

Doctrina

¿Hacia una carta de derechos de inteligencia artificial?



Elian Facundo Yorlano

Exasesor legal en la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina. Profesor invitado del Seminario de Grado “La Inteligencia Artificial frente al Derecho” (UNLP). Investigador y autor de distintos artículos sobre derecho e inteligencia artificial.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El caso de los Estados Unidos de Norteamérica.— III. Conclusiones.

I. Introducción

En la actualidad, tomamos algunas cuestiones arraigadas como cotidianas, sin realizar una especial detención en la reflexión acerca de cómo surgieron. Quizás deviene en tintes medievales el pensar que debe expresarse en una norma escrita las limitaciones básicas de nuestros gobernantes, o limitar el poder de quien ejerce la presidencia para que su libre voluntad no sea nuestra normativa. Sin embargo, como bien ya sabemos, esto no fue siempre así.

Situándonos en diferentes contextos, hoy en día la situación no es tan distinta en diversos sistemas de gobierno de nuestro mundo. A modo de ejemplo, podemos pensar en las Declaraciones de Derechos o Bill of Rights de Inglaterra en 1689 y de Estados Unidos en 1791. En cuanto a la primera, enunciando una de sus leyendas: “The King cannot suspend or eliminate laws without Parliament’s approval” [El rey no puede suspender o eliminar leyes sin la aprobación del Parlamento], y en este sentido, podemos advertir que es una norma que llega con plena vigencia hasta nuestros días, no solo en el Reino Unido, sino en la mayoría de los países con sistemas de gobierno democráticos, dando lugar a sistemas constitucionalistas.

De distinto modo, pero tomando su precedente como uno de los fundamentales argumentos, los Estados Unidos de Norteamérica dictaron su Carta de Derechos en 1791, dando lugar a las harto conocidas “Enmiendas”, pudiendo enumerar como un apartado histórico la Quinta Enmienda, haciendo referencia al debido proceso judicial que corresponde a cada ciudadano.

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on

a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger” [Ninguna persona deberá ser obligada a responder por un delito capital o infamante a menos que sea presentada o acusada por un jurado de acusación, excepto en los casos que surjan en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando estén en servicio activo en tiempos de guerra o peligro público], de esta manera, deja entrever una limitación esencial al poder político y de policía, en resguardo y en pos del cuidado de la ciudadanía.

Así pues, la situación hoy es ligeramente distinta, dado que es poco frecuente el ascenso de aquellas figuras políticas con intención de arrogarse mayores prerrogativas a las que realmente corresponden. Sin embargo, nos encontramos ante un escenario donde la llamada “Cuarta Revolución Industrial” toma protagonismo, dando lugar a nuevos conflictos y dificultades, y consigo, a nuevas soluciones posibles. En nuestros medios de comunicación contemporáneos, encontramos un crecimiento exponencial en las novedades tecnológicas que nos rodean: desde robots que realizan quehaceres domésticos, hasta sistemas que colaboran con los sistemas sanitarios, e incluso en tiempos de crisis (tal es el caso de aquellos robots que se utilizaron para colaborar durante la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2).

En este contexto, hace algunas décadas era utópico pensar en las posibilidades tecnológicas que hoy se despliegan, sin embargo, estamos ante un futuro que se desafía constantemente para sorprender (y dejar de sorprender, lo cual resulta aún más fascinante) a las personas que pensaban que aquellas innovaciones resultarían parte de la cotidianidad de tres o cuatro generaciones en el futuro.

En este sentido, surgen distintas iniciativas y propuestas gubernamentales para hacer

provecho y utilizar a su favor las nuevas tecnologías imperantes, aunque también, en simultáneo, podemos encontrar atisbos de intención de “frenar a tiempo” estos cambios, antes que sea muy tarde. Es allí donde surge el objeto de este artículo, al hablar de novedosas “Bill of Rights”, tal como las que se conocían hace algunos siglos, debido al potencial de nuestro futuro. De este modo, se intenta proponer una especie de “reglas de juego”, donde se dan instrucciones claras a los desarrolladores de sistemas autónomos, y se enuncian distintos derechos para los ciudadanos.

II. El caso de los Estados Unidos de Norteamérica

Así pues, nuestro objetivo será tomar como norte la planificación del Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica, “Blueprint for an AI Bill of Rights - Making Automated Systems Work for the American People” [Proyecto para una Carta de Derechos de Inteligencia Artificial - Hacer que los sistemas automatizados trabajen para la sociedad americana], donde desde el inicio, podemos entrever una clara intención de la orientación de ciertas políticas públicas estadounidenses. Allí se expone, entre otras cosas, la amenaza que pueden representar las nuevas tecnologías, ya que “en numerosas ocasiones son usadas para limitar las oportunidades y obstaculizar el acceso a recursos o servicios críticos”. Se menciona el caso de los algoritmos utilizados en toma de decisiones en contrataciones de empleados o líneas de crédito, las cuales muchas veces conducen a desigualdades y discriminación.

En contraparte, también se mencionan allí los “beneficios extraordinarios”, que otorgan los sistemas automatizados, ejemplificando con las tecnologías que colaboran con el sistema agropecuario, la meteorología y la predicción de enfermedades. Sin embargo, se postula que este progreso no puede llevarse a cabo en desmedro de los “derechos civiles o

valores democráticos”, haciendo hincapié en la especial atención que el presidente por el mandato 2021-2025, Joe Biden, ha hecho sobre estos puntos.

En consecuencia, la Oficina de Políticas de Ciencia y Tecnología de la Casa Blanca ha identificado cinco principios que deberían guiar el diseño, uso y desarrollo de los sistemas automatizados, “en pos de la protección del público americano en la era de la inteligencia artificial”.

Asimismo, se aclara que estos principios son acompañados por un instructivo para todo aquel que busque incorporar esta suerte de protección en la práctica, dentro del desarrollo de diseño tecnológico. Estos cinco parámetros se enlistan como: sistemas seguros y efectivos; protección de algoritmos discriminatorios; privacidad de datos; información y explicación; alternativas humanas, consideraciones y retroceso.

II.1. Safe and Effective Systems [Sistemas seguros y efectivos]

El “Blueprint” comienza estableciendo que las personas deben ser protegidas de los sistemas inseguros o ineficientes, siendo desarrollados con especial atención en los riesgos e impactos negativos que podrían conllevar, lo cual se podría identificar en la etapa de pruebas. Incluso, se recomienda contemplar la opción de no desarrollar el sistema en caso de existir riesgos de esta índole.

En este caso, podríamos enumerar cantidades de sistemas que, a priori, se vislumbran novedosos, sin quizás reparar en los riesgos humanos. Quizás uno de los ejemplos más notorios sean las muertes ocasionadas por los vehículos semi “automáticos” Tesla, ofreciendo diferentes opciones de *autopilot*, aclarando muchas veces que se precisa la conjugación humana en todo momento en la conducción, aunque siendo en otras ocasio-

Jurisprudencia

Consejo de la Magistratura

Conducta fraudulenta e inoponible de un partido político. Designación de consejeros. Bloques parlamentarios. Determinación de las minorías en el órgano constitucional. CS, 07/12/2023. - Juez, Luis Alfredo y otros c. Honorable Cámara de Senadores de la Nación – disp. 86/22 s/amparo ley 16.986. **3**

Incremento patrimonial no justificado

Ganancias e IVA. Fondos recibidos de la casa matriz ubicada en Bermudas. Prueba del contribuyente. CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 19/10/2023. - Geopark Argentina Limited Sociedad Extranjera c. Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo. **4**

Honorarios del abogado

Ley aplicable. Pacto de cuota litis. CNCiv., sala I, 14/11/2023. - Schachbasian, Juan Carlos c. Heit, Silvia María y otros s/cobro de honorarios profesionales. **7**

Accidente de tránsito

Responsabilidad del embistente. Accidente entre una moto y un automóvil. CNCiv., sala F, 27/09/2023. - Alzogaray, Jorge Alberto c. Rubellin, Alan Uriel y otro s/daños y perjuicios. **9**

Internación compulsiva de personas

Peligrosidad del imputado. Procedencia. Control jurisdiccional. Competencia. CNCrim. y Correc., sala VII, 18/09/2023. - G., J. L. s/internación compulsiva. Coacción. **12**

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

nes los desperfectos mecánicos, la principal causa de los accidentes (1).

Tal vez uno de los ejemplos más obvios que atentan contra este principio son las inteligencias artificiales que son especialmente programadas para causar daño: las armas automatizadas, muchas veces programadas para herir o matar. Parte de los académicos especializados en estas cuestiones, creen plausible el hecho de que la carrera armamentística nuclear será reemplazada por otra similar en cuanto a las armas autónomas.

Tal como ha dicho el primer mandatario ruso, Vladimir Putin, “La Inteligencia Artificial es el futuro, no solo para Rusia, sino para toda la humanidad. Llegará con enormes oportunidades, pero también amenazas que serán difíciles de predecir. Quien se vuelva el líder en esta esfera será quien imponga las reglas en el mundo” (2).

Otro (¿potencial o actual?) peligro para la humanidad es la manipulación social, a través de los medios de comunicación. Esto se debe a que hoy en día los algoritmos son lo suficientemente poderosos en cuanto a efectividad y marketing por objetivos. Pueden llegar a conocer no solo quienes somos y qué nos gusta, sino lo que nos puede llegar a gustar en un futuro, nuestras intenciones, deseos y temores. Es de interés público el caso que continúa bajo investigación hasta nuestros días acerca de la culpabilidad de Cambridge Analytica y otros asociados que han utilizado la información recabada de más de 50 millones de usuarios de la red social Facebook para influenciar la elección Presidencial de Estados Unidos en 2016 y el referéndum que aprobó el “Brexit”, en el momento que el Reino Unido se ha escindido de la Unión Europea (3).

Entre los ejemplos enunciados por el “Blueprint” en relación con este principio, se destacan:

- Un sistema con predicciones incorrectas de crimen enviaba a la policía a barrios donde no se cometía la mayor cantidad de delitos, debido a sesgos humanos que contaminaron los datos cargados. En el Departamento de Policía de Chicago, en el año 2013 se había recientemente comenzado a usar un sistema de Big Data que intentaba detener el crimen antes de que ocurra, en una especie de prevención con una *heat list* que señalaba a aquellas personas que serían más propensas, a través de un análisis algorítmico, a cometer un delito en un tiempo cercano. Sin embargo, al descubrirse que el sistema estaba obviamente sesgado y colmado de prejuicios (que quizás el propio accionar policial tenía), se habían emitido distintas advertencias a ciudadanos que poco tenían que ver con la criminalidad (4).

- Conductores de camioneta de una empresa son rastreados para evaluar su conducta en la carretera, y son multados injustamente por maniobras de otros coches. En el año 2021, la empresa Amazon instaló cámaras con inteligencia artificial en camionetas de entregas en Los Ángeles. Imaginando que sería beneficioso monitorear el desempeño de los conductores, distintos empleados reportaron que estaban siendo multados por penalidades que no habían cometido. Cuando un automóvil se acercaba demasiado y sobrepasaba al vehículo de despachos, se emitía una alerta “Maintain safe distance”, y esos datos eran enviados a la empresa para evaluar la conducta al volante de su trabajador. Lo que pretendía

ser un beneficio para la sociedad derivó en un perjuicio a los empleados, a causa de los errores del sistema (5).

En ese sentido, para asegurar que un sistema autónomo sea seguro y efectivo, según la flamante “Bill Of Rights”, debería incorporar distintas salvaguardas, según el documento referido, como proteger al público del daño de modo proactivo y constante (a través de las consultas, el testeo, la identificación y mitigación de riesgos, el monitoreo continuo); evitar el uso de datos irrelevantes, de baja calidad o inapropiados; demostrar la seguridad y efectividad del sistema, entre otros. De esta manera, el “Blueprint” otorga una serie de recomendaciones en cada principio, para asegurar derechos y reforzar deberes.

Así, por cada parámetro ofrecido, se otorgan distintas “maneras de ponerse en práctica” en la realidad, aludiendo a distintas normativas, ordenanzas o políticas locales que puedan alinearse con lo enunciado. Por ejemplo, el hecho de que distintas agencias del gobierno de EE. UU. hayan desarrollado marcos específicos para el uso ético de sistemas de inteligencia artificial (6).

II.2. Algorithmic Discrimination Protections [Protección ante Algoritmos Discriminatorios]

En el marco de este principio, se establece como máxima que una persona no debe padecer “discriminación algorítmica”, y los sistemas deben ser diseñados y utilizados de manera igualitaria. La discriminación, en estos casos, ocurre en el momento en que el sistema decide otorgar un trato diferente o impacta de manera desfavorable en perjuicio de distintas personas, debido a su origen étnico, género, religión, edad, u otros estándares.

En el libro *Armas de destrucción matemática* de Cathy O’Neil se explica de manera detallada este fenómeno, con numerosos ejemplos acerca de cómo nuestra vida se ve, día a día, conducida por distintos algoritmos, y muchos de los cuales están largamente alejados de la perfección, teniendo distintos sesgos que podrían acabar en discriminación. En dicha obra, se pueden vislumbrar algunos de los lados más oscuros de la inteligencia artificial, como por ejemplo, “...si un estudiante pobre no puede obtener un préstamo porque un modelo de préstamo lo considera demasiado arriesgado (en virtud de su código postal), quedará excluido del tipo de educación que podría sacarlo de la pobreza, produciéndose una espiral viciosa...” y “[a] preguntarle a un delincuente que creció en un barrio acomodado por «la primera vez que tuvo trato con la policía», es posible que no tenga ni un solo incidente que contar aparte del que le llevó a la cárcel. Por el contrario, es probable que a un joven negro lo haya parado la policía docenas de veces, incluso sin que hubiera hecho nada malo”.

A partir de estas, y muchas más, desigualdades, resulta menester analizar un principio de este calibre, a la hora de desarrollar un sistema automatizado.

A modo de ejemplo, se enumeran en el “Blueprint”:

- Una herramienta para contratar empleados que “aprendió” la historia laboral de los distintos empleados (mayoría masculina) rechazó la mayoría de las postulaciones femeninas por razones discriminatorias, pena-

lizándolas en el *ranking* de candidatos con algunos fundamentos tan escuetos como “mujer”. Es lógico pensar el resultado que arroja el algoritmo, si se considera la información de su base de datos, que había tenido en cuenta a aquellos empleados que habían permanecido por más de 10 años en la empresa, y esto denotaba uno de los grandes problemas que representa el mundo de la tecnología, que históricamente ha rechazado de alguna manera la incorporación femenina, y esto se tradujo en el rechazo por igual del sistema, “pensando” que sería lo correcto (7).

- Un modelo que predice reincidencia tiene en cuenta el color de piel. Durante la administración del expresidente Donald Trump, se les ofrecía a distintos prisioneros la posibilidad de dar un cumplimiento temprano a sus condenas al conseguir créditos, los cuales se adquirirían por realizar distintos trabajos o tomar clases. Sin embargo, solo aquellos que se consideraran con riesgo mínimo, ingresaban en la categoría de “elegibles” para el programa. Es allí donde toma protagonismo el sistema autónomo que predice la posibilidad de reincidencia criminal de los prisioneros, usando una base de datos sesgada por disparidad racial (8).

- La búsqueda en el navegador Google de “black girls”, “asian girls” o “latin girls”, devuelve predominantemente contenido sexualizado. Si bien este fenómeno ha mejorado en los últimos años, la vinculación de los motores de búsqueda con términos sin connotación de otro tipo, debido a sitios de pornografía, podía conllevar a resultados que no son los esperados por el usuario.

II.3. Data Privacy [Privacidad de Datos]

Este principio protege, principalmente, a los ciudadanos, de las prácticas abusivas sobre los datos personales, y el control que uno puede tener sobre ellos. Establece que cada solicitud de datos debe ser breve, entendible en lenguaje llano y debe darse dentro del marco razonable de utilización. Del mismo modo, informa acerca de los recaudos que debe tener uno “y sus comunidades” con las tecnologías de vigilancia y los potenciales daños a las libertades civiles, manifestando que no deben usarse en educación, trabajo, contextos domésticos y otros contextos donde se puedan limitar derechos y oportunidades.

Se deja entrever que este parámetro es esencial, ya que significa base para los demás principios, dado que cada vez hay más empresas que monitorean, coleccionan, comparten, usan y reutilizan los datos de la gran mayoría del público estadounidense (según el documento, pero, por supuesto, aplica al mundo entero).

En el caso de las escuelas, se informa que el uso de las tecnologías de monitoreo y vigilancia, en conjunto con decisiones en consecuencia de ello y evaluaciones en torno a estos estándares, no detendrá uno de los terroríficos fenómenos de las últimas décadas de los Estados Unidos: los tiroteos en las escuelas. Y, aun así, expone a los jóvenes a otorgar (a veces sin su consentimiento), distintos datos que podrían ser tomados sin la cautela necesaria y ordenar su dinámica escolar en base a estos mismos de una manera errónea y perjudicial (9).

Algunos de los problemas que podrían causarse son enunciados, como el hecho de una aseguradora que recolecta datos de re-

des sociales de un asegurado para calcular el porcentaje de la suma asegurada a ofrecer. En estos parámetros, un artículo reciente del periódico *Wall Street Journal* enuncia: “No subas fotos a tus redes sociales fumando. Sube fotos corriendo”. Las empresas aseguradoras han comenzado a recolectar datos de sus usuarios de las redes sociales, para poder tasar los diferentes riesgos, seguros de vida, y de este modo, la cuota a pagar por ellos (10).

Para darle una ubicación geográfica quizás más cercana a la nuestra, es dable destacar el caso de un sistema en el cual sus desarrolladores y creadores tenían la intención de predecir embarazos adolescentes. El algoritmo, desarrollado por Microsoft, utilizó un conjunto de datos demográficos y personales. El propósito era predecir las probabilidades de que las mujeres y niñas de un municipio de la Provincia de Salta pudieran embarazarse. Entre la información recabada están su edad, etnia, discapacidad, país de origen y si su casa contaba con agua caliente, indicador de su nivel socioeconómico. Al carecer de transparencia, el modelo tendía a creerse como una suerte de sistema de vigilancia a la población. Numerosos estudios advierten que no se ha evaluado el impacto sobre la sociedad en el uso del algoritmo. El programa implicó el despliegue de agentes territoriales que encuestaron a las personas identificadas como predestinadas para el embarazo, les tomaron fotos e incluso registraron sus ubicaciones GPS (11).

Así, se puede entrever que todo sistema tecnológico, por más novedoso que parezca, no contiene una bondad o ingenuidad implícita, sino que puede resultar en una vulneración grave de derechos personales.

II.4. Notice and Explanation [Información]

Este principio contiene un imperativo desde su inicio: “Debes saber que un sistema automatizado está siendo usado y entender cómo y por qué impacta en ti”. Es algo descabellado pensar que hoy día no hay sistemas que están usando nuestros datos de una manera, al haber más de 6 billones de usuarios de *smartphones* alrededor del mundo.

