



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

## El flagelo del hambre y la niñez vulnerable

por MARCO A. RUFINO(\*)

¿Cómo entender que en la Argentina varios millones de personas –mayormente niños– padezcan hambre?

¿Debe aceptarse que, en un país capaz de producir alimentos para diez veces más personas que la cantidad de habitantes que pisan su suelo, no se haya podido solucionar este flagelo?

¿Puede tolerarse que no hayamos sido capaces como sociedad de revertir esta ominosa realidad, cuando entre 1996 y 2006 se duplicó la producción agrícola y se cuadruplicó su valor?

El acceso a la alimentación es un derecho humano básico inherente a toda persona como tal, reconocido en diversos instrumentos internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos –1948–, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por citar los primeros). Su aplicación requiere de un compromiso que excede y trasciende a los gobiernos y al Estado, ya que su responsabilidad corresponde a la sociedad en su conjunto.

Es sabido que una nutrición correcta para un ser humano es un proceso que consiste en la inclusión de un conjunto de funciones cuya finalidad primaria es proveer al organismo de la energía y los nutrientes necesarios para mantener la vida, promover el crecimiento y reemplazar las pérdidas. El plan de alimentación para niños preescolares y escolares y adolescentes sanos debe realizarse en forma individual, atendiendo las cuatro leyes de la alimentación: *cantidad, calidad, armonía y adecuación*. El objetivo es proporcionarles la energía y los nutrientes necesarios para su óptimo crecimiento.

Un dato importante para tener en cuenta es que, en términos estrictamente alimentarios, el problema más frecuente no es la cantidad de alimentos que se ingiere, sino la calidad global y nutricional de la dieta. Es recibir alimentos adecuados y nutritivos durante la denominada “ventana de oportunidad” de los primeros mil días de vida, que transcurren entre la gestación y los dos primeros años de infancia. Este período crucial del desarrollo establece las bases de la vida futura de todas las personas y debe ser acompañada, además, por una atención de los servicios de salud que sea sensible a los aspectos nutricionales, apropiado abastecimiento de agua potable y de servicios de saneamiento básico y una educación de calidad.

(\*) Coordinador de Redacción de EL DERECHO.

## NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Análisis doctrinarios, comentarios y apostillas

## Violencia de género y reparación civil por daños y perjuicios Comentario a sentencia de la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

por SILVINA A. BENTIVEGNA(\*)

“La existencia de matrimonio entre las partes no impide que la mujer demande al marido, porque lo contrario sería reconocer un derecho de corrección del marido sobre la esposa que resulta inadmisibles”<sup>(1)</sup>.

El fallo que se comentará<sup>(2)</sup> aborda un tema álgido como es la violencia contra la mujer o de género, pero más precisamente el reclamo de una mujer marcada por la violencia en lo que hace a la reparación civil por daños y perjuicios.

La presente sentencia nos acerca a una cuestión que tiene como meollo del análisis procesal la procedencia o no de conceder una indemnización por el daño psicológico y el daño moral, producto de las vastas consecuencias que deja en las mujeres víctimas de violencia.

Los magistrados capitalinos de la sala H, con acertado criterio, analizaron el hecho fáctico respecto de la procedencia indemnizatoria de los daños que el actor habría provocado a la demandada reconviniente con su accionar.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Presentación y comentario breve de la ley de violencia contra la mujer. Ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en los que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales”*, por URSULA C. BASSET, EDLA, 2009-B-1551; *Comentario a la reglamentación de la ley de violencia contra la mujer*, por URSULA C. BASSET, EDLA, 2010-B-1055; *Probation. Abuso sexual. Violencia de género. Fallo “P. M. de los Á. p.s.a. abuso sexual simple - Recurso de casación”*, por SILVINA BENTIVEGNA, ED, 258-898; *Denuncian discriminación contra la mujer en España*, por BERNARDITA BERTI GARCÍA, ED, 260-925; *La protección de los derechos de las mujeres a nivel nacional, regional e internacional*, por MARÍA LAURA BERTERREIX, EDLA, 03/2015-5; *La violencia contra la mujer: algunas reflexiones sobre la manifestación “Ni una menos” en la Argentina*, por MARÍA INÉS FRANCK, ED, 263-1019; *Criterios para demandar por daños en casos de violencia de género (su adecuación al nuevo Código Civil)*, por DIEGO OSCAR ORTIZ, ED, 265-561. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(\*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Especialista en Violencia Familiar y Abuso Sexual. Docente, UBA. Coautora de *Violencia familiar. Aspectos prácticos*, Hammurabi, 2013. Autora de *Violencia familiar*, Hammurabi, 2015. Disertante en congresos y seminarios. Ha publicado numerosos escritos especializados en la materia. Excoordinadora del Refugio de Mujeres y Niñas/os en situación de trata con fines de explotación sexual dependiente del GCABA. Exletrada patrocinante de mujeres víctimas de violencia familiar de la DGMUJ de la CABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio.

(1) MEDINA, GRACIELA, *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, pág. 101.

(2) CNCív., sala H, 21-4-16, “S., J. J. c. G., M. M. s/divorcio y daños y perjuicios”, El Derecho Digital (87403) [2016].

Para ello, tuvieron en cuenta los agravios esbozados por la mujer –las agresiones físicas y psicológicas sufridas durante un periodo que abarcó desde diciembre de 2008 al mes de agosto de 2013–; a tal efecto, la jueza de grado, luego de decretar el divorcio incausado conforme las disposiciones del art. 437 y concs. del cód. civil y comercial de la Nación, se limitó a rechazar su petición indemnizatoria acerca del daño psicológico y moral, entendiendo que no tenía “respaldo normativo” a la luz de la nueva legislación, sin detenerse a aplicar los preceptos generales de la responsabilidad contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1737 y concs. La excónyuge solicitó, a su vez, que este aspecto del decisorio fuera revocado.

Dichos agravios fueron contestados por el actor aduciendo, por un lado, que el recurso fuera declarado desierto y, por otro, la confirmación del fallo del juez *a quo* por entender que no se probaron los daños alegados en el escrito que contenía la contrademanda.

La jueza de grado decretó el divorcio vincular conforme la nueva legislación de acuerdo con las disposiciones del art. 437 y sigs. y concs. del cód. civil y comercial de la Nación, que ya estaba vigente al tiempo del dictado de la sentencia (13-10-15). Sin embargo, respecto del reclamo indemnizatorio solicitado por la mujer sostuvo que “carece de respaldo normativo lo solicitado por la cónyuge a fs. 170 vta. 2 y 3”.

Ahora bien, el eje central que lleva a debatir a los magistrados de la Alzada es claramente la existencia o no de los daños que el actor le habría provocado a su excónyuge durante la convivencia en común y luego de la separación. En tal sentido, dilucidaron si se encontraba probada la lesión a la integridad psicológica y si ella tenía relación de causalidad con el accionar del exmarido, como consecuencia del continuo hostigamiento, las persecuciones, amenazas, agresiones verbales y físicas hacia su persona y su hijo.

Los magistrados de la sala H a los fines de sostener su tesis, consideraron “que en determinadas situaciones si se dan los presupuestos de responsabilidad civil, como el ataque al honor, la intimidad, dignidad, integridad física o psíquica, esos daños puedan ser reparados”, tal es el caso en debate en el cual la mujer y su hijo habían sido víctimas de una marcada violencia psicológica y física, y ello fue confirmado, a su vez, por testigos, quienes dieron cuenta de la situación denunciada por ella: las persecuciones, las

## CONTENIDO

### OPINIONES EN “EL DERECHO”

El flagelo del hambre y la niñez vulnerable, por Marco A. Rufino..... 1

### DOCTRINA

Violencia de género y reparación civil por daños y perjuicios. Comentario a sentencia de la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por Silvana A. Bentivegna ... 1

Acreedor hipotecario y locación en el Código Civil y Comercial. ¿Quién puede lo más no puede lo menos? Cuando la teoría no coincide con la práctica, por Domingo C. Cura Grassi 3

### JURISPRUDENCIA

#### FEDERAL

**Libertad Provisional:** Prisión domiciliaria: concesión; madre de menores que se encuentran a cargo de la hermana mayor; finalidad de asegurar el bienestar de los menores; ampliación de hipótesis previstas (arts. 32 y 33, ley 24.660, modificada por ley 26.472). **Menores:** Interés superior del niño: derechos fundamentales; vigencia y operatividad (CFed. Mendoza, sala B, agosto 29-2016)..... 5

#### COMERCIAL

**Turismo:** Contrato de viaje: intermediario de viaje; responsabilidad; carácter profesional; prestaciones; incumplimiento; ley 24.240; aplicabilidad; daño emergente; indemnización; daño moral; rechazo (CNCom., sala B, julio 5-2016)..... 6

Una alimentación inadecuada, empero, aumentará el riesgo de la aparición temprana de enfermedades y de la mortalidad, disminuyendo los niveles de escolarización y educación; reducirá a futuro la capacidad para desarrollar trabajos que requieran de una cierta aptitud mental o física y se traducirá en una menor productividad de la mano de obra. Se afectará a futuro la igualdad de oportunidades y, cuando los menores alcancen la edad para ingresar al mercado laboral, no lo harán en las mismas condiciones que quienes no sufrieron este tipo de privaciones. Al disminuir la capacidad de trabajo, también disminuirán los ingresos disponibles, y se introducirá a la persona en un círculo vicioso de hambre y pobreza, por el cual estos flagelos tenderán mutuamente a perpetuarse, lo que se traducirá en un menor capital humano y una menor capacidad para generar ingresos en la edad adulta. Es decir, serán adultos pobres y sus hijos tendrán grandes posibilidades de serlo también. Lo mencionado implica una mengua en la producción y el nivel de ingreso per cápita de un país, lo que contribuye a mantener un bajo nivel de desarrollo. Ello configurará un intolerable escenario de injusticia, inequidad y desigualdad.

El hambre y la desnutrición en las primeras etapas de la vida han sido estudiadas en forma extensa y tienen consecuencias devastadoras en el desarrollo de los niños. Los estudios científicos indican que el cerebro es el único órgano del ser humano que al momento de nacer, o muy poco después, alcanza el número definitivo de células (neuronas) que existirán durante casi toda la vida adulta. A los nueve meses posteriores al nacimiento, la mayor parte de las neuronas se han diferenciado y ubicado en las regiones cerebrales correspondientes. La regulación y la comunicación de todos los procesos vitales se establecen mediante la interconexión de las neuronas. La mayor parte de este proceso se establece durante los primeros tres años de vida y permanece estable hasta más o menos los diez años, para luego empezar a decrecer.

