----En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de la Sra. Juez del Cuerpo Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B., M. J. c/ C y M S E G S.R.L. s/ Accidente de trabajo - Acción Civil" (Expte. 286 - Año 2016 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente el planteo de nulidad articulado a fs. 238/239?, SEGUNDA: Caso negativo de la anterior, ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?, TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y
expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 258.----------
---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, La Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------
--I. A fs. 204/209 el juez de refuerzo de primera instancia dictó sentencia haciendo parcialmente lugar a la demanda entablada por M. J. B. y condenando a C y M S E G SRL a que en el término de 10 días abone al actor la suma de $ 200.172,39 con más los intereses, desde el acaecimiento del daño hasta su efectivo pago, a la tasa del Banco del Chubut SA para sus operaciones generales vencidas. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.----------El juez condenó a la empresa en el marco de una acción civil por un accidente de trabajo. Resolvió que la demandada debe responder por la responsabilidad objetiva que le cabe por el riesgo o vicio de la cosa (maquinaria inadecuada para el trabajo y vetusta) y descartó que hubiera mediado culpa de la víctima. Sentado ello determinó los rubros indemnizatorios correspondientes a la incapacidad que le causó al actor el accidente sufrido, gastos terapéuticos y daño moral desestimando los montos reclamados en concepto de pérdida de la chance y gastos terapéuticos futuros.----------Esta decisión fue apelada por la parte demandada a fs. 211 quien, concedido el recurso, solicitó se declare la nulidad de la sentencia y, subsidiariamente, expresó agravios. Corrido el pertinente traslado, la parte actora contestó agravios a fs. 246/248vta. A fs. 252/253 esta Sala dictó la SIL N° 54/2016 declarando inadmisible la documental acompañada por la demandada al sostener su recurso. Firme esta decisión se llamó autos para sentencia a fs. 257. ----------II. NULIDAD: Daré tratamiento en primer lugar al planteo de nulidad intentado por la demandada en su recurso. Dice que el sobre que contiene el pliego de absolución de posiciones a tenor del cual debía declarar el actor no fue abierto por el sentenciante. Sostiene que, en consecuencia, no se aplicó el art. 421 del CPCC como fuera solicitado en la audiencia y que, por lo tanto, la prueba no fue correctamente valorada.----------Dijimos en la SIL N° 54/2016, dictada en estos autos, que muy pacífica doctrina y jurisprudencia elaboradas sobre la base de los arts. 172 y 255 CPCC, han resaltado que por hallarse el recurso de nulidad referido a los defectos formales del fallo, quedan fuera de su campo todos los vicios *in procedendo* que hayan precedido a éste, los que han de ser argüidos indefectiblemente en la misma instancia en que acaecieron, por la vía incidental y antes de quedar convalidados por el vencimiento del plazo previsto en el art. 172 del CPCC. ----------

----------El recurso de apelación comprende el de nulidad y procede cuando la sentencia adolece de vicios o defectos de forma o construcción, que la descalifican como acto jurisdiccional, es decir si se dictó sin sujeción a las reglas de tiempo, lugar y forma, prescriptas por la ley adjetiva. Los motivos en particular que le dan pie, pueden ser de diversa índole: a) lo atinente a la fecha del fallo; b) ausencia de la firma del magistrado (aunque éste sería un supuesto de inexistencia); c) déficit en la constitución del tribunal; d) ausencia total de motivación del decisorio; entre otros supuestos (Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", Ed. Librería Editora Platense, 2da. Edición, Año 2004, págs. 532 y sigs.).----------La finalidad del recurso de nulidad no se dirige a lograr la revisión de una decisión judicial que se considera injusta (error *in iudicando*), sino a obtener la rescisión o invalidación de una sentencia en virtud de haber sido pronunciada con omisión de los requisitos de lugar, tiempo y forma establecidos por la ley (Víctor De Santo, "Tratado de los Recursos", Tomo I: "Recursos Ordinarios", Ed. Universidad, Año 1999, pág. 455).-------En este sentido correctamente se ha resuelto que *"si bien el recurso de apelación conlleva el de nulidad, ésta se ciñe a los aspectos formales del fallo y no abarca situaciones consentidas en la instancia. Los vicios anteriores a la sentencia y propios de pasajes anteriores al pronunciamiento no son invocables sino en la instancia de su causamiento y por el trámite procesal previsto"* agregándose en la misma decisión que *"el consentimiento del llamado de autos para sentencia implica que los justiciables tienen conocimiento de las actuaciones realizadas en la litis hasta esa ocasión, de forma tal que entre los efectos procesales que la relacionada actitud trasunta, puede mencionarse la circunstancia de considerarse purgado todo vicio de procedimiento existente con antelación, operándose los efectos de la preclusión. En consecuencia, resulta improcedente el recurso interpuesto una vez dictada la sentencia con fundamento en vicios anteriores a la misma"* (La Spina, Mariano Domingo vs. Da Fonseca, Alberto J. y otro s. Cobro sumario de sumas de dinero - 05/07/2007 - Tribunal: San Nicolás de los Arroyos, Buenos Aires, Cámara de Apelación en lo Civil y