A los desarrolladores y diseñadores se indica que deben proveer documentación en un lenguaje claro describiendo las funcionalidades del sistema y el rol que protagoniza el factor automático, de manera actualizada, así como las personas que son impactadas por el sistema deben ser notificadas del uso y los cambios.

Los sistemas autónomos hoy día determinan las oportunidades de las personas, desde el empleo hasta las líneas de crédito, y de esa manera, modelan al público norteamericano, sus personalidades y sus experiencias, impactando profundamente en sus vidas.

Hay postulantes a distintos empleos que nunca sabrán que fueron rechazados por un algoritmo de reclutamiento. Un acusado de delito probablemente no esté enterado si un sistema lo etiqueta como “alto riesgo”. La información es importante para una seguridad de la persona.

Esto se traduce en la vida real de distintas maneras:

- Un anciano con discapacidades había sido rechazado por su seguro médico, incluso de manera contraria a las conductas de la

(1) <https://www.tesladeaths.com/es>.

(2) <https://www.c4isrnet.com/artificial-intelligence/2022/08/17/russia-military-to-develop-weapons-using-artificial-intelligence>.

(3) <https://www.theguardian.com/uk-news/2020/jan/04/cambridge-analytica-data-leak-global-election-manipulation>.

(4) (<https://rss.onlinelibrary.wiley.com/doi/fu>

[10.1111/j.1740-9713.2016.00960.x](https://doi.org/10.1111/j.1740-9713.2016.00960.x)).

(5) <https://www.vice.com/en/article/88npjv/amazons-ai-cameras-are-punishing-drivers-for-mistakes-they-didnt-make>.

(6) (<https://www.intelligence.gov/principles-of-artificial-intelligence-ethics-for-the-intelligence-community>).

(7) (<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scrapsse-cret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCNIMK08G>).

<https://www.npr.org/2022/04/19/1093538706/justice-department-works-to-curb-racial-bias-in-deciding-whos-released-from-pris>).

(8) (<https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/school-social-media-monitoring-wont-stop-next-mass-shooting>).

(9) (<https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/school-social-media-monitoring-wont-stop-next-mass-shooting>).

<https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/school-social-media-monitoring-wont-stop-next-mass-shooting>).

(10) (<https://www.theverge.com/2019/2/7/18211890/social-media-life-insurance-new-york-algorithms-big-data-discrimination-online-records>).

(11) (https://businessinsider.mx/argentina-algoritmo-predecir-embarazo-consecuencias_tecnologia

aseguradora históricas. En la Corte, se anoticiaron que se había comenzado a usar un algoritmo para determinar la elegibilidad sin comunicarlo (12).

La información que se provee debe ser en lenguaje claro y conciso, sin muchos tecnicismos. Incluso, debe asegurarse su entendimiento a personas con inhabilidades en idiomas, el habla o la lectura, además de que deben manifestarse en distintas formas (papel, signos, online).

Por ejemplo, los ciudadanos de Illinois son notificados por escrito cuando el sector privado usa su información biométrica. El Acta de Privacidad de la Información Biométrica de este Estado contiene un número de previsiones para usar este tipo de datos.

Asimismo, los empleados de depósitos de California deben ser informados cuando un sistema recolecta información acerca de dis-

tintas “metas” que deben cumplir, y objetivos (13).

II.5. Human Alternatives, Consideration, and Fallback [Alternativas humanas, Consideración y Retroceso]

El último de los principios refiere a la posibilidad que se debe tener constantemente de acudir a la ayuda humana cuando sea necesario, y que esta actúe de manera rápida. “Debes tener acceso para una consideración humana y retroceder en un proceso escalado si un sistema automatizado falla”. Esta alternativa debe ser accesible, equitativa, efectiva.

Asimismo, refiere a aquellos sistemas que pretenden usarse en distintos ámbitos como la justicia criminal, empleo, educación, salud, etcétera. En cuanto a ellos, debe tenerse un especial cuidado y considerar humanamente las decisiones de alto riesgo. Se ha innovado

mucho en los centros de atención telefónica con sistemas de respuestas automáticas, sin embargo, se han introducido botones específicos para hablar con un operador de carne y hueso. Esto se puede ver de distintas maneras:

- Un sistema de beneficios de desempleo en Colorado requería, como condición para acceder, que los postulantes tengan un *smartphone* para poder verificar la identidad. No había una opción humana disponible, lo que denegaba el acceso a muchas personas (14).

- A un paciente le denegaron erróneamente una medicación para aliviar el dolor cuando el *software* del hospital confundió su historial médico con el de su perro (15).

III. Conclusiones

De este modo, podemos figurar distintas cuestiones para tener en cuenta con la irrup-

ción de esta novedosa “Blueprint” del Gobierno de Estados Unidos.

Parte de la doctrina opina que es un poco apresurado o carece de sentido el dictar una Carta de Derechos de Inteligencia Artificial en los tiempos que corren. Sin embargo, para muchos, este nuevo “Blueprint” puede dar lineamientos u orientaciones, que quizás para algunos parecen implícitas, o incluso moralmente lógicas, pero que es necesario tenerlas por escrito.

Asimismo, retomando las originales “Bill Of Rights” de Reino Unido, se podría decir que en aquel entonces se intentaba limitar las potestades de los gobernantes. Algunos siglos después, los gobernantes pretenden limitar el potencial dañino de la amplitud de la inteligencia artificial. El futuro no pareciera mostrar que estén equivocados en hacerlo.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2953/2023

(12) <https://www.technologyreview.com/2020/12/04/1013068/algorithms-create-a-poverty-trap-lawyers-fight-back/>.

(13) <https://www.californiaemploymentlawreport.com/2021/09/california-passes-law-regulating-quotas-in-warehouses-what-employers-need-to-know-about>

t-ab-701/).

(14) <https://www.usatoday.com/story/tech/news/2021/05/02/unemployment-benefits-system-lea>

ving-people-behind/4915248001/)

(15) <https://www.wired.com/story/opioid-drug-addiction-algorithm-chronic-pain/>.

Jurisprudencia

Consejo de la Magistratura

Conducta fraudulenta e inoponible de un partido político. Designación de consejeros. Bloques parlamentarios. Determinación de las minorías en el órgano constitucional.

- 1.- La partición de un bloque —“Frente de todos”— en el Senado de la Nación que arrojó como resultado la constitución de otro bloque —“Unidad Ciudadana”— no puede ser tenida en cuenta a la hora de determinar cuál es la segunda minoría que debe estar representada por un senador en el Consejo de la Magistratura. Esa conducta fue considerada fraudulenta e inoponible por la Corte Suprema en el precedente “Juez” —Fallo: 345:1269, TR LALEY AR/JUR/158831/2022—, y no existe motivo alguno para que ella deje de serlo y se transforme en válida a los efectos de la conformación del referido órgano constitucional.
- 2.- La presidencia del Honorable Senado de la Nación deberá enviar al Consejo de la Magistratura de la Nación el título que designa a los senadores Luis Alfredo Juez y Humberto Luis Schiavoni, como consejeros titular y suplente respectivamente, en representación de la segunda minoría de esa cámara para el período 2022-2026, a partir de la propuesta efectuada por el bloque al que pertenecen, para lo cual se fija el plazo de 5 días hábiles. En caso de incumplimiento por parte de la presidencia del Honorable Senado de la Nación, el Consejo de la Magistratura de la Nación deberá arbitrar los medios necesarios para que el senador Luis Alfredo Juez se incorpore a dicho órgano como consejero titular.

CS, 07/12/2023. - Juez, Luis Alfredo y otros c. Honorable Cámara de Senadores de la Nación — disp. 86/22 s/amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/168327/2023]

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2023

Considerando:

1º) Que Humberto Luis Schiavoni —en su condición de senador nacional y presidente del bloque “Frente PRO”— y Luis Alfredo

Juez —en su condición de senador nacional— promovieron una acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional contra el Honorable Senado de la Nación con el objeto de que se declarara: 1) la nulidad absoluta e insanable del artículo 1º del decreto parlamentario 86/2022 (en adelante, DPP 86/22) y de todo lo actuado en consecuencia, en lo atinente a la designación de los senadores Claudio Martín Doñate y Anabel Fernández Sagasti para integrar el Consejo de la Magistratura de la Nación, como miembros titular y suplente, respectivamente, para el período 2022-2026; y 2) la inoponibilidad de la partición del bloque “Frente de Todos” a los fines de la integración del Consejo de la Magistratura. Sobre la base de estas pretensiones, solicitaron que se ordenara a la presidencia del Honorable Senado de la Nación que designara a Luis Alfredo Juez y Humberto Luis Schiavoni como consejeros del Consejo de la Magistratura, titular y suplente respectivamente, por la segunda minoría, en los términos del inciso 3º del artículo 2º de la ley 24.937 (texto según ley 24.939) para el período ya referido. Requerieron la concesión de una medida cautelar “de prohibición de innovar hasta tanto haya sentencia firme”, la cual fue desestimada por la magistrada de primera instancia, lo que generó la interposición de un recurso por salto de instancia ante este Tribunal (CAF 64341/2022/1/RS1 “Juez, Luis Alfredo y otro c/ Honorable Cámara de Senadores de la Nación –Disp. 86/22 s/amparo ley 16.986”).

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar el pronunciamiento de la instancia anterior, hizo lugar a la acción de amparo y decidió comunicar lo resuelto al Consejo de la Magistratura. Para así resolver, el tribunal a quo entendió, fundamentalmente, que tal como lo había manifestado la Corte en el precedente “Juez, Luis Alfredo y otro” (Fallos: 345:1269, en adelante, causa “Juez”), la cuestión a decidir no era de naturaleza política por cuanto no se encontraba en juego el ejercicio de la función legislativa, ni tampoco cómo el Senado organiza su funcionamiento interno, sino que se debía examinar si de acuerdo con el remedio fijado en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro” (Fallos: 344:3636, en adelante, causa “Colegio de Abogados”), se encontraban correctamente determinados los bloques que debían integrar el Consejo de la Magistratura. Agregó que la pretensión formulada guardaba una “particular

similitud” con la examinada por la Corte en el precedente “Juez”. Entendió que ambos casos “indudablemente, exhiben, una analogía sustancial”, conclusión que resultaba abonada por las consideraciones que emitió esta Corte en la acordada 2/2023, del 16 de febrero de 2023. Finalmente sostuvo que, de acuerdo con lo resuelto por este Tribunal, la partición del bloque “Frente de Todos” resultaba inoponible a efectos de conformar el Consejo de la Magistratura para el período de mandatos comprendido entre los años 2022 y 2026.

3º) Que contra dicho pronunciamiento interpusieron sendos recursos extraordinarios el Honorable Senado de la Nación, el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y los senadores Juliana Di Tullio, Martín Doñate y Anabel Fernández Sagasti.

En su recurso, el Senado aduce que la sentencia de la cámara adolece de fundamentación aparente en tanto, con sustento en la interpretación del alcance de la acordada 2/2023 y de la indebida aplicación de lo decidido por este Tribunal en “Colegio de Abogados” y “Juez”, no da acabada respuesta a sus planteos, lo que estima violatorio del principio de congruencia. Asimismo, objeta que no se hubiese valorado la conformación de los bloques al momento del dictado del DPP 86/22 y su aprobación por el pleno de la Cámara de Senadores, lo que estima arbitrario. Cuestiona la interpretación que efectuó el a quo respecto del art. 2º inc. 3º de la ley 24.937, en tanto le otorgó representación en el Consejo de la Magistratura al bloque político que ostenta la tercera minoría, y denuncia que el a quo se arrogó la competencia para interpretar el art. 55 del Reglamento del Senado, lo que califica de una invasión de su competencia exclusiva y excluyente. Alega que la decisión cuestionada dispuso “petrificar un escenario parlamentario sine die, imponiendo jurisdiccionalmente la imposibilidad de variar a los bloques y las fuerzas políticas que lo integran”, vulnerando las competencias del Poder Legislativo de la Nación. Agrega que se violó el derecho de defensa en juicio de los senadores del bloque parlamentario afectado. Por último, considera que en el caso media gravedad institucional.

Por su parte, el señor Fiscal General se agravia de que, al haberse omitido dar inter-

vención previa al Ministerio Público Fiscal de la Nación a efectos de que dictamine sobre la cuestión controvertida, se vulneraron arbitrariamente las disposiciones del artículo 120 de la Constitución Nacional y la ley 27.148. Sostiene que se afectó la garantía del juez natural, por cuanto considera que debía intervenir la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Asimismo, critica la sentencia por ser violatoria del art. 114 de la Constitución Nacional y de la ley 24.937, por generar un desequilibrio dentro del estamento político del Consejo de la Magistratura al prescindir de circunstancias fácticas públicas y notorias, y por aplicar extensivamente y de manera errónea el fallo “Juez” y la acordada 2/2023 de esta Corte. Invoca gravedad institucional.

Finalmente, los senadores Juliana Di Tullio, Martín Doñate y Anabel Fernández Sagasti, respectivamente en su carácter de presidenta e integrantes del bloque “Unidad Ciudadana”, justifican su legitimación por entender que fueron afectados por la decisión. Sostienen que la sentencia es arbitraria por no haberseles otorgado previa intervención. Asimismo, cuestionan la interpretación de la cámara respecto del art. 114 de la Constitución Nacional, así como la que efectuó de la ley 24.937. Esgrimen agravios similares a los del recurso del Senado de la Nación con respecto a los alegados vicios de fundamentación de la sentencia apelada y a la violación del principio de congruencia, así como a la afectación de las competencias privativas de dicha cámara del Congreso. Por último, denuncian la violación del derecho a la igualdad e invocan gravedad institucional.

4º) Que el tribunal a quo concedió el recurso del Senado solo por cuestión federal “(...) toda vez que se halla en juego la aplicación, la interpretación, el alcance y la validez de actos emanados de autoridad nacional, de disposiciones normativas de naturaleza federal y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como el DPP 86/22, la ley 24.937, los precedentes “Colegio de Abogados” y “Juez”, y la acordada 2/2023 del Máximo Tribunal” y lo rechazó por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional. En cuanto al recurso deducido por el fiscal general, la cámara lo declaró parcialmente admisible en cuanto alegó la configuración de cuestión federal —por idénticos fundamentos al recurso del Senado— y lo rechazó por arbitrariedad, especialmente en lo que se refiere a la supuesta omisión de haberle

dado intervención en los términos de los artículos 120 de la Constitución Nacional y 2º y 31 de la ley 27.148. Para así resolver, entendió que “la sala le dio expresa intervención para que se pronunciara sobre el plano sustancial del juicio y el fiscal, empero, optó por diferir esa opinión condicionándola a una supuesta conexidad con otra causa...”. También lo rechazó por gravedad institucional. Finalmente, en cuanto al recurso interpuesto por los senadores referidos, el a quo consideró que —más allá de ser terceros en el pleito— correspondía aplicar la doctrina excepcional de esta Corte —y con cita de Fallos: 242:396; 251:521; 306:1719; 328:4060, entre otros— y, en la medida en que el pronunciamiento cuestionado podría afectar sus intereses, concedió el recurso por la cuestión federal planteada, rechazándolo por los planteos de arbitrariedad y gravedad institucional.

5º) Que los recursos extraordinarios resultan admisibles en los términos del artículo 14 incisos 1º y 3º de la ley 48, pues se halla en discusión la aplicación, interpretación, alcance y validez de actos emanados de autoridad nacional y de disposiciones normativas de naturaleza federal. Asimismo, está en juego la interpretación y el alcance de decisiones de esta Corte Suprema que guardan estrecha relación con las cuestiones debatidas en autos.

En cuanto al recurso interpuesto por los senadores Di Tullio, Doñate y Fernández Sagasti, corresponde excepcionalmente su admisibilidad en los términos antedichos, por cuanto si bien se trata de terceros desprovistos de la calidad de partes, la sentencia que se dicte podría afectar sus legítimos intereses (conf. Fallos: 242:396; 251:521; 306:1719; 328:4060, entre otros).

Finalmente, cabe señalar que al no haberse interpuesto recurso de queja alguno, este Tribunal se abocará a tratar únicamente los agravios vinculados con la cuestión federal planteada.

6º) Que en el caso de autos esta Corte debe decidir acerca de la validez del DPP 86/22 emitido por la presidenta provisional del Honorable Senado de la Nación por el cual —como se dijo— se designaron como representantes de la segunda minoría del Senado para integrar el Consejo de la Magistratura para el período 2022-2026 a los senadores Claudio Martín Doñate y Anabel Fernández Sagasti, como miembros titular y suplente, respectivamente. Tal como se expondrá, los precedentes de este Tribunal “Colegio de Abogados” y “Juez” resultan dirimentes para la resolución de la causa en la medida en que en este último —en el marco de lo dispuesto en el primero— declaró la inoponibilidad de la partición del bloque “Frente de Todos” a los fines de la integración del Consejo de la Magistratura. Es decir, por los fundamentos que se explicarán a continuación dicha división —que arrojó como resultado la constitución del bloque “Unidad Ciudadana” al que pertenecen los legisladores referidos— no puede ser tenida en cuenta a la hora de determinar cuál es el bloque que constituye la segunda minoría y que debe estar representado por un senador en el Consejo de la Magistratura para el período 2022-2026.

7º) Que cabe recordar que el 16 de diciembre de 2021 en la causa “Colegio de Abogados”, esta Corte declaró la inconstitucionalidad del sistema de integración, quorum y mayorías previsto en los artículos 1º y 5º de la ley 26.080 (Fallos: 344:3636, ya citado, considerando 16; parte resolutive, punto I) y —al igual que había procedido en otras causas (Fallos: 330:2361; 336:760; 338:1216, entre otros; ver considerando 17, segundo párrafo)— dispuso que hasta tanto el Congreso dictara una ley que respetara la noción de equilibrio allí establecida, el Consejo de la Magistratura debía integrarse conforme con el régimen legal anterior de la ley 24.937, tex-

to según ley 24.939 (considerando 17, punto 2º; parte resolutive, punto III). Asimismo, con el fin de evitar la paralización del órgano fijó una serie de medidas interinas. Dentro de estas medidas dispuso que el Consejo llevara a cabo las acciones necesarias a fin de cumplir con el sistema de integración, quorum, mayorías y composición de las comisiones previsto en el régimen legal restablecido, permitiendo, de este modo, que el cuerpo funcionase hasta la finalización del período que se encontraba en curso con una integración transitoria que combinaba consejeros nombrados bajo el sistema invalidado y otros nuevos interinos. En relación con la incorporación de los legisladores al Consejo de la Magistratura para el período que finalizó en 2022, ello implicaba que fuera designado un representante por la segunda minoría de cada una de las cámaras para completar la composición fijada por el artículo 2º de la ley citada, cuyo inciso 3º establece que “(...) los presidentes de la Cámara de Senadores y de Diputados, a propuesta de los respectivos bloques, designarán cuatro legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos al bloque con mayor representación legislativa, uno por la primera minoría y uno por la segunda minoría”.

