

Accidente De Trabajo Enfermedad Profesional Accion Civil Relacion De Causalidad Responsabilidad Objetiva Prueba Dano Moral

JURISPRUDENCIA

Accidente de trabajo. Enfermedad profesional. Acción civil. Relación

de causalidad. Responsabilidad objetiva. Prueba. Daño moral profesional iniciada por el trabajador, quien denunció una pérdida auditiva producto de la actividad que desempeñaba como conductor de trenes. Para decidir de ese modo, se tuvo en cuenta el informe pericial médico, que acreditó de manera general que existió causalidad entre el daño auditivo del trabajador y la exposición al factor de riesgo ruido proveniente de su prestación laboral en el marco del contrato de trabajo que lo unía al demandado. Se hace lugar parcialmente a la demanda por enfermedad profesional iniciada por el trabajador, quien denunció una pérdida auditiva producto de la actividad que desempeñaba como conductor de trenes. Para decidir de ese modo, se tuvo en cuenta el informe pericial médico, que acreditó de manera general que existió causalidad entre el daño auditivo del trabajador y la exposición al factor de riesgo ruido proveniente de su prestación laboral en el marco del contrato de trabajo que lo unía al demandado. Salta, 22 de junio de 2016.- AUTOS Y VISTOS: este expediente caratulado ?SANTILLAN, MARIO ALBERTO CONTRA BELGRANO CARGAS S.A. - ORDINARIO?, EXP. n° 18.549/07, originario del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo n° 4 del Distrito Judicial Centro, para resolver la apelación interpuesta a fs. 437/441 vta., y CONSIDERANDO María de las Mercedes Domecq dijo: I. La sentencia de primera instancia, por la cual se rechaza la demanda tendiente a obtener el pago de indemnización por daño patrimonial y por daño moral a causa de una enfermedad que el actor invocó como generada por el ambiente laboral, es objeto de la mentada vía recursiva por parte de este. El recurso se integra con agravios que pueden ser inordinados en tres argumentaciones, de la siguiente forma. Por la primera de ellas critica la manera en que se apreció la prueba rendida en autos: luego de aclarar que su parte sostuvo haber sido expuesto a un ambiente ruidoso, que ello lesionó su oído y que no le fueron suministrados protectores auditivos y que la demandada negó esta última circunstancia, concluye que está admitido por ambas partes que el protector auditivo era imprescindible y que su uso se exige porque hay un ruido dañino. Explica que cuando la Sentenciante valoró que no había constancias en autos que probaran la relación de causalidad entre el daño a la salud (pérdida auditiva) y la actividad desplegada por el actor (conducción de trenes), omitió ponderar las testimoniales relativas a la falta de entrega de protectores auditivos, en torno a lo cual declararon los señores Pérez, Apaza, Araya y Lobo, cuyos dichos transcribe. Omitió igualmente valorar lo manifestado por los testigos Pérez y Valdéz, ambos conductores de locomotoras que dan cuenta -agrega el apelante al tratar el punto B del memorial- del ambiente ruidoso de trabajo, al que califican con los adjetivos ensordecedor, terrible y aterrador. Critica más adelante que la Juzgadora se haya apartado de las conclusiones de la pericia médica (que no fue impugnada por la contraria) cuyo contenido describe y refiere que le agravia que el fallo le haya requerido una prueba sacramental del grado de decibeles del ambiente. Otra argumentación se sustenta en que la Juzgadora no habría obrado de conformidad con la presunción a favor del trabajador del art. 9 de la L.C.T. en materia probatoria: asevera que la prueba es concluyente, pero que, si no fuera así, se debe estar a favor de aquel. En la tercera el recurrente advierte que está demostrado el carácter riesgoso de la cosa, el daño sufrido y el contacto con aquella, por lo cual debe presumirse la responsabilidad del dueño, quien para eximirse de la misma, debió acreditar la culpa de la víctima o de un tercero: la sentencia hizo -según él -caso omiso de ello. Mantiene la reserva de caso federal invocando afectación del derecho de propiedad y de defensa. Corrido el traslado ordenado a fs. 442, a fs. 444/445 se agrega el escrito de contestación de los agravios de la parte demandada quien entiende que los argumentos del apelante no superan las meras disconformidades, destacando en relación a las normas invocadas por el accionante, que no corresponde al Juzgador suplir la negligencia probatoria de las partes. Solicita por ello el rechazo del remedio intentado, con costas. II. Preliminarmente, encuentro oportuno para el tratamiento de la vía recursiva