En los niños, la desnutrición grave en los primeros meses de vida influye en el proceso de interconexión de las neuronas y en el denominado “cableado cerebral”, que resulta bastante más reducido en quienes no reciben una adecuada alimentación durante el período de la gestación intrauterina y en sus primeros años. Sin embargo, es importante destacar que no solo la nutrición influye en el desarrollo cerebral del niño: la presencia de adecuados estímulos afectivos y sensoriales es también un factor importante. Los niños que viven en ambientes de abandono y pobreza presentan, asimismo, disminuciones en sus capacidades intelectuales aunque la alimentación sea apropiada. Si el niño pequeño no recibe experiencias medioambientales adecuadas, el cerebro no se desarrollará en forma normal. Pobreza y desnutrición temprana generalmente coexisten, por lo que ambos factores se potencian en su acción negativa sobre el desarrollo cerebral de los niños.

A nivel mundial, si bien el número de personas que padecen hambre y los índices de pobreza extrema se redujeron en porcentajes más que significativos entre 1990 y 2015, conforme a los informes presentados por el Banco Mundial, ello no resulta suficiente, pese a alcanzarse uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), pues mientras una persona muera de hambre, el sentimiento de vergüenza debería mortificar a toda la humanidad. ¿Habrán alimentos suficientes hacia el año 2050 para todos los habitantes de la tierra?

En la Conferencia de Desarrollo Sostenible Río+20, en junio de 2012, el secretario general de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, lanzó el “Desafío Hambre Cero” e invitó a todos los gobiernos, empresarios, agricultores, consumidores y miembros de la sociedad civil a redoblar esfuerzos para poner fin, con imperiosa celeridad, al hambre. El accionar propuesto –sostuvo– no solo impulsaría el crecimiento económico, sino que además reduciría la pobreza y protegería el ambiente, garantizando la paz y la estabilidad. Sus cinco objetivos principales son los siguientes: que el 100 % de las personas tenga acceso a una alimentación adecuada todo el año; cero retrasos en el crecimiento en niños durante la primera infancia; que todos los sistemas alimentarios sean sostenibles; un 100 % de incremento en la productividad y el ingreso de los pequeños agricultores, y cero desperdicio de alimentos y pérdidas poscosecha. También destacó el mencionado diplomático que aproximadamente un tercio de

los alimentos producidos en el mundo es desperdiciado. Esto ocurre en toda la cadena del proceso, incluyendo la cosecha, el almacenamiento, el transporte, las ventas y el consumo final. Cuando los alimentos son desperdiciados, también se pierden los recursos de agua, tierra, energía y el esfuerzo realizado en producirlos.

En nuestro país hay muchos programas –públicos y privados– que combaten el hambre y proporcionan algún alivio a la población más necesitada y vulnerable que vive en la pobreza y la indigencia, pero el flagelo del hambre sigue existiendo y castigando a los más débiles. A pesar de que se gastan muchos recursos en ayuda alimentaria, la implementación ha sido, en general, deficiente, por falta de un adecuado seguimiento de las personas y de los hogares afectados por esta calamidad; el hambre sigue existiendo y causando daño y sufrimiento a muchos habitantes.

Es larga la experiencia en materia de programas públicos de asistencia alimentaria a la población vulnerable. El primer servicio escolar de “copa de leche” se instaló oficialmente en 1906 y poco después aparecieron los primeros comedores escolares, a los que luego se sumó la aparición de las llamadas “ollas populares”, principalmente en los períodos de crisis. En 1936 se sancionó la ley 12.341 –conocida como Ley Palacios por su principal impulsor, el legislador Alfredo Palacios, autor de muchas leyes sociales y de protección de los trabajadores–, que creó la Dirección de Maternidad e Infancia en el ámbito del Ministerio del Interior con el objetivo de disminuir la mortalidad infantil y mejorar las condiciones existentes para el desarrollo de la niñez y la maternidad en el país. En 1937 se implementó el primer Programa Materno-Infantil, cuyo componente alimentario principal era la entrega de leche a las mujeres embarazadas y a los niños menores de dos años. Por esa época también se creó el Instituto Nacional de Nutrición, encargado de formular la política alimentaria y del diseño e implementación de los primeros programas alimentarios del país.

A mediados de la década de 1980 se estableció el Programa Alimentario Nacional (PAN), que entregaba cajas de alimentos secos a la población en riesgo. Este programa llegó a beneficiar a un 20 % de la población total del país.

En 1993 se instituyó el Programa Materno-Infantil y Nutrición (PROMIN), financiado por el Banco Mundial, con un enfoque integrado a los problemas de salud y nutrición de la niñez y la maternidad, y en 1995 se creó el Fondo Participativo de Inversión Social (FOPAR) para financiar las acciones alimentarias y otras de las organizaciones comunitarias y de la sociedad civil.

A comienzos de 1990 también empezó a operar el Programa Integrado de Promoción de la Autoproducción de Alimentos (Pro-Huerta), que ofreció asistencia técnica y financiera y capacitación a familias urbanas y rurales vulnerables y a organizaciones comunitarias en el desarrollo de huertas familiares y comunitarias, para así fomentar el autoabastecimiento y facilitar el consumo de productos frescos en la población de menores ingresos.

A raíz de la crisis social, económica y política de fines del año 2001 se decretó la emergencia alimentaria nacional y se creó el Programa de Emergencia Alimentaria, cuyo objetivo básico fue el reparto masivo de cajas de alimentos a la población vulnerable.

Ante las noticias sobre varios casos de muerte de niños por desnutrición, un conjunto de organizaciones de la sociedad civil y de medios inició una campaña pública destinada a atender “el hambre más urgente”, que dio origen e impulso al Plan Nacional de Seguridad Alimentaria, creado por la ley 25.724, aprobada el 23 de enero de 2003, bajo el nombre de Programa Nacional de Nutrición y Alimentación. Su objetivo fue cumplir con “el deber indelegable del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía” (art. 1º) y eliminar la fragmentación existente entre los distintos programas alimentarios nacionales y provinciales para establecer una programación de acciones articulada tanto en sus aspectos físicos como financieros. La población por proteger son los niños hasta los catorce años, las embarazadas, los discapacitados y los ancianos en situación de pobreza.

Mediante el decreto 1602 de octubre de 2009 se implementó la Asignación Universal por Hijo (AUH) como seguro social que comenzó a otorgarse a personas desocupadas, empleados en negro o cuyos ingresos fueran menores al monto del salario mínimo, vital y móvil, beneficio por cada hijo menor de dieciocho años o hijo dis-

capitado. Con posterioridad se incorporó la Asignación Universal por Embarazo (AUE) para protección social.

No puede desconocerse, también, que diversos programas como los mencionados pueden ser utilizados como un instrumento “clientelista”, que transforma a determinados grupos de personas de alta vulnerabilidad en “dependientes” de fondos, subsidios y programas estatales.

Ante la desaparición de las estadísticas del Indec o sus poco fidedignos guarismos, la información más fehaciente y confiable sobre la problemática del hambre, desnutrición y pobreza es la del Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA), programa de la Universidad Católica Argentina que desde el año 2004 realiza anualmente encuestas para examinar la evolución de la situación social del país. Las distintas encuestas publicadas en diversos años, realizadas en muchas áreas geográficas del país, revelaron las condiciones materiales de vida y de integración humana y social en una muestra representativa de hogares urbanos, a través de una metodología considerada la más adecuada para medir el hambre y la inseguridad alimentaria. En diversos informes el Observatorio ha alertado sobre la pobreza, indigencia y desigualdad de ingresos.

También Unicef ha informado recientemente sobre el alarmante panorama de la infancia y adolescencia vulnerables en el país, basándose en datos de fines de 2015. Su característica principal, y relevante, es que se valió de los pocos datos oficiales existentes en la Argentina para elaborar el panorama de la infancia y adolescencia vulnerables en el país. El resultado es un panorama que cierra a fines de 2015 y que también muestra que, a pesar de que la Asignación Universal por Hijo tuvo un impacto en la reducción de la pobreza extrema, no estaría llegando al 45 % de los chicos pobres, pues muchos no tienen documento, les falta información o no cumplen condiciones como la pertenencia al sistema educativo.

La Argentina debe dar pasos claves para erradicar el hambre, la pobreza y la malnutrición. Los indicadores nutricionales muestran que se necesitan nuevos esfuerzos para combatir la malnutrición mediante el desarrollo de redes de protección social focalizadas, el aumento en el suministro de alimentos por productores locales, el desarrollo agrícola y la adopción de prácticas sostenibles y protectoras del medio ambiente, el adecuado funcionamiento de mercados abiertos y justos y la prevención de la excesiva volatilidad en el precio de los alimentos, la necesidad de trabajar haciendo intervenciones directas en el área de salud, educación para resolver problemas concretos, pero también generar políticas integrales que tengan en cuenta la complejidad del fenómeno.

Reconocer que existe una elevada proporción de niñas/os y adolescentes que tienen problemas para acceder a los alimentos en cantidad y calidad es prioritario, pues la complejidad que supone la solución del problema de acceso a los alimentos, en la medida en que las transferencias monetarias y las ayudas alimentarias directas no han logrado erradicar el hambre en la Argentina, requiere de la generación de políticas y programas complementarios de fortalecimiento de proyectos y capacidades productivas, la adecuada cocción y preparación de alimentos para las diferentes etapas de vida de la niña/o y los cuidados que deben tenerse con el agua no segura, asistencia a comedores escolares y comunitarios, ayuda directa a los afectados por emergencias climáticas o sociales.

En su último informe, en el que realiza un balance sobre las deudas sociales pendientes al final del Bicentenario, el Observatorio de la Deuda Social Argentina concluyó que “en ningún caso cabe esperar un ‘derrame’ social sin un modelo que integre subsidiariamente al sistema socioproductivo moderno y eleve la productividad de los sectores informales, protegiendo a su vez los derechos de los trabajadores. Sin esto, cualquier mejora económica será parcial o poco sustentable”.

**VOCES: DERECHO - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - ASIGNACIONES FAMILIARES - PODER LEGISLATIVO - ESTADO NACIONAL - JUSTICIA - CULTURA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO CONSTITUCIONAL - RECURSOS NATURALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS INTERNACIONALES - MENORES - POLÍTICAS PÚBLICAS - SALUD PÚBLICA - ECONOMÍA - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DERECHO AMBIENTAL**

amenazas y ese temor constante por su vida y la de su hijo, sumado a las denuncias en sede penal, en la que tramitó una causa por amenazas en la cual denunció las amenazas de muerte de la cual fuera víctima, algunas de ellas proferidas en su lugar de trabajo durante el año 2013, como, asimismo, obran en dicha causa otros episodios violentos ocurridos desde el año 2008, remarcando los reiterados incumplimientos ante la violación del perímetro de restricción de acercamiento y, consecuentemente, la activación del dispositivo botón de pánico.

