto a la actividad por cuenta propia realizando páginas web, sostiene que la actora no dio mayores precisiones en relación al monto de los ingresos percibidos, ni datos que permitan acreditar la frecuencia y habitualidad con que la realizaba. Además reflexiona que, en relación a toda su actividad laboral, tampoco ha acreditado una merma o cese en la misma, ni que las lesiones producidas por el accidente hayan provocado una disminución de sus ingresos. Por ello sostiene que no resulta procedente admitir la pretensión por el rubro lucro cesante pasado y futuro.-

Por otra parte, argumenta que aún en virtud del “iura novit curia” tampoco resulta procedente encuadrar el pedido a título de pérdida de chance económica, atento –sostiene- no se ha probado la incapacidad sufrida por la actora. Resalta que las discordancias y contradicciones en las distintas presentaciones de la perito médica oficial le impiden llegar a la convicción de la existencia, ubicación y magnitud de este daño, aún teniendo en cuenta el escrito de f. 341 en el que la profesional de la ciencia médica manifestó haber incurrido en un error involuntario en el dictamen de f. 244 y su ampliación de f. 286, respecto al diagnóstico de los miembros lesionados. Pues para el a quo dicha manifestación espontánea formulada

tres años después de los dictámenes, y los diagnósticos a que arriba en los diversos informes, revelan serias incongruencias, desatinos y descuidos que no permiten arribar a la certidumbre de sus conclusiones.-

Por su parte, en prieta síntesis **la apelante** refiere que el juez no expone razones suficientes para apartarse de las conclusiones a que arriba la perito oficial en relación a las lesiones sufridas e incapacidad establecida, y sustenta que si el dictamen no lograba convencerlo, el a quo debió dictar medida para mejor proveer. En definitiva solicita se indemnice por el rubro lucro cesante (presente y futuro) cuantificando la pretensión en la suma de \$81.487.-

VII.2.b. La opinión de este Ministerio Público

En primer lugar resulta pertinente diferenciar los conceptos de incapacidad sobreviniente, lucro cesante y pérdida de chance, en cuanto si bien comparten una misma raíz, son disímiles a los fines prácticos de su determinación.-

La reparación del daño, en el seno de nuestro Código Civil, constituye una materia reglada, no susceptible de ser abordada por el juez ni el abogado de manera antojadiza, intuitiva o desordenada. Se deben respetar las categorías y rubros indemnizatorios establecidos por el codificador, so pena de nulidad del pronunciamiento. Tampoco pueden asignarse montos que no se compadezcan con el daño sufrido por el reclamante o que incrementen la indemnización acordada por el procedimiento de contemplar dos veces un mismo daño, receptándolo en rubros diferentes (cfr. TRIGO REPRESAS, F. - LOPEZ MESA, M., Tratado de la Responsabilidad Civil, Cuantificación del daño, La Ley, Bs. As., 2006, p. 49).-

En el Código Civil, de filiación clásica y receptor de las aguas francesas en materia de reparación del daño, existen sólo dos grandes anaqueles o categorías para encuadrar un daño resarcible: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial.-

El **daño patrimonial** es aquel que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial. Dentro del ámbito del daño patrimonial pueden distinguirse en nuestro sistema **subespecies** de daño: el **daño emergente**, el lucro cesante y la pérdida de una chance. Se observa entonces, en adelante a lo que se referirá infra, que la incapacidad no constituye un rubro autónomo resarcible per se.-

Siguiendo con la línea de razonamiento expuesta, el **lucro cesante** es la ganancia o utilidad de que se ve efectivamente privado el damnificado a raíz del ilícito (art. 1069 del C.C.). Ello implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que el damnificado habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el ilícito y corre a cargo de quien lo reclama la prueba de su existencia. La prueba del rubro girará, en consecuencia, en la demostración de la tarea productiva anterior, su interrupción a raíz del hecho lesivo y los ingresos consiguientes (Conf. Resarcimiento de Daños, Matilde Zavala de González, 2ª, página 258).-

Este rubro indemnizatorio no puede concebirse como un item hipotético o eventual, pues su naturaleza es un daño cierto que sólo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa.