sintetizar ab initio cuáles fueron los hechos controvertidos en autos y cuál el marco normativo en el que debo pronunciarme. A fs. 2/13 Mario Alberto Santillán relata haber ingresado a trabajar para Belgrano Cargas S.A, una empresa destinada al transporte ferroviario de cargas, el 21 de noviembre de 1.999 como conductor de locomotoras Diesel eléctricas en horarios discontinuos, pero en una jornada laboral que siempre superaba las ocho horas, devengando como salario mensual la suma de \$2.383,58, comprensiva de conceptos remunerativos y no remunerativos. Advierte que fue despedido el 13 de septiembre de 2.006 (fs. 3 vta.) y que para esa fecha ya experimentaba hipoacusia: una pérdida total del sentido del oído derecho y una disminución auditiva del 33,5% en el izquierdo, ambas atribuidas al alto nivel de decibeles de la locomotora que conducía y a la falta de provisión de protectores auditivos (fs. 3). Aclara que, luego de realizada la denuncia ante la aseguradora de riesgos del trabajo que su empleador le había indicado, esta le informó que sufría de una hipoacusia mixta, patología no incluida en el listado de enfermedades profesionales, por lo que rechazó el siniestro. Bajo esas consideraciones pide la reparación económica de las lesiones a su salud en el marco del art. 1.113 del C.C.. Al cumplir con la carga procesal del art. 39 del C.P.L. (fs. 87/94), Belgrano Cargas S.A. niega, en síntesis, el grado de disminución de la capacidad auditiva del actor; el nexos causal adecuado entre el ruido y la patología y que haya incumplido normas de higiene y seguridad (especialmente la provisión de protección elemental suficiente). Refiere que la aseguradora le había

comunicado el rechazo de la denuncia de la patología como enfermedad profesional por no encontrarse incluida en el listado al que refiere el art. 6° de la ley de riesgos de trabajo. Sobre el reclamo civil advierte que, de considerarse que debe resolverse según la responsabilidad objetiva, existe una causal de eximición de dicha responsabilidad, basada en la culpa del actor: su exceso accionante en la velocidad permitida en el manejo de la locomotora. No ha desconocido, por el contrario, en lo que a esta instancia interesa, la existencia en sí misma de la patología, ni el alto nivel de ruido al que estaba expuesto el señor Santillán. La extensión de lo descripto se justifica porque permite concluir que lo único controvertido en autos fue -por un lado- el grado de pérdida de capacidad auditiva que se vincula necesariamente con la relación causal adecuada entre el ruido y la patología y -por otro- la provisión por parte de la demandada al accionante de elementos de protección auditiva. Permite igualmente advertir la existencia de un elemento que no fue ponderado en primera instancia: la culpa imputada al demandante como factor de eximición de responsabilidad. En cuanto al sistema normativo con el que se propuso la pretensión, comparto lo expresado por el señor Santillán en torno a que resultaba inoficioso ingresar al examen de constitucionalidad de las normas de la ley de riesgos del trabajo, por cuanto no se ha invocado en estas actuaciones un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación, resultante de la comparación entre una eventual mayor compensación bajo pautas del derecho común y el resarcimiento de un infortunio laboral bajo el régimen de la ley 24.557: lo que se ha solicitado es el análisis, bajo pautas civiles, de una reparación de una enfermedad que no está contemplada en el listado que debe elaborar y revisar el Poder Ejecutivo Nacional dentro del sistema especial. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Para la procedencia de la acción de derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Por lo tanto, si se demuestra que una enfermedad está vinculada causalmente a un hecho jurídico, la acción procede con independencia del listado que prevea la ley de riesgos del trabajo, que obedece a un régimen especial, diferente del derecho común" (Fallos 330:5435). Determinado lo que antecede, entiendo que lo que debía probar el demandante en estas actuaciones no era tanto el hecho jurídicamente reprochable -condición y medioambiente de trabajo rodeada de un ambiente hostil ruidoso-, ni el daño -hipoacusia-, ni el factor de atribución objetiva -titularidad del empleador de la actividad desplegada por el damnificado y su beneficio- (extremos fácticos reconocidos por las partes y que llegaron firmes a esta instancia), sino si la lesión en ambos oídos había tenido como causa eficiente el ambiente ruidoso, y, en su caso, en qué grado. Es