La Alzada no advirtió atisbo de falsedad o parcialidad en las declaraciones de los testigos arrimados a la causa. Asimismo, valoró el informe de evaluación de riesgo de los profesionales de la OVD, el cual dio cuenta de la situación de alto riesgo en la cual la mujer y su hijo se encontraban subsumidos, informe obrante en el expediente civil por violencia doméstica.

En el particular nos debemos detener en analizar, por un lado, si la mujer que atraviesa una situación de violencia podría solicitar la reparación de los daños ocasionados por el exmarido de conformidad con las normas generales en materia de responsabilidad civil y, por otro lado, en caso de proceder el reclamo, si los hechos constitutivos de daños por violencia contra la mujer o de género son hechos antijurídicos.

Se debe tener en cuenta que la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres legisla en la materia acerca de la posibilidad de que la mujer reclame los daños y perjuicios a fin de reparar íntegramente el daño sufrido –art. 35–; por otra parte, teniendo en cuenta los hechos de la presente sentencia, estamos frente a un caso típico de responsabilidad por daños que tuvo su origen en la violencia familiar.

En rigor, la situación fáctica del particular refiere a hechos constitutivos de daños por violencia doméstica y, por tal, son hechos antijurídicos, ya que rige en nuestro ordenamiento el principio de *alterum non laedere*. La conducta antijurídica se configura propiamente con el hecho en sí mismo del accionar violento por parte del hombre hacia la mujer, lo que constituye, otrora, un accionar contrario al derecho como tal.

Ahora bien, en el marco de la responsabilidad debemos analizar –como bien hizo la Alzada– la antijuridicidad, la relación de causalidad: el nexo entre la conducta y el daño acaecido, como asimismo el factor de atribución: dolo o culpa; en este punto me detengo a fin de aclarar que, en el marco de las denuncias por violencia, es claro que el factor de atribución es netamente de carácter objetivo, ya que el hombre claramente podría manifestar que no tuvo la intención de dañar a la mujer, lo que releva, por tal, su responsabilidad.

En el particular se encuentran presentes, a todas luces, las circunstancias que nos permiten formar una clara convicción sobre la relación de causalidad entre los hechos acaecidos y los daños ocasionados a la excónyuge y su hijo.

En efecto, comparto la misma tesitura sostenida por los magistrados de la sala H en el sentido de que existió un accionar malicioso del excónyuge que “desbordó los límites de conducta habitualmente respetados por las personas corrientes, mediante afrentas a la dignidad y el honor, algunas de ellas públicas, que produjo un daño que debe ser resarcido”.

Tenemos en cuenta que estamos frente a un característico caso de una familia desbordada por la crisis violenta y que tiene como cauce de origen una denuncia por violencia familiar, para luego desencadenar en un divorcio, no contradictorio, por la fecha en que este fue iniciado, y, posteriormente, una demanda de daños y perjuicios frente a la gravedad de la lesión psicoemocional que permanece en toda mujer que atravesó la álgida situación del maltrato respecto de su exmarido. En el particular, los magistrados dieron por cierta la existencia de indicios precisos de que se estaba frente a una familia desbordada por la violencia doméstica y, por tal, la existencia de un daño provocado en la excónyuge y su hijo, que hiera la dignidad e integridad de ambos.

En palabras de los magistrados: “No cabe lugar a dudas que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad, armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral, son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, tanto en el bloque legislativo interno, como el supranacional (conf. arts. 1 y 2 CCC), por lo que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos”. En el particular, su reparación monetaria.

Es sabido que la Carta Magna legisla en su art. 19 este principio, ya mencionado en párrafos precedentes, y por tal, frente al daño sufrido se lo debe reparar.

El Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1109) impone esta obligación: “Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”.

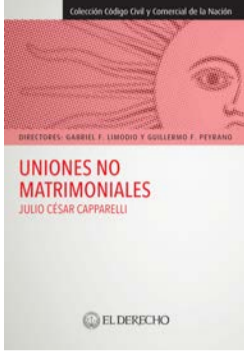
Ahora bien, ¿cuáles fueron los rubros indemnizatorios solicitados por la mujer en la demanda y que fueran valorados por los magistrados? Por un lado, el daño psicológico y, por otro, el daño moral.

Para el primero, la Alzada consideró el informe de la pericia psicológica llevada a cabo en el marco del proceso por violencia familiar, el cual concluyó que “la actora presenta un trastorno mental que puede ser encuadrado dentro de la clasificación del trastorno de estrés post traumático según el DSM-IV, con carácter de cronicidad”. Asimismo, dicho informe dio cuenta de varios indicadores propios de una mujer que ha atravesado una situación de violencia, tales como sintomatología de tipo psicósomática: angustia y ansiedad. La Alzada fijó como ítem resarcitorio la suma de \$40.000 al entender que “el daño psicológico invocado tiene relación de causalidad con la violencia familiar sufrida por la demandada”.

Respecto del daño moral, adhiriendo al principio de que su indemnización es de carácter resarcitorio y no sancionatorio, la Alzada estimó la suma de \$25.000 en concepto de este daño que el excónyuge debía abonar a la

## FONDO EDITORIAL

### Novedades



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
JULIO CÉSAR CAPPARELLI  
**Uniones no matrimoniales**  
ISBN 978-987-3790-38-6  
192 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

mujer. Con acertado criterio los magistrados interpretaron la manera de valorar la cuantía del daño, para lo cual llegaron a la conclusión de que “el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido”.

De modo tal, la sala H revocó la sentencia del *a quo* haciendo lugar a la acción indemnizatoria por daño psicológico y daño moral contenida en la reconvencción por la suma total de \$65.000.

A través del presente fallo se resolvió una cuestión típica en materia de violencia familiar, que lamentablemente pocas mujeres se animan a llevar a la justicia, pese a que en muchas de ellas quedan secuelas de ese daño tan profundo como el psicológico, el que suele ser, a veces, peor que el físico.

La sentencia representa un precedente interesante en la materia, ya que condena el daño psicológico y moral ejercido por el exmarido en el marco de una relación marital marcada por la violencia, dejando esas vastas secuelas tan irreversibles como son las producidas por el daño psicológico. El presente caso refleja una realidad que no puede ser soslayada en la actualidad, en la que día tras día más casos de violencia de género se vislumbran en la sociedad argentina, ya que crecen las denuncias pero, contrariamente, son pocas en tal sentido las consecuencias pecuniarias derivadas de esos daños, circunstancia clara de que sean pocas las mujeres que se animan a llevarlo a la justicia de familia.

**VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO MORAL - DERECHOS HUMANOS - DIVORCIO - FAMILIA - MATRIMONIO - MEDIDAS PRECAUTORIAS - MENORES - PERSONA - SOCIEDAD CONYUGAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

## Acreeedor hipotecario y locación en el Código Civil y Comercial. ¿Quién puede lo más no puede lo menos? Cuando la teoría no coincide con la práctica

por DOMINGO C. CURA GRASSI<sup>(\*)</sup>

### I El caso que se nos ocurre

Solemos comenzar desde la cátedra diciendo que el dominio es el derecho real que más facultades otorga a su titular.

Sin embargo, cuando analicemos el caso en cuestión, es decir, acreedor hipotecario que ejecuta su derecho y el

prioridad, por LUCÍA PUJOL, ED, 259-618; *El objeto de los derechos reales hoy: Breves reflexiones a propósito de su regulación en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 259-866; *La conservación del inmueble alquilado*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 261-621. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(\*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Jurisprudencia, UNLP. Investigador categorizado por el Ministerio de Educación de la Nación, Categoría Dos. Profesor titular, asociado y adjunto de Derechos Reales, UBA, Austral, UCA.

inmueble se encontraba locado, no obstante lo cual<sup>(1)</sup> el locatario debe dejarlo, el lanzamiento es procedente. Vemos, así, plasmada en la realidad la fuerza que tiene el acreedor hipotecario.

Ahora, si ese inmueble que se encontraba locado fuera vendido, el nuevo titular de dominio, con todas sus facultades, debe respetar, en el caso de que estuviera locado, esa locación.

### II El dominio. Fundamento y definición

#### A. Fundamento

El derecho real de dominio es algo natural, está presente en la mente del hombre desde su nacimiento y hasta su muerte<sup>(2)</sup>.

Y su aspecto social tiene un largo tiempo de maduración, por obra principalmente de SANTO TOMÁS DE AQUINO, quien manifestara que el titular de dominio no solo

(1) Decimos en principio, porque de existir una cláusula referida a la prohibición de locar, debería respetársela.

Generalmente los bancos, cuando aceptan una hipoteca, incluyen una cláusula en ese sentido para tener libre el bien.

(2) Ver nuestra obra *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, t. III, “Dominio”, 1998.

**Sumario:** I. EL CASO QUE SE NOS OCURRE. – II. EL DOMINIO. FUNDAMENTO Y DEFINICIÓN. A. FUNDAMENTO. B. DEFINICIÓN DE DOMINIO. – III. LA HIPOTECA. DEFINICIÓN. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LOS PRIVILEGIOS. A. DEFINICIÓN. B. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LOS PRIVILEGIOS. – IV. CONCLUSIÓN. QUIEN PUEDE LO MÁS NO PUEDE LO MENOS. – BIBLIOGRAFÍA.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Los acreedores hipotecarios no tienen derechos humanos. Tampoco garantías fiscales*, por ALEJANDRO P. GAIDO, EDCO, 2004-279; *Hipotecas que flotan y dogmas que se hundan (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)*, por RICARDO CABANAS TREJO y RAFAEL BONARDELL LENZANO, ED, 230-1071; *Sistemas de constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles en Latinoamérica*, por MIGUEL A. LUVERÁ, ED, 245-875; *El régimen recursivo registral inmobiliario ante el rechazo*, por MARCELO EDUARDO URBANEJA, ED, 247-713; *Recursos registrales. Registros de la propiedad inmueble. Ley 17.801. Principio de legalidad. Calificación registral. Recursos*, por JUANA BEATRIZ MAZZEI, ED, 252-638; *Hipoteca y*

debía tomar en cuenta su propio interés sino el de la colectividad.

En ese sentido, la doctrina social de la Iglesia, plasmada en las Encíclicas, constituyó y constituye otro relevante documento en subrayar el sentido y la función social que debe cumplir la propiedad.