Comercial - Fuente: Rubinzal Online - Cita: RC J 2743/09). ----------

----No se dan en la presente causa ninguno de los supuestos que habilitan la declaración de nulidad de una sentencia razón por la cual propongo al acuerdo el rechazo del planteo. Las cuestiones referidas a la aplicación del derecho, la valoración de la prueba y los errores *in iudicando*, corresponde que se resuelvan por vía del recurso de apelación. Me expido, en consecuencia, a la primera cuestión POR LA

NEGATIVA.----------

---**A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA**, el Dr. Velázquez expuso: ----------

--Coincido plenamente con la opinión vertida por la Señora Magistrada prevotante. ------

-Limitado el campo del recurso de nulidad a los vicios de aquellas sentencias dictadas con "defectos" (art. 255 C.P.C.C.), "con violación de las formas y solemnidades que prescriben las leyes y que asuman el carácter de substanciales" (art. 62 de la Ley XIV

n° 1), el aquí deducido no puede prosperar cimentado como está en supuestas irregularidades cometidas durante la etapa probatoria y, por ende, bien anteriores al fallo de la causa.----------

----En efecto, muy pacíficas doctrina y jurisprudencia elaboradas en torno a los arts. 255 y 172 y sgts. C.P.C.C. han señalado que, por hallarse el recurso de nulidad previsto para los deficiencias formales del decisorio, deja marginados de su órbita todos los vicios “in procedendo” que hayan precedido a éste, los que han de ser argüidos ineludiblemente en la misma instancia en que tuvieron lugar, por la vía incidental prevista específicamente en los arts. 172 párr. 2° C.P.C.C. y 66 de la Ley XIV n° 1 y antes de quedar convalidados por el vencimiento del plazo previsto en el art. 172 cód. cit. (confr.: Palacio, “Derecho procesal civil”, Abeledo-Perrot 1977, IV-169; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., II-C-317; Rodríguez, “Nulidades procesales”, Ed. Universidad 1983, págs. 99/101; Maurino, “Nulidades procesales”, Astrea 1982, pág. 211; Chiovenda, “Instituciones...”, Ed. Rev. Der. Priv. 1940, III-287; L.L. 1975-A537, 1978-A-307, 1978-D-82; esta cámara, c. 9.826 S.D.C. 19/92, c. 11.466 S.D.C. 14/95, c. 11.761 S.D.L. 76/96, c. 12.937 S.D.L. 21/98, c. 22.350 S.D.L. 76/07, c. 201/14 S.D.C. 19/14).----------

---Me pronuncio aquí pues por la NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó: ----------

----Descartada la nulidad del fallo corresponde ingresar al tratamiento de los agravios expresados por la parte demandada. ----------

----En su primer agravio sostiene que la sentencia viola el principio de congruencia puesto que se trata de una acción por responsabilidad civil y el sentenciante aplicó normas del derecho laboral para fundar su decisión. Este agravio, de compartirse mi opinión, será rechazado. Es cierto, como señala el apelante, que el juez de grado menciona en su sentencia normas del derecho laboral y que la presente acción se sustanció bajo las normas que rigen la responsabilidad civil. Sin perjuicio de ello, el agravio debe rechazarse puesto que, a pesar de la mención a las normas laborales, la cuestión fue decidida exclusivamente aplicando la normativa civil. La demanda se planteó en el marco de las normas civiles y la demandada basó su defensa en las mismas normas. Es por ello que no hubo violación al derecho de defensa de la accionada ni tampoco al principio de congruencia.----------