por ello que resulta irrelevante la crítica que se relaciona con la omisión en que habría incurrido la Sentenciante respecto a la valoración de los dichos de los testigos Carlos Eugenio Pérez y Francisco Osvaldo Araya (quienes refieren en las respuestas 9 y 13 de fs. 358 vta. y en la 3 de fs. 362 a un ruido ensordecedor), de Segundo Valdéz (el que en la respuesta 4 de fs. 360 vta. sostiene que el ruido era constante y que tenían el motor en la espalda) y de Armando Casal y Guillermo Lobo (quienes sostienen que se "... siente mucho ruido especialmente cuando uno va en subido la verdad es aterrador el ruido...? y que "... es permanente se escucha en todo momento mas cuando va en su subida... por eso todos terminamos sordos...? (cuarta respuesta de fs. 403 vta. y penúltima respuesta de fs. 404): se trata de elementos fácticos no discutidos. Atendiendo a la crítica relacionada con la omisión de valorar la presunción prevista en el art. 9 de la ley de contrato de trabajo: más allá de lo expuesto en los dos párrafos anteriores en cuanto a que resultaba claramente innecesaria su aplicación, encuentro oportuno hacer notar al apelante que el sentido con que procura dotar a esa norma dista del que resulta de la literalidad de la norma. En efecto, el principio rector in dubio pro operario en materia probatoria exige para su procedencia que se esté en presencia de pruebas encontradas que generen incertidumbre acerca de cuál de ellas tendrá preponderancias; ello implica que lo que esa norma prevé es un método de resolución judicial cuando media duda en la prueba efectivamente producida, pero de ninguna forma una eximición de acreditación de hechos alegados. En relación a la invocada falta de valoración de lo referido por los testigos respecto de la entrega de los protectores auditivos adecuados, considero que era a la sociedad demandada a quien correspondía esa carga. En efecto: como lo que debía conformarse, reitero, es la etiología de la pérdida auditiva, correspondía al demandado, en todo caso, probar que arbitró los medios necesarios para desbaratar el nexo causal, con medidas reductoras de la exposición al agente de riesgo indiscutido, pero entiendo que no cumplió con esa carga: no se acompañó en autos constancia alguna de que Mario Alberto Santillán los hubiera recibido. Pero, por añadidura, tenemos que Carlos E. Pérez sostiene que Belgrano Cargas les suministró protectores auditivos "... casi al final de sus funciones. Al inicio, me atrevo a decir hasta el 50% de función dentro de la empresa, no...? (respuesta 12 de fs. 358), mientras Armando Casal advierte que les habían dado auriculares "... una vuelta pero hace mucho en Ferrocarriles Argentinos...? y "... hace cuatro o cinco meses en Ferrocarriles Carga (antepenúltima y penúltima respuesta de fs. 403 vta.) y Guillermo Lobo que "... no hay protector auditivo ni nada? (última de fs. 404). En cuanto al alcance que otorga al art. 1.113 del C.C., debo decir que a través del instituto de la responsabilidad objetiva se procura prescindir de la intencionalidad del titular o guardián de la cosa o actividad riesgosa, es decir del factor subjetivo, pero de manera alguna relega de la obligación de acreditar la causalidad entre el daño y el objeto o actividad al que aquel es atribuido, elemento este que resulta trascendente en autos. Vinculado al tercer agravio: no comparto formalmente lo objetado por el apelante, toda vez que entendió que lo requerido por la Juzgadora para hacer lugar a su pretensión habría sido la

probanza de los decibeles a los que estuvo expuesto el actor. Sin embargo, la ratio decidendi fue la falta de prueba de la causalidad. Así ha dicho: "...la prueba testimonial de autos carece de la fuerza de convicción necesaria para determinar que el trabajo produjo la enfermedad; así ha quedado acreditado que el trabajador se desempeñaba en un lugar ruidoso, pero no obran en autos pruebas algunas que determinen que el daño en la salud ha sido producido por la actividad desempeñada por el actor para la demandada. Es decir se ha omitido la producción de prueba eficaz que demuestre que la causa de la enfermedad ha sido el trabajo..." (fs. 433 vta. último párrafo). Sólo como un argumento complementario se mencionó que no se ha probado el grado de decibeles para la producción de un daño. A pesar de lo hasta aquí analizado, destaco que lo más importante del memorial del actor radica en el acertado agravio a través de la cual se destacó la arbitrariedad de haber prescindido de la pericial médica. A fs. 383/392 el Gerente de Atención a las personas del Hospital San Bernardo