Por su parte, la **pérdida de chance** es la frustración de la posibilidad de un beneficio probable futuro, integrante de la facultad de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe, engasta dentro del daño patrimonial y se diferencia solamente por el grado de certidumbre del daño.-

El lucro cesante implica la pérdida de la fuente de ingresos. Si el damnificado no tenía tal fuente de ingresos, no hay lucro cesante. Sin embargo, iura novit curia, procede receptar la reclamación a título de frustración de chance económica.

De igual manera, si la víctima no deja de percibir ingresos a raíz del evento dañoso, la minusvalía provocada en su integridad psicofísica puede producirle una pérdida de chance. (cfr. Minio Javier Nicolás c/ Superior Gobierno de la Pcia de Córdoba y otro - Ordinario- Daños y Perjuicios- Accidentes de Tránsito- Expediente

N° 634875/36, Sentencia N° 37 de fecha 31-03-2009, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Sexta Nominación).-

La incapacidad es un elemento del daño pero no es el daño en sí mismo. No se trata de un daño resarcible autónomo, sino que debe verificarse si la incapacidad resultante del evento dañoso repercute en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial de la víctima.-

En tal caso el daño resarcible será el daño patrimonial (en sus variantes daño emergente, lucro cesante o pérdida de chance) y el daño moral.-

Al igual que cualquier otro menoscabo a la intangibilidad psicofísica de la persona, la incapacidad sobreviniente no es resarcible per se, como rubro autónomo del daño moral y del patrimonial indirecto que puede implicar. Lo que se computa al indemnizarse la disminución sufrida por la víctima es: a) el disvalioso desequilibrio espiritual que la invalidez supone (daño moral); b) las erogaciones que demanda la incapacitación (daño emergente) y c) Las ganancias dejadas de percibir o afectación de las aptitudes productivas de la persona (lucro cesante y pérdida de chance).-

Vale decir a luz de los conceptos vertidos precedentemente que la incapacidad no es el daño sino la causa jurídica de los daños a reconocer.-

La jurisprudencia ha dicho que: *"El concepto de daño previsto en el art. 1068 del C.C. es exclusivamente patrimonial: directo, cuando se destruyen bienes del patrimonio de otro o en su posesión, e indirecto cuando el mal es hecho a la persona, quien en virtud de una mutación física, le significa una pérdida patrimonial indirecta, por no poder trabajar o tener que efectuar erogaciones extraordinarias. El daño solo puede ser patrimonial –daño emergente o lucro cesante- o moral, y deben descartarse, por carecer de bases normativas, nuevas categorías, cuya formulación con visos de autonomía, sólo puede ser concebida a partir de serios desenfoces del concepto de daño patrimonial y moral"* (CS Tucumán, 05-10-99, LL NOA, 2000-1037, citada por Zavala de González solución de Casos Tomo 7, página 112).-

En efecto, los perjuicios materiales y espirituales por incapacidad no se identifican con ésta, sino que se visualizan en sus proyecciones negativas para el afectado.-

Por tanto, no procede calificar la incapacidad a título de perjuicio, sino como fuente de los perjuicios. La incapacidad no se resarce en sí misma, sino en sus proyecciones espirituales y económicas, entendidas en su cabal latitud (cfr. Zavala De González, obra citada p. 309 a 312).-

Ahora bien, sin perjuicio de la marcada distinción teórica y práctica expuesta ut supra, lo cierto es que a los fines de determinar la procedencia de una indemnización por cualquiera de aquellos conceptos, la prueba pericial resulta el medio probatorio idóneo por excelencia, por cuanto se trata de materia científica que torna relevante la opinión de los expertos.-

Pues, el perito es un auxiliar del órgano judicial que en función su especialidad e idoneidad en determinada materia, contribuye al esclarecimiento de la causa, en aquellas cuestiones técnicas y científicas ajenas al conocimiento del juzgador.-

En efecto, el dictamen no debe ser una mera opinión del experto, sino que debe encontrar sustento científico, de modo tal de suministrar al tribunal los elementos conducentes en los que basa sus conclusiones, mediante la utilización de palabras claras y convincentes que permitan su comprensión y razonamiento.-

Sin embargo cabe destacar que el dictamen pericial no resulta vinculante, y el juez al momento de resolver puede apartarse de sus conclusiones, para lo cual debe brindar razones de entidad suficiente.-