----En su segundo agravio la demandada cuestiona la valoración de la prueba por parte del iudicante y también la afirmación de la sentencia que dice “sin perjuicio de quien haya sido la empleadora de la actora, hace solidariamente responsable a la demandada”.----------

-

----En cuanto a la solidaridad mencionada por el sentenciante entiendo que se trata simplemente de un error que no tiene incidencia alguna en el resultado del pleito. Tal como lo afirma el actor al responder agravios, no estamos frente a un supuesto de

solidaridad puesto que la única demandada fue CyMSEG SRL y para que exista responsabilidad solidaria se requiere —entre otros requisitos— dos o más demandados.- ----------

---Reitera luego en este agravio la falta de valoración de la confesión ficta del actor en el marco de las demás pruebas rendidas en la causa y dice que la máquina con la que se lesionó el actor era propiedad de González y que, consecuentemente, no hay relación entre la máquina y la demandada. Finaliza su agravio diciendo que la cosa no se encontraba dentro de los supuestos del art. 1113 del CC. ----------

Tampoco asiste razón a la demandada en este agravio. En primer lugar, y a fin de resolver correctamente el presente recurso, corresponde decir que el actor no quedó confeso como afirma el apelante. En la apertura a prueba de la causa, el juez fijó audiencia de absolución de posiciones para el día 17 de octubre de 2014. Obra a fs. 93/96 cédula dirigida al actor en la que consta que la notificación en cuestión no fue diligenciada debido a que fue imposible ubicar el domicilio señalado. A fs. 114, en la audiencia celebrada el día 17 de octubre de 2014, el Dr. O. solicitó, ante la ausencia del actor, la aplicación del art. 421 del CPCC. Este pedido, como es de estilo, se tuvo presente para el momento de dictarse la sentencia definitiva. El juez en su sentencia no hizo mención alguna a la confesión del actor ni tampoco, como señala el apelante, abrió el sobre que contiene las posiciones a tenor de las cuales debía deponer el actor. Sin perjuicio de ello, no habiendo sido notificado el actor de la audiencia de absolución de posiciones, no se dan en autos los presupuestos de hecho que habilitan la aplicación del art. 421 del CPCC motivo por el cual esta porción del agravio también debe ser rechazada.----------Descartada de este modo la confesión ficta corresponde determinar si se dan los presupuestos de aplicación del art. 1113 del CC.----------El apelante afirma que “el trabajo había sido tercerizado en el titular de las máquinas operadas por el actor”. Esta circunstancia, que de acuerdo con el art. 381 del CPCC debía ser probada por la demandada, no fue acreditada en autos. La demandada dice haber probado la tercerización del trabajo con el testimonio de Fernando González obrante a fs. 122/123. Este testimonio, de compartirse mi opinión, no será tenido en cuenta para resolver la cuestión. Por un lado, es la única prueba que serviría para corroborar los dichos de la demandada al respecto pero, fundamentalmente, porque sus dichos han sido, en gran parte, desmentidos por la pericia en Higiene y Seguridad en el trabajo y la pericia médica realizadas en la causa. Basta para desvirtuar los dichos de este testigo confrontar sus respuestas con los informes periciales. El testigo dijo en su respuesta a la séptima pregunta que *“el sistema es hidráulico así que es imposible que se trabe con una piedra, la muele, mucha fuerza tiene, es imposible”*. Por su parte, el perito dijo: *“las piedras del terreno donde se operaban las palas de arrastre en la realización de los piletones en Playa Unión, tienen aptitud para trabar el mecanismo hidráulico que abre y cierra la tapa del cajón de la pala de arrastre”*. Resulta evidente del cotejo de su declaración con el resultado de la pericia que mintió al ser preguntado respecto del funcionamiento de la

máquina. También se observan diferencias entre la declaración del testigo y la pericia médica. Cuando fue interrogado respecto de la lesión que le produjo al actor el accidente sufrido respondió: *"tenía un raspón arriba de los dedos no más"* y "*lo único que tenía era piel levantada nada más y no parecía grave para nada*". Por su parte, el perito médico, en el informe obrante a fs. 128/130vta. dijo que "*el actor presenta limitación en la movilidad de los dedos de su mano izquierda"* y también que *"el actor actualmente presenta una incapacidad de carácter parcial y permanente del 18,6% de la TO"*. Observo nuevamente en la declaración de este testigo que o bien faltó a la verdad o bien intentó minimizar —por motivos que desconozco— la lesión sufrida por el actor. Todas estas circunstancias me llevan a proponer al acuerdo dejar de lado íntegramente el testimonio de Fernando González y resolver, en consecuencia, las cuestiones sometidas a decisión de esta alzada

valorando las demás pruebas rendidas.----------

---Con las pruebas obrantes en la causa y mencionadas por la apelante en su agravio, se encuentra acreditado que las máquinas fueron "alquiladas" por la empresa demandada a González resultado, en consecuencia, de plena aplicación el art. 1113 del derogado Código Civil. ----------