Recientemente, de la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium* del Santo Padre FRANCISCO podemos extraer los siguientes aleccionadores pensamientos:

“El gran riesgo del mundo actual, con su múltiple y abrumadora oferta de consumo, es una tristeza individualista (...) de la búsqueda enfermiza de placeres superficiales...”.

“Santo Tomás de Aquino enseñaba que en el mensaje moral de la Iglesia también hay jerarquía, en las virtudes y en los actos que de ellas proceden...”.

“Ya no podemos confiar en las fuerzas ciegas y en la mano invisible de mercado...”.

Volviendo al fundamento del derecho real de dominio, si nos remitimos a los antecedentes franceses previos a la sanción de su Código Civil<sup>(3)</sup> y que fueron muy importantes en nuestro ordenamiento, hallamos en TRONCHET, MIRABEAU y ROBESPIERRE la idea de que la propiedad deriva de la ley; idea, por cierto, de origen feudal, de los tiempos en que no había tierra sin amo.

Y ese amo era el señor feudal, titular de dominio directo. Mas cuando la monarquía se impuso a la Iglesia y al señor feudal, el nuevo titular fue el rey, y así surgió la idea del dominio directo universal.

La obra de la Revolución francesa consistió, entonces, en abolir ese dominio directo del rey libertando la propiedad.

Ahora bien, si estamos a la definición de ese art. 544 del Código Civil francés: “La propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta”, advertimos que se construye el dominio sobre la base de la personalidad.

Y nuestro legislador, VÉLEZ SARSFIELD, en su Código Civil criticó esta definición, pues, en su opinión, no se trata de una verdadera definición, sino, más bien, de una enumeración de los principales atributos de la propiedad.

Existen otras teorías que fundamentan este derecho de propiedad, como ser la del pacto social, la de la ocupación, la del trabajo, pero, en nuestra opinión, creemos que la que mejor se adapta a nuestro pensamiento es la teoría de la personalidad, porque esta teoría atribuye a la simple calidad humana el fundamento de un derecho de propiedad, siguiendo en ello a AHRENS, quien en su obra *Derecho natural o filosofía del derecho* expresa:

“La propiedad es el reflejo de la personalidad humana en el dominio de los bienes materiales. La propiedad tiene su razón de existencia en la personalidad...”.

#### B. Definición de dominio

Está definido en el art. 1941 del cód. civil y comercial (CCC)<sup>(4)</sup>. Algunas de las fuentes de dicha norma las encontramos en los arts. 2506, 2507, 2511, 2513 a 2515, 2522, 2523 y 2805 del cód. civil.

El dominio es el derecho real por excelencia, tanto es así que en la enumeración de los derechos reales que hace el CCC en el art. 1887, inc. a), está enumerado en el primer lugar.

De la lectura del art. 1941 advertimos que hace referencia al dominio perfecto.

Es una definición que no nos termina de convencer, preferimos la definición de Vélez:

“El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.

Si bien admitimos que no es exacta, porque, en definitiva, todos los titulares de derechos reales someten la cosa a su voluntad, la definición del art. 1941 del CCC nos parece compleja, en primer lugar, porque hace referencia al dominio perfecto; en segundo lugar, porque se refiere a sus facultades y, en último lugar, porque es confusa; la referencia a “dentro de los límites previstos por la ley” parecería obvia.

Reconocemos también que a VÉLEZ SARSFIELD, equivocadamente en nuestro humilde parecer, se le imputaba ser excesivamente individualista, cuando todos conocemos que la definición de dominio la tomara de los autores fran-

ceses CHARLES AUBRY y CHARLES RAU, pero con la salvedad, precisamente, de que suprimió la parte en que los juristas franceses hacían referencia a las palabras “... de una manera absoluta y exclusiva...”.

Volviendo al CCC, surge, entonces, que estamos frente a un derecho real sobre cosa propia, principal, no accesorio, transmisible y que se ejerce mediante la posesión.

### III La hipoteca. Definición. Similitudes y diferencias con los privilegios

#### A. Definición

Art. 2205: “La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado”.

Por nuestra parte, advertimos de la lectura de este artículo del CCC<sup>(5)</sup> que, a diferencia del CC, que mencionaba “deudor”, aquí acertadamente se refiere al “constituyente”, habida cuenta de que, como sabemos, la hipoteca puede ser dada por un tercero, es decir, el deudor puede ser una persona y el que constituye el derecho real de hipoteca, otra.

Otra interesante definición de hipoteca podemos encontrarla en el anterior Código de Vélez Sarsfield en la nota al art. 3839, en el sentido de considerar la hipoteca como una “enajenación impropia”.

La importancia de este derecho real es capital, tanto desde el punto de vista del crédito como también desde la óptica de que al deudor no se lo priva del uso y goce del inmueble.

Es igualmente relevante destacar, en este punto dedicado a definición, la necesidad de diferenciar bien dos situaciones que tienen lugar frente al titular de este derecho real; el acreedor hipotecario, por un lado, es titular de un crédito (derecho personal) y, por otro, es titular de la hipoteca (derecho real).

Y esta distinción tiene sus consecuencias no ya desde la mera perspectiva teórica, sino desde la práctica, v. gr., la que se refiere a la competencia judicial, supeditada al crédito, quizás, y no al derecho real; la que se refiere a la prescripción, apuntando al crédito o al derecho real; la que se refiere a la constitución del título ejecutivo si, igualmente, debe dirigirse solamente al crédito o a la hipoteca, etcétera.

#### B. Similitudes y diferencias con los privilegios

##### Similitudes

Tanto la hipoteca como los privilegios confieren a sus acreedores el derecho de ser pagados con preferencia a los demás sobre el precio de la cosa gravada.

##### Diferencias

1) Constitución: La hipoteca es convencional (art. 2185, CCC); los privilegios son legales y el deudor no puede crearlos a favor de ninguno de sus acreedores.

2) *Ius perseguendi*: La hipoteca recae sobre cosas determinadas de acuerdo con el principio de especialidad (arts. 2188 y 2189, CCC)<sup>(6)</sup>; los privilegios generan derecho de preferencia persiguiendo cosas muebles e inmuebles conjunta o indistintamente.

3) *Ius preferendi*: En la hipoteca, la fecha del acto constitutivo del gravamen y la de su inscripción en el registro determina el derecho de preferencia respecto de otros créditos hipotecarios recaídos sobre el mismo inmueble, sin distinción de cada uno de ellos, atento a que, en definitiva, todos se traducen en dinero; en materia de privilegios, en cambio, el derecho de preferencia se determina por la naturaleza del crédito.

### IV Conclusión. Quien puede lo más no puede lo menos

Como manifestáramos en el punto I del presente estudio, el titular de dominio, el derecho real que confiere más facultades a su titular (quien puede lo más...), en el caso de que el inmueble adquirido se encontrara alquilado, debe

respetar ese contrato (... no puede lo menos); es decir, la locación anterior es oponible al nuevo titular de dominio, todo conforme lo prescripto por el art. 1189 del CCC y que tiene su antecedente en el art. 1498 del cód. civil de Vélez y su nota.

En el caso de la hipoteca, si el bien hipotecado se encontraba locado, ese contrato de locación no es oponible al acreedor hipotecario, quien puede no solo ejecutar sino llevar a cabo el lanzamiento, todo conforme lo prescripto por el art. 2195 del CCC y que tiene su antecedente en el art. 3157 del cód. civil de Vélez y su nota.

### Bibliografía

- AHRENS, HEINRICH, *Cours de droit naturel*, Paris, 1839.
- ALEGRÍA, HÉCTOR, *Diálogo de economía y derecho*, La Ley, 9-5-07.
- *Las garantías autoliquidables*, RDPC, N° 2.
- AQUINO, SANTO TOMÁS DE, *Suma Teológica*.
- BARASSI, LUDOVICO, *Diritti reali e possesso aquilano*, Milán, 1952.
- BERGOGLIO, JORGE, *Evangelii Gaudium*.
- BIELSA, RAFAEL, *Compendio de derecho administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1957.
- BUERES, ALBERTO, *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
- CÁMARA, HÉCTOR, *Prenda con registro o hipoteca mobiliaria*, Buenos Aires, Ediar, 1961.
- CAMMAROTA, ANTONIO, *Derecho hipotecario argentino*, Buenos Aires, Lajouanne, 1929.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uteha, 1944.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho español*, 11ª ed., 1979, t. I, vol. I, “Derechos de cosas”.
- CLERC, CARLOS, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- COLOMBO, CARLOS, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974.
- CORNEJO, AMÉRICO, *Derecho registral*, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- CURA GRASSI, DOMINGO C., *Propiedad horizontal, tiempo compartido y conjuntos inmobiliarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.
- *Hipoteca, prenda y anticresis*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- DASEN, JULIO - VERA VILLALOBOS, ENRIQUE, *Poseción. Defensa posesoria*, Buenos Aires, TEA, 1962.
- *El derecho real de superficie*, LL, 1987-D.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho civil de España. Parte general*, 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, t. 1, 1949.
- DE DAMU Y DE LIVART, RAMÓN, *La posesión*, Barcelona, Imprenta de Jaime Jepús, 1884.
- FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Tratado teórico y práctico de derecho comercial*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 1993.
- GRIMALDI, MICHEL, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, Semaine Juridique, N° 4, 2006-1294.
- IHERING, RUDOLF VON, *La posesión*, Madrid, Reus, 1926.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Lecciones de derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957.
- MCCORMACK, GERARD, *El futuro de las garantías reales y personales*, Revista de Derecho Comparado, N° 6.
- MARÍN PÉREZ, PASCUAL, *Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el derecho español*, Madrid, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre, 1943.
- POTHIER, ROBERT, *Tratado de la posesión y prescripción*, Barcelona, Librería de Juan Llordachs, 1880.
- RIVERA, JULIO C., *Contratos bancarios con garantía real*, LL, 1980-B-858.
- ROCA SASTRE, JOSÉ, *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch, 1954.
- SAVIGNY, FRIEDRICH VON, *Traité de la possession en droit romain*, 7ª ed., Bruselas, Bruylant-Cristophe y Compagne, 1886.
- TROPLON, RAYMOND, *Le droit civil expliqué. De la prescription*, Paris, Charles Hingray, Libraire-Editeur, 1833-1857.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Estudio sobre garantías reales*, Madrid, Montecorvo, 1973.

(3) Del año 1804.

(4) Art. 2506 del anterior CC.

(5) Art. 3108 del anterior CC.