acompaña el informe realizado por el Departamento de Otorrinolaringología del mencionado nosocomio, en el que se consigna que el señor Santillán padece en el oído izquierdo una hipoacusia moderada con trauma acústico y en el derecho, cofosis, respecto de la cual se aclara que se trata de una sordera total (punto 2.2 de fs. 387). Se advierte además que "...el ambiente ruidoso mayor de 90 decibeles influyen sobre las células sensoriales del órgano de Corti, provocando la lesión de las mismas la que lleva a la pérdida auditiva. Cuando el ambiente ruidoso supera los 80 decibeles... es el tiempo de permanencia, años de trabajo..., con exposición de 8 horas diarias que puede producir una hipoacusia inducida por el ruido..." (punto 2.3). Conforme lo ha establecido el Superior Tribunal de la Nación, cabe reconocer validez a las conclusiones del experto para la decisión de aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que sólo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos (Fallos 319:469; 320:326 y 332:1571, entre otros). Así las cosas, dado que el dictamen emitido por los peritos médicos no fue observado ni objetado por las partes en lo que respecta a la causalidad advertida, y ponderando las conclusiones allí volcadas, entiendo que corresponde hacer lugar a este aspecto del memorial: el referido informe pericial -desde mi análisis- acredita de manera general que existió causalidad entre el daño auditivo del señor Santillán y la exposición al factor de riesgo ruido proveniente de su prestación laboral en el marco del contrato de trabajo que lo unía al demandado. Sin que implique contradecir con la anterior conclusión, hago notar que, no obstante ella, el informe pericial resulta algo equívoco en otro aspecto: refiere a una hipoacusia (es decir disminución del sentido) en el oído izquierdo y a una cofosis (es decir, sordera total), en el oído derecho, sin que haya quedado explicitado si ambas patologías se originaron en las condiciones y medioambiente de trabajo, lo que se agrava si consideramos que la sordera total puede tener varios orígenes: en algunos casos puede ser genética y en otros puede ser adquirida, puede surgir de un traumatismo o malformación o ser secuela de otra enfermedad. Entonces: lo que debe determinarse en este punto es si la pérdida auditiva de ambos oídos del accionante ha tenido origen en las condiciones y medioambiente de trabajo. En materia de enfermedades que se atribuyen a condiciones laborales, puede existir presunción de causalidad y, consecuente, inversión de la carga probatoria, pero entiendo que ello ocurre cuando se identifica y acredita un factor de riesgo que típicamente suele causar esa patología: ello nos conduce a la necesidad de encontrar parámetros objetivos para determinar su causa. A mi parecer, tales pautas pueden ser halladas en el decreto 658/96, norma que dispuso un listado de enfermedades profesionales a través de criterios estadísticos y epidemiológicos en torno a cuáles agentes de riesgos pueden causar qué patologías en el ámbito del trabajo. Me parece oportuno recordar que el referido listado se elaboró con la participación de los representantes gubernamentales, de los empleadores y los trabajadores, con el asesoramiento de la Organización Panamericana de la Salud, y teniendo en cuenta el listado de agentes de riesgo propuesto por la Organización Internacional del Trabajo, por lo que entiendo lógico que cuando se trata de una enfermedad listada, la causalidad pueda presumirse cuando logra acreditarse el agente y la patología nombrada. Pero cuando, como en el caso, no está incluida en el listado, considero que se debe acreditar no sólo la enfermedad y el hecho jurídicamente reprochable al que se atribuye eficacia dañosa, sino también la causalidad entre ellos. En efecto: para resolver el presente caso, debemos tener en cuenta que la patología de pérdida auditiva que el referido decreto atribuye al factor de riesgo ruido es específicamente la hipoacusia perceptiva (es decir, la pérdida del oído interno), especificando como un ejemplo de actividad que puede producir la exposición, el manejo de maquinaria pesada en transporte de carga. ¿En base a cuál es el sitio del órgano auditivo dañado, pueden ser neurosensoriales -o, agrego por mi parte, perceptivas- (daño en la cóclea, el nervio auditivo o el sistema nervioso central), conductivas, (está afectado el oído externo o medio), o mixta (una combinación de ambas) (transcripción de la página del Ministerio de Salud Pública de la Nación: <http://www.msal.gob.ar/index.php/programas-y-planes/380-hipoacusia#sthash.LTxseRnZ.dpuf><http://www.msal.gob.ar/index.php/programas-y-planes/380-hipoacusia>). Si conjugamos la clasificación precedente con la falta de precisión del informe de fs. 387 en cuanto al origen de la cofosis en el oído derecho y con la circunstancia de que Berkley Internacional A.R.T. S.A. informó al empleador que el señor Santillán padece de una hipoacusia mixta (ver el texto de la carta documento n° ..., glosada a fs. 5 de la documentación reservada a fs. 15) es posible postular que si bien queda acreditado que la hipoacusia del oído izquierdo tuvo su origen en la actividad que desarrollaba, no puede predicarse lo mismo respecto a la cofosis del oído derecho, siendo consecuencia de