8º) Que, en este marco, el 8 de noviembre de 2022, frente a una acción de amparo promovida por los actores de la presente causa con el objeto de que se declarara la nulidad del decreto parlamentario DPP 33/22 —por medio del cual la presidencia de dicha cámara había designado como representante de la segunda minoría para integrar el Consejo de la Magistratura al senador Claudio Martín Doñate, como miembro titular, y al senador Guillermo Snopek, como suplente— este Tribunal dictó la sentencia “Juez”. En ese pronunciamiento, esta Corte fue clara al disponer que al momento de la notificación de la sentencia del 16 de diciembre de 2021 la segunda minoría a los efectos de la conformación del Consejo de la Magistratura era el bloque “Frente PRO” y que el “Frente de Todos”, conociendo ya las reglas de integración, realizó una maniobra por la cual partió su bloque en dos y dispuso integrar uno de ellos —el bloque “Unidad Ciudadana”— con el número de senadores necesarios para quedarse con el bloque mayoritario y, al mismo tiempo, desplazar al “Frente PRO” como segunda minoría. Este Tribunal entendió que la división referida no había obedecido a fines genuinos, sino al objetivo de una fuerza política de constituir de modo ficticio, a través de una artimaña o artificio, un bloque como segunda minoría con el fin de ocupar en el Consejo de la Magistratura un lugar que no le correspondía, desplazando de modo ilegítimo al bloque que reunía dicha condición. Estas fueron las razones por las cuales se declaró la nulidad del decreto parlamentario DPP 33/22 y se consideró que la partición del bloque “Frente de Todos” resultaba inoponible para la conformación del Consejo de la Magistratura (considerando 12, segundo párrafo y puntos 2º y 3º de la parte resolutive).

9º) Que como resultado de dicha partición surgió el bloque “Unidad Ciudadana” que, como se dijo, desplazó irregularmente al bloque “Frente PRO”. El decreto aquí cuestionado —DPP 86/22— designa a los senadores Martín Doñate y Anabel Fernández Sagasti —que integran “Unidad Ciudadana”— como miembros titular y suplente respectivamente en nombre de la segunda minoría para integrar el Consejo de la Magistratura para el período 2022-2026. La inoponibilidad declarada en “Juez” tuvo por efecto que la partición referida resulte absolutamente ineficaz respecto de la integración del Consejo de la Magistratura. No hay motivo alguno para que una conducta considerada fraudulenta por esta Corte, que determinó la declaración de inoponibilidad referida, deje de ser tal y se transforme en válida a los efectos de la conformación del referido órgano constitucional. Es que la inoponibilidad

tiene consecuencias jurídicas precisas, consistentes —en lo que aquí interesa— en que un acto que puede tener plenos efectos entre determinados sujetos o en determinado ámbito, carezca absolutamente de ellos si se lo pretende hacer valer frente a otros sujetos o en otros ámbitos (doctrina de Fallos: 189:292, 191:411, 311:1160, 346:627, entre otros).

Siendo consecuente con estos lineamientos, y en el marco de sus funciones de superintendencia, esta Corte dictó la acordada 2/2023 por la cual denegó la toma de juramento al senador Claudio Martín Doñate para integrar el Consejo de la Magistratura para el período 2022-2026 (punto II de la parte resolutive); lo contrario hubiese implicado —como allí se dijo— “convalidar los efectos de una maniobra que fue declarada inoponible en una sentencia dictada en el ámbito de su competencia jurisdiccional” (considerando 5º).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, se declaran formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos por el Honorable Senado de la Nación y los senadores Di Tullio, Doñate y Fernández Sagasti, con los alcances señalados en el considerando 5º, se rechazan los agravios allí planteados y se confirma la sentencia apelada. Asimismo, se declara inoficioso un pronunciamiento en el recurso interpuesto por el señor Fiscal General. En consecuencia, la presidencia del Honorable Senado de la Nación deberá enviar al Consejo de la Magistratura de la Nación el título que designa a los senadores Luis Alfredo Juez y Humberto Luis Schiavoni, como consejeros titular y suplente respectivamente, en representación de la segunda minoría de dicha cámara para el período 2022-2026, a partir de la propuesta efectuada por el bloque al que pertenecen, para lo cual se fija el plazo de cinco (5) días hábiles. En caso de incumplimiento por parte de la presidencia del Honorable Senado de la Nación, el Consejo de la Magistratura de la Nación deberá arbitrar los medios necesarios para que el senador Luis Alfredo Juez se incorpore a dicho órgano como consejero titular (artículo 2º de la ley 24.937). A tal fin, resultará suficiente lo dispuesto en el presente pronunciamiento. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese a las partes, póngase en conocimiento del Consejo de la Magistratura y devuélvase. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan Carlos Maqueda*.

Incremento patrimonial no justificado

Ganancias e IVA. Fondos recibidos de la casa matriz ubicada en Bermudas. Prueba del contribuyente.

1. - Los medios probatorios producidos por la actora acreditaron que el origen de los fondos comprometidos en los préstamos y en los aportes de capital fueron las colocaciones de acciones por parte de su casa matriz efectuadas fuera de la jurisdicción de Bermudas. Así pues, el supuesto bajo análisis no resulta subsumible en ninguno de los tres escenarios mencionados por el tercer párrafo del art. 18.1. de la ley 11.683. Frente a la inversión de la carga de la prueba que deriva del instituto en cuestión, la actora demostró que los fondos receptados no provienen de actividades o capitales gravados por la legislación argentina que pudieran haber generado utilidades no declaradas, hipótesis sobre la cual se asienta la presunción, tal como surge del debate parlamentario que tuvo lugar en oportunidad de incorporarla en la ley de rito. Dicha

circunstancia sumada a la naturaleza iuris tantum de la mentada presunción y a la relevancia reconocida por los propios legisladores a los derechos del contribuyente frente a la herramienta de control otorgada a la AFIP, conllevan a considerar que los fondos involucrados se encuentran debidamente justificados y alcanzan para rebatir el ajuste fiscal en Ganancias e IVA [1].

2. - Una lectura apegada al tercer párrafo del art. 18.1. de la ley 11.683 permite colegir que los tres escenarios allí descriptos resultan taxativos en cuanto a su carácter vinculante y mandatorio para el Fisco Nacional, ya que la configuración de cualquiera de ellos obliga al organismo recaudador a considerar que el incremento patrimonial está justificado. No obstante, aquella directriz no puede ser entendida como una restricción al derecho de probar en contrario con que cuenta el contribuyente incido y a la correlativa potestad de la Administración de valorar las pruebas que se acompañen para justificar el incremento patrimonial detectado; interpretación que no solo se corresponde con los términos empleados por la previsión examinada sino que, además, resulta compatible con las motivaciones y la finalidad explicitadas por el legislador al sancionar la ley 25.795, la clase de presunción incorporada, las garantías constitucionales de los contribuyentes y el principio de razonabilidad consagrado en la Carta Magna.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 19/10/2023. - Geopark Argentina Limited Sociedad Extranjera c. Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/137582/2023]

Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido, entre otros: Tribunal Fiscal de la Nación, sala B, “Geopark Argentina Limited Soc. Extranjera”, 09/11/2022, TR LALEY AR/JUR/188521/2022.

Costas

A la vencida.

Buenos Aires, 19 de octubre de 2023.

Considerando:

1º) Que, a fs. 2310/2316vta., el Tribunal Fiscal de la Nación: (i) confirmó parcialmente las resoluciones apeladas en cuanto a los cargos identificados como “B) y C) en el Impuesto al Valor Agregado y B) punto 1 en el Impuesto a las Ganancias” y las revocó en el aspecto restante, de acuerdo a los fundamentos expuestos en el considerando VII; (ii) impuso las costas en proporción a sus respectivos vencimientos; y (iii) ordenó al Fisco Nacional que practicara la reliquidación pertinente.

Para así decidir, y en lo que aquí interesa, sostuvo que:

a) El ajuste fiscal versó sobre: (i) la presunta omisión de la actora de declarar rentas gravadas en el Impuesto a las Ganancias de los períodos 2007, 2008 y 2009 (“ajuste A”); (ii) el cómputo de gastos improcedentes en el ejercicio 2009 (“ajuste B”), integrados por gastos de representación (punto 1º), diferencias de cambio e intereses de préstamos (puntos 2º y 3º); (iii) la presunta omisión de débitos fiscales en el Impuesto al Valor Agregado (períodos 07/07, 09/07 a 01/08, 05/08, 07/08

a 09/08, 12/08, 01/09, 05/09, 06/09, 10/09 y 12/09) (“ajuste A”); (iv) el traslado impropio de saldo a favor en el referido gravamen (períodos 01/07 a 12/09) (“ajuste B”); y (v) el cómputo indebido de crédito fiscal en las declaraciones juradas 01/09 a 12/09 (“ajuste C”);

b) Respecto del “ajuste A” del Impuesto a las Ganancias, la auditoría llevada adelante por la fiscalización verificó que la actora había recibido transferencias de dinero provenientes del exterior en concepto de aportes de capital y préstamos de Geopark Holdings Limited y de Geopark Argentina Limited, ambas con domicilio en Bermudas y cuya existencia fue confirmada por la Dirección de Fiscalidad Internacional del organismo recaudador. Puntualmente, consideró aplicable la presunción establecida en el artículo primero sin número agregado a continuación del artículo 18 de la ley 11.683 (en adelante “artículo 18.1.”) en tanto los fondos provenían de sociedades radicadas en un país de baja o nula tributación y la actora “no justificó con pruebas fehacientes que dichos fondos se hayan originado en actividades efectivamente realizadas por la contribuyente o por terceros en dichos país, o que provengan de colocaciones de fondos oportunamente declarados” (fs. 2314);

c) El Fisco alegó que el “ajuste B”, punto 1º relativo al Impuesto a las Ganancias estaba motivado en la deducción en concepto de “gastos de representación” en exceso al importe admitido por el art. 87, inciso i, de la ley del gravamen (texto ordenado en 1997 y sus modificaciones);

d) En lo que atañe al “ajuste B”, punto 2º, la fiscalización consideró impropio el cómputo en concepto de diferencias de cambio respecto del pasivo vinculado con ingresos provenientes de Bermudas;

e) El “ajuste B”, punto 3º, refiere a impugnación de la deducción de intereses motivados en los préstamos a pagar a la casa matriz de la actora, esto es, Geopark Holding Limited;

f) La parte actora no había formulado agravio alguno con relación a los “cargos B) y C) en el Impuesto al Valor Agregado y B) punto 1 en el Impuesto a las Ganancias” (fs. 2315) por lo que correspondía confirmar el ajuste fiscal en ese aspecto;

g) Respecto a la aplicación de la presunción prevista en el artículo 18.1. de la ley de rito, destacó que en los años 2007, 2008 y 2009, la actora recibió distintas remisiones de fondos por parte de Geopark Holdings Limited radicada en Bermudas y alegó que aquellos se habían originado en distintos procesos de colocación de acciones realizados en los años 2006, 2008 y 2009. Ello así consideró que se encontraba demostrada la secuencia completa de la operatoria en cuestión en lo que corresponde al origen de los fondos, “circunstancia cuestionada por el Fisco Nacional” (fs. 2315vta.);

h) El exhorto obrante a fs. 2172/2185 acredita que Oriel Securities Limited actuaba como agente y asesor designado para Geopark Holdings Limited para la colocación de nuevas acciones ordinarias en esa compañía en mayo de 2008, mayo de 2009 y noviembre de 2009;

i) La prueba informativa producida a fs. 2095/2105 demuestra que IFC-International Finance Corporation (en adelante, la “CFI”) suscribió acciones de Geopark Holdings Limited que fueron adquiridas y abonadas por medio de transferencias efectuadas al Bank of Bermuda Hamilton, hoy denominado HSBC Bank Bermuda Limited (cuentas nº 819956 y 010-091973-501), según el detalle allí indicado;

j) La información recabada a través de la prueba informativa es conteste con la “Cer-

tificación sobre movimientos de fondos de cuentas corrientes bancarias de Geopark Holdings Limited y Geopark Argentina Limited - Sucursal Argentina entre el 1 de mayo de 2006 y el 31 de diciembre de 2009”, adjunta como Anexo II de la prueba documental y cotejada con el extracto bancario de la cuenta corriente de Geopark Holdings Limited nº 010-091973-001 del banco “Bank of Bermuda (Member HSBC Group)”;

k) El informe pericial da cuenta del origen de los fondos con que se realizaron asignaciones de capital y préstamos a Geopark Argentina Limited, Sucursal Argentina, durante los años 2006, 2008 y 2009 y de las sumas ingresadas a Geopark Holdings Limited en concepto de colocación de acciones en el Mercado de Inversiones de la Bolsa de Londres, durante el período bajo análisis;

l) A partir del examen de los extractos bancarios y de la documentación descripta en el informe pericial, surgía que “los fondos con que Geopark Holdings Limited realizó las remisiones de fondos a Geopark Argentina Limited, Sociedad Extranjera, durante el período 01/05/2006 a 31/12/2009, fueron originados en procesos de colocación de acciones en el Mercado Alternativo de la Bolsa de Londres, adquiridas por distintos inversores” (fs. 2316);

m) Las respuestas del perito propuesto por la parte actora e incorporadas en el informe pericial se encuentran respaldadas por la prueba informativa producida que acredita el origen de los aportes y los préstamos impugnados; y

n) Geopark Holdings Limited contaba con fondos disponibles en el Banco de Bermudas para realizar las transferencias, habiendo justificado el origen con la existencia de cuatro colocaciones de acciones y sus resultados.

2º) Que, disconforme con el pronunciamiento, la demandada interpuso y fundó su recurso de apelación (conf. fs. 2336 y 2361/2368vta., respectivamente), que fue replicado a fs. 2413/2420vta.

Manifiesta que el único ajuste revocado por el Tribunal Fiscal fue el incremento patrimonial no justificado planteado para el Impuesto a las Ganancias de los períodos fiscales 2007 a 2009 y para el Impuesto al Valor Agregado de las posiciones 1/07 a 12/09 “sobre la base de los préstamos y aportes de capital provenientes de las firmas Geopark Holding Limited y Geopark Argentina LTD, ambas con domicilio en Bermudas” (fs. 2362).

Precisa que la actora recibió distintas remisiones de fondos por parte de sociedades radicadas en una jurisdicción de baja o nula tributación que motivaron la aplicación de la presunción legal establecida en el artículo 18.1. de la ley 11.683, “considerando que los montos recibidos provienen de ganancias gravadas en Impuesto a las Ganancias y Ventas omitidas en IVA” (fs. 2364vta.).

Puntualiza que la mentada presunción admite prueba en contrario consistente en la demostración fehaciente de que los fondos remitidos se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados. Así pues, asevera que “la ley es clara en este aspecto y limita la prueba, estableciendo con claridad que los fondos deben ser el resultado de actividades o colocaciones de fondos realizadas dentro del país de baja tributación desde el cual se giran los fondos y no de otros” (fs. 2364vta., el destacado es original). En ese sentido, advierte que la actora sólo habría intentado demostrar que los fondos receptados serían el resultado de la suscripción de acciones realizada en el mercado de Londres, es decir, “fuera del país de residencia de la empresa, resultando

además que dicha operatoria no responde a actividades generadoras de ingresos sino a simples colocaciones financieras” (fs. 2365, el destacado es original).

Pone de resalto que la obtención de fondos por parte de Geopark Holdings Limited a través de una supuesta suscripción o venta de acciones en Londres, no implica que el aporte de capital efectuado con posterioridad se corresponda con la operación financiera realizada en dicha ciudad.

Subraya que la acreditación de la existencia de un préstamo proveniente de un país con ventajas fiscales está sujeta a la demostración de “la introducción de capitales al país, el origen de los fondos en el patrimonio o actividad de la sociedad prestamista y la oportunidad y condiciones del mutuo” (fs. 2366). A ello cabe añadir que la participación de una sociedad vinculada en el negocio jurídico en cuestión exige “acreditar en la sociedad extranjera cierta ‘consistencia’ (en lo temporal, y actividad propia de su objeto), esto es, que no se trata de una sociedad ficticia, un montaje jurídico artificial constituido y desarrollado sólo por motivaciones de fraude” (fs. 2366).

Sostiene que la suscripción de acciones carece de la cualidades exigidas por la normativa aplicable para ser considerada una prueba válida a fin de rebatir la presunción prevista en el artículo 18.1 por cuanto: (i) “no se trata de una actividad realizada por la empresa o terceros”; y (ii) no comporta un hecho generado dentro del país de baja tributación desde el cual fueron remitidos los fondos a la República Argentina (fs. 2366). En esa misma línea, aduce que tampoco fue probada la existencia de colocaciones declaradas por la actora en Bermudas.

Desconoce la validez probatoria del informe pericial en tanto alega que: (i) la tarea fue realizada sobre fotocopias simples cuando debió utilizarse la documentación original que se encontraba en sede del Tribunal Fiscal y asevera que en nada modifica lo expuesto el hecho de que el perito propuesto por la actora haya concurrido a ese organismo para verificar la autenticidad de la documentación compulsada puesto que “debíó realizar dicha tarea en conjunto con el perito de esta parte y no en forma unilateral” (fs. 2367); (ii) el perito designado por la AFIP expresó que los fondos aparecen disponibles a partir de contratos celebrados entre privados, sin fecha cierta y con apostillados “a varios años posteriores”, circunstancia omitida por su colega en la respuesta al punto 1º del informe (fs. 2367); (iii) las repuestas de los puntos 2º y 3º no informan con claridad cuáles eran los saldos de las cuentas involucradas; y (iv) la apostilla no da por cierta la información contenida en dichos estados, “al igual que la auditoría que da cuenta el colega, en la medida que no ha sido objeto de compulsas por parte de los suscriptos” (fs. 2367vta.).

Esgrime que la prueba informativa no pudo corroborar que los fondos “no provengan de sociedades asentadas en paraísos fiscales, como así tampoco el origen de los mismos ya que resulta imposible efectuar una relación directa entre los montos informados en los oficios y los cuestionados en las presentes actuaciones” (fs. 2367vta.). En efecto, añade que el referido medio probatorio está constituido por documentos que justifican el movimiento de fondos pero no demuestran su verdadero origen ni satisfacen los requisitos contemplados por el artículo 18.1 de la ley 11.683.

En ese contexto, colige que “la prueba producida, simplemente arroja, que se habrían colocado acciones en otro país y luego girado fondos, pero en modo alguno, cumple con los requisitos legales probatorios que establece la ley de rito” (fs. 2368).

3º) Que, la cuestión en debate ante esta instancia se circunscribe a determinar si los aportes y préstamos cuestionados por el Fisco comportan incrementos patrimoniales no justificados en los términos del artículo 18.1. de la ley 11.683 y, por ende, si resultan susceptibles de ser calificados como ganancias netas a los fines del Impuesto a las Ganancias (resolución determinativa nº 332/15) y como ventas omitidas en el Impuesto al Valor Agregado (resolución determinativa nº 333/15) en los ejercicios 2007, 2008 y 2009.