(6) Art. 3109 del anterior CC.

VENEZIAN, GIACOMO, *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, Lib. Gral. de Victoriano Suárez, 1928.

WOLFF, MARTIN, *Derecho de cosas*, Barcelona, Bosch, 1977, t. III, vol. 2.

**VOCES: DERECHOS REALES - HIPOTECA - LOCACIÓN - DOMINIO - CONTRATOS - OBLIGACIONES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - VIVIENDA - REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE**

## JURISPRUDENCIA

### Libertad Provisional:

Prisión domiciliaria: concesión; madre de menores que se encuentran a cargo de la hermana mayor; finalidad de asegurar el bienestar de los menores; ampliación de hipótesis previstas (arts. 32 y 33, ley 24.660, modificada por ley 26.472). **Menores:** Interés superior del niño: derechos fundamentales; vigencia y operatividad.

1 – *Corresponde hacer lugar al recurso de apelación de la defensa y conceder la prisión domiciliaria de la imputada, pues si bien su situación no encuadra en las circunstancias previstas en el art. 10 del cód. penal, por cuanto sus hijos menores tienen más de cinco años, existen particulares circunstancias que hacen que proceda el beneficio solicitado, ya que sus hijos menores están al cuidado de su hija mayor, de 20 años de edad, al encontrarse el padre también detenido, por lo cual los menores no están bajo el cuidado de alguna persona mayor responsable y la situación de desprotección en que se encuentran encuadraría en las hipótesis previstas en el art. 32 de la ley 24.660, modificada por la ley 26.472, ya que resultaría de aplicación directa del mandato previsto en la Convención de Derechos del Niño, tratado internacional con jerarquía constitucional.*

2 – *La modificación de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660 y 10 del cód. penal, mediante ley 26.472, amplía las hipótesis de concesión de prisión domiciliaria para diversos supuestos, en particular en el caso de madres de niños menores de edad, que tiene como finalidad asegurar el superior interés de los niños involucrados, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño), esto es, asegurar la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño y, entre estos, preservar su familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros. Ello así, con la prisión domiciliaria se garantiza el interés superior del niño al preservar el contacto madre e hijo, sin poner en riesgo los fines del proceso. A.L.R.*

**59.242 – CFed. Mendoza, sala B, agosto 29-2016. – Incidente de prisión domiciliaria en autos M., A. L. p/ infracción ley 23.737 (causa nº FMZ 32315/2015/5/CA3).**

Mendoza, 29 de agosto 2016

Y Vistos:

Los presentes autos Nº FMZ 32315/2015/5/CA3, caratulados: “Incidente de Prisión Domiciliaria en autos M., A. L. p/ Infracción ley 23.737”, venidos del Juzgado Federal Nº 2 de San Juan, a esta Sala “B”, para resolver el recurso de apelación deducido a fs. 47/50 por la defensa de A. L. M.

Y Considerando:

I. Que, a fs. sub. 41/44, el “a quo” dispuso no hacer lugar al pedido de prisión domiciliaria solicitado a favor de la imputada.

Contra dicha resolución, la defensa de la imputada, interpuso a fs. 47/50, recurso de apelación. En dicho escrito manifiesta que la resolución impugnada le causa un gravamen irreparable a su defendida, en tanto se deniega la prisión domiciliaria de su defendida atento a que no entraría su situación en los parámetros legales; en atenta violación al espíritu de la ley y al bloque constitucional que vela por los derechos de los niños y niñas. En concreto advierte que se están vulnerando los derechos de los cuatro hijos menores de edad de la imputada (cuyas edades oscilan entre los 17 y 5 años), siendo vulnerado el derecho de la

hija mayor (de 20 años de edad), quien ha quedado a cargo de los mismos.

Señala, además, que la denegatoria se ha efectuado sin tener en consideración los dictámenes efectuados por los organismos especializados, los que sugerían como oportuno la concesión de la prisión domiciliaria a la imputada A. L. M.

A su turno, el representante del Ministerio Fiscal, al tiempo de dictaminar en la audiencia oportunamente fijada, manifiesta que no se opone a la concesión del beneficio toda vez que, si bien su situación no encuadra en los presupuestos básicos para la procedencia de una prisión domiciliaria, en el caso concreto se advierte una situación de desamparo de los menores que habilitaría a la procedencia del beneficio solicitado.

II. Que a fs. 61 se informa que, no obstante estar debidamente notificada la defensa de la imputada de que la Audiencia prevista para informar el recurso de apelación se efectuaría en forma escrita, la misma no presentó informe.

III. Que este Tribunal advierte que, en el presente caso, la defensa de A. L. M., ha dado razones suficientes como para que esta Alzada considere acertado otorgar el beneficio solicitado.

En primer lugar se advierte que, si bien la situación de la imputada no encuadra en ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 10 del Código Penal (por cuanto sus hijos menores tienen más de cinco años), existen en autos particulares circunstancias que hacen que deba proceder el beneficio solicitado.

Que la imputada se encuentra detenida en el Servicio Penitenciario Provincial, siendo que sus hijos menores, están al cuidado de su hija mayor M. C., de 20 años de edad, toda vez que el padre de los mismos hace dos años que se encuentra también detenido.

De las diferentes medidas practicadas, se evidencia que los menores **no se encuentran bajo el cuidado de alguna persona mayor responsable**. En efecto según se desprende del informe presentado por la Directora de Acción Social de la Municipalidad de Chimbas, San Juan, se desprende que los hijos de la imputada están a cargo de M. M. [sic] quien manifestó que: “... necesito que vuelva mi mamá yo no puedo sola con todos los chicos, el más grande no quiere ir a la escuela y no está haciendo nada (...) yo estaba estudiando y ahora no puedo seguir porque mi hermana más chica le tengo que dar la comida y llevarla a la escuela...” (sic, fs. 30).

Así las cosas, el organismo dictaminó que: “Los hijos de la Sra. M. A. L., se encuentran en riesgo socioambiental, debido a la inestabilidad de contexto familiar en el que conviven, ya que el padre de los mismos también se encuentra privado de su libertad, no contando con apoyo y contención de ningún progenitor” (fs. 32).

También se concluyó que: “la Joven M. se ve impedida de continuar perfeccionándose intelectualmente, debido a la responsabilidad que tiene para con sus hermanos” (fs. 33).

Por último se expresa: “Se puede inferir que al no contar con sus padres los niños en sus respectivas etapas evolutivas, esto incide de manera desfavorable para su bienestar y crecimiento, falta de escolaridad en los adolescentes por ejemplo” (fs. 33 *in fine*).

En razón de lo expuesto, estima esta Alzada que debe ser concedido el beneficio solicitado toda vez que la situación de desprotección en que se encuentran los menores, encuadraría en las hipótesis previstas en el artículo 32 de la ley 24.660, modificada por la ley 26.472, toda vez que resultaría de aplicación directa del mandato previsto en la Convención de Derechos del Niño, tratado internacional con jerarquía constitucional.

En este sentido resulta útil recordar que, la prisión domiciliaria es una solución prevista por la ley para aquellos casos en que el encierro carcelario va más allá de la restricción de la libertad para constituir –en función de la situación particular del causante– un sufrimiento intolerable e inhumano, por lo que precisamente, la finalidad de este instituto se dirigía a humanizar la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando en función de la situación descripta, la finalidad del encierro no tenía efecto práctico.

Así las cosas, la modificación de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal, mediante ley 26.472 –en tanto amplía las hipótesis de concesión de prisión domiciliaria para diversos supuestos– en particular en el caso

## FONDO EDITORIAL

### Novedades

### Colección “Código Civil y Comercial de la Nación”

#### Directores

DR. GABRIEL F. LIMODIO  
DR. GUILLERMO F. PEYRANO

*“Concebida con rigurosa metodología y un criterio práctico, procurando brindar un instrumento de consulta ágil que armonice la preocupación científica con la problemática que plantea diariamente la actividad profesional, ante la reforma más importante del Derecho Privado argentino desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield”.*

•••



EDUARDO C. MÉNDEZ SIERRA  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Obligaciones dinerarias**  
ISBN 978-987-3790-34-8  
285 páginas

•••



WALTER F. KRIEGER  
SERGIO S. BAROCELLI  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Derecho del consumidor**  
ISBN 978-987-3790-26-3  
133 páginas

•••



GUILLERMO F. PEYRANO  
JORGE N. LAFFERRIÈRE  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Restricciones a la capacidad civil**  
ISBN 978-987-3790-25-6  
197 páginas

•••



MARCELO EDUARDO URBAÑEJA  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Propiedad horizontal**  
ISBN 978-987-3790-28-7  
181 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

que nos ocupa, a madres de niños menores de edad, tiene como finalidad asegurar "... el superior interés de los niños involucrados, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22)...", esto es, asegurar la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño, entre éstos, a preservar su "... familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros..." (cfme. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos del Niño).

Se destaca que el sentido de la reforma legislativa es asegurar el bienestar del niño a su cargo. No se trata de una recompensa o un beneficio para la madre, ni de una situación donde la finalidad del encierro no tenga sentido práctico –como se refiriera en párrafos anteriores– sino de asegurar el respeto por el principio de personalidad de la pena –más aún en el caso de personas con prisión preventiva– y los derechos del menor.

En consecuencia, en el supuesto bajo examen, se conserva el objetivo de que la madre de los menores adquiera la capacidad de comprender y respetar las normas, mediante el cumplimiento de la regla de detención en su domicilio, pero el segundo objetivo de la finalidad de la pena previsto por art. 1 de la mencionada ley, coexiste junto con el interés superior del bienestar y derechos del niño. En este supuesto, la finalidad del encierro se cumple en la medida en que la madre cumpla efectivamente con su rol lo que debe ser vigilado y controlado por el Estado, de manera que se verifique que ello efectivamente ocurre.

Se enfatiza lo esencial que resulta para el desarrollo de los niños el contacto con su madre en los primeros años de vida y los perjuicios que sobre ellos produce la separación a tan corta edad, más aún como en el caso: la ausencia de una figura adulta que cumpla las funciones de cuidado y crianza cuando sus madres cumplen encarcelamiento, así como los daños que se derivan de la permanencia de los niños con sus madres, dentro de los ámbitos carcelarios; por ello, este Cuerpo entiende que la prisión domiciliaria, en este caso, garantiza el interés superior del niño preservando el contacto madre e hijo, sin poner en riesgo los fines del proceso.