A la luz de los lineamientos precedentes, y luego de valorada la prueba pericial no aisladamente sino en conjunto con la totalidad de la prueba incorporada al proceso, en procura de hallar la solución justa del caso, no se puede sino compartir la decisión del a quo en cuanto a la improcedencia del reclamo por lucro cesante (presente y futuro) y aún en virtud del principio iura novit curia como "pérdida de chance".-

Así se advierte que la prueba más directa y simultánea al momento del evento dañoso es la historia clínica del Hospital de Urgencias de la que se desprende el diagnóstico de *traumatismo de brazo izquierdo y rodilla izquierda* (f. 6 y 210). Sin embargo, en el dictamen pericial la profesional diagnosticó "*traumatismo de rodilla derecha y traumatismo de antebrazo derecho*" (f. 244). Y luego, con motivo del pedido de ampliación, diagnosticó "*traumatismo de hombro derecho, traumatismo de codo derecho y traumatismo de rodilla izquierda (sin limitación funcional)*" con la aclaración expresa "*si bien no coinciden con el informe de la historia clínica del hospital de urgencias*" (f. 286). Finalmente, casi tres años después, la misma perito manifiesta advertir que ha incurrido en un error material involuntario y declara que debe entenderse que quiso decir "*hombro y codo izquierdo*".-

A partir de allí, los extensos argumentos expuestos en la resolución en crisis son coherentes, claros y suficientes para motivar el apartamiento de las conclusiones de la pericia oficial que devienen en contradictorias en sus diferentes estadios (f. 244, 286 y 341), y que en efecto conspiran contra su validez, credibilidad y convicción.-

En síntesis, por los argumentos expuestos, es criterio de este Ministerio Público que corresponde rechazar la queja de la actora, y en consecuencia, confirmar la sentencia del juez de grado en lo relativo al rechazo de la indemnización por lucro cesante (presente y futuro).-

VII.3. Apoyo Psicológico y Apoyo Psiquiátrico

En relación a los rubros bajo examen, el a quo dispuso su tratamiento de manera conjunta, lo que sumado a los montos concedidos e intereses que resuelve aplicar desde la fecha de la pericia psiquiátrica, motivan la queja de la actora.-

En primer lugar, debe decirse que el daño psíquico se configura mediante una alteración patológica de la personalidad, una perturbación del equilibrio emocional que afecta toda el área del comportamiento, traduciéndose en

una disminución de las aptitudes para el trabajo y la vida de relación y que, como toda incapacidad, debe ser probada en cuanto a su existencia y magnitud.-

De este modo, es dable recordar que para establecer el daño psicológico y psíquico se ha de proceder de la misma manera que para determinar el deterioro físico, es decir que la labor pericial es la prueba por excelencia, de modo que los argumentos expuestos ut supra en relación a aquella faena y sus efectos devienen extensibles al presente punto.-

En el caso de que se probare la existencia de daños psíquicos y/o psicológicos, es necesario distinguir entre el que se ha producido como consecuencia directa del acaecimiento del siniestro y aquél derivado de la situación personal anterior del damnificado. Pues, claramente el responsable del hecho ilícito sólo debe cargar con las consecuencias derivadas de aquél y paliar esas secuelas exclusivamente.-

A más de lo expuesto, las perturbaciones en un individuo sano podrán conmover o alterar momentáneamente el equilibrio por un lapso, ya que lo normal es que pueda evitar el acarreamiento de connotaciones de índole patológica a través de sus propias defensas, de modo que impliquen limitaciones de carácter transitorio y por consiguiente recuperable mediante el debido tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, indistinto o conjuntamente.-

En el caso concreto de autos, a **ff. 305/306 y 314** obra pericia psicológica, de cuya lectura se desprende que *"la actora padece una incapacidad laboral del 5% de carácter transitoria, recomendando psicoterapia con una frecuencia de una sesión semanal por el término de un año y cuyo costo sería de \$200 por sesión".-*

Además a **ff. 269/271 y 275/277** luce el dictamen del perito psiquiatra, del que se colige una labor integradora en tanto dictamina que *"la actora padece una incapacidad del 5% de la TO, recomendando tratamiento psicoterapéutico por un periodo no menor a 3 meses, sugiriendo 2 sesiones semanales, y consulta psiquiátrica por el mismo período, sugiriendo una sesión cada 15 días, con un costo por sesión de \$120 cada una"* y que *"la actora no realizó*

tratamiento que corresponde. Si no realiza los mismos, no se puede determinar a que grupo de los mencionados pertenece, esto dificulta otorgar una incapacidad de carácter permanente”.-