4º) Que, conforme surge de las constancias de la causa, y en función a los agravios deducidos ante esta Alzada, cabe poner de resalto que:

- En la resolución nº 332/15, el Fisco Nacional aseveró que: (i) “una vez constatado que los fondos recibidos por la contribuyente partieron de un país de baja o nula tributación, resulta de aplicación la presunción contenida en el artículo 1º sin número agregado a continuación del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario, dejando librado a un paso posterior la justificación del origen de dichos fondos en el marco de las alternativas previstas por dicha norma”, de lo contrario, “se exigiría al Fisco la investigación previa del circuito de pagos y transacciones, tendientes a acreditar el origen de los fondos, cuestión ésta que fue precisamente la que la norma pretende evitar, poniendo dicha prueba en cabeza del contribuyente y no de este Organismo” (fs. 14); (ii) la obtención de fondos por parte de Geopark Holdings Limited “a través de una supuesta venta de acciones en Londres” no implica que el aporte de capital efectuado en la sociedad actora provenga de dicha ciudad de modo que se encuentra cumplido el presupuesto legal para aplicar la presunción, esto es, “que los fondos provengan de una país de baja o nula tributación” (fs. 14); (iii) la prueba admitida por el legislador para derribar la presunción “se encuentra restringida a los tres supuestos expresamente plasmados en el tercer párrafo del primer artículo sin número incorporado a continuación del artículo 18 de la Ley Procedimental vigente”, de lo contrario, el mentado legislador “se habría referido genéricamente a la prueba en contrario”, sin incorporar limitación alguna (fs. 14vta./15); (iv) el principio de realidad económica no puede conducir a desvirtuar lo específicamente regulado por las normas a fin de no afectar el principio de reserva o legalidad que rige en materia tributaria; (v) el supuesto de autos no se vincula con el artículo 18.2. de la ley de rito de modo que la actora no podría recurrir a “otros mecanismos contemplados en esta ley” para rebatir el ajuste practicado (fs. 15vta.); (vi) la presunción aplicada no requiere agotar el mecanismo de reconstrucción de la situación tributaria de los contribuyentes, “sino que se aplica con la sola verificación de la naturaleza del país de origen de los fondos remesados” (fs. 16); (vii) la actora intenta probar que “el origen de los fondos proviene de una operatoria de emisión, colocación, y venta de acciones por parte de su controlante del exterior” pero “dicha operatoria no encuadra dentro de las previstas legalmente para desvirtuar la presunción aplicable. Ello sin perjuicio de lo expresado con relación a que no se encuentra debidamente acreditado en autos el origen genuino de los fondos receptados por la firma local” (fs. 16/16vta.); (viii) la emisión, colocación y venta de acciones por parte de la sociedad controlante de la firma actora no encuadra en el concepto de “actividad efectivamente realizada” que exige la normativa involucrada “toda vez que no se trataría del ejercicio de actos que tienen por fin inmediato el desarrollo del objeto social de la empresa, sino, el de captar recursos a los efectos de su consecución” (fs. 16vta.); (ix) si la actora “hubiera demostrado el origen de los fondos en concordancia con alguno de los tres supuestos previstos no se habría considerado la omisión de ganancia neta alguna” (fs. 17); (x) la documental apor-

tada en sede administrativa (Anexos I a XX-VII) gira en torno a la explicación relativa al grupo económico Geopark, a la colocación de las acciones por parte de Geopark Holdings Limited y al préstamo obtenido por la actora: (xi) los Estados Financieros de Geopark Holdings Limited de los períodos 2006, 2008 y 2009 (Anexos I, III y IV) no acreditan la efectiva realización de actividades por parte de esa sociedad en Bermudas; (xii) el Anexo II refiere al régimen informativo de la IGJ respecto a las sociedades constituidas en el extranjero que no resulta conducente para rebatir el cargo formulado; (xiii) corresponde rechazar “toda la prueba documental vinculada a la operatoria alegada por la rubrada que daría cuenta de una colocación de acciones en el mercado de valores de Londres, atento a que dicha documentación no encaja en los mentados tres supuestos de excepción” (fs. 17vta.); (xiv) idéntica solución resulta aplicable a la prueba informativa solicitada (puntos 1º a 5º) toda vez que se vincula con la emisión y colocación de las acciones; (xv) la actora no aportó constancias fehacientes que acrediten la concreción de la venta de acciones ni del “circuito financiero completo” para demostrar el origen de los fondos; y (xvi) la prueba informativa dirigida a las secretarías de energía (nacional y local) y a la IGJ resultaba inconducente, al igual que la pericial contable (fs. 6/19).

- La resolución n° 333/15 detalló los tres cargos en el Impuesto al Valor Agregado e indicó que el “ajuste A” (omisión de declarar débitos fiscales en los períodos 07/07, 09/07 a 1/08, 05/08, 07/08 a 09/08, 12/08, 01/09, 05/09, 06/09, 09/09, 10/09 y 12/09) se había originado en el incremento patrimonial no justificado en el Impuesto a las Ganancias. Al analizar las defensas expuestas en el descargo de la parte atora, la AFIP desarrolló argumentos análogos a los descriptos en el punto anterior (fs. 27/32). Por su parte, el Fisco puso de resalto que atento a la inscripción de la actora en una actividad alcanzada por el Impuesto al Valor Agregado, la fiscalización interviniente estableció los débitos fiscales omitidos. Por lo demás, confirmó los cargos B y C (traslado incorrecto de saldo técnico a favor y cómputo de crédito fiscal impropio) por falta de agravio y efectúo idénticas consideraciones a las incorporadas en la resolución 332/15 respecto a los medios probatorios acompañados y ofrecidos por la contribuyente (fs. 20/36).

- En oportunidad de apelar ante el a quo, la parte actora estructuró su defensa en función a: (i) “la correcta interpretación de la presunción”; (ii) “el origen de los fondos aportados por Geopark Holdings Limited”; y (iii) el irrazonable resultado al que conduce la aplicación de la presunción en el sub examine (fs. 1441/1462vta.).

- Con respecto al primer agravio señalado, la contribuyente precisó que la presunción aquí involucrada fue incorporada para “corregir los efectos de la doctrina de la Corte Suprema en el caso ‘Tebas’” y coloca sobre los contribuyentes la carga de acreditar “la justificación del origen de los fondos, es decir, que los mismos se generaron efectivamente en una fuente ubicada en extraña jurisdicción” (fs. 1445/1445vta.). Asimismo, alegó que los mandamientos establecidos en el tercer párrafo del artículo 18.1. “operan exclusivamente como valladar para la AFIP, no implicando de ningún modo una restricción al derecho del contribuyente a rebatir, mediante el aporte de prueba en contrario, los hechos legalmente inferidos” (fs. 1446); conclusión ratificada por el artículo 18.2. de la ley de rito.

- A fin de acreditar el origen de los fondos y la inexistencia de producción o ventas no declaradas en los ejercicios 2007, 2008 y 2009 dada la capacidad real de los pozos explotados por la Compañía, acompañó prueba documental (conf. fs. 2/1440vta. y 1463/2004) y

ofreció prueba informativa, pericial contable y técnica.

- El Tribunal Fiscal abrió la causa a prueba y: (i) ordenó el libramiento de exhortos a Canaccord Adams Limited, a Stifel Financial Corp. (adquirente de Oriel Securities Limited) y a la CFI dirigidos a probar: (a) la participación de los dos primeras entidades en la colocación de acciones efectuada por Geopark Holdings Limited en los años 2006, 2008 y 2009 (conf. fs. 1459vta./1460); y (b) la suscripción de las acciones emitidas por la CFI (conf. fs. 1460vta. y fs. 2091, en cuanto sustituyó el exhorto por un oficio); (ii) rechazó la prueba informativa dirigida a las secretarías de energía (nacional y provincial), vinculada a volúmenes de producción, regalías y reservas de la actora en tanto “las operaciones declaradas por la recurrente no se encuentran cuestionadas en autos” (fs. 2050); (iii) no hizo lugar a la prueba pericial técnica geológica (dirigida a acreditar si la producción informada por la actora era técnicamente razonable) y a los puntos 1º a 6º de la prueba pericial contable I (relativos a las ventas de hidrocarburos durante el período 2006-2009 registradas en los libros contables de la contribuyente) (fs. 1461/1462), por inconducentes; y (iv) admitió la prueba pericial contable II destinada a acreditar el origen de los fondos con que Geopark Holdings Limited realizó asignaciones de capital y préstamos a la actora (fs. 1461vta. y 2073).

- La CFI confirmó la suscripción de acciones de Geopark Holdings Limited “adquiridas y abonadas por medio de transferencias efectuadas al Bank of Bermuda Hamilton hoy denominado HSBC Bank Bermuda Limited” (cuentas n° 819956 -año 2006- y 010091973501 -años 2008 y 2009-), según el detalle de precio y cantidad indicado a fs. 2104/2105.

- La pericial contable II indicó que, de acuerdo a los documentos listados en el punto I del informe (copias apostilladas obrantes en la presente causa) y las “copias apostilladas de los extractos bancarios de la cuenta corriente de Geopark Holdings Limited, en el Banco of Bermuda (HSBC Group), N° 010-091973-001, desde el 01/05/2006 a 31/12/2009” y “de la cuenta de inversión en ‘HSBC Corporate Money Funds Ltd - Class A Sweep’ bajo el número de cliente B070041 a nombre de Geopark Holdings Limited del 01/05/2006 al 31/12/2009”: (i) Geopark Holdings Limited colocó en la Bolsa de Londres 6.800.000 acciones en el año 2006 por USD 37.992.885,38, 3.080.000 en el año 2008 por USD 22.755.907,00 y 7.221.000 en el año 2009 por USD 31.998.738,95, que totalizan USD 92.747.531,33 (fs. 2150vta.); (ii) los fondos remitidos por Geopark Holdings Limited a la actora durante el período 1º/05/06 a 31/12/09, “fueron originados en procesos de colocación de acciones en el Mercado Alternativo de la Bolsa de Londres” (fs. 2150vta.). Por su parte, el perito propuesto por el Fisco advirtió que “los fondos aparecen disponibles a partir de contratos realizados entre privados, que no poseen fecha cierta al tiempo de su concertación y apostillados a varios años posteriores” (fs. 2150vta.); y (iii) Geopark Holdings Limited operaba con dos cuentas, a saber, corriente y de inversión. La primera era utilizada como cuenta transaccional (desde la cual se emitían los pagos), y la segunda estaba destinada a la colocación de inversiones. Ello así, los expertos coligieron que “la sociedad holding disponía de los fondos para concretar los giros objeto base de la determinación de oficio” (fs. 2151vta.). Al respecto, el perito designado por la actora añadió que las transferencias receptadas por la sociedad argentina “fueron solventadas con fondos provenientes de la cuenta de inversiones” y precisó que entre el 1º/05/06 y el 31/12/09 “ingresaron a la cuenta corriente de Geopark Holdings Limited en Banco Bermudas, por colocación de acciones, el equivalente a USD 92.747.531,33” mientras

que las transferencias a la actora, en ese mismo período, fueron por un total de USD 12.198.604,21, integrado por USD 6.000.000 en concepto de préstamo y USD 6.198.604,21 como aporte de capital (fs. 2153vta.). Por su parte, el informe detalló los principales inversores que suscribieron acciones en las colocaciones realizadas en los años 2006, 2008 y 2009 (fs. 2154) y los principales accionistas de Geopark Holdings Limited al 31/12/06, 31/12/07, 31/012/08 y 31/12/09 (fs. 2154/2154vta.), según información surgida de las notas de los Estados Contables de la compañía apostillados, auditados por PWC e incorporados en las presentes actuaciones (fs. 2155).

- Stifel Nicolaus Europe Limited (adquirente de Oriel Securities Limited) informó que Oriel “actuaba como Agente y Asesor Designado para Geopark Holdings Limited en relación con las colocaciones de nuevas acciones ordinarias en la Compañía en mayo de 2008, mayo de 2009 y noviembre de 2009” y precisó los resultados de las colocaciones, a saber: 3.080.000 acciones en mayo de 2008 por USD 24 millones (aprox.); 3.437.000 acciones en mayo de 2009 por USD 11,7 millones (aprox.); y 3.784.000 en noviembre de 2009 por USD 20,5 millones (aprox.) (conf. fs. 2172/2185vta.).

- A fs. 2186/2186 vta., la actora desistió del exhorto ordenado a Canaccord Adams Limited por cuanto la información que podría aportar con respecto a la colocación de acciones del año 2006 había sido incorporada como Anexo X del descargo presentado en sede administrativa.

5º) Que, en el escenario descripto, resulta conveniente diferenciar dos órdenes de agravios sometidos a consideración de este Tribunal, a saber: a) la falta de efectiva acreditación del origen de los fondos receptados por la actora en concepto de aportes de capital y préstamos; y b) el alcance del incumplimiento de los requisitos contemplados en el tercer párrafo del artículo 18.1 de la ley 11.683 para tener por justificado el incremento patrimonial impugnado.

En lo que respecta a las quejas vinculadas al origen de los fondos, corresponde recordar que el artículo 86 de la ley 11.683, en lo que aquí interesa, dispone que en los recursos de revisión y apelación limitada contra las sentencias dictadas por el Tribunal Fiscal, la Cámara Federal “resolverá el fondo del asunto, teniendo por válidas las conclusiones del Tribunal Fiscal sobre los hechos probados. No obstante, podrá apartarse de ellas y disponer la producción de pruebas cuando, a su criterio, las constancias de autos autoricen a suponer error en la apreciación que hace la sentencia de los hechos”.

Así pues, la valoración del Tribunal Fiscal respecto a la prueba y su suficiencia es una cuestión de hecho reservada a ese organismo que excede, en principio, el conocimiento de esta Cámara, a menos que se pruebe que el a quo hubiese incurrido en arbitrariedad en su decisión (conf. esta Sala, in re “Clement S.C.A.”, sent. del 10/11/98; entre muchas otras). De este modo, el carácter limitado del recurso bajo análisis en ningún modo implica que la revisión judicial no pueda valorar aquellos elementos de hecho y prueba, no sólo cuando se hayan omitido sustanciar y/o incorporar al proceso determinados hechos y/o material probatorio conducente para resolver la cuestión en debate, sino ante supuestos de arbitrariedad, ilegalidad o irrazonabilidad en la apreciación de aquellos [conf. doctrina de Fallos: 300:985, Sala V, in re “Aseguradora de Cauciones S.A. Cia de Seguros (T.F. 23.838-A) c/ DGA”, sent. del 4/08/10; “Astilleros Corrientes SAIC (TF 20010-A) c/ DGA y Otro”, sent. del 18/09/14].

Ahora bien, corresponde entonces analizar si las críticas formuladas por la AFIP a la

valoración de las pruebas llevada a cabo por el a quo permiten tener por demostrada la arbitrariedad de la decisión apelada. A tal fin, es menester destacar que:

a) la elaboración del informe pericial sobre fotocopias de la documentación original obrante en la causa y a disposición de los expertos en el Tribunal Fiscal, no habilita a desatender las conclusiones del dictamen puesto que el perito de la AFIP siempre contó con la posibilidad de compulsar el expediente tal como lo hizo el perito de la parte actora (conf. fs. 2106, 2109, 2110/2134vta., 2135, 2144, 2145 y 2147). Máxime cuando la demandada no identifica diferencia y/o discrepancia alguna entre las copias utilizadas en la confección del informe y los originales.

b) la alegada falta de fecha cierta de contratos -que ni la demandada ni el experto por ella propuesto detallan y/o individualizan- no alcanza per se a rebatir la fuerza probatoria del informe pericial, su documentación respaldatoria (en especial la relativa a los movimientos y acreditaciones de las cuentas bancarias de los sujetos involucrados) y la prueba informativa producida respecto al proceso de colocación de acciones que, conjuntamente evaluadas, permiten tener por acreditada la disponibilidad y el origen de los fondos receptados por la actora.

c) en lo que atañe a la presunta falta de “relación directa” entre los montos informados en los oficios y los cuestionados en las presentes actuaciones, cabe tener en cuenta que los importes detallados en la prueba informativa son coincidentes con las sumas validadas en el dictamen pericial y en la certificación contable (conf. fs. 38, 2172/2185vta. y fs. 2150vta.). Por otra parte, las cifras relevadas en las determinaciones de oficio e ingresadas al país bajo los códigos de operación n° 447 y 452 son aquellas incorporadas en la certificación contable de fs. 38/49 y derivan de las transferencias ejecutadas por Geopark Holdings Limited en USD que, convertidas al tipo de cambio entonces vigente, dan como resultados los montos considerados por la AFIP como incremento patrimonial no justificado (conf. fs. 8/8vta., 38/49; valoración efectuada por el a quo a fs. 2315vta. in fine y 2316). A ello corresponde añadir que los extractos bancarios acompañados como Anexo VI del recurso de apelación incoado ante el a quo consignan los importes obtenidos por la casa matriz en Bermudas por la colocación de acciones y las transferencias efectuadas a la actora (a modo de ejemplo, confrontar importes de fs. 41 con los extractos de fs. 986 y los montos de fs. 39/41 con los extractos de fs. 1306, 1307, 1308, 1520 y 1539 y respuesta del oficio obrante a fs. 2104/2105).

d) la demandada no cuestionó de manera concreta y circunstanciada las condiciones particulares del préstamo aquí comprometido sino que se limitó a replicar la doctrina jurisprudencial aplicada para verificar la real existencia de pasivos y recién lo hizo en esta instancia por lo que no resulta atendible [conf. fs. 6/19, 20/36 y 2365vta./2366; art. 277, CPCCN, art. 18 de la Constitución Nacional y criterio de esta Sala, in re “Pesquera Trans Antartic Ltda. (TF 49366-I) c/ Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo”, sent. del 16/05/23, considerando 3º, in fine]. En efecto, en las resoluciones determinativas, la AFIP explicitó que “si [la actora] hubiera demostrado el origen de los fondos en concordancia con alguno de los tres supuestos previstos, no se habría considerado la omisión de ganancia neta alguna” (conf. fs. 17 y 32).

A partir de lo expuesto, es dable advertir que los agravios deducidos por la recurrente con relación a la valoración de la prueba efectuada por el a quo no alcanzan para tener por configurada la hipótesis de arbitrariedad exigida por el art. 86 de la ley 11.683 para desatender las conclusiones del Tribu-

nal Fiscal sobre los hechos probados, esto es que “Geopark Holdings Limited contaba con fondos disponibles en el Banco de Bermudas para realizar las transferencias de autos habiendo justificado el origen con la existencia de cuatro colocaciones de acciones y sus resultados” (fs. 2316).