Por todo lo cual, se considera que corresponde revocar el interlocutorio cuestionado, y conceder el beneficio de la prisión domiciliaria solicitado, desde el día de la fecha, bajo la supervisión de la detención domiciliaria del Patronato de Liberados, instrumentada bajo la forma de informes sociales quincenales (art. 2 de la ley 26.472), en el sentido que ha indicado *ut supra*.

Por lo expuesto, se resuelve: 1º) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Defensa de la encartada a fs. 47/50 y en consecuencia revocar el auto de fs. 41/44; 2º) Conceder la prisión domiciliaria a A. L. M., correspondiendo al tribunal de origen establecer los recaudos legales necesarios a fin de que la misma se haga efectiva; 3º) Solicitar al Patronato de Liberados, la supervisión del caso (art. 2 de la ley 24.672); 4º) La presente es sin ejecutoria y sin necesidad de notificar, debiendo bajar los presentes obrados al juzgado de origen a los fines pertinentes.

Cópiese. Notifíquese. – Roberto J. Naciff. – Raúl A. Fourcade (Sec.: Rolando H. Marino).

Conste: Que la Vocalía N° 2 de la Secretaría "B", se encuentra vacante por la renuncia a la subrogancia del Señor Juez de Cámara Dr. Hugo Carlos Echegaray y que fuera aceptada por esta Cámara Federal, según Acordada N° 9268/16 de fecha 05 de julio de 2016.

## Turismo:

Contrato de viaje; intermediario de viaje; responsabilidad; carácter profesional; prestaciones; incumplimiento; ley 24.240; aplicabilidad; daño emergente; indemnización; daño moral; rechazo.

1 – Más allá de las diversas teorías esbozadas respecto de la naturaleza jurídica del contrato de viaje, existe opinión mayoritaria en punto a la obligación de responder que pesa sobre el o los organizadores por la adecuada ejecución de las obligaciones asumidas contractualmente, sea que deban estos

*cumplirlas directamente o recaigan sobre otros prestatarios vinculados al negocio.*

2 – Puesto que la agencia de viajes accionada es un comerciante profesional, esta condición le exige una diligencia acorde con su objeto hacendal y una organización adecuada para desarrollar idóneamente su cometido, por lo cual su conducta no puede apreciarse con los parámetros de un neófito, sino conforme al estándar de responsabilidad agravada que el profesional titular de una empresa de alto nivel de especialización tiene frente al usuario.

3 – Si bien la agencia de viajes accionada no tiene responsabilidad alguna en que la compañía aérea en la cual debían viajar los actores haya quebrado, y no se encuentra probado que haya tenido conocimiento de su situación financiera al momento de vender los pasajes a los accionantes, debe responder igualmente por los daños ocasionados a estos últimos por la frustración del viaje contratado, pues la demandada debió haberse cerciorado de la situación de la aerolínea antes de recomendar la adquisición de los pasajes con dicha empresa. Máxime que su actuar, una vez conocido el hecho, no fue acorde a los estándares que debe guardar un intermediario de viajes, ya que no les brindó a los accionantes ningún tipo de información ni tampoco les ofreció ayuda para reclamar a la empresa aérea los importes abonados.

4 – En virtud de lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240, ante el daño ocasionado al pasajero por el incumplimiento total o parcial de sus obligaciones por parte del intermediario de viajes, este último, al ser prestador del servicio, está obligado a responder, ya que esta responsabilidad es objetiva, integral y solidaria.

5 – La ley 24.240 prevé para los agentes de viajes una responsabilidad que es objetiva, integral y solidaria, por lo cual, aplicando dicha normativa, el organizador del viaje responde de manera agravada, prescindiendo de su diligencia o incluso de la de sus prestadores.

6 – La pretensión de la demandada de desacreditar la aplicación de la ley 24.240, a fin de juzgar su responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones con los actores, por considerar que en el supuesto de autos no se trata de un "contrato de viaje" sino simplemente de un contrato de transporte aerocomercial, resulta insostenible, ya que la accionada se encuentra registrada como "agencia de viaje y turismo", en los escritos presentados se refiere a ella misma como "agencia" y ha solicitado que se aplique al caso la ley 18.829, que reglamenta la actividad de las "agencias de viajes", por lo cual admitir que se le dé el tratamiento de una empresa de transporte aerocomercial iría en contra del principio de los actos propios.

7 – Aun cuando el incumplimiento de la intermediaria de viajes accionada no se juzgara a la luz de la ley 24.240 sino de la ley 18.829 que reglamenta la actividad de las "agencias de viajes", de todos modos sería responsable por los perjuicios ocasionados a los actores a raíz de haberles vendido pasajes aéreos de una compañía que estaba en crisis y que finalmente quebró, lo cual redundó en la frustración del viaje contratado, pues la mencionada ley 18.829 y su decreto 21/82 limitan la responsabilidad del agente de viajes a la "debida diligencia", la cual no se encontró acreditada en autos.

8 – Al haber quedado determinada la responsabilidad de la agencia de viajes accionada por la frustración del viaje contratado por los actores a raíz de la quiebra de la empresa de aeronavegación, corresponde condenarla a reintegrar el valor de los pasajes aéreos en concepto de daño emergente.

9 – No resulta procedente condenar a la agencia de viajes accionada a abonar a los actores una indemnización en concepto de daño moral por la frustración del viaje contratado a raíz de la falta de diligencia de aquella, pues los accionantes no probaron que el incumplimiento de la demandada les hubiera ocasionado una verdadera lesión espiritual y no las simples molestias que normalmente acompañan al incumplimiento de un contrato. R.C.

59.243 – CNCCom., sala B, julio 5-2016. – F., T. y otro c. Editando S.R.L. s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 5 días del mes de julio de dos mil dieciséis, reunidas las señoras juezas de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por "F. T. y otro c/ Editando S.R.L. s/ ordinario", en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en

el siguiente orden: Doctoras María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, Ana I. Piaggi, y Matilde E. Ballerini. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La señora Juez de Cámara Doctora María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero dijo:

### I. LA CAUSA

T. F. y J. P. R. promovieron demanda de daños y perjuicios contra Editando SRL, en su carácter de titular de la agencia de viajes "Viajobien.com" por la suma de \$40.550.

Relataron que en el verano del año 2010 los actores con mucho sacrificio decidieron viajar a Europa, y adquirieron los pasajes aéreos a la empresa demandada.

El 31 de agosto de 2009, en las oficinas de "Viajobien.com" le recomendaron adquirir un vuelo chárter de "Air Comet" que partía el 21 de enero de 2010 y regresaba el 10 de febrero de 2010 por un costo de U\$S980, según recibo N° 000793879-00.

Expusieron que en ningún momento la agencia de viajes alertó de la situación de "Air Comet", la cual atravesaba problemas financieros desde junio de 2008, situación que no podía ser desconocida por la empresa de turismo.

La agencia demandada les vendió los pasajes aéreos de "Air Comet" al mismo precio que cualquier otro pasaje aéreo. Insistieron que nunca se les advirtió sobre la situación de la aerolínea que era notorio conocimiento en el ámbito de las Agencias de Turismo. El 23.12.2009 "Air Comet" suspendió sus vuelos entre los que se encontraba el de los actores, y quebró.

Alegaron que sus familiares les prestaron dinero para adquirir pasajes en otra compañía, para que pudieran concretar el viaje.

Resaltaron que todo lo expuesto demuestra la inobjetable responsabilidad de la agencia de viajes.

Solicitaron indemnización por daño material, gastos, lucro cesante, daño moral, y daño psicológico por un total de \$40.550, con más los intereses y costas.

A fs. 35/54 se presentó Editando SRL, mediante apoderado, contestó demanda y solicitó su rechazo con costas.

Opuso excepción de falta de legitimación pasiva, ya que solo operó como intermediario en la compraventa de los pasajes aéreos expedidos por "Air Comet".

Negó todos los hechos expuestos en la demanda que no merecieron su expreso reconocimiento.

Brindó su versión de los hechos, manifestó desconocer los problemas financieros que afectaban a la compañía aérea, y negó la aplicación de las disposiciones de la ley de defensa del consumidor.

Impugnó la totalidad de los rubros.

### II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de la anterior instancia hizo lugar a la demanda y condenó a Editando SRL a abonar la suma de \$12.094,68, con más los intereses y costas.

Contra dicho decisorio se alzó la parte demandada fundando su recurso a fs. 333/48, la cual recibió contestación a fs. 353/57.

### III. EL RECURSO

En primer lugar tachó de arbitraria la sentencia por considerar errónea la aplicación de la ley 18.829, reglamentada por el decreto 2182/72 y la Convención de Bruselas.

Alegó que dichas normas no resultan aplicables al caso, en el supuesto de autos no nos encontramos frente a un "contrato de turismo" o "contrato de Viaje", sino simplemente a un contrato de transporte aerocomercial.

Resaltó que el Juez *a quo* no advirtió que la Convención de Bruselas, fue denunciada por la República Argentina y por lo tanto no se encuentra vigente, lo que la torna inaplicable.

Citó jurisprudencia para sustentar su postura e invocó doctrina que ha entendido que cuando se trata de una venta de pasajes aéreos, la relación contractual se da entre el prestador aéreo y el pasajero y no entre el pasajero y la agencia de viajes, que sólo es un "kiosco de venta" sin responsabilidad en la prestación propia de la línea aérea.

En segundo lugar cuestionó que se hayan confundido las figuras jurídicas llegando a una conclusión equivocada, que vulnera el derecho de defensa de su parte. Resaltó que al no tratarse el supuesto bajo examen de un contrato de

turismo, tampoco resulta aplicable la ley de defensa del consumidor.

La agencia solo vendió un pasaje aéreo, pero que no lo hizo por cuenta propia, ni ha prestado el servicio ni lo podía prestar. La relación jurídica entablada entre quien contrata un servicio de turismo y la agencia que lo presta debe encuadrarse prioritariamente en el marco regulado por la ley 18.829 y no la ley de defensa del consumidor.

Se agravio especialmente por la errónea interpretación que el magistrado realiza a la norma del derecho de los consumidores. Alegó que su interpretación lo lleva a considerar exactamente lo contrario de lo que expresamente establece la normativa.

Criticó que se haya considerado que su parte conocía el estado falencial de la aerolínea, cuando dicha situación y la consecuente suspensión de permisos para efectuar vuelos comerciales no era conocida ni al tiempo en que los pasajeros compraron sus billetes, ni al tiempo en que ellos debían viajar.

Remarcó la prueba rendida que demuestra que su parte se anotició el 22.12.2009 del cese de operaciones de la aerolínea y no antes de esa fecha; o sea, la noticia fue tan sorpresiva para su parte como para los actores, así como que el reembolso de los billetes de pasaje debía ser tramitado directamente por éstos y no por su parte.