ello, que el empleador debe responder sólo por la primera de las mencionadas. Determinado que existe responsabilidad de la empleadora por el daño generado en el oído izquierdo del actor, es oportuno analizar la eximente de responsabilidad que invoca Belgrano Cargas S.A. en ambas instancias: la culpa del damnificado en la producción del ruido causante de la lesión. Como ya lo he concluido ut supra, ha llegado firme a esta instancia que el ambiente laboral en que el señor Santillán cumplía su función era ruidoso. Sin embargo, como eximente de responsabilidad, aludió a la culpa del actor en lo ruidoso del ambiente laboral, habiendo acompañado al contestar la demanda una nota del Área de Recursos Humanos dirigida a aquel, donde se le recordaba que había un Boletín de Velocidades de Circulación que debía cumplir y que había detectado que había superado los límites de velocidad. Acompañó igualmente una nota de descargo atribuida al mentado Santillán donde este pedía disculpas por el error cometido al haberse excedido de la velocidad permitida. Esta documentación no fue negada en su autenticidad por el accionante, por lo que debe tenérsela como reconocida. Ahora bien, según surge de las constancias de autos, el aumento de velocidad es una de las causas del aumento del sonido. Al respecto sugiero tener en cuenta que así lo expuso el testigo Segundo Valdez al contestar afirmativamente a la pregunta de si cuando se utiliza plena potencia de la locomotora se incrementa el ruido (1 de fs. 361 vta.) y también Francisco Osvaldo Araya que refiere que: "Va más ensordecedor, de menor punto a mayor punto de trabajo. Punto ocho que es el máximo, es muy fuerte el ruido?" (respuesta 1 de fs. 362 vta.), aclarando que el ramal que realizaba el accionante sí incrementaba la plena potencia: "Si porque trabajaba conmigo. Mayormente uno de ida va punto bajo y de vuelta punto ocho?" (3 de la misma foja - in fine). Lo expresado me permite postular válidamente que Mario Alberto Santillán contribuyó con su conducta a que su ambiente laboral sea aún más riesgoso, en una actitud que califico como negligente. Ello, sin embargo, de ninguna manera supone que la totalidad del carácter insalubre del ambiente sonoro laboral pueda ser atribuida a su actuar, puesto que no ha sido nunca cuestionado que el ruido era propio de las tareas que cumplía el actor. En consecuencia, encuentro que hubo responsabilidad concurrente de ambas partes de este proceso en la generación del daño a la salud física del señor Santillán, lo que me orienta a sugerir que se determine que el 20% corresponde a este y el 80% restante a Belgrano Cargas S.A., quien no ha llegado a acreditar, de acuerdo a lo ya expuesto, la provisión de protectores auditivos eficientes como elementos de protección personal, de manera periódica y controlada. Corresponde ahora estimar el grado de incapacidad por pérdida auditiva, lo que calcularé de acuerdo al método de cálculo que a fs. 411 aporta la médica Raquel Cristina Llanes, profesional del Servicio de Medicina Laboral de la Gerencia de Atención a las Personas del Hospital San Bernardo, en un informe que no ha sido observado por las partes, luego de la notificación de fs. 412. Formularé al mismo, no obstante ello, algunas correcciones vinculadas a la estimación de la pérdida de capacidad física, toda vez que allí fue valorada en un 21% teniendo en cuenta la disminución de la audición de ambos oídos, cuando en autos sólo corresponde hacer lugar al daño respecto del oído izquierdo cuya lesión ha tenido causalidad con la exposición del trabajador al ruido, tal como lo expresé párrafos ut supra. El procedimiento sería, por lo tanto, el siguiente: (% oído mejor x 5)

	x 0,42 =	6	
(40% x 5)	x 0,42 =	6	
200	x 0,42 =	33,33 x 0,42	6
33,33	x 0,42 =	13,99%	En síntesis, el grado de