---Encuentro de fundamental importancia la respuesta dada por el perito en Higiene y Seguridad en el Trabajo en su informe pericial obrante a fs. 165/167 para resolver las cuestiones debatidas en la presente causa. El perito, al responder el punto de pericia identificado con la letra "c", dijo: "a los efectos de responder este punto de pericia me trasladé hasta el lugar en donde se realizaban los piletones, comprobando que en el lugar no existía ningún tipo de maquinaria y, menos aún, las palas de arrastre. Consultada sobre el destino de dichas palas, la misma empleada administrativa me manifestó que las mismas habían sido alquiladas al señor González de la localidad de Dolavon, brindándome algunos detalles para localizarlo. Así logré ubicar el domicilio del señor González siendo atendido por su hijo Fernando a quién le solicité autorización para sacar fotografías de las palas de arrastre que trabajaron en los piletones que la empresa CyMSEG realizó en Playa Unión, pudiendo observar que se trataba de una herramienta vetusta a la cual se le habían realizado refuerzos con barras de hierro soldadas. Las palas de arrastre son una herramienta que se utiliza normalmente para emparejar o nivelar terrenos para la agricultura, no era la herramienta apropiada para realizar la tarea a la que estaba destinada por la empresa CyMSEG". Agregó a continuación el perito: "en los piletones comprobé que el terreno es de ripio, con piedras de los más diversos tamaños, con aptitud para obstaculizar el funcionamiento de la tapa del cajón, produciéndose el bloqueo del sistema hidráulico, ya sea para abrir o cerrar la tapa. Ello sucede porque esta herramienta está diseñada para trabajar con partículas de menor tamaño que las piedras". Finalmente y en cuanto a la factibilidad de la producción del accidente narrado por el actor, el perito dijo que "la única forma de destrabar dicho mecanismo (sacar las piedras) era a golpes de maza y cortafierros o, en su caso, con algún otro elemento contundente que hiciera desprender las piedras que atoraban su

normal funcionamiento".----------La claridad del informe pericial, no cuestionado por la demandada en la primera instancia ni tampoco al expresar agravios, me exime de mayores comentarios al respecto. El accidente se produjo con una cosa de la que se servía la demandada, que era "vetusta" —según los términos utilizados por el perito— y que, además, fue diseñada para realizar un trabajo distinto al que realizaba la empresa CyMSEG con ella.----------

----Finalmente, y en cuanto a la relación existente entre el actor y la empresa demandada, en verdad, el carácter de esa relación no tiene importancia alguna para la solución de la presente causa. Que se tratara o no de una relación laboral sin registrar, encontrándonos en el marco de una acción civil por daños y perjuicios, resulta irrelevante.----------

----En su tercer agravio la demandada afirma que el decisorio yerra al estimar que no hay nada que reprochar en la conducta seguida por la actora. Sostiene que resulta clara la imprudente maniobra que realizó el actor para auto producirse las lesiones que invoca. Dice que la tarea del maquinista tractorista se limita a la conducción de la maquinaria y no a su mantenimiento o reparación puesto que para ello está el mecánico de obra. Sostiene que el actor actuó de manera imprudente al utilizar un corta fierro y una maza. Dice que podría haber utilizado otro elemento de menor riesgo y mayor efectividad (y reitera que no era el actor la persona encargada de esta tarea). Se agravia porque el sentenciante descartó la "culpa de la víctima" con el solitario testimonio de Llancabure omitiendo la valoración del resto de la prueba. Afirma que la decisión resulta arbitraria y que por ello el decisorio debe ser revocado.----------Tampoco puedo acompañar al apelante en este planteo. No es cierto que la decisión del sentenciante se encuentre fundada en el "solitario testimonio" de Llancabure (fs. 149/150). Por el contrario, la declaración de este testigo que de manera clara y convincente dijo que cuando la tapa del cajón se trababa con piedras había que destrabarla utilizando, por indicación del encargado Fernando González, una maza y cortafierro se encuentra avalada por la pericia mecánica antes referenciada. También dijo este testigo que las máquinas se trababan "permanentemente" y que en la obra no había taller ni mecánico.----------