6º) Que, resta examinar si la prueba del origen de los fondos en los términos supra detallados alcanza para desvirtuar la presunción contenida en el art. 18.1. de la ley 11.683 según la cual “[c]uando se tratare de ingresos de fondos provenientes de países de baja o nula tributación —a que alude el artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado en 1997 y sus modificaciones)— cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate, se considerará que tales fondos constituyen incrementos patrimoniales no justificados para el tomador o receptor local. Los incrementos patrimoniales no justificados a que se refiere el párrafo anterior con más un DIEZ POR CIENTO (10%) en concepto de renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles, representan ganancias netas del ejercicio en que se produzcan, a los efectos de la determinación del impuesto a las ganancias y en su caso, base para estimar las operaciones gravadas omitidas del respectivo ejercicio comercial en los impuestos al valor agregado e internos. No obstante lo dispuesto en los párrafos precedentes, la Administración Federal de Ingresos Públicos considerará como justificados aquellos ingresos de fondos a cuyo respecto el interesado pruebe fehacientemente que se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados”.

La presunción supra transcripta fue incorporada por art. 1º, punto V, de la ley 25.795 (B.O. 17/11/03) con “la finalidad de otorgarle a la administración una herramienta efectiva para evitar las maniobras de evasión fiscal que se materializan a través de jurisdicciones de nula o baja tributación. En tal sentido, se dispone que el ingreso de fondos provenientes de las mismas, salvo prueba en contrario, se considerará incremento patrimonial no justificado” (conf. mensaje de elevación nº 221 del Poder Ejecutivo Nacional, versión taquigráfica de la reunión 15º de la Cámara de Diputados de la Nación, p. 2605).

En el debate parlamentario, el Sr. Corfield manifestó que “[s]iempre hemos buscado el verdadero equilibrio para una sana relación entre el fisco y el contribuyente. Es por ello que para el presente proyecto hemos propuesto reformas, las que han sido receptadas por la AFIP y por la Comisión de Presupuesto y Hacienda (...) Las principales modificaciones que han sido receptadas abarcan los conceptos que enumeraré. En primer lugar, se han tratado de clarificar las facultades de la AFIP para considerar justificados los ingresos de fondos del exterior cuando el contribuyente pruebe fehacientemente su origen” (conf. versión taquigráfica de la reunión 15º de la Cámara de Diputados de la Nación, p. 2617).

Dicha observación se explica con la modificación propiciada al proyecto de ley original en cuanto, en su parte pertinente, establecía que “[n]o obstante lo dispuesto, la Administración Federal de Ingresos Públicos podrá considerar como justificados aquellos ingresos de fondos a cuyo respecto el interesado pruebe fehacientemente que se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados” (conf. versión taquigráfica de la reunión 15º de la Cámara de Diputados de la Nación, p. 2609) (el destacado es propio).

Por su parte, en la Cámara de Senadores de la Nación, el Sr. Capitanich precisó que el

mecanismo establecido “respecto de aquellos fondos del exterior tiene que ver con una interpretación, una corrección desde el punto de vista de la AFIP en virtud de un fallo de la Corte Suprema de Justicia -el caso Trebas-, que no identificó la presunción por parte de la AFIP como adecuada o correcta. En este sentido, con esta legislación vamos a admitir con precisión que aquellos ingresos que no hayan sido debidamente justificados, salvo admisión de prueba en contrario, inexorablemente se tomarán como incrementos patrimoniales no justificados” (conf. versión taquigráfica de la reunión 27º de la Cámara de Senadores de la Nación, p. 180). En esa misma línea, el Sr. Baglini manifestó que “acá hay un megáómnibus porque se están blanqueando legalmente presunciones ya usadas por la AFIP” (conf. versión taquigráfica de la reunión 27º de la Cámara de Senadores de la Nación, p. 183).

A su turno, el senador Salvatori puso de resalto que “los legisladores estamos dispuestos a dar una batalla frontal contra la evasión fiscal. Esto requiere de una legislación que permita al organismo recaudador exigir el pago a los contribuyentes y sancionar cuando no cumplan con sus obligaciones. Este proyecto crea presunciones que permiten revertir la carga de la prueba. Es decir, las determinaciones de oficio que la AFIP realice mediante los supuestos establecidos en esta ley se presumen correctos, pero tiene que dejar al contribuyente la posibilidad de probar en contrario” (conf. versión taquigráfica de la reunión 27º de la Cámara de Senadores de la Nación, p. 187).

Así pues, cabe recordar que en el pronunciamiento “Trebas” (Fallos: 316:1979), la Corte Suprema indicó que, según la legislación entonces vigente, “la circunstancia de que la sociedad inversora tuviera su domicilio en un ‘paraíso fiscal’, no autorizaba a exigir” la prueba de que “los fondos remesados desde el exterior no han sido producto de alguna actividad o capital gravado por la legislación argentina”.

Ahora bien, una vez efectuada la modificación legal que incorporó la presunción establecida en el artículo 18.1., la doctrina ha interpretado que la prueba en contrario detallada en la norma resulta insuficiente por cuanto en algunos supuestos conllevaría a considerar como incrementos patrimoniales no justificados a fondos que no provienen de conducta evasiva alguna. Asimismo, se ha señalado que: (i) la prueba relativa a la actividad de terceros puede ser de dificultosa o imposible producción; y (ii) en términos generales, las entidades que se constituye en jurisdicciones de baja o nula tributación “no pueden realizar actividades en las jurisdicciones del país de constitución” (conf. Bertazza, Humberto J., “Ley 11.683 de Procedimiento Tributario Comentada”, La Ley, 2º edición, p. 283 y los artículos doctrinarios referenciados en las notas al pie nº 745 y 746).

En el caso, los medios probatorios producidos por la actora acreditaron que el origen de los fondos comprometidos en los préstamos y en los aportes de capital fueron las colocaciones de acciones por parte de Geopark Holdings Limited efectuadas fuera de la jurisdicción de Bermudas. Así pues, el supuesto bajo análisis no resulta subsumible en ninguno de los tres escenarios mencionados por el tercer párrafo del artículo 18.1. supra transcripto. Sin embargo, lo cierto es que, frente a la inversión de la carga de la prueba que deriva del instituto en cuestión, la actora demostró que los fondos receptados no provienen de actividades o capitales gravados por la legislación argentina que pudieran haber generado utilidades no declaradas, hipótesis sobre la cual se asienta la presunción, tal como surge del debate parlamentario que tuvo lugar en oportunidad de incorporarla en la ley de rito. Dicha circunstancia sumada a la naturaleza iuris tantum de la mentada presunción

y a la relevancia reconocida por los propios legisladores a los derechos del contribuyente frente a la herramienta de control otorgada a la AFIP, conllevan a considerar que los fondos aquí involucrados se encuentran debidamente justificados y alcanzan para rebatir el ajuste fiscal en los términos en que fue propuesto es esta causa.

En nada modifica lo expuesto la alegada “interpretación literal” a la que refiere la demandada puesto que una lectura apegada a la letra de la norma permite colegir que los tres escenarios allí descriptos resultan taxativos en cuanto a su carácter vinculante y mandatorio para el Fisco Nacional ya que la configuración de cualquiera de ellos obliga al organismo recaudador a considerar que el incremento patrimonial está justificado. No obstante, aquella directriz no puede ser entendida como una restricción al derecho de probar en contrario con que cuenta el contribuyente incidido y a la correlativa potestad de la Administración de valorar las pruebas que se acompañen para justificar el incremento patrimonial detectado; interpretación que no solo se corresponde con los términos empleados por la previsión examinada sino que -además- resulta compatible con las motivaciones y la finalidad explicitadas por el legislador al sancionar la ley 25.795, la clase de presunción incorporada, las garantías constitucionales de los contribuyentes y el principio de razonabilidad consagrado en la Carta Magna.

A mayor abundamiento, cabe recordar que la Corte Suprema ha declarado la legitimidad de la decisión administrativa para recurrir al método de la estimación de oficio y también ha sostenido que aquello no obsta al ejercicio del derecho del contribuyente de probar fehacientemente en juicio los errores que atribuye a la liquidación practicada por el Fisco (Fallos: 197:210; 205:31; 210:107; entre otros).

Por las razones apuntadas, *Resuelve*: a) rechazar el recurso incoado por la demandada y confirmar el pronunciamiento apelado en cuanto fue materia de agravio, con costas a la vencida (art. 68, primera parte, CPCCN); y b) oficiar al Representante del Fisco mediante Deox a fin de que se expida respecto a la liquidación y el pago de la tasa de justicia efectuado por la demandada (conf. providencias del 5/07/23 y 1º/08/23), por considerar que se encuentra configurado el supuesto previsto en el punto 10, in fine, de la acordada CSJN 90/92.

El Dr. Marcelo Daniel Duffy no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN).

Regístrese, notifíquese y ofíciase al Representante del Fisco mediante Deox. — *Rogelio W. Vincenti. — Jorge E. Morán.*

Honorarios del abogado

Ley aplicable. Pacto de cuota litis.

Al pacto de cuota litis le resultan también aplicables las normas que lo regulan; y como verdadero pilar en la materia, constituido por la fuerza obligatoria de los contratos, se halla plasmado en el art. 1197 del Cód. Civil (hoy en el art. 959 del Cód. Civ. y Com., como efecto vinculante), donde si bien no se establece una asimilación absoluta del contrato a la ley, se deja en claro que aquel, en la medida en que se celebre voluntariamente, con los requisitos y dentro de los límites legales, obligará a los contratantes y tendrá que ser cumplido por estos “como” si fuera la ley.

CNCiv., sala I, 14/11/2023. - Schachbasian, Juan Carlos c. Heit, Silvia María y otros s/co-bro de honorarios profesionales.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/154730/2023]

2ª Instancia.- Buenos Aires, 14 de noviembre de 2023.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Sobre la cuestión propuesta el doctor *Rodríguez* dijo:

I.- La sentencia de primera instancia rechazó la demanda entablada por Juan Carlos Schachbasian contra Silvia María Heit, Ernesto Ismael Vaz, Carlos Alberto Torres, Ángel Robin Pérez Rodó, José Orlando Mariet y Alberto Hugo Acuña. Las costas del proceso las impuso a la parte actora vencida.

Contra dicho pronunciamiento se alza el actor, quien expresó sus agravios en formato digital, los que no merecieron la réplica de los demandados.

Llega firme a esta segunda instancia lo decidido en torno a la aplicación de la ley con relación al tiempo y el consecuente sometimiento del caso a las normas del Código de Vélez, temperamento correcto, dada la fecha en que se celebró el contrato profesional cliente y la oportunidad en que se desarrollaron los trabajos.

II.- En primer lugar, vale destacar como se lo hace en la sentencia apelada que surge del instrumento suscripto entre las partes obrante a fs.13, titulado “Contrato de Locación de Servicios Profesionales”, que el aquí actor se comprometió a brindar sus servicios profesionales para patrocinar y/o representar a los demandados –ya sea en sede administrativa, extrajudicial o judicial- con el fin de obtener el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas en el Expte. Nº 7510/2001, en trámite por ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nº 4 Secretaría Nº 8 (cláusula segunda). Por otro lado y como contraprestación de dicha tarea, cada uno de los aquí demandados se comprometió a abonar un 10% de toda suma que percibieran por capital, interés o cualquier otro concepto. Dicho pago podía ser realizado en dinero en efectivo, bonos o cualquier otro medio líquido o liquidable de pago (cláusula tercera).

Precisado ello, resulta oportuno puntualizar que para decidir como lo hizo, la colega de grado comenzó por interpretar que nos encontramos ante un pacto de cuota litis —contemplado el art. 4 de la ley de arancel— ya que presenta las características aleatorias mencionadas que le son propias (cláusula tercera), distinguiéndolo de un convenio de honorarios. Ello así en la medida que presenta los dos requisitos viscerales que debe contener todo pacto de cuota litis: la aleatoriedad y la retribución a porcentaje (conf. Pesaron-Pesaresi, “Honorarios Judiciales”, Tomo 2, pág. 433, ed. Astrea).

Sin embargo, juzgó importante ponderar que las sumas percibidas por los aquí demandados derivan de un reclamo salarial. Y si bien admitió que no se encuentra alcanzado por la legislación laboral por tratarse de un personal de las fuerzas de seguridad, entendió que ciertos aspectos protectores del trabajador que contemplan la ley 20.744 resultan de aplicación analógica al caso de autos.

Abundó en esta línea que a pesar de la expresa exclusión del ámbito de aplicación de la legislación laboral que contempla el art. 2º de la ley 20.744 referida a los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal que no se encuentren incluidos expresamente o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo, existen similitudes en el caso de autos que ameritan su ponderación. Nótese que el actor reclama una proporción de lo percibido por los demandados como consecuencia de un juicio por diferencias salariales que tramitara en

sede contencioso administrativo, y sobre los cuales el actor pretende cobrar un porcentaje. Su contratación había tenido como objeto el patrocinio o representación de los aquí demandados en la causa iniciada con motivo del reclamo de las diferencias salariales adeudadas en las asignaciones que les fueran otorgadas mediante decretos 2000/91, 2115/91, 628/92, 2701/93 y confirmado mediante decreto 1490/2002 y su incorporación al haber mensual como bonificable y remunerativo (cláusula segunda). De tal modo, por considerar que se verifica la existencia de evidente similitud del reclamo judicial para el que fuera contratado el actor con reclamos que suelen efectuarse en sede laboral, cabe aplicar analógicamente al caso la normativa específica que regula tal materia. En tal entendimiento, el art. 277 de la LCT contiene una previsión expresa del pacto celebrado en el ámbito del juicio laboral, en virtud de la cual introduce un tope del 20% y exige como requisitos condicionantes de su validez, la ratificación personal del acuerdo y su homologación judicial.

En virtud de ello, resultando de aplicación analógica las previsiones del art. 277 LCT, y siendo que el pacto de cuota litis que pretende hacerse valer en autos no ha sido reconocido por los clientes ni homologado judicialmente, además de carecer de la aleatoriedad que tal instrumento debe contener, concluyó que el convenio objeto de la presente resulta carente de validez, debiendo desestimarse la pretensión del actor.

El actor se agravia por la aplicación analógica de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) al Contrato de Prestación Profesional (art. 1623 Código Civil, hoy 1251 CCyCN) que es objeto de esta demanda. Postula que dicho contrato fue por él suscripto con los aquí demandados por el trabajo profesional que le encomendaran en autos “León, Antonio Humberto y otros c/EN (M° de Defensa) s/Personal Militar” (Expediente N° 7510/01), a cambio del pago de un porcentaje de los créditos que cobrarán. Dicha causa tramitó ante el Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, Secretaría N° 8.

El segundo agravio del demandante está constituido por la exigencia que impone la Magistrada de ratificación personal del acuerdo y su homologación judicial, todo ello bajo estricta aplicación del art. 277 de la LCT.

Objeta la implementación de ese dispositivo, por tratarse de un trabajo profesional que no fue desarrollado en el ámbito del fuero del trabajo, sino en la justicia contencioso administrativo federal. Añade en tal línea de razonamiento, que no existe ninguna ley que obligue efectuar tal ratificación para su posterior homologación judicial, a menos que se trate de un juicio tramitando ante la justicia laboral.

En tercer lugar, se queja porque reputa improcedente la exigencia que la sentencia apelada contempla de someter a homologación judicial un acuerdo privado celebrado entre partes, desde que el mismo resulta ajeno al art. 162 del ritual.

El cuarto agravio objeta, por las razones que allí se indican, que la jueza le restara validez al acuerdo celebrado entre las partes, pese a desarrollar un trabajo arduo para sus clientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación refirió que el pacto de cuota litis constituye un acuerdo en virtud del cual el abogado se hace partícipe en el resultado del pleito y percibe un porcentaje si tiene éxito su gestión. Usualmente se establece que nada puede cobrar al cliente si el juicio se pierde y a veces también toma a su cargo los gastos del proceso. Está regulado especialmente en el art. 4, párr. 3,

Ley de Arancel 21839, el cual establece que si el pacto excede un porcentual del 20%, situación que no se verifica en la especie, los gastos que correspondieren a la defensa del cliente y la responsabilidad de este por las costas estarán a cargo del profesional “excepto convención en contrario” (Del Dictamen del procurador general de la Nación, el que es compartido por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert y Vázquez, en los autos: “Ledesma, Máximo y otro v. Responsables del accidente del 6/9/1995 en Av. Garay y Pichincha”, del 6/2/2001, L.250.XXXV.). En rigor, el citado art. 3, LHP, faculta a los letrados a suscribir convenios de honorarios. Pero existen distintos tipos de acuerdos posibles, según este cuerpo legal. Dentro de las clases de sinalagmas la denominación de “convenio” específicamente se refiere a aquel en que simplemente se determina un precio a cambio de la labor (convenio “propriadamente dicho”). Aunque, por cuestiones de practicidad, utilizaremos el vocablo “convenio” en sentido lato. Hallamos también al pacto de cuotalitis (art. 4, LHP), ya referido, en donde el profesional participa del resultado del pleito. Dentro de este, como subespecie, está el específico del fuero laboral previsto en el art. 277, LCT. Por último, mencionamos el que se realiza a efectos de regular la prestación profesional permanente sobre asuntos indeterminados con una “retribución periódica” (art. 18, LHP) (Hitters, Juan Manuel: Convenio de honorarios y pacto de cuota litis para asuntos indeterminados. La influencia del art. 1627 del Código Civil sobre las normas arancelarias locales”, Cita: TR LALEY AR/DOC/10118/2012”).

En la actualidad, la validez formal del pacto de cuotalitis en el ámbito laboral se supe-dita a tres requisitos: 1) que no implique una ganancia para el profesional mayor al 20% de la suma que corresponda percibir al cliente; 2) que sea ratificado personalmente por el cliente en el pleito, y 3) que se homologue judicialmente (art. 277, ley 20.744).

La ratificación personal debe entenderse como una forma de protección del trabajador para que, citado por el juzgador reciba el asesoramiento correspondiente, recién entonces exteriorice su voluntad de ceder parte de su acreencia (Pesaresi, Guillermo Mario: “Honorarios en la justicia nacional y federal”, p.104, con cita de SCBA, 2/8/1988, Acuerdos y Sentencias, t. 1988-III, p. 9, citado por Poclava Lafuente - Furfaro - González (h.), “Honorarios”, p. 126, n° 83). “Conceptualmente. ratificar no es equiparable a reconocer y el art. 277, ley 20744, exige ratificación y no solamente reconocimiento de la firma, que le otorga autenticidad al documento, un nuevo acto volitivo, un nuevo examen de la conveniencia del compromiso patrimonial asumido” (CNTrab, Sala IV, 13/6/2007, “Panuzio, Juan Carlos C/PAMI s/despido”, del dictamen de la Fiscalía General n° 44.137, del 31/5/2007, citado por Priore, Claudia A., “Pacto de cuota litis”, *Revista del Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, 1. 2012-20, p. 1793, nota 12).

Aceptado que en el caso, tal como se lo interpretara en la anterior instancia, la especie con la que nos encontramos es la del pacto de cuota litis, para estar en condiciones de dar respuesta a los agravios y determinar si le pueden ser aplicables al supuesto la citada normativa del derecho laboral, cabe comenzar por afirmar que el contrato de trabajo pertenece al derecho privado y su estudio es objeto del derecho del trabajo, mientras que el empleo público es una figura de derecho público cuyo estudio como regla corresponde al derecho administrativo. En tal sentido, la Corte había dicho reiteradamente que las relaciones del empleado público con el Estado están regidas por el derecho constitucional y administrativo (Rev. Derecho del Trabajo, t. 11-1942, p. 447; “Zelayes e. Provincia de Mendoza; t. 11-1942, p. 547; “Labella de

Corso c. Municipalidad de la Capital”; t. XX-1951, p. 589).