incapacidad resarcible es de 13,99%. En orden a cuantificar el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente: el modo de cálculo propuesto por el accionante para la indemnización por daño patrimonial (entendiéndose como daño civil) no fue ni incluida en la negativa específica de fs. 87 vta./88 vta., ni motivo de impugnación, por lo que procederé de conformidad al mismo, según la atribución de responsabilidad ya desarrollada. Tendré en cuenta los siguientes parámetros. salario que percibía: \$2.383,58 incapacidad física: 13,99% proporción de incapacidad sobre salario: 13,99% de \$2383,58 = \$333,46 expectativa de vida del actor: 70 años edad a la fecha de la primera manifestación invalidante: 58 años salarios estimados entre la P.M.I. y la expectativa de vida: (70 años - 58 años) x (12 meses + 1 mes de S.A.C.) = 156 indemnización: \$333,46 x 156 = \$52.019,76 indemnización atribuida en un 80% de responsabilidad al empleador como titular de la actividad del trabajador: \$52.019,76 x 80% = \$41.615,81 En síntesis, bajo las pautas descriptas, estimo prudencial que el monto de la reparación patrimonial con base en el derecho común podría concretarse razonablemente con el pago de la suma de \$41.615,81, siendo éste el capital histórico. En lo que respecta al daño moral, entiendo prudente la suma de \$50.000 (capital histórico) como resarcimiento por las aflicciones y padecimientos íntimos que, aunque de naturaleza extra patrimonial, constituyen un daño (moral) resarcible en virtud del principio de reparación integral, conforme el art. 1.078 y su correlativo 1.738 del C.C.C.. La doctrina ha definido al daño moral, como una "modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer y sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial?" (transcripción de la Conceptualización de Daño Moral del Despacho mayoritario, dada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, que suscribieron, entre otros, Jorge Mosset Iturraspe, Silvana Chiapero de Bas, Ramón D. Pizarro, Matilde Zavala de

González, Beatriz Junyent de Sandoval, Esteban Sandoval Luque y Gabriel Stiglitz, citado por Rey, Rosa Nélica y Rinesi, Antonio Juan, en "El Daño Moral en la Prueba Ilícita?", Revista de Derecho de Daños, Tomo 6, Ed. Rubinzal - Culzoni, pág. 142). Las reglas de la experiencia, de conocimiento general, demuestran que toda persona que ha sufrido una pérdida de su capacidad física sufre angustias, padecimientos y tristezas en sus afecciones personales, que le impiden desenvolverse como lo haría de no haber ocurrido la lesión. En materia de prueba del daño moral como consecuencia normal de un hecho la doctrina tiene dicho: "No tiene que probar quien alega un hecho 'normal'; en general, dice Gorphe, no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas" (ARAZI, Roland, "Prueba del Daño Moral", Revista de Derecho de Daños, Tomo 6, Ed. Rubinzal - Culzoni, pág. 103, citando a GORPHE, Francisco, "De la apreciación de las pruebas", trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1950, pág. 158). En síntesis: entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del actor y, en su mérito, revocar el punto I de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia y condenar a Belgrano Cargas S.A. a pagar a favor de Mario Alberto Santillán la suma de \$91.615,81 (capital histórico) en el plazo de veinte días de quedar firme la presente. A la mentada suma deberá agregarse la resultante de aplicar, hasta su efectivo y total pago, la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina para operaciones comerciales, según el criterio de esta Sala y de la Corte de Justicia de Salta en, por ejemplo, los autos "Acosta, Omar Roberto c. Municipalidad de de General Güemes", expte. n° 19.714/97. Los mismos se devengarán desde el 13 de septiembre de 2.006, única fecha identificable en autos como de toma de conocimiento efectivo por parte del trabajador de la pérdida de la capacidad física por la hipoacusia (fs. 3/3 vta). Propongo que las costas en ambas instancias sean impuestas en un 20% al actor y en un 80% al demandado (art. 67 y 273 del C.P.C.C.). De acuerdo a lo establecido en la acordada 12.062 del 11 de abril de 2.016, determino los honorarios por la labor desarrollada en esta instancia en el ...