Tal como fuera expuesto en el acápite anterior, y lo sostenido por destacada jurisprudencia: *“...el valor probatorio de un peritaje se mide por su apoyo gnoseológico y científico, es decir, por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino seguido por el experto para arribar a sus conclusiones. Dado que el juez es entonces un sujeto cognoscente de segundo grado —conoce a través del perito y con el auxilio técnico que éste le brinda—, la estimación de la fuerza de convicción del dictamen se subordina a un análisis crítico de las razones y fundamentos que han conducido al experto a la formulación de sus juicios...”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J in re “Ramírez, José Luis c. Peralta, Hugo Oscar y otros s/ daños y perjuicios • 03/11/2011” – Cita Online: AR/JUR/77261/2011”).-

De la lectura y cotejo conjunto de ambas pericias, emerge que la incapacidad invocada por la accionante es de carácter transitorio, y susceptible de ser contrarrestada mediante la psicoterapia y consulta psiquiátrica.-

Ahora bien, ante la existencia de dos pericias, de las cuales la psiquiátrica acontece más apta e integral en el tratamiento recomendado a los fines de paliar las afecciones psicológicas y psiquiátricas transitorias padecidas por la actora como consecuencia del hecho lesivo, y tal como lo refiere el juez de grado *“menos gravosa para la parte demandada, pero no por ello menos eficiente, puesto que se refiere a una cantidad prudente de sesiones de psicoterapia y psiquiatría”*, luce integral en su reparación y más justo a la solución del caso.-

Por otro costado, la apelante se agravia del dies a quo del cómputo de los intereses que el juez de grado determinó que corren a partir de la fecha de la pericia psiquiátrica, esto es el 28/12/2010 (conf. f. 314), y solicita que los mismos se establezcan desde la fecha del hecho.-

Atento que los montos reclamados en concepto de “apoyo psicológico” y “apoyo psiquiátrico” han sido acogidos por la cantidad de sesiones aconsejadas por el profesional de psiquiatría quien estimó el precio de las consultas

en la suma de \$200 a valores de dicha fecha, mal puede pretender la quejosa que a este monto que aparece actualizado a la fecha de desarrollada la labor se le adicione un interés desde la fecha del hecho.-

Pues el valor de una consulta psicológica o psiquiátrica a la fecha del evento dañoso era mucho menor y la suma establecida por la perito y acogida por el a quo abarca el componente inflacionario hasta el desarrollo de la labor pericial, y por ello claramente los intereses no pueden sino empezar a correr tal como lo dispuso el sentenciante desde la fecha de la pericia psiquiátrica.-

Así, en tanto y en cuanto el razonamiento del juez se encuentra expuesto con claridad y no presenta salto lógico alguno, este Ministerio Público opina que corresponde desestimar el agravio vertido.-

VII.4. Daño Moral

La actora reclama en la demanda la indemnización por daño moral, el cual cuantificó en la suma de pesos veinte mil (\$20.000), y luego en los alegatos acrecentó su reclamo a la suma de pesos treinta y cinco mil (\$35.000).-

Sin embargo, el a quo ordenó pagar por este rubro la suma de pesos dos mil (\$ 2.000).-

En el libelo recursivo la actora se alza en contra del monto acogido por el sentenciante e insiste en la suma de \$20.000.-

Ingresando entonces a su valoración, y teniendo especialmente en cuenta que, por su propia naturaleza moral y económicamente no mensurable, este daño es insusceptible de prueba directa, se debe acreditar su existencia y magnitud por vía presuncional, sobre la base de todas las circunstancias del caso.-

Se ha sostenido con frecuencia que el daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y

ánimicamente perjudicial (II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, despacho de la mayoría).