--Encuentro suficientes estos motivos, valorados a la luz de la sana crítica (arts. 390 y 460 del CPCC), para rechazar el tercer agravio expresado respecto de la "culpa de la víctima" y así propongo al acuerdo se resuelva esta cuestión.----------

---En su cuarto agravio la demandada reitera lo manifestado respecto de la violación al principio de congruencia y a su derecho de defensa. Estas dos cuestiones fueron tratadas en los anteriores agravios razón por la cual no corresponde darles tratamiento aquí.----------

---III. La conclusión:----------

----Por todo lo expuesto propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios con costas de alzada a cargo de la demandada

vencida (art. 69 del CPCC).----------

---En atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios de los Dres. J. O. y C. F. M. se regulen en las respectivas sumas equivalente al 3,38% y 6,05% del monto del proceso que surja de la liquidación a ser practicada en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4). ----------

----Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la segunda cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Velázquez expresó: ----------

-Por estricto apego al principio procesal de economía, en sus vertientes de ahorro de tiempo y esfuerzos, me remito a la síntesis que de la decisión impugnada y los agravios vertidos por las recurrentes realizara la colega ponente, con la que también aquí he de concordar, de modo que para fundar mi voto individual, cual lo exigen la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastará con formular las breves consideraciones siguientes. ----------

---I.- Tocante al primero de los agravios vertidos, debe ser señalado que, promovida demanda resarcitoria por la vía civil y por ese sendero substanciada la causa, el “a quo” pronunció su fallo fundándolo en tal preceptiva del derecho de fondo, bien que añadiendo a mayor abundamiento alguna consideración relativa al derecho laboral, en el que, sin embargo, no subsumió el caso. No ha promediado pues quebranto del principio de congruencia, ni desenfoque jurídico de la cuestión que haya sumido en indefensión a la recurrente. ----------

---Las críticas dirigidas contra expresiones “obiter dicta”, puestas manifiestamente por el sentenciante para esclarecer algo más las bases de su pronunciamiento, resultan pues inocuas, inhábiles para satisfacer el imperativo en el propio interés en que consiste la carga de expresar agravios de modo idóneo (art. 268 C.P.C.C.). ----------II.- Atinente a la mención de la hipotética solidaridad de la demandada, por supuesta aplicación del art. 30 L.C.T., en su .conjeturada calidad de contratante de otra empresa contratista suya y verdadera empleadora del actor, entiendo que ha sido una innecesaria alusión del “a quo” -auténtico exceso de la jurisdicción-, quien, pese a ella, terminó condenando a la recurrente, no por dicha solidaridad, sino como dueña o guardiana de la máquina viciosa o riesgosa, conforme a la previsión del art. 1113, párr. 2°, parte 2da. del Cód. Civ. de la Ley 340. Volvemos aquí a toparnos con una impugnación enderezada contra una manifestación volcada por el sentenciante a mayor abundamiento, que no importa la crítica concreta y razonada menester para sustentar el recurso, en tanto no cuestiona la idea dirimente fundamento del decisorio.----------Por lo demás, no beneficia ni perjudica a la apelante tal declaración de solidaridad, pues la misma no llegaría a constituir siquiera un elemento de fundabilidad de una eventual pretensión regresiva entre deudores solidarios, toda vez que, sin participación en este proceso del hipotético empleador ni como parte ni como tercero, la sentencia no adquiriría en relación a él autoridad de cosa juzgada (art.97, párr. 2° C.P.C.C., a contrario sensu). ----------

----En suma, ningún agravio causa así a la recurrente la declaración de supuesta solidaridad. Síguese de allí que la apelación por ella deducida carece de uno de los esenciales requisitos de admisibilidad del recurso: el interés jurídico nacido de un gravamen, que debe ser personal, objetivo y directo del recurrente (art. 244 C.P.C.C., su doc.; esta Cámara, c.20.507 S.D.C. 39/05, c. 21.633 S.D.C. 12/07, c. 22.129 S.D.C. 32/07, c. 359/11 S.D.C. 5/12).----------