% de lo que se regule en primera (art. 13 de arancel). La Dra. Analía Villa de Moisés dijo: Que a partir de los agravios formulados por la parte actora, detallados en el voto que antecede y las constancias de autos, disiento con la solución que propone la vocal preopinante para el caso, inclinándome por el rechazo del recurso interpuesto y la confirmación del fallo de grado, por las razones que a continuación expongo. El actor reclama en los términos de los Arts. 1113 del Código Civil y 75 de la LCT la reparación de los daños a su salud derivados de la prestación de tareas para el empleador demandado. Afirma haber trabajado para Belgrano Cargas S.A. desde el 21/11/1999 en tareas de conducción de locomotoras diesel eléctricas, de las que derivó una grave minusvalía en su aparato auditivo consistente en la pérdida total de la audición del oído derecho y la disminución del 33,5% en el oído izquierdo. Sostiene que ello se originó en el alto nivel de ruidos existente en las locomotoras cuando funcionan. Tacha de inconstitucionales las normas de los Arts. 46 inciso 1°, 21, 22, disposición adicional 3°, 39 inciso 1° de la LRT (Ley 24.557) y el segundo párrafo del Art. 75 de la LCT. El empleador demandado rechaza la pretensión afirmando que el actor padece hipoacusia mixta, patología no cubierta y por tanto no encuadrable en el Art. 6 de Ley 24.557, y en que no se acredita la relación de causalidad entre el daño invocado y el ambiente laboral. Las enfermedades de trabajo(1) no se configuran con el aditamento de imprevisto, súbito o violento que caracteriza al accidente de trabajo. Aunque se exterioricen en un momento determinado, se incuban en forma lenta y progresiva por el accionar reiterado de las tareas y las condiciones medioambientales del trabajo. El Artículo n° 6 de la LRT estableció un criterio rígido y hermético para la consideración de las enfermedades profesionales, determinando que son tales aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo Nacional, anualmente conforme el procedimiento previsto en el artículo n° 40 apartado 3°. La enfermedad no sólo tiene que estar en el listado, sino que debe estar vinculada a un agente de riesgo que la provocó (químico, físico o biológico). Las críticas al sistema motivaron el dictado del decreto 1278/00 por el que se determina el procedimiento de inclusión de enfermedades no previstas, mediante un trámite a realizar por ante las comisiones médicas, y con efecto limitado al caso concreto. Se excluye del régimen de reparación a los accidentes y enfermedades causadas por dolo del trabajador o por fuerza mayor ajena al trabajo, y las incapacidades preexistentes al inicio de la relación laboral, y acreditadas en el examen preocupacional efectuado. (Art. 6 inciso 3° Ley 24.557) Frente al criterio del listado cerrado de las enfermedades profesionales, y a fin de obtener la reparación de los daños derivados de aquellas no incluidas, existe una corriente doctrinaria que estima su procedencia, aún sin declarar inconstitucional el Art. 6 de la Ley 24.557, a partir de los postulados del derecho común. Así, el afectado por una enfermedad cuyo nexos causal con el desarrollo de las tareas fuere acreditado, será resarcido conforme las pautas del derecho común de verificarse los supuestos de procedencia, a saber, daño, relación de causalidad entre la conducta u omisión y el daño, antijuridicidad, e imputabilidad en base a dolo o culpa del autor de la acción u omisión, o responsabilidad objetiva a partir del riesgo creado en los términos del Art. 1113 del Código Civil en su redacción anterior a Ley 26.994. En el precedente "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A." en fecha 18/12/07 al tratar el recurso de hecho interpuesto por el actor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sentado la doctrina de que aunque la enfermedad laboral no esté incluida en el listado de enfermedades de la LRT, confeccionado por el PEN, pero se demuestre que dicha enfermedad está vinculada causalmente a la actividad laboral, corresponde la indemnización sobre la base de las disposiciones del

derecho civil. A partir de la doctrina de la Corte, las enfermedades no incluidas en el listado cerrado del artículo n° 6 de la LRT deben ser reparadas según las normas del derecho civil, de verificarse los supuestos de procedencia, al considerar que el legislador no puede establecer disposiciones que violenten el principio alterum non laedere consagrado en el artículo n° 19 de la Constitución Nacional. En el caso, habiendo optado el actor por demandar la reparación del daño conforme los presupuestos establecidos en el Art. 1113 del Código Civil, debió acreditar sus requisitos de procedencia. No logró hacerlo. Si bien acredita el daño en su salud física, no prueba que el mismo sea consecuencia del desarrollo de tareas para la firma demandada. Conforme resulta del informe médico del Hospital San Bernardo de fecha 11/12/2009 y que se incorpora en fs. 387 de autos, el actor presenta una hipoacusia moderada del oído izquierdo con