En ese contexto, el inc. a, del art. 2° de la L.C.T. en la parte que interesa, dispone que la L.C.T. no se aplicará “a los dependientes de la administración pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo”.

Ello así, frente a la existencia de un régimen jurídico específico reglamentario de los derechos de los dependientes de un organismo estatal, provincial o municipal, y a la disposición del art. 2°, inc. a) de la LCT citada, es inadmisible, en ausencia del acto de inclusión que exige el precitado art. 2, excluir el régimen del derecho público, para acudir por vía analógica al derecho laboral, a fin de depararle al pacto de cuota litis el tratamiento que ofrece dicha disciplina. Es que, los recaudos en cuestión impuestos por el art. 277 del LCT están destinados a aplicarse en el fuero laboral, respecto de causas laborales regidas por dicho ordenamiento jurídico. No tratándose en el caso que dispare el recurso sujeto a revisión de una labor desplegada en una causa de esa naturaleza, puesto que la relación que vincula a los demandados con el estado no se rige por esa normativa, el dispositivo particular que regula el supuesto resulta ser el citado art 4 ° de la ley 21.839, hoy art. 6° de la ley 27.423, que no exigen como requisitos para la validez del pacto, la aludida ratificación personal y la homologación judicial.

De ahí que considero que los agravios deben tener favorable recepción, por cuanto la aplicación analógica del indicado precepto de la legislación laboral en la especie, implica introducir un elemento extraño a la materia susceptible de afectar el derecho de defensa en juicio del profesional, porque incorpora como requisitos aspectos que el derecho aplicable no contempla para conferir validez al pacto, circunstancia que introducida por vía hermenéutica, deviene sorpresiva, y resulta imprevisible para el abogado y susceptible de ocasionarle un gravamen irreparable. Máxime si se pondera que la situación de los demandados, visto el tema desde el prisma de la primacía de la realidad, de ningún modo es encuadrable en el derecho privado, desde que no se trata de funciones temporarias efectuadas para la administración o el estado, prolongadas a través de contratos sucesivos, con mengua de la estabilidad.

Sentado ello, considero que la causa que justifica el pago de los emolumentos convenidos en el citado contrato de locación de servicios profesionales de fs. 13/4, se encuentra demostrada con lo que fluye de los actuado por el profesional en la causa “León Antonio Humberto y otros c/E.N. (M° de Defensa) s/Personal Militar” (expte. N° 7510/01), (art. 888 del Código Civil; hoy arts. 955-956 CCyCN). Realizó lo tareas necesarias para que quedara expedita la vía para el cobro de las acreencias de los clientes (ver fs. 200 a 305). Fue el silencio a su petición en remitirle nuevo poder con atribuciones que requería la SIGEN para la tramitación de los formularios de requerimiento de pago, lo que obstó el cobro en concreto (ver Nota 1662/07 de la SIGEM, fs. 305 de la causa citada, respuesta de la Contaduría General del Ejército). Concuero en suma en que medió falta de colaboración por parte de sus clientes, y que tal silencio motivó la imposibilidad para continuar con la tramitación de esos actuados hasta que se materializara el cobro. A lo que se añade la cesión onerosa de los bonos de consolidación que sus mandantes realizaron a favor de un tercero, lo que reforzó el desinterés de aquellos en continuar con las actuaciones judiciales que le encomendaran. Todo lo cual torna plenamente justificada la renuncia a los mandatos conferidos por el personal militar en aquellas actuaciones, conforme los términos volcados en el escri-

to intitulado “Renuncio con causa al mandato. Acompaño documentación. Libre cédulas con habilitación y bajo responsabilidad”, presentado en fecha 06/08/07, donde se detalla todo lo sucedido en aquellos obrados (ver fs. 306/13), debidamente notificada a los clientes (ver fs. 380/96, 427/33 y 480/83).

A ello se suma en favor del abogado la situación procesal en la que se encuentran en este expediente los accionados, exclientes, ya que como consecuencia del incumplimiento de la obligación procesal a su cargo, al abdicar del derecho de contestar demanda y mantenerse pasiva durante el plazo que la ley asigna para alegar hechos, ofrecer pruebas y pronunciarse sobre el derecho invocado por la contraparte, el silencio de los demandados puede ser susceptible de adquirir plena fuerza de admisión de los hechos lícitos y pertinentes, y en cuanto a los documentos cabe tenerlos por reconocidos o recibidos según el caso (art. 356, inc. 1°, del ordenamiento ritual). Es que, se lo computa como manifestación o conformidad de voluntad, por ser uno de los supuestos en que existe obligación legal de expedirse, todo ello de acuerdo con la naturaleza de la pretensión, su legitimidad y los elementos de convicción incorporados a la causa.

Explicado ello, tratándose el pacto de cuota litis en el que se basa la presente de un contrato, le resultan también aplicables las normas que regulan dicha disciplina en lo pertinente. Entre ellas, un verdadero pilar en la materia, constituido por la fuerza obligatoria de los contratos, plasmado en el art. 1197 del Código Civil (hoy en el art. 959 del CCCN, como efecto vinculante), donde si bien no se establece una asimilación absoluta del contrato a la ley, se deja claro que aquel, en la medida en que se celebre voluntariamente, con los requisitos y dentro de los límites legales, obligará a los contratantes y tendrá que cumplirse por estos “como” si fuera la ley (ver Gastaldi, José María: “Contratos”, t. 1, pág. 120).

A la luz de estas pautas, considero que corresponde admitir los agravios, revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda promovida por Juan Carlos Schachbasian y condenar a los demandados Silvia María Heit, Ernesto Ismael Vaz, Carlos Alberto Torres, Ángel Robin Pérez Rodó, José Orlando Mariet y Alberto Hugo Acuña, a pagarle al actor la cuantía que resulte de aplicar la cláusula tercera y concordantes del contrato de locación de servicios profesionales celebrado entre las partes, dentro del plazo de diez días de definida la cantidad en la etapa de ejecución de sentencia. A tal fin, deberá computarse lo efectivamente percibido por los interesados de la institución empleadora, conforme la cotización o el valor a la fecha de la entrega de los bonos o pago. Con más los intereses, que deberán computarse desde que fue comunicada la renuncia o cese de la representación del abogado a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, pero en los términos del plenario emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta S. A. s. daños y perjuicios”, del 20 de abril de 2009. Con costas de ambas instancias a los demandados condenados (art. 68 y 279 del Código Procesal).

La doctora *Guisado* votó en igual sentido y por análogas razones a las expresadas por el doctor *Rodríguez*. Con lo que terminó el acto.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el tribunal *resuelve*: 1) Revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda promovida por Juan Carlos Schachbasian y condenar a los demandados Silvia María

Heit, Ernesto Ismael Vaz, Carlos Alberto Torres, Ángel Robin Pérez Rodó, José Orlando Mariet y Alberto Hugo Acuña, a pagarle al actor la cuantía que resulte de aplicar la cláusula tercera y concordantes del contrato de locación de servicios profesionales celebrado entre las partes, con más los intereses, que deberán computarse desde que fue comunicada la renuncia o cese de la representación del abogado a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 2) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados condenados.

La vocalía número 27 no interviene por encontrarse vacante.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2º párrafo del Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.

Accidente de tránsito

Responsabilidad del embistente. Accidente entre una moto y un automóvil.

El carácter de embestidor mecánico es un indicador de que se ha violado la norma que manda a tener en todo momento el control del vehículo para prevenir accidentes, y la prueba rendida y valorada, sumado a los daños que se observan en las fotografías obrantes en la causa, dan cuenta de que la moto sufrió daños en la parte delantera y el vehículo del demandado en la parte trasera por ello, fue el accionante quien conducía su motocicleta en violación a lo dispuesto por el art. 50 de la ley 24.449 que dispone que en la vía pública se debe circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo

CNCiv., sala F, 27/09/2023. - Alzogaray, Jorge Alberto c. Rubellin, Alan Uriel y otro s/daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/139614/2023]

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 27 de 2023.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora *Scolarici* dijo:

I. La sentencia de grado dictada con fecha 20 de marzo de 2023 hizo lugar a la demanda entablada por Jorge Alberto Alzogaray. En consecuencia, condenó a Alan Uriel Rubellin a abonarle al actor la suma de pesos trescientos treinta y siete mil quinientos cincuenta (\$337.550) más intereses y las costas del proceso (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Asimismo, hizo extensiva la condena a la aseguradora Caja de Seguros SA.

II. Contra el decisorio apelan y expresan agravios a fs. 352/353 la parte actora y a fs. 360/367 la parte demandada y la aseguradora citada en garantía.

Corrido el pertinente traslado de ley, respondió la actora a fs. 369/371.

Se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de

esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

III. Motiva el inicio de las presentes actuaciones el accidente ocurrido el día 17 de marzo de 2019.

Refiere el actor que circulaba a bordo de su motocicleta marca Honda CG 150 Titan —dominio ...— por la Av. Emilio Castro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y al llegar a la intersección con la calle Lisandro de la Torre, el vehículo marca Renault Megane —dominio ...— que circulaba por la misma arteria, a su izquierda, quiso emprender el giro hacia la derecha y se produjo la colisión.

Sostiene que el accidente se produce ante la excesiva velocidad del demandado, su conducta imprudente al girar sin mirar y no poder frenar el rodado a su cargo a tiempo.

La citada en garantía respondió la citación y atribuyó la responsabilidad del hecho a la víctima manifestando que el Sr. Alzogaray circulaba detrás del automóvil del vehículo del demandado, por el mismo carril, y habría realizado una imprudente maniobra queriendo pasar por la derecha con el fin de invadir el carril del automóvil y circular en el muy estrecho espacio existente entre el auto y el cordón de la vereda.

IV. Agravios

Se agravia la parte actora en torno a la ponderación de los rubros “incapacidad psicofísica”, “tratamiento psicológico”, “daño moral”, “daños materiales” y “privación de uso”, los que estima insuficientes.

Cuestiona también la tasa de interés establecida y solicita la aplicación de la doble tasa activa.

La parte demandada y la citada en garantía en primer lugar solicitan que se declare la nulidad de la sentencia apelada, la que tildan de arbitraria por entender viola el principio de congruencia, el derecho de defensa en juicio y el derecho de propiedad.

Se agravian también de la responsabilidad endilgada en el entendimiento de que no se acreditó la versión del hecho expuesta por el pretensor por lo que requieren el rechazo de la demanda.

Asimismo, discuten los montos indemnizatorios admitidos en concepto de “incapacidad psicofísica” y “daño moral” por considerarlos excesivos, a la vez que sostienen que no se encuentra acreditado el nexo causal entre las lesiones y el accidente de autos.

En este sentido, aluden a tres procesos anteriores en los que el aquí actor también fue víctima de accidentes de tránsito.

Finalmente se quejan de la tasa de interés dispuesta por el magistrado de primera instancia, por cuanto entienden que su aplicación implicaría alterar el significado económico del capital de condena.

V. Liminarmente, cabe analizar el planteo de nulidad efectuado.

En este sentido, cabe recordar que el recurso de apelación comprende el de nulidad (art. 253 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) si se funda en defectos de la sentencia y no en errores in procedendo, que podrían haber sido articulados por la vía del incidente de nulidad. Es decir que nuestro ordenamiento adjetivo no regula el recurso de nulidad como recurso autónomo, sino que lo subordina al de apelación (Fenochietto, Eduardo A. - Arazi, Roland, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Astrea, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 888 y ss.).

Así las cosas, cuando los vicios obedecen a yerros en la interpretación y aplicación de la ley, apreciación de los hechos o valoración de la prueba, no corresponde declarar la nulidad de la sentencia, pues todos los errores in iudicando pueden ser subsanados por vía de apelación. (CNCiv, Sala H, del 30/11/2014, “Urtasún Isabel Eulalia c. Raz y Cía SA s/daños y perjuicios derivados de la vecindad” Cita: MJ-JU-M-90231-AR | MJJ90231 | MJJ9023).

Sabido es que el recurso de nulidad puede definirse como el remedio tendiente a invalidar una resolución que se ha pronunciado con omisión de los requisitos de lugar, tiempo y forma que establece la ley, o que es la conclusión de un procedimiento viciado, en la medida que el vicio se exteriorice en una resolución judicial (De los Santos, Mabel, “El recurso de nulidad”, Revista de Derecho Procesal Nº 3, Medios de impugnación. Recursos II, p. 191 Ed. RubenzalCulzoni).

Su finalidad, entonces, es obtener la invalidación de un pronunciamiento cuando se han incumplido los requisitos que condicionan la validez de las resoluciones judiciales o, cuando el procedimiento adolece de defectos que no pueden ser subsanados (arts. 34, inc. 4º; 163 y 253 del Código Procesal), de manera que quedan excluidos del recurso los errores de juzgamiento de hecho y de derecho de la resolución (errores in iudicando), pues se trata de materia propia de los demás recursos, en especial del recurso de apelación (Arazi - De los Santos, “Recursos ordinarios y extraordinarios”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 231 y ss.). (CNCiv., Sala “J”, 20/05/2019 Expte. Nº 37824/2010 “Murciego Juna, María s/sucesión Ab-intestato).

La nulidad de la sentencia sólo procede cuando adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, es decir, cuando ha sido dictada sin sujeción a los requisitos prescriptos por la ley adjetiva, (arts. 34 y 163 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) pero no en hipótesis de errores in iudicando. que de existir, pueden ser reparados mediante el recurso de apelación, en el que el tribunal de alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción. En efecto la nulidad sólo es admisible si se invoca un perjuicio que debe traducirse en una restricción a la garantía de la defensa. De allí que si los vicios —en caso de existir— no son de tal magnitud que puedan afectar la potestad defensiva de los litigantes, no procede la anulación, lo que no es sino aplicación de la máxima “pas de nullité sans grief” (Arazi-De los Santos, “Recursos ordinarios y extraordinarios”, p.238). (Conf. CNCiv., Sala M del 09/10/2007 “Santillán Rosa c. Santillán Estrugamou Fernando s/colación”) Cita: MJ-JU-M-17807-AR | MJJ17807 | MJJ17807; esta Sala Expte. Nº 78831/2015 “Chavez, Diego Ruben c. Aguirre, Raul Oscar y otros s/daños y perjuicios”).

En virtud de ello, el planteo introducido debe interpretarse restrictivamente, y como ultima “ratio” frente a la existencia de una efectiva indefensión y ninguno de los supuestos yerros de la sentencia señalados por el apelante, se refieren a vicios o defectos de forma que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, por lo que no cabe más que rechazar el pedido de nulidad y examinar los agravios vertidos en el marco del recurso de apelación.

VI. Responsabilidad:

Adelanto que seguiré a los recurrentes en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (conf. CSJN, Fallos: 258:304, entre otros), pues recuerdo que como todas las pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (conf. CSJN, Fallos: 274:113) y las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás

elementos de mérito de la causa. Se considerarán, entonces, los hechos “jurídicamente relevantes” (Aragoneses Alonso, Pedro, Proceso y Derecho Procesal); o “singularmente trascendentes” (Calamandrei, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”).

En relación al encuadre jurídico resulta de aplicación lo normado por el art. 1769 Cód. Civ. y Comercial, que establece que, en los casos de daños causados por la circulación de vehículos, se aplican los artículos referidos a la responsabilidad derivada de intervención de las cosas (arts. 1757/1758 Cód. Civ. y Comercial).

Al ubicarse la hipótesis en los arts. 1757 y 1758 Cód. Civ. y Comercial, el factor de atribución objetivo determina que al damnificado le basta, en principio, probar la intervención activa de la cosa y la relación de causalidad con el daño producido; e incumbe al dueño y/o guardián de ésta la alegación y prueba de alguna de las eximentes, de modo que se produce la correlativa inversión de la carga de la prueba en razón de la presunción legal adversa que compromete la responsabilidad del propietario o guardián del automotor quien para eximirse de tal, debe demostrar que el evento acaeció por el hecho de la víctima, o de un tercero por quien no debe responder, o el caso fortuito que fractura el nexo de causalidad, mediante la demostración cabal de los hechos que alegue con tal finalidad (conf. Trigo Represas, “La Responsabilidad por los daños causados por automotores”, ed. 1997, p. 6, “Código Civil Anotado”, T. I, p. 611, comentario al artículo 1113; Llambías, “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones”, T. IV-A, p. 598, Nº 2626; C.N.Civ. Sala J, 16/10/2020, Expte. Nº 51344/2016 “Ramos, Miguel Alejandro c. Aljive Sociedad de Responsabilidad Limitada y otro s/daños y perjuicios”; Ídem, 18/02/2021, Expte. Nº 51041/2016 “Tangari, Ricardo Miguel c. Martino, Alejandro y otro s/Daños y Perjuicios”; Ídem id, 11/06/2021, “Sorrentino, Hugo c. Gordillo, Sergio Gabriel y otros s/daños y Perjuicios”; Id id 22/09/2021 Expte. Nº 14016/2018 “Núñez, Cecilia Constancia y otro c. Empresa Ciudad de San Fernando s/daños y Perjuicios”; entre muchos otros).

Tales consideraciones, no cabe duda, también deben hacerse extensivas al caso de colisión entre un automotor y una motocicleta, pues debe entenderse que, por sus características a ésta última cabe asimilársela a aquel móvil, pues su accionar lo es a motor, por lo cual no puede ser considerada un vehículo menor, sino que se encuentra en la misma situación de los automóviles (conf. Llambías, Jorge Joaquín, “Obligaciones”, T. IV-A, p. 485, núm. 2581, Kemelmajer de Carlucci, Aída. en Belluscio-Zannoni, “Código Civil comentado”, T. 5, p. 530, núm. 51).

Sentado ello, es dable destacar que la convicción del juzgador debe formarse tendiendo a un grado sumo de probabilidad acerca del modo de producirse el evento, aunque no se tenga certeza absoluta, porque admitida la existencia del siniestro y ante versiones contrapuestas, debe realizarse un proceso de selección que forzosamente conduzca a tener como realmente sucedidas algunas circunstancias en las que se apoyan dichas manifestaciones (Conf. CNCiv. Sala “J”, 16/10/2020, Expte. Nº 51344/2016 “Ramos, Miguel Alejandro c. Aljive Sociedad de Responsabilidad Limitada y otro s/daños y perjuicios”; Ídem 03/12/2020 Expte. Nº 68270/2017 “Aguirre, Mariela Verónica y otros c. El Puente SAT y otros s/Daños y Perjuicios”; entre otros).