---III.- No existió en la causa confesión ficta del actor, cual pretende la apelante. ----------

--"El que deba declarar *será citado por cédula*", reza el art. 413 C.P.C.C. , mientras que el art. 421 del mismo cuerpo legal determina el efecto de la ficta confesión "*si el citado* no compareciere a declarar".. Así entonces, basta la lectura de la diligencia de fs. 93/96, dando cuenta del fracaso de la notificación al actor, para concluir que el mismo no llegó a ser citado y, por ende, no cabe tenerlo por confeso.----------IV.- Sostiene la demandada que ha acreditado la tercerización del trabajo de movimiento de suelos, mas esa afirmación sólo la apontocaría la declaración testifical de F. D. González (fs. 122, resps. a las pregs. 3era. y 6ta.) y acontece que tal deponente no es idóneo para formar convicción judicial, pues se mostró mendaz al responder acerca del buen funcionamiento de las máquinas empleadas y la adecuación de ellas a la labor a realizar, cual demostró el dictamen pericial elaborado por un técnico en higiene y seguridad industrial (fs. 166 pto. "c").----------Esa declaración testimonial se contrapone con la del testigo J. I. Llancabure, quien dio cuenta en cambio de que el Sr. González "alquilaba la maquinaria" a la demandada (fs. 150, resp. a la preg. 28va.), versión esta corroborada por los datos que el perito actuante obtuviera de una empleada administrativa de la propio accionada (fs. y pto. cits.). Es sabido que "naturalmente, cuando en el mismo proceso donde declara el testigo...se prueba...la falsedad del testimonio, queda totalmente ineficaz" (confr.: Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 5ta. ed., II-264). ----------Pues bien, si la demandada era locataria de las máquinas, no es dudosa su responsabilidad por los daños causados por los vicios o riesgos generados por ellas en su calidad de guardiana de las mismas. Lo que interesa para caracterizar la guarda sobre la cosa es el poder de hecho que se hace efectivo sobre ella, la facultad de disposición, contralor, vigilancia o custodia sobre ella (confr.: S.C.B.A., Lexis Online 1/402219 y 1/402238). Es guardián de la cosa su tenedor, como en efecto lo es el locatario (arts. 1113, 2462 inc. 1° Cód. Civ.; confr.: Cifuentes - Sagarna, "Código Civil...", ed. La Ley 2003, I-892, n° 2).----------

----IV.- Insostenible considero la afirmación de la demandada acerca de la inaplicabilidad al caso del art. 1113 párr. 2° Cód. Civ. por no tener la pala de arrastre vicio ni generar riesgo. ----------Contundente ha sido el dictamen pericial en indicar que se trataba de una máquina "vetusta", que tenía soldados unas barras de hierro como precarios refuerzos y que era absolutamente inadecuada para la labor que con ella se desarrollaba. Ante semejante comprobación, no cabe hesitar en calificar a la pala de arrastre como elemento vicioso y a la actividad