Criticó la negligencia que se le imputa en la sentencia y que por ello se lo condene al reembolso del importe de los pasajes, ya que su parte no conocía la situación financiera por la que atravesaba la aerolínea.

Cuestionó que se haya reconocido el daño moral mediante expresiones dogmáticas y sin sustento en los hechos de autos.

#### IV. LA SOLUCIÓN

a) Un orden lógico de prelación impone la necesidad de tratar en primer término el agravio relativo a la arbitrariedad del fallo.

A mi criterio, y más allá de compartirlo o no, el fallo resulta coherente, es ajustado a las constancias probadas de la causa; está correctamente fundado y no exhibe dogmatismos. La sentencia constituye una unidad lógico-jurídica cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación (C.S.J.N., 6-10-1992, *in re* "Sosa, José c. Gobierno de la Provincia", LL, diario del 30-6-1993) y su análisis forma en mi ánimo la convicción que cumplimentó no sólo la ortodoxia ritual sino también las cuestiones fácticas y jurídicas de fondo.

Naturalmente, los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas y cada una de las pruebas producidas, sino únicamente las que sean esenciales y decisivas en la causa y, pueden inclinarse hacia algunos elementos probatorios descartando otros (confr. C.S.J.N., 22-5-1984, *in re* "Bianchini, Arnaldo c. Gore, Antonio"; ídem, 10-5-1984, *in re* "Blanco Carrera, Ramona y o. c. Maldonado de Medina", bis ídem, 23-4-1991, *in re* "Balzarotti, G. y otros", entre otros). No advierto entonces que contenga deficiencias técnicas que la invaliden como acto jurisdiccional.

Sentado ello, no se encuentra controvertido que: i) los accionantes le compraron a "Viajobien" dos pasajes ida y vuelta desde Buenos Aires con destino a Madrid en la compañía aérea "Air Comet", ii) la empresa aérea "Air Comet" quebró y el 23.12.2009 suspendió sus vuelos, iii) los actores debieron adquirir nuevos pasajes en otra compañía aérea.

El accionado disiente en torno al cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas contractualmente por su parte y la atribución de responsabilidad.

Sobre dicha plataforma fáctica estructuraré la decisión.

Del informe presentado por el Ministerio de Turismo a fs. 95 surge que "la Agencia Viajobien Legajo N° 10598 opera bajo la razón social 'Editando SRL' y con el nombre de fantasía que se menciona", cuenta con una licencia para operar como agencia de Viajes y Turismo.

Creo conveniente precisar al respecto que las opiniones doctrinarias en cuanto a la naturaleza del contrato de viaje organizado celebrado entre la agencia de viaje y el cliente son muy variadas y diversas. Véase que mientras algunos autores lo encuadran dentro del contrato de locación de

obra, otros lo asimilan a la compraventa, al contrato de mandato con representación y hay quienes lo califican como un contrato innominado.

Lo cierto es que más allá de las diversas teorías esbozadas respecto de la naturaleza jurídica del contrato de autos, existe opinión mayoritaria en punto a la obligación de responder que pesa sobre el o los organizadores por la adecuada ejecución de las obligaciones asumidas contractualmente, sea que deban éstos cumplirlas directamente o recaigan sobre otros prestatarios vinculados al negocio (CNCom., Sala D integrada, mi voto, *in re* "Cellini de Margheritis, Ana c/ Simunovich Tonco, s/ sumario", del 05-08-04 y citas allí efectuadas).

Como es sabido, el contrato de viaje fue regulado por la Convención Internacional de Contrato de Viaje de Bruselas (año 1970), ratificada en nuestro país por ley 19.918. Si bien es cierto, como destacó el apelante en sus agravios, que dicha convención fue denunciada por Argentina el 16/12/2008 y su extinción operó a partir del 16 de diciembre de 2009 (publicado en el boletín oficial n° 31.562 página 33), los pasajes aéreos fueron adquiridos con intención de la demandada el 31 de agosto de 2009, por lo cual al momento de llevarse a cabo la contratación, la Convención de Bruselas se encontraba vigente.

Ergo, juzgo que la solución debe alcanzarse a través de su aplicación, partiendo de la base que:

i) el art. 3 dispone: "En la ejecución de las obligaciones que resultan de los contratos (...) el organizador de viajes y el intermediario de viajes garantizarán los derechos e intereses del viajero según los principios generales del derecho y las buenas costumbres en este dominio...";

ii) el art. 13, inc. 1° establece que: "El organizador de viajes será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial, de sus obligaciones de organización tales como resultan del contrato (...) salvo que se pruebe que él ha obrado como un diligente organizador de viajes";

iii) el art. 15:1 estipula que: "El organizador de viajes que hace efectuar por terceros prestaciones de transporte, alojamiento o cualquier otro servicio relativo a la ejecución del viaje o de la estadía, será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial de esas prestaciones (...) Idéntico criterio se seguirá ante cualquier perjuicio causado al viajero en ocasión de la ejecución de estas prestaciones, salvo si el organizador de viajes prueba que él se ha comportado como un diligente organizador de viajes en la elección de la persona que realiza el servicio";

iv) Finalmente, su art. 22:1 expresa que: "El intermediario de viajes será responsable por toda falta que cometa en la ejecución de sus obligaciones, debiendo apreciarse dicha culpa en relación con los deberes que incumben a un diligente intermediario de viajes".

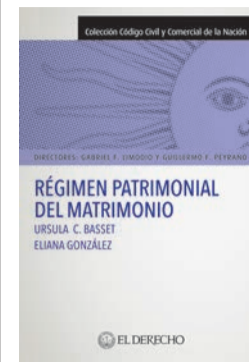
De ello se sigue que la responsabilidad de la defendida surge por la contravención al parámetro de diligencia que informan las referidas normas y en el deber general de atenderse a los buenos usos en la materia, tratándose entonces de una aplicación más del principio de la buena fe, relevante en todo tipo de relación contractual y especialmente significativo en aquellas en donde la profesionalidad de una de las partes en la prestación de un servicio genera en la otra una legítima confianza basada en la experiencia y aptitud técnica.

"Viajobien" es un comerciante profesional, condición que la responsabiliza de manera especial (CNCom., esta Sala, *in re* "Minniti, Oscar Vicente c/ Thriocar SA", del 05-10-99) y ésta le exige una diligencia acorde con su objeto haciendal y una organización adecuada para desarrollar idóneamente su cometido. Ergo, la conducta esperable no puede apreciarse con los parámetros de un neófito sino conforme al estándar de responsabilidad agravada que el profesional titular de una empresa de alto nivel de especialización, tiene frente al usuario (CNCom., esta Sala, *in re* "Gismondi, Adrián Alejandro y otro c/ Ascot Viajes SA", del 17-12-99, J.A. 2001-I-620; ídem *in re* "Giacchino, Jorge c/ Machine & Man", del 23-11-95).

Si bien su parte no tiene responsabilidad alguna en que la compañía aérea haya quebrado, y no se encuentra probado que haya tenido conocimiento de la situación finan-

## FONDO EDITORIAL

### Novedades



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

URSULA C. BASSET  
ELIANA GONZÁLEZ

**Régimen patrimonial del matrimonio**

ISBN 978-987-3790-36-2  
262 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

ciera de la compañía al momento de vender los pasajes, debió haberse cerciorado de su situación para recomendar su adquisición. Además, su actuar una vez conocido el hecho no fue acorde a los estándares que debe guardar una empresa de dichas características.

Obsérvese que la agencia no les brindó a los actores ningún tipo de información, tampoco les explicó ni ofreció ayuda para reclamar a la empresa aérea los importes abonados. Los actores habían adquirido los pasajes de la compañía en crisis a través de la empresa demandada quien cobró por sus servicios.

Como destacamos anteriormente la Convención de Bruselas hace hincapié en varios de sus articulados en que el intermediario será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial de esas prestaciones, salvo que el organizador de viajes pruebe que él se ha comportado como un diligente organizador de viajes.

## EDICTOS

### REMATES

JOSÉ LUIS ADÁN  
El Juzgado Nacional en lo Civil N° 100, a cargo del Dr. Miguel Ángel Prada Errecart, Secretaría Única, del Dr. Osvaldo Guillermo Carpintero, sito en Av. De los Inmigrantes 1950 (4° piso), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comunica por 2 días, en autos: 94651/2011: PASKEVICH SUSANA BEATRIZ Y OTRO C/ OCHOA U OCHOA DE KISINOSKY ELMA JULIA S/EJECUCION HIPOTECARIA, que el martillero José Luis Adán subastará el día 19 de septiembre de 2016, a las 11:15 hs. en punto, en el Salón de Ventas de la calle Jean Jaures 545 de esta ciudad, el inmueble ubicado con frente a la calle Centenera 512 e/ las de Los Patos y Uspallata, designado como lote 1 "B" de la manzana 139 "a", MATRICULA: 50079; NOMENCLATURA CATASTRAL: Circ. IV, Sec. C, Manz. 139, Parc. 1b; SUPERFICIE TOTAL: 220 m2. De la Ciudad de Hurlingham, partido de Morón, Pcia. de Bs. As. SEGÚN CONSTATAción realizada por el martillero que obra a fs. 144/50 y que dice: Consta de una casa con living comedor, comedor diario, cocina, dos (2) dormitorios uno al frente y otro al patio, baño completo, un patio con escalera caracol que conduce a la terraza descubierta, posee además una galería descubierta y un alero semi-cubierto hay también un lavadero con techo de chapa en el patio. La casa tiene un garaje cubierto y un jardín adelante con rejas. ESTADO DE CONSERVACION: En normal estado de uso y conservación (fs. 150). ESTADO DE OCUPACION: Ocupado (fs. 150). DEUDAS: Aguas Argentinas: ARBA \$ 4.520,60 (al 28/11/2014) Fs. 184/88; RENTAS (Munic. de Hurlingham) \$18.707,22 (al 5/08/2014) Fs. 189; AYSA se encuentra fuera del radio de servicio de agua y cloaca que presta la empresa (Fs. 121). Las presentes deudas se encuentran sujetas a reajustes por actualización de las mismas. Téngase presente lo

dispuesto por la Exma. Cámara del fuero en plenario "Servicios c/ Yabra" de fecha 19/02/99". CERTIFICADO DE DOMINIO: N° 1129370/7, fecha 25/11/2014, fs. 176/181. CERTIFICADO DE INHIBICIONES: N° 1129375, fecha 25/11/2014, fs. 182/3. BASE: \$485.000. SEÑA 30%. COMISION 3%. ACORDADA 24/00 (C.S.J.N.): 0,25%. Todo en dinero en efectivo en el acto de la subasta y al mejor postor, debiendo el comprador acreditar su identidad, y constituir domicilio dentro del radio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas en el Art. 133 del C.P.C.C. El comprador deberá depositar el saldo de precio al 5° día de aprobada la subasta en una cuenta a nombre de autos y a la orden del Juzgado, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Art. 580 C.P.C.C. No procede la compra en comisión. EXHIBICION: los días 14 y 15 de septiembre de 2016, en el horario de 10 a 11:30 hs. Para mayor información dirigirse al Expte. o al martillero José Luis Adán al Te.: 4372-2023. En Buenos Aires, 16 de agosto de 2016. Osvaldo Guillermo Carpintero, sec.