Por otra parte, en el terreno de la apreciación de la prueba, el juzgador puede inclinarse por la que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado (Conf. CNCiv. Sala “J”, 22/02/2021, Expte. Nº 89109/2013

“González, Margarita Eleutaria y otros c. Ferrovías SAC y otro s/Daños y Perjuicios”; Ídem 03/06/2021, Expte. N° 50771/2015 “Ayala, Micaela Belén c. Microómnibus 47 SA y otro s/daños y perjuicios”; ídem id 29/09/2021 Exp. N° 75.964/2017, “Orrego, Cecilia c. García Vozza, Martina s/daños y perjuicios ente otros).

Como se adelantó, el demandado y la aseguradora se agraviaron de la atribución de responsabilidad.

Consideran que no se acreditó la mecánica del accidente y que no es posible atender la declaración del Sr. Vivas por no haber declarado en sede penal. Agregan también que el deponente fue dirigido por el letrado de la parte actora al confeccionar el croquis pertinente y que su relato es inatendible.

En el caso no se encuentra discutida la efectiva colisión ocurrida entre la moto del actor y el automóvil del demandado, aunque las partes difieren en la mecánica del hecho. Ante dicha discrepancia, no cabe más que proyectarse a las probanzas arrimadas a la causa tendientes a acreditar las versiones brindadas por los litigantes y, en su ausencia, a las reglas de la carga de la prueba, las que serán evaluadas en su conjunto a la luz de la sana crítica racional (art. 386 Cód. Procesal).

A fs. 2/3 luce la denuncia de siniestro en la que el actor manifestó que: “Circulando por Emilio Castro al llegar a la intersección de Lisandro de la Torre el auto que venía a mi izquierda dobla imprevistamente hacia la derecha para retomar esta última, impactando en su lateral derecho trasero...”

En la mentada constancia se consignan también los datos del vehículo asegurado, se describen los daños (“palanca de cambio, apoya pie, guardabarros, tablero”) y se deja asentado la existencia de acompañantes.

De la copia de denuncia presentada por la citada en garantía que luce a fs. 48 se desprende: “VH aseg circulando sobre Av. Emilio Castro, VH tercero moto con casco, circulando por la misma detrás del VH aseg, en la intersección de ambas calles VH tercero colisiona con la parte trasera del VH aseg//sin desplazamientos”.

A fs. 214/218 obra el informe del perito ingeniero Marcos Enrique Migliorini, el que, adelante, no arrojó datos relevantes a fin de establecer la mecánica del choque.

En efecto, luego de analizar las constancias obrantes en la causa, el idóneo describió los daños de la moto, informó que la avenida Emilio Mitre (sic) tiene doble sentido de circulación, con dos carriles por mano, es pavimentada sin problemas de transitabilidad y que la calle Lisandro de la Torre tiene sentido de circulación único, que también se encuentra pavimentada sin problemas de circulación. Agregó que ambas calles son de traza recta y sus ejes en la intersección, que posee semáforos y tiene sendas peatonales y líneas de detención demarcadas horizontalmente, forman un ángulo aproximado a 90°.

Concluyó en que no hay elementos para determinar la mecánica de los hechos ni velocidades.

En autos declaró a instancias de la parte actora el testigo I. V. (ver audiencia llevada a cabo el 12 de abril de 2022, videograbada en el expediente digital —sistema lex 100— en la solapa “documentos digitales”). Sostuvo que vio un accidente en marzo de 2019. Que era un domingo, que al momento del accidente se encontraba circulando en sentido contrario a las partes, al otro lado de la intersección y que antes de llegar a la esquina observó cómo “del otro lado un coche dobla y se lleva puesta a la moto”.

En relación al lugar donde se produjo el choque indicó que fue en la intersección de Emilio Castro y Larrazábal (no recordó la existencia de semáforos) y así lo plasmó en el croquis. Ubicó a la moto en el carril derecho de la calle Emilio Castro y al vehículo del demandado en el carril izquierdo —a la par—. Dijo que permaneció en el lugar “un toque porque estaba con el nene, unos dos minutos aproximadamente. Levanté la moto, me fijé que más o menos esté bien. Yo veo un montón de accidentes. Estoy en la calle todo el día...”. Preguntado por las velocidades de los vehículos dijo no recordar.

En relación a los daños de la moto refirió que la moto “estaba medio hecha mierda” (sic). Luego sostuvo que estaba bastante entera, que “se había raspado el costado”.

En cuanto al actor manifestó que estaba lastimado “medio perdido, me parece que le dolía la pierna y la mano”.

Sabido es que la fuerza probatoria de un testigo está vinculada con la razón de sus dichos y, en particular, con las explicaciones que pueda dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieran. En el proceso formativo de su convicción, el Juzgador sólo excepcionalmente puede lograr una certeza absoluta sobre la forma en que sucedieron los hechos, pero ha de bastar para fundar su decisión haber alcanzado una certeza o convicción moral, entendiendo por ésta el grado sumo de probabilidad acerca de la verdad, tras el examen de la prueba aportada (Conf.CNCiv., sala “J”, 21/11/2020 Expte. N° 42514/2014 “Capmany, Ricardo Omar c. Transporte Automotor Plaza SACI y otro s/daños y Perjuicios”; ídem 14/12/2020 Expte. N° 14845/15 “Albornoz, Hernán Carlos c. Transportes Lope de Vega SA s/Daños y Perjuicios”; ídem id, 14/6//2021 Expte. N° 39809/2018 “Torne-se, Ernesto Nicolás c. Transportes santa Fe SACI y otros s/daños y Perjuicios”, entre muchos otros).

En este orden de ideas, las manifestaciones deben ser apreciadas en función de diversos elementos, tales como las condiciones individuales y genéricas del deponente, seguridad del conocimiento que manifiesta, coherencia del relato, razones de la convicción que menciona, y la confianza que inspira, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cabe destacar que, si bien es cierto que es criterio jurisprudencial reiterado que la máxima testis unus, testis nullus no tiene acogida en nuestro derecho, al menos con el rigor que emana de los términos de dicha máxima; el testigo único debe valorarse con la mayor severidad y rigor crítico, tratándose de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa, que corroboren o disminuyan su fuerza convictiva, examinando cuidadosamente la calidad del declarante (Conf. CNCiv. Sala “J”, 02/11/2020, Expte. N° 5079372014 “Romero, Graciela c. El Nuevo Halcón (Línea 148) interno 143 s/Daños y Perjuicios”).

En este contexto, señalo que la declaración del único testigo presencial con la que se cuenta en la causa, resulta inútil a efectos de tener por cierta la versión —por demás imprecisa— brindada en el escrito inaugural, la que tampoco ha podido ser corroborada por la pericia llevada a cabo por el ingeniero mecánico.

Nótese que el testigo incurrió en contradicciones e inconsistencias que no permiten, en modo alguno, tener por probada la mecánica expuesta por el reclamante.

Veamos; dijo que el accidente se produjo en la esquina de Emilio Castro y Larrazábal, cuando en realidad sucedió en la intersección de Emilio Castro y Lisandro de la Torre.

Luego sostuvo que el demandado se llevó puesta a la moto, extremo que no solo no pudo ser determinado pericialmente, sino que contraría el relato que el propio actor formuló ante su aseguradora y a la perito psicóloga en oportunidad de ser entrevistado. Al responder sobre los daños de la moto dijo que estaba “estaba medio hecha mierda” (sic), mencionó daño en el manillar, continuó refiriendo que estaba bastante entera y luego que tenía raspado el costado.

Y si bien ciertas imprecisiones podrían ser lógicas atento al tiempo transcurrido entre el hecho de autos y su declaración (poco más de tres años), no puede soslayarse que el deponente incurrió en demasiadas inconsistencias y contradicciones como para vencer.

Y es que aun suponiendo que la afirmación sobre el lugar donde dijo que vio el accidente (intersección de Emilio Castro y Larrazábal) se debió a una confusión, es curioso que, circulando por una avenida con doble sentido de circulación, cuya intersección se encontraba semaforizada (extremo que ni recuerda), por lo que debía estar atento a la señal lumínica, haya podido observar un choque que se produjo al otro lado de la encrucijada a la que se aproximaba.

Además, teniendo en cuenta la ubicación de su vehículo (al otro lado de la intersección) no se explica cómo pudo advertir que la moto del actor habría impactado contra la rueda trasera del vehículo del demandado, circunstancia que aclaro, no se desprende de los elementos obrantes en la causa.

Tampoco se entiende, valorando la ubicación de los vehículos involucrados en el hecho —que circularían según sus dichos y los del Sr. Alzogaray, uno al lado de otro pero en diferentes carriles (ver croquis por él confeccionado)— que la motocicleta del accionante haya impactado con su parte frontal el guardabarros trasero —sector derecho— del rodado del demandado. Y es que, de haberse producido el choque en tales circunstancias, los daños de la motocicleta debieron ubicarse en su lateral izquierdo y no en la parte delantera y los del rodado del demandado, se habrían producido en su lateral derecho, distinto a lo que se observa en las fotografías obrantes en la causa.

Sobre este piso de marcha, habida cuenta de que la declaración del Sr. Vivas no se compadece con los elementos obrantes en autos, por lo que queda desvirtuada, y que la peritación efectuada por el ingeniero no arrojó luz sobre el modo en que se produjo el choque, solo cabe concluir que el actor no cumplió con la carga ineludible de acreditar los antecedentes fácticos en los que basó su reclamo (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

No probó que el vehículo del demandado circulara por el carril izquierdo de la moto, tampoco que lo hiciera a excesiva velocidad y mucho menos que su maniobra imprudente fuera la que ocasionara el accidente de autos.

Desde el punto de vista estrictamente procesal, los litigantes deben probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso. No existe daño sin hecho que lo determine, y la probanza del mismo debe aportarla la parte que tiene interés en afirmar su existencia en cuanto le es favorable su efecto jurídico, debiendo a tal fin elegir los medios adecuados para formar la convicción en el ánimo del juzgador; es decir, el *onus probandi* pesa sobre quien sostiene un hecho. Lo que ha de probarse es la afirmación del hecho, por lo que si el *onus probandi* pesa sobre la actora, ante la falta de pruebas del hecho contradi-

cho, debe rechazarse la pretensión (esta Sala, Expte. n110.687/2008 “Martorelli, Gustavo Guillermo c. Asociación del Fútbol Argentino y otros s/daños y perjuicios” del 19/05/2021).

Es que la prueba de la relación causal, cuando menos en su fase primaria, puramente material, incumbe a su pretensor, lo que resulta una simple aplicación del principio que fluye del art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (conf. Brebbia, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, Bs. As., 1979, p. 141; Andorno, Luis, “La responsabilidad médica”, Zeus, T. 29 D-117; Vázquez Freyre, Roberto, “Responsabilidad por daños. Elementos”, Depalma, Bs. As., 1993, ps. 226-30; Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 269; Bueres, Alberto, “Responsabilidad civil de los médicos”, Hammurabi, Bs. As., 1992, T. I, p. 305 y ss.).

La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés del afectado y la generación de una infraestructura idónea para sostener el reclamo (conf. CNCiv., Sala J, 28/08/2007, “González, Bibiana Raquel c. Metrovías SA s/Daños y Perjuicios”, entre otras).

Por otro lado, y frente al caso concreto, luego de sentar los principios que deben regir la solución de una litis dada, quien juzga debe comenzar por analizar en primer lugar si se dan los requisitos necesarios para poner en marcha la presunción de responsabilidad establecida por los art. 1757 del Cód. Civ. y Comercial, como así también si el hecho denunciado en la demanda tiene nexo de causalidad adecuada con el daño injustamente sufrido de conformidad con lo dispuesto por el art. 1726 del Cód. Civ. y Comercial.

Cabe recordar que aun cuando los hechos presumidos quedan al margen del objeto de la prueba, no ocurre lo mismo con los que configuran la base de la presunción, los que deben demostrarse si no han sido admitidos (conf. Palacio, Lino, “Derecho Procesal Civil”, T. IV, p. 343).

Del mismo modo, las presunciones de responsabilidad o de causalidad creadas por la ley para favorecer a las víctimas de un acto ilícito hacen que queden relevadas de la prueba de la culpa, pero ello no implica que concurra idéntica dispensa en cuanto a la acreditación de los hechos que le dan nacimiento.

Para analizar los presupuestos de la responsabilidad civil, es indispensable determinar si las consecuencias imputadas fueron producidas por la acción u omisión de la demandada, vale decir, la existencia misma del hecho y la relación causal cuya demostración incumbe a la actora en todos los casos, no como un vínculo solamente posible, sino la efectiva comprobación de la atribución del daño al hecho (conf. Goldemberg, A. “La relación de causalidad en la responsabilidad civil” ps. 45 y ss.).

Ello así, por cuanto en el proceso civil los hechos que son objeto de prueba deben haber sido afirmados por las partes. En principio, en el sistema dispositivo, el juez no investiga ni averigua, sino que verifica las afirmaciones de los litigantes (conf. Roland Arazí, Jorge A.- Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, 2° edición actualizada, T. II, p. 309).

Esta idea que emerge del art. 377 del Código Procesal, se relaciona con la carga de la prueba, si bien no debe perderse de vista que ella juega sólo en la formación lógica de la sentencia cuando falta prueba, por insuficiente, incompleta o por frustración de la actividad procesal de las partes. Entonces, únicamente se debe acudir a los principios sobre la carga de la prueba cuando el juzgador se

ve en la necesidad de fijar quién deberá soportar las consecuencias que se producen cuando quien debía probar, no lo ha conseguido (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Comentado”, Tomo 2, ps. 322 y ss.: C. N. Civ., Sala J, Expte. 84737/2007,14/05/2010 “Macchi, Daniel Roberto c. Autopistas del Sol SA s/daños y perjuicios”).

El citado art. 377 comienza diciendo que incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la presencia de un hecho controvertido. Se considera como tal aquel hecho conducente, pertinente, útil, que incide con suficiente importancia en el curso de la litis, siendo su prueba necesaria porque dependa la verificación y convicción que el juez puede alcanzar (Conf. Gozaíni, Osvaldo, “El acceso a la justicia y el derecho de daños”, en Revista de Derecho de Daños-II, Ed. Rubin-zal Culzoni, p. 192).

En este sentido, prueba es tanto la demostración de la existencia de un hecho ignorado o no afirmado, como la confirmación de un hecho supuesto previamente afirmado. La prueba apunta a la reconstrucción histórica o lógica (prueba indiciaria) de hechos sucedidos en el pasado, y que pueden subsistir en el presente, a través de leyes jurídicas que gobiernan dicho proceso y delimitan el campo de la búsqueda, sus tiempos y los medios para conducirla (Kielmanovich, Jorge L. “Teoría de la prueba y medios probatorios”, ps. 20/21, Ed. Rubin-zal Culzoni, Santa Fe, 2001; C. N. Civ., esta Sala, 29/09/2005, Expte. N° 101.190/1999, “Kolsestein, Adolfo Roberto c. Cons. De Prop. Salta 1157 s/cobro de sumas de dinero”).

En principio, cabe señalar que los hechos podrán preexistir con abstracción del proceso, pero en la medida en que de aquellos se pretenda extraer consecuencias jurídicas e interesen a la litis, menester será que se los pruebe, de forma que adquieran vida propia, se exterioricen y existan judicialmente para el juez, para las partes y el proceso, en razón de que para el método judicial un hecho afirmado, no admitido y no probado, es un hecho que no existe, pues para ello se requiere un mínimo contenido objetivo en el material con el que se opera (conf. Kielmanovich, Jorge L. “Teoría de la prueba y medios probatorios”, p. 37, Ed. Rubin-zal Culzoni, Santa Fe, 2001).

Se ha afirmado reiteradamente que, en el proceso dispositivo civil, sin perjuicio de que el juez debe obtener, dentro de lo posible, la verdad en su mayor pureza, se impone la necesidad de una solución para los supuestos dudosos. Tanto las partes al desplegar su actividad, cuanto el juez al momento de dictar sentencia, tienen que tener una regla que a este último le permita determinar a quién condena o absuelve, ya que no es posible absolver la instancia. No se trata sólo de reglas para el juez, sino también de reglas o normas para que las partes produzcan las pruebas de sus hechos, al impulso de su interés en demostrar la verdad de sus respectivas posiciones” (Falcón, Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado y Comentado”, T. III, p. 145, Ed. Abeledo-Perrot; C. N. Civ., Sala J, 03/10/2000, “Romero, Damiana c. Cesáreo, Carlos y otros; Lugo, Mauro c. Indrieri, Juan L. y otro y Di Marco, Julio c. Expreso Cañuelas SA y otro”, LA LEY, 2001-E, 609; Idem., id., 29/09/2005, Expte. N° 101.190/1999, “Koselstein, Adolfo Roberto c. Cons. De Prop. Salta 1157 s/cobro de sumas de dinero”, Idem., id., 11/02/2010, “Solimo, Héctor Marcelo c. Trenes de Buenos Aires y otro”, entre otros).

El concepto de “carga procesal” es el centro de la responsabilidad y función de las partes que persiguen, naturalmente, una sentencia favorable, y para ello necesitan conducirse en el debate judicial, con cuidada eficacia y oportunidad. La teoría del proceso como “situación jurídica” justamente ha puesto en

el tapete el rol de los litigantes visto a la luz de sus chances, expectativas, posibilidades y riesgos que irán marcando la distancia con la posible suerte del derecho se somete a la decisión judicial. Especialmente, en esa concepción, las partes están pesadas con “cargas” o sea imperativos del propio interés para cumplir los actos procesales No son obligaciones, ya que su contraparte no podrá forzar al interesado a cumplirlas y, por el contrario, quedará en ventaja si el mismo omite liberarse bien y en tiempo propio (Eisner, Isidoro, “Planteos procesales”, Ed. LA LEY, 1984; ps. 57/58 y 94).

En síntesis, el pretensor del resarcimiento de daños debe demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia. Debe probar la existencia del hecho por el que demanda, o de la acción antijurídica, o el incumplimiento; también el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de su esfuerzo demostrativo (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Carga de la prueba en los procesos de daños”, LA LEY, 1991-A, 995, Tanzi, Silvia, “La prueba en el daño” en Revista “Derecho de Daños” T. 4, ed. Rubin-zal Culzoni, Santa Fe 1999, ps. 444/6/7/9), lo que no ocurre en el caso.

La apreciación de la prueba exige al juzgador que realice un análisis del caso de acuerdo con los principios de la sana crítica y a las partes que la producción de las pruebas ofrecidas sean los suficientemente eficaces como para iluminar los hechos que sean sometidos a juzgamiento.

Es sabido que en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva pueden producirse dos situaciones: 1) la actividad probatoria desarrollada por una o por ambas partes le depara la convicción sobre la existencia o inexistencia del o los hechos controvertidos; o 2) la actividad probatoria desarrollada es insuficiente o directamente no se produjo prueba a los efectos de probar uno o más de esos hechos.

Ante el primer supuesto, resulta indiferente determinar sobre cuál de las partes pesaba la carga de la prueba, pero si se configura la segunda de las situaciones, debe emitirse un pronunciamiento contando con ciertas reglas que permitan establecer cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias perjudiciales que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de suerte tal que la sentencia resulte desfavorable para la parte que no obstante haber debido aportar la prueba correspondiente, omitió hacerlo (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1992, T. IV, p. 362/3).