con ella cumplida como generadora de riesgo.----------No corresponde tampoco apartarse del informe técnico por la solo opinión contraria de la recurrente. Ante la meridiana claridad del reseñado dictamen, no cabe apartarse de él por no contar en autos con razones científicas de peso para hacerlo (arts. 390, 481 C.P.C.C.). Por cierto que el juez debe apreciar la fuerza probatoria del dictamen atendiendo, entre otros cartabones, a “los demás elementos de convicción que la causa ofrezca” (art. 481 “in fine” C.P.C.C., ya cit.), mas esos elementos de juicio han de consistir en pruebas muy concretas y directas. Hace casi siglo y medio ya que Mittermaier señalaba que el justo motivo de duda permisivo del rechazo del dictamen pericial concurre cuando existen en el proceso otras *pruebas* en contrario de igual o superior valor a aquél (“Tratado de la prueba en materia criminal”, Madrid 1877, pág. 165). El concepto lo reiteró décadas después Lessona, que reclamaba para ello nuevos medios de prueba (“Teoría general de la prueba”, Madrid 1964, To. IV, nros. 409 y 515). Volvió sobre la cuestión el colombiano Devis Echandía, quien indicó que para reconocer fuerza convictiva al dictamen del experto es menester, entre otros requisitos, que no existan “otras pruebas mejores o iguales en contra” (“Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., Bs. As. 1981, II- 348). En nuestro medio nacional ha sido coincidente la opinión de Palacio, que concluyó la posibilidad de apartamiento de las conclusiones periciales cuando “existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia” (“Derecho procesal civil”, Bs. As. 1972, IV-720, “b”). En síntesis, pacífica es la doctrina que para proceder al abandono del dictamen exige la existencia en la causa de elementos probatorios de mayor eficacia (esta sala, c. 31/13 S.D.L. 6/13, c. 370/15 S.D.L. 32/15, c. 582/15 S.D.L. 42/15, c. 58/16 S.D.L. 14/16, c. 95/16 S.D.C. 10/16). ---------V.- Arguye por último la recurrente la eximente de culpa de la víctima, en razón de la imprudencia que habría cometido al excederse en su función de conductor, toda vez que se contaba en la obra con un mecánico para solucionar desperfectos; y por haber empleado un instrumental inadecuado para destrabar la maquinaria.----------No son convincentes las razones invocadas. La de existencia de un mecánico encargado de reparar desperfectos, porque el testigo J. I. Llancabure declaró rotundamente que no existía taller ni mecánico en la obra (fs. 149 vta., resp. a la preg. 14ta.), sin que quepa atender a la deposición en contrario de F. D. González, testigo descalificable por mendacidad lo llevo expresado, del que sorprende su frágil memoria, en tanto dijo recordar al pretendido mecánico como un “petisito narigón” pero del que no recuerda el nombre, como tampoco memora el del capataz (fs. 122 vta/a23, resps. a las pregs. 17ma. y 19na.). Como la declaración de J. I. Llancabure resulta precisa, no afectada por autocontradicciones ni conmovida por pruebas en contrario, no la conmueve la circunstancia de tratarse de un testigo único, pues no rige en nuestro derecho el principio de la prueba testimonial tasada, que el ordenamiento procesal vigente reemplazó con ventaja por el sistema apreciativo de las reglas de la sana crítica (arts. 390, 460 C.P.C.C.). Por aquello de que “los testigos se pesan, no se cuentan”, según la gráfica y ya clásica expresión de Bentham, la mera circunstancia de hallarse en

solitario no desprovee a la testifical de eficacia si ella produce convicción conforme las recordadas pautas de la sana crítica (esta alzada, c. 17.060 S.D.C. 25/01, c. 19.678 S.D.C. 34/04, c. 380/10 S.D.C. 4/11). ----------

----Atinente al empleo de un instrumental inadecuado para quitar las trabas a la maquinaria, basta señalar con el perito actuante en autos que “la única forma de destrabar dicho mecanismo (sacar la/s piedra/s) era a golpes de maza y cortafierro” (fs. 167 pto. “d”), dictamen que ya he apreciado positivamente. ----------

----VI.- Tales son los motivos por los que opino que la sentencia en crisis merece ser confirmada, con costas de segunda instancia a la apelante vencida en ella (art. 69 C.P.C.C.) y regulando los honorarios por las tareas profesionales de alzada en los montos propuestas por la Señora Magistrada antes sufragante, ajustados a la extensión, calidad y resultado de dichas labores (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4). --------

----------Me expido aquí pues por la AFIRMATIVA. ----------**A LA TERCERA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó:----------Ante el acuerdo alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

---1) NO HACER LUGAR al planteo de nulidad intentado.----------

- 2) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.--------

- 3) IMPONER las costas generadas en esta instancia a la demandada vencida.----------

- 4) REGULAR los honorarios de los Dres. J. O. y C. F. M. en las respectivas sumas equivalente al 3,38% y 6,05% del monto del proceso.---------- 5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- Tal mi voto. ----------

---**A ESTA CUESTIÓN FINAL**, el Dr. Velázquez respondió:----------

--El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Spoturno, reflejo fiel de los acuerdos antes alcanzados.----------Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse vacante la restante vocalía (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17).----------

----Trelew, de abril de 2017. ----------

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--NO HACER LUGAR al planteo de nulidad intentado.----------

CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas generadas en esta instancia a la demandada vencida.----------

-- REGULAR los honorarios de los Dres. J. O. y C. F. M. en las respectivas sumas equivalente al 3,38% y 6,05% del monto del proceso.----------Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2017 - SDL. - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE REFUERZO
CÁMARA DE APELACIONES