El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten determinar la entidad objetiva del daño moral padecido (conf. Pizarro, "Valoración del daño moral", LA LEY, 1986-E, 831). Para fijar su cuantía, el juzgador debe sortear las dificultades de imaginar el dolor que el evento produjo en la esfera íntima de la actora, y que no ha experimentado por sí mismo, para luego transformarlo en una reparación en dinero que compense el dolor y el trastorno espiritual sufrido; motivos éstos por los que el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa (CN Civ., sala L, Espinosa Jorge c. Aerolíneas Argentinas, JA, 1993-I-13, del 30/12/91).-

Por su carácter espiritual, es difícil determinar la dimensión económica del daño moral ya que su entidad se traduce en vivencias personales del afectado y en general no se exterioriza fácilmente.-

En este sentido, resulta necesario y útil tener en cuenta algunas pautas específicas de valoración, tales como las características de las lesiones sufridas, el modo en que se produjeron, los tratamientos suministrados en su consecuencia, y las secuelas físicas permanentes padecidas. Las circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el damnificado y, al mismo tiempo, para facilitar una solución.-

Deberán computarse, entre otros aspectos, la personalidad de la víctima; si el damnificado es directo o indirecto; la posible influencia del tiempo como factor coadyuvante para agravar o mitigar el daño, y también la personalidad de quien lo produjo, especialmente cuando pudiere tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio causado a la víctima (conf. Pizarro, ob. citada, LA LEY, 1986-E, 831).-

De esta manera el daño moral se presenta con autonomía que se asienta en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones

destruidas. Tiene por ello, configuración independiente de los detrimentos patrimoniales y de subsistencia (conf. CNCiv., sala H, "in re" "Fioriti, Elvira c. Maldonado, Ramón y otros", del 14 de junio de 1996 -La Ley, 1997-A, 179).-

En este orden de ideas, en el sublite, analizados los hechos señalados como generadores de la indemnización reclamada, cabe admitir que, por la índole espiritual del daño, debe tenérselo por configurado.-

Es que no es posible dejar de advertir que la actora se transportaba en un ómnibus de la empresa demandada con la convicción de que llegaría a destino sin complicaciones y menos de la índole de las acaecidas, que la obligaron a modificar el destino por ella previsto, terminando en un Hospital.-

Por ello, con independencia de la entidad del daño físico, lo cierto es que el hecho es susceptible de provocar en la víctima el agravio moral que reclama la Sra. Yanina Anabel Suarez, y que la suma fijada por el a quo en la suma de \$2.000 luce considerablemente exigua. Sin embargo, la suma que la actora reclama de \$20.000 a su vez resulta diametralmente elevada.-

Así las cosas, esta Fiscalía considera que resulta prudente y adecuado para la justicia del caso fijar la indemnización por daño moral en la suma de pesos diez mil (\$10.000).-

VIII. Daño Punitivo

En oportunidad de expresar agravios, la actora apelante refiere textualmente y sin brindar mayores fundamentos que "...el Ministerio Público, deberá fijar entonces, si es de aplicación el Daño Punitivo..." (sic f. 555).-

Luego de una detenida lectura de las constancias de autos, este Ministerio Público no logra evidenciar el expreso reclamo por ese rubro en ninguna de las actuaciones del proceso previas a la apelación, condición que se erige en un requisito indispensable, y ante su inexistencia en un valladar, para ingresar a su tratamiento en esta instancia.-

Como bien es sabido, al tribunal de apelación, por aplicación de los principios dispositivo y de congruencia, le está vedado pronunciarse sobre aquellas cuestiones o defensas que no fueron motivo de alegación o debate oportuno en 1° instancia, esto es, en los escritos de constitución del proceso (demanda y contestación). Ello así en tanto el tribunal de alzada, en principio, sólo puede decidir aquellas cuestiones que quedaron sometidas al pronunciamiento del juez de grado; lo contrario importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa de las partes quienes podrían ser sorprendidas con el planteo de una cuestión respecto de la cual, nada podrían alegar o probar en su descargo.-

En efecto, no corresponde el tratamiento del presente agravio en esta instancia.-

IX. Conclusión

En definitiva, en virtud de las consideraciones vertidas, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la actora en torno al planteo de nulidad por falta de intervención del Ministerio Público en la instancia anterior.-

Asimismo, esta Fiscalía opina que corresponde admitir parcialmente el recurso de apelación de la actora respecto del rubro gastos médicos, elevando el monto a la suma de pesos un mil (\$1.000), y del rubro daño moral, elevando la condena a la suma de pesos diez mil (\$10.000).-

Así opino.

Dios Guarde a V.E.

Córdoba, veintitrés (23) de Mayo de 2017.-