La razón de ser de la carga de la prueba es evitar que por causa de hechos dudosos el juzgador se abstenga de sentenciar la cuestión de derecho que rige la causa. Es por eso que frente a los hechos inciertos, dudosos o simplemente no probados por las partes resultan necesarias ciertas reglas que permitan al sentenciante llegar a una certeza oficial.

Se debe responsabilizar a la parte que, según su posición en el caso, debió justificar sus afirmaciones, pero sin embargo no logró formar la convicción acerca de los hechos invocados como fundamento de su pretensión.

En definitiva, las reglas sobre carga de la prueba no tratan de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte, por ello señala Devis Echandía que no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde aportarla, es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte —se traduce en una decisión adversa— (DevisEchandía, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Zavallía, Buenos Aires, 1988, T. I p. 484).

Por otro lado, es sabido que en el caso de la responsabilidad cuasidelictual es donde con mayor frecuencia la sentencia de condena se funda en simples presunciones de culpabilidad, no desvirtuadas por prueba en contrario y una de las típicas y menos controvertidas es la que pone sobre el conductor que embiste, con la parte delantera de su vehículo, la parte lateral o posterior de otro. Así se ha establecido una presunción hominis de responsabilidad contra el conductor que embiste a otro con la parte delantera de su coche, lo cual se tiene por sucedido si uno de los vehículos presenta deterioros en su parte frontal o delantera y el otro en su costado o atrás (Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, “Tratado de responsabilidad civil”, LA LEY, Buenos Aires, 2011, T. V, p. 789 y 790; Conf. CNCiv. esta Sala, Expte. 99611/2010, del 05/04/2021, “Hermosilla, Pedro Hugo y otros c. Godoy, Carlos Alberto y otros s/daños y perjuicios”), tal es el caso de autos.

El carácter de embestidor mecánico es un indicador de que se ha violado la norma que manda a tener en todo momento el control del vehículo para prevenir accidentes (Mosset Iturraspe, Jorge, “Colisión desde atrás, un caso dudoso. ¿Eximente o culpa concurrente?”, LA LEY, 1994-C, 215).

En consecuencia, la prueba rendida y valorada, sumado a los daños que se observan en las fotografías obrantes en la causa, que dan cuenta de que la moto sufrió daños en la parte delantera (ver fs. 12) y el vehículo del demandado en la parte trasera (ver fs. 49/50), me persuaden de que, contrariamente a lo sostenido en el apartado VIII del escrito de demanda, fue el accionante quien conducía su motocicleta en violación a lo dispuesto por el art. 50 de la ley 24.449 que dispone que en la vía pública se debe circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo.

Tales circunstancias —en ausencia de otra prueba idónea— son, a mi criterio, determinantes para tener por probada la eximente invocada (hecho de la víctima). Máxime si se considera que el propio reclamante reconoció su carácter de embistente al denunciar el siniestro y al relatarle los hechos a la perito psicóloga.

Sin perjuicio de que lo reseñado es suficiente para admitir los agravios de la parte demandada y la citada en garantía y, en consecuencia, revocar el fallo apelado, solo a mayor abundamiento, debo señalar que, aun en la mejor de las hipótesis para el actor, y para el caso que se hubiere probado la responsabilidad del demandado, ni siquiera podría tenerse por acreditado que los daños que el actor dijo sufrir, fueran consecuencia del accidente que dio origen a este reclamo.

Y esto es así, dada la circunstancia —sumamente llamativa— de que el expediente bajo examen ha sido elevado junto con tres causas (Ex. 68038/14 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Carbo San Luis SA s/daños y perjuicios” —Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 78—; Ex. 50.187/16 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Yñiguez, Jorge Omar y otro s/daños y perjuicios” —Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 28—; Ex. 91.139/16 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Lauferman, Silvio Ernesto s/daños y perjuicios”, Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 68), iniciadas por el Sr. Alzogaray por accidentes de tránsito con similar o idéntica mecánica y en donde ha sufrido lesiones de distinta índole.

En la causa N° 68.038/14 —que concluyó por acuerdo— el perito médico estimó una incapacidad parcial y permanente del 20,10% por secuela de tobillo izquierdo (6%) y secuela lumbar (15%). Ello con motivo de un accidente de tránsito ocurrido el día 20/09/2013.

En el expediente N° 50.187/16 iniciado con motivo del accidente ocurrido el día 18/12/2015 (concluido también por acuer-

do) refirió padecer latigazo cervical severo, politraumatismo, contusiones y excoriaciones varias.

En la causa N° 91.139/16 (finalizada por acuerdo) el Sr. Alzogaray sostuvo sufrir idénticas lesiones a las mencionadas en el párrafo precedente como consecuencia de un accidente ocurrido el 10/03/2016 (menos de tres meses de sucedido el hecho por que inició la causa N° 50.187/16).

Además, de la compulsa del sistema Lex 100, surge otra causa anterior a las mencionadas precedentemente (Ex. 60891/10 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Molina, Manuel Clodomiro s/daños y perjuicios” —Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 29—) promovida por un accidente ocurrido el 14 de agosto de 2009. En dicho proceso dijo sufrir traumatismo de cráneo, cervicalgia, lumbalgia, lesión ligamentaria y tendinosa y esguin-ce de tobillo izquierdo.

También surgen del sistema de gestión de expedientes “Lex” otros dos procesos que se encuentran en trámite (Ex. 54.818/23 “Alzogaray Jorge Alberto c. Rojas, Juan Cruz y otro s/daños y perjuicios” —ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 40— y Ex. 15.931/23 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Viera Barboza, Adelina s/daños y perjuicios” —ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 73—).

En el primero de ellos (expediente N° 54.818/23) el Sr. Alzogaray denunció sufrir fractura con desplazamiento del 1° y 2° metatarsiano del pie izquierdo, politraumatismos y traumatismo en miembros inferiores y superiores. Ello por un accidente ocurrido el día 11/08/2020.

Y en la causa N° 15931/23 inició actuaciones por un siniestro ocurrido el 14/12/2021, donde denunció ser víctima de politraumatismos, con indicación de reposo de los miembros.

De lo expuesto se colige que la tarea de determinar el nexo de causalidad entre el accidente de autos y las secuelas que se dicen padecidas por el accidente que se reclama, deviene extremadamente compleja, a poco que se repare que de las cuatro causas iniciadas con anterioridad al expediente bajo estudio —todas ellas por choques idénticos o similares—, dos de ellas (Ex. N° 50.187/16 y Ex. N° 91.139/16) han finalizado por acuerdo —ver fs. 108/110 y fs. 62/63—, sin que se hayan llevado a cabo en aquellas, las respectivas periciales médicas.

VII. Conclusión

A tenor de las consideraciones vertidas en el presente voto, propongo al Acuerdo revocar la sentencia de grado y rechazar la demanda promovida por Jorge Alberto Alzogaray, encomendando, a los efectos de dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 34 inc. 5) aps. b), c) y d) del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que a través de la Secretaría de origen se informe a los Juzgados Civiles de Primera Instancia N° 73 y N° 40 la existencia de la totalidad de las causas reseñadas (Ex. 60891/10 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Molina, Manuel Clodomiro s/daños y perjuicios”, Ex. 68038/14 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Carbo San Luis SA s/daños y perjuicios”, Ex. 50.187/16 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Yñiguez, Jorge Omar y otro s/daños y perjuicio”, Ex. 91.139/16 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Lauferman, Silvio Ernesto s/daños y perjuicios”, Ex. 54.818/23 “Alzogaray Jorge Alberto c. Rojas, Juan Cruz y otro s/daños y perjuicios” y Ex. 15.931/23 “Alzogaray, Jorge Alberto c. Viera Barboza, Adelina s/daños y perjuicios”) junto con el presente pronunciamiento. Asimismo, póngase en conocimiento del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Las costas de ambas instancias se imponen al actor vencido (art. 68 del Código Procesal). Por razones análogas a las aducidas por la vocal preopi-

nante el Dr. Ramos Feijoo votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede: I. Se revoca la sentencia de grado y se rechaza la demanda promovida por Jorge Alberto Alzogaray. II. Se encomienda a la Secretaría de origen que informe a los Juzgados Civiles de Primera Instancia N° 73 y N° 40 la existencia de la totalidad de las causas reseñadas en el considerando VII. junto con el presente pronunciamiento. Asimismo, póngase en conocimiento del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. III. Las costas de ambas instancias se imponen al actor vencido. Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones a la instancia de grado. — *Gabriela M. Sclarici.* — *Claudio Ramos Feijóo.*

Internación compulsiva de personas

Peligrosidad del imputado. Procedencia. Control jurisdiccional. Competencia.

- Teniendo en cuenta los cuestionamientos que encaminó la defensa respecto a la facultad de la jueza de grado para disponer la internación del imputado, es dable mencionar que la peligrosidad constatada por el profesional especialista torna operativas las disposiciones que, como medida de seguridad, prevén los arts. 34, inciso 1º, del Cód. Penal y 511 del catálogo adjetivo.
- En relación con la asignación del control jurisdiccional de la medida, debe quedar a cargo del juez de ejecución penal, pues así viene dispuesto normativamente por el art. 511 del Cód. Proc. Penal de la Nación.
- Una vez que ha cesado la jurisdicción penal por haberse dispuesto el sobreseimiento del encausado en los términos del art. 336, inciso 5º, del Cód. Proc. Penal de la Nación, corresponde que sea el juez que tenga competencia en lo civil quien rija el control periódico y/o el eventual mantenimiento, atenuación o supresión de la medida (del voto en disidencia del Dr. Pociello Argerich).

CNCrim. y Correc., sala VII, 18/09/2023. - G., J. L. s/internación compulsiva. Coacción.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/125638/2023]

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 18 de 2023.

El doctor *Scotto* dijo:

Al respecto, la defensa sostuvo que, si bien no se desconoce que el peritaje confeccionado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense informó de la existencia de un peligro para sí o para terceros por parte de G., dicha circunstancia no puede conducir a su privación de libertad en el ámbito carcelario, como lo es el Programa Interministerial de Salud Mental Argentino —“Prisma”— del Servicio Penitenciario Federal I.

En efecto, dicha parte consideró que corresponde que sea derivado a una institución

de salud mental extramuros, a fin de que sea sometido a una evaluación para determinar el tratamiento a seguir, cuyo control deberá quedar a cargo de la justicia civil.

Por el contrario, cumple valorar la evaluación citada en la que se concluyó en que “debido a nula adherencia del causante a los tratamientos instaurados, atento a la gravedad de sus conductas que se encuentran condicionadas por la patología de base y a la ausencia de conciencia de enfermedad, resulta indispensable asegurar el tratamiento internativo de cumplimiento efectivo con las medidas de seguridad pertinentes que V.S. estime corresponder, a fin de garantizar el cumplimiento del tratamiento y resguardar la seguridad propia y/o de terceros”.

Ello pues se determinó que “presenta antecedentes de descompensación psíquica con presencia de síntomas psicóticos (alucinaciones e ideación delirante) y/o conducta heteroagresiva y/o desinhibición sexual”.

A su vez, de la historia clínica del “Hospital Interdisciplinario Psicoasistencial José Tiburcio Borda” y de los informes periciales a los que accedieron los médicos y psicólogos surge que registraba indicadores de vulnerabilidad psicosocial, antecedentes de consumo de alcohol y se hallaba en situación de calle, desocupado, con ausencia de conciencia de enfermedad y carencia de lazos familiares, sumado a “déficit en áreas cognitiva, afectiva y volitiva que comprometen su funcionalidad”, extremos por los que indicó la necesidad de internación en un nosocomio, con el objeto de que se lleve a cabo una evaluación y posterior tratamiento a cargo de un equipo de salud mental y adicciones.

En ese contexto, teniendo en cuenta los cuestionamientos que encaminó la defensa respecto a la facultad de la jueza de grado para disponer la internación del imputado, es dable mencionar que la peligrosidad constatada por el profesional mencionado torna operativas las disposiciones que, como medida de seguridad, prevén los artículos 34, inciso 1º, del CP y 511 del catálogo adjetivo (de esta Sala, causa número 57192/2019, “P. A., J. M.”, del 21 de mayo de 2020).

Por otra parte, ante el planteo formulado por la asistencia técnica en relación con la asignación del control jurisdiccional de la medida, considero que debe quedar a cargo del juez de ejecución penal, pues así viene dispuesto normativamente por el artículo 511 del Código Procesal Penal de la Nación (causa número 38174, “G. A., M.” del 11 de septiembre de 2015, entre otras).

Ello pues, del artículo 23 de la Ley Nacional N° 26.657 de “Derecho a la Protección de la Salud Mental” surge que el artículo 34 del código de fondo mantiene su vigencia y no modifica lo establecido en el artículo 511 del canon ritual, extremo por el que entiendo que no resulta posible la intervención exclusiva en la cuestión del juez civil (causa número 38174, “G. A., M.”, del 11 de septiembre de 2015).

Es que, con motivo de garantizar la proporcionalidad de la disposición, se exhibe necesario realizar un efectivo control judicial de los derechos del inimputable y de aquellos criterios médicos que motivaron su internación.

De ese modo, en los términos del artículo 514 del código de forma, será el ma-

gistrado de ejecución quien podrá disponer, sin perjuicio de la intervención del juez civil y según el estado del tratamiento médico, la cesación de la medida de seguridad, tal como se contempla en los artículos 27 y 28 de la ley aludida (de esta Sala, causa número 40578/2020, “Z., V.”, del 15 de octubre de 2020).

Además, tal circunstancia no se contraponen con los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991 y la Ley Nacional de Salud Mental que, por el contrario, contemplan en su umbral la situación de las personas que, en el transcurso de un proceso penal, se determine que padecen una enfermedad mental y la necesidad de internación que deberá ser en una institución adecuada dispuesta por un tribunal o autoridad competente —según lo establezca la legislación nacional— (Principio 20).

Así, como en el caso la internación involuntaria es ordenada por una jueza penal, resulta lógico que su seguimiento lo haga el juez de ejecución, quien debe ajustar su proceder a la mencionada Ley Nacional de Salud Mental.

Ahora bien, en cuanto a la institución más adecuada para encargarse del tratamiento y del seguimiento de su evolución, considero, tal como lo manifestó la Fiscalía General en esta instancia que “la derivación al dispositivo “PRISMA” se presenta como la alternativa más razonable para asegurarlo a estas alturas, más aún si se tiene en cuenta que, de acuerdo con cuanto emerge del legajo, G. fue internado en el “Hospital José T. Borda” en cinco oportunidades entre el 1 de Abril de 2022 y el 5 de Mayo de 2023 para recibir tratamientos que sistemáticamente abandonó, retirándose por sus propios medios de ese nosocomio”.

Por lo expuesto, en la medida que no es posible inferir algún agravio que le podría ocasionar al encausado que el control de la medida de seguridad le sea asignado a la justicia de ejecución penal, voto que confirmar lo decidido en la instancia anterior.

De otro lado, respecto a la orden de captura ordenada, teniendo en cuenta las particularidades de los hechos endilgados, en los que se investigan diversos sucesos en los que habría proferido amenazas de considerable entidad, sumado a la circunstancia de que se desconoce su actual paradero, considero que dicha disposición luce conducente.

En consecuencia y de conformidad con lo expuesto por la Fiscalía General, debe homologarse lo decidido de la instancia anterior.

El doctor *Pociello Argerich* dijo:

Comparto los argumentos valorados por mi colega preopinante en cuanto respecta a la medida de seguridad dispuesta en la instancia anterior como también en orden al lugar en que debe cumplirse y la captura ordenada, mientras que disiento en el planteo relativo a establecer quién debe ser el juez que debe quedar a cargo de controlar la evolución de J. L. G.

En tal sentido, entiendo que la decisión de la magistrada interviniente relacionada con dar intervención al Juzgado Nacional de Ejecución Penal que por turno corresponda

para controlar la internación del imputado no resulta adecuada.

Ello así, por cuanto una vez que ha cesado la jurisdicción penal por haberse dispuesto el sobreseimiento del encausado en los términos del artículo 336, inciso 5º, del CPPN, corresponde que sea el juez que tenga competencia en lo civil quien rija el control periódico y/o el eventual mantenimiento, atenuación o supresión de la medida (artículos 41 y 42 del Cód. Civil y Comercial; anterior 482 del Cód. Civil), de conformidad con los lineamientos generales fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “R.M.J. s/insania” del 19 de febrero de 2008 (Fallos: 331:211) y por la Cámara de Casación Penal (Sala I, causa número 12593, “M.”, del 26 de abril de 2010, y 12644, “G.”, del 13 de abril de 2010, entre otras).

En razón de ello, entiendo que corresponde homologar la orden de internación del imputado y revocar las disposiciones relativas a que el control de esa medida esté a cargo de un Juzgado Nacional de Ejecución Penal. Asimismo, propicio que se dé inmediata intervención al Juzgado Nacional en lo Civil que por turno corresponda.

Así voto.

El doctor *Cicciaro* dijo:

Tal como sostuviera en otras oportunidades (causa número 38174, “G. A., M.”, del 1 de septiembre 2015 y sus citas), el control jurisdiccional de personas en la situación de J. L. G. debe quedar a cargo del juez de ejecución penal, pues ello viene dispuesto normativamente en el artículo 511 del CPPN.

Lo expuesto, claro está, sin perjuicio de las medidas que ulteriormente hubiere de disponer el juzgado de ejecución penal con motivo de la intervención otorgada y con arreglo a la doctrina fijada por la Corte Suprema en Fallos: 328:4832 y 331:211, ya que es dable concretar el control jurisdiccional correspondiente en aras de establecer si persisten las condiciones que lo tornan peligroso y, en su caso, el lugar adecuado de internación (de esta Sala, causa número 40522/2016, “S., H. M.”, del 16 de agosto de 2016).

Finalmente, no puede dejar de evocar las prevenciones que he formulado extensamente en torno a establecimientos como el Hospital Borda, pues “con motivo del dictado de medidas jurisdiccionales en el marco de procesos penales egresan sin mayores controles pese a las serias afecciones por las que transitan, con perjuicio para sí y para las demás personas” (de esta Sala, causas números 40578/2020, “Z., V.”, del 15 de octubre de 2020 y 31535/2022, “P., C.”, del 14 de octubre de 2022, votos del juez Cicciaro).

Las cinco internaciones aludidas en el voto del doctor *Scotto* y otros tantos abandonos del hospital “Borda” lucen elocuentes en tal sentido.

Por ello, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada, en cuanto fuera materia de recurso. Notifíquese y efectúese el pase electrónico al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de respetuosa nota. El juez Rodolfo Pociello Argerich integra el Tribunal en razón del sorteo practicado el 27 de octubre de 2021 y de la prórroga decidida en el Acuerdo General del pasado 26 de abril, con arreglo a lo establecido en la ley 27.439. — *Juan E. Cicciaro.* — *Mariano A. Scotto.* — *Rodolfo Pociello Argerich* (en disidencia parcial).