I. 8-9-16. V. 9-9-16 5684

### SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 91, a cargo del Dr. Carlos Goggi, Secretaría Única, a cargo de la Dra. María Eugenia Nelli, sito en Av. de los Inmigrantes 1950, 4° piso, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por treinta días, a herederos y acreedores de MARÍA LUISA GIL, D.N.I. N°: 4.947.587, a fin de hacer valer sus derechos, en los autos, "Gil María Luisa s/sucesión ab-intestato", Expediente Nro. 28477/2016. El presente deberá publicarse en el diario El Derecho durante tres días. Buenos Aires, 30 de agosto de 2016. María Eugenia Nelli, sec.

I. 7-9-16. V. 9-9-16 5677



# EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1  
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

El demandado debió probar que su parte actuó con la diligencia debida y esperada, lo cual no aconteció en el caso.

Cabe destacar, asimismo que si bien, al momento de la celebración del contrato la Convención internacional continuaba vigente, a idéntica solución hubiésemos arribado sin su aplicación.

En supuestos como el de autos, resulta aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, la cual dispone en su art. 40: "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 (...) La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan".

Es decir, que dicho artículo dispone que ante el daño ocasionado al pasajero, la agencia, al ser prestadora del servicio, está obligada a responder. La ley 24.240 prevé para los agentes de viajes una responsabilidad que es objetiva, integral y solidaria.

Por lo cual, aplicando dicha normativa el agente de viajes responde de manera agravada, prescindiendo de su diligencia o incluso de la de sus prestadores.

El recurrente pretende desacreditar la aplicación de la ley 24.240, por considerar que en el supuesto de autos no se trata de un "contrato de Viaje", sino que simplemente de contrato de transporte aerocomercial.

Dicha postura resulta insostenible ya que la empresa demandada se encuentra registrada como "agencia de viaje y turismo" según lo informa el Ministerio de Turismo a fs. 95.

Asimismo, su parte en los escritos presentados se refiere a ella misma como "agencia", y solicita en los agravios que se aplique al caso la ley 18.829, la cual reglamenta la actividad de las "Agencias de Viajes".

Ergo, no puede pretender ahora que se le dé tratamiento como si fuera una empresa de transporte aerocomercial cuando ella misma reconoce ser una agencia. Una conclusión distinta iría en contra del principio de los actos propios.

El demandado asimismo en su afán de desvirtuar la aplicación de la ley de defensa del consumidor, solicitó que el caso se encuadre dentro del marco regulado por la ley 18.829.

La ley 18.829 y su decreto 21/82 limitan la responsabilidad del agente de viajes a la "debida diligencia", la cual como se destacó anteriormente no se encontró acreditada en autos.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la ley de defensa del consumidor en su art. 3, dispone: "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (...) Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

Recuerdo, asimismo, que dichas relaciones se encuentran amparadas por la Constitución Nacional en su art. 42 "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno".

Como consecuencia de ello, no existen dudas que en el caso procede la aplicación de la ley de defensa del consumidor.

En virtud de todo lo expuesto considero que la empresa demandada debe responder por el perjuicio ocasionado a los actores.

b) Delimitada la responsabilidad me abocaré al tratamiento de los rubros indemnizatorios cuestionados.

El Juez de la anterior instancia condenó a la accionada al reintegro de los pasajes aéreos y al pago del daño moral ocasionado. Ambos rubros fueron cuestionados por la recurrente.

Respecto del reintegro del valor de los pasajes, la demandada se limitó a cuestionar su procedencia alegando que su parte carece de responsabilidad.

Siendo que en el punto anterior ha quedado determinada su responsabilidad, y que a fs. 33 la propia demandada acompañó una copia de la factura donde consta la adquisición de los pasajes aéreos, considero que corresponde reconocer la suma de \$7094,68 por la frustración del viaje contratado.

Respecto del daño moral por el incumplimiento contractual, participo en el supuesto de la doctrina mayoritaria que ha sostenido el carácter reparador de la indemnización (conf. Planiol-Ripert, "Traité Élémentaire de Droit Civil", T. II, pág. 328; Eduardo Busso, "Código Civil Anotado", T. III, pág. 414; Guillermo Antonio Borda, "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", T. I, pág. 190; Alfredo Orgaz, "El daño resarcitorio", pág. 220 y sgtes.; Jorge Mosset Iturraspe, "Reparación del daño moral", J.A. 20-295).

No obstante que el art. 522 C.Civil contempla la indemnización de ese daño en el incumplimiento contractual, preciso es señalar que su admisibilidad es facultativa para el tribunal.

Pero aun en el supuesto que se considerara admisible la reparación del daño moral, su procedencia requiere prueba fehaciente a apreciar con criterio restrictivo. Por las circunstancias que rodearon la situación de quien formula el reclamo, debió éste experimentar una verdadera lesión espiritual y no las simples molestias que normalmente acompañan al incumplimiento de un contrato, en tanto éstos son riesgos propios de cualquier contingencia contractual.

Es difícil concebir que el incumplimiento contractual ocasione para la víctima una afección espiritual cuando la relación ha versado sobre materia mercantil, cuyo fin último es el lucrativo, por ello, si bien no cabe descartar la posibilidad de que pueda ocurrir, debe exigirse la demostración de haber sido así (conf. C.N.Com., esta Sala mi voto "in re"; "Fama, José c/ Banco Popular Argentino S.A. s/ sumario", del 23-2-96; íd., "Benítez de Fajardo, Rosa Epifanía c/ Caja de Seguros de Vida S.A.", del 7.10.04; íd., Sala C, "Nowak, Alberto c/ Omega Coop. de Seguros Ltda. s/ sumario", del 18-2-93; íd., Sala D, "Maucci, Emilio Carlos c/ Banca Nazionale del Lavoro", del 7-9-98; íd., mi voto "in re"; "Espinosa, José Alberto y otro c/ Caja de Seguros de Vida S.A.", del 29.12.05, entre otros), lo que no ocurrió en el caso.

En punto a las costas, destaco que en autos no se verifican circunstancias que permitan soslayar el principio establecido por el art. 68 del Cód. Procesal, que adopta la teoría del hecho objetivo de la derrota (CNCom., esta Sala, *in re*: "Troncoso, Carlos s/quiebra", del 23/12/1992). Como es sabido, las costas constituyen una reparación de los gastos en que debió incurrir el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho. Ergo, el demandado debe cargar con el total de éstas originado por su inconducta contractual, aunque la demanda prospere por un monto inferior al originariamente reclamado. Corresponde que el demandado cargue exclusivamente con el pago de las costas si es acogida la acción principal (CNCom., esta Sala, *in re*: "Frigorífico Moreno S.A. c. Subpga SACEI s/ ordinario", del 04-10-93; "Testa de García, Renata c. Plan Rombo S.A. de ahorro para fines determinados s/ordinario", del 15-03-93).

Las antedichas conclusiones me eximen de considerar los restantes argumentos esbozados por el recurrente (CNCom., esta Sala, *in re*: "Perino, Domingo A. c. Asorte S.A. de Ahorro para fines determinados y otros s. ordinario", del 27-8-89; CSJN, *in re*: "Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica", del 13/11/1986; ídem *in re*: "Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas", del 12/2/1987; v. Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros). Es que según doctrina fijada reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el juez no tiene el deber de analizar todos y cada uno de los argumentos propuestos, sino tan sólo aquellos que a su criterio sean conducentes y posean relevancia para la decisión del caso (Fallos 258:304; 262:222; 272:271; 291:390; 297:140; 301:970; entre otros).

## COLUMNA LEGISLATIVA

### Legislación Nacional

Resolución 298 de agosto 31 de 2016 (ANSeS) - **Seguridad Social**. Remuneración. Índices de actualización de las remuneraciones mensuales percibidas por los afiliados que hubiesen prestado tareas en relación de dependencia. Aprobación (B.O. 5-9-16).

Disposición 4592 de agosto 30 de 2016 (DNM) - **Migraciones**. Reglamento para la tramitación de la Autorización de Viaje Electrónica. Alcance. Inicio del procedimiento. Trámite. Actuación. Autorización. Control. Aprobación (B.O. 1-9-16).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

### V. CONCLUSIÓN

Como consecuencia de todo lo expuesto propongo a mis distinguidas colegas: i) confirmar la sentencia de la anterior instancia respecto de la responsabilidad de la demandada y el reconocimiento del daño emergente, y ii) modificarla rechazando la indemnización otorgada en concepto de daño moral. Costas a la demandada vencida.


He concluido.

Por análogas razones la señora juez de Cámara la doctora *Matilde Ballerini*, adhirió al voto anterior.

### Y Vistos:

Por los fundamentos del Acuerdo que precede, *se resuelve*: i) confirmar la sentencia de la anterior instancia respecto de la responsabilidad de la demandada y el reconocimiento del daño emergente, y ii) modificarla rechazando la indemnización otorgada en concepto de daño moral. Costas a la demandada vencida. La Sra. Juez de Cámara Dra. Ana I. Piaggi no interviene por encontrarse en uso de licencia (art. 109 RJN).


Regístrese y notifíquese por Secretaría, en su caso, conforme Acordadas Nº 31/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada Nº 15/13 CSJN. - *María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero*. - *Matilde Ballerini* (Sec.: Ruth Ovadia).



## Segunda ed. actualizada

### "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"

La reforma más importante del Derecho Privado Argentino



Año: 2016  
1148 págs.  
ISBN: 978-987-3790-22-5

\$ 750

Descuento especial para alumnos UCA

Venta telefónica: (011) 4371-2004 - Compra online: ventas@elderecho.com.ar  
www.elderecho.com.ar - elderecho@elderecho.com.ar  
Tucumán 1436/1438 (C1050AAD) - Buenos Aires - Argentina