trauma acústico (deficiencia auditiva inducida por ruidos de 2° grado) y cofosis (sordera total del oído derecho). Padece una incapacidad auditiva del 100% en el oído derecho y del 40% en el oído izquierdo. Establece el informe que la permanencia en ambientes ruidosos de más de 90 decibeles lleva a la pérdida auditiva. En fs. 411, ante un nuevo requerimiento, las autoridades médicas del citado nosocomio determinan el grado de incapacidad del actor. Las testimoniales de fs. 358/363, y 403/404 (Pérez, Casal, Lobo, Valdez) dan cuenta de lo ruidoso del ambiente de trabajo del actor. Ambos aspectos permiten establecer la idoneidad de las circunstancias en las que desempeñaba su actividad para afectar su audición. No obstante lo anterior, en fs. 298 de autos se incorpora examen preocupacional realizado al demandante en fecha 20/12/1999, un mes después de su fecha de ingreso (21/11/1999 - fs. 2), del que resulta que presentaba en ese tiempo, hipoacusia perceptiva grave en el oído derecho y leve en el oído izquierdo. De ello deriva que la enfermedad que aqueja al actor la posee desde el momento en que inicia la prestación de tareas para el empleador demandado, sin que se haya producido prueba que permita establecer en que medida el tiempo de trabajo desarrollado para la entidad demandada ha podido incidir en el cuadro preexistente. A partir de lo expuesto considero que el recurso de apelación debe rechazarse, confirmando la sentencia de grado. En cuanto a las costas, entiendo que el actor pudo haberse creído con derecho a reclamar en base al desconocimiento del examen preocupacional, por lo que estimo conveniente imponerlas por el orden causado en esta instancia (Art. 67 2° párrafo CPCC).- El Dr. Federico Gabriel Kosiner dijo: Vienen estos autos para dirimir la disidencia surgida del voto de las señoras juezas preopinantes. La sentencia de primera instancia -que si bien admite la existencia del daño- rechaza la demanda con fundamento en que la prueba testimonial es insuficiente para determinar que el trabajo produjo la enfermedad. Sostiene la señora jueza de grado que ha quedado acreditado que el actor se desempeñaba en un lugar ruidoso, pero que no obran elementos que determinen que el daño se produjo por la actividad desempeñada. Considera también que no se probó que el ruido haya pasado los decibeles para que produzca el deterioro en la salud del trabajador y que el nexo causal no fue acreditado. Entiendo que el fallo no atiende el marco jurídico que debió tener en cuenta, para solo limitar su análisis a los presupuestos de la responsabilidad civil, lo que por otra parte ha efectuado apartándose de principios que son propios de la materia laboral. La directiva central está dada por el artículo 14bis CN, en cuanto establece la existencia de condiciones dignas y equitativas en las relaciones de trabajo, comprensiva del derecho a la indemnidad física laboral. En el orden nacional la ley 19.587 es la norma básica en materia de higiene y seguridad, y el artículo 75 LCT el que ampara al trabajador estableciendo un deber genérico de seguridad. En el plano internacional la OIT tiene en vigencia el Convenio sobre Seguridad y Salud de los trabajadores (N° 155); la Recomendación sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores (N° 164); el Protocolo de 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores (N° 155). Los convenios 155 y 187 fueron ratificados por nuestro país en el año 2014. En este contexto normativo debe introducirse el análisis del artículo 1113 del Código Civil, y armonizarse el sistema de responsabilidad civil con las normas mencionadas y los principios procesales que rigen la prueba en la materia. Fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que también definió y profundizó la revisión de los principios y de la doctrina aplicable, tales como el protectorio del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional y de protección especial del Estado; justicia social; pro homine; reparación integral, incluida la reinstalación y el proyecto de vida; distribución desigual de cargas probatorias en procesos de discriminación, entre otros. (cfr. Derechos Humanos Laborales, pág. 61, César Arese). En el caso concreto considero que se debe partir de considerar que al actor se le efectuó el examen preocupacional, del cual surge que a la fecha de su realización -20/12/1999- tenía una hipoacusia perceptiva grave en su oído derecho, y leve en su oído izquierdo. La recomendación médica fue la realización de una consulta con el profesional en la materia. La empresa demandada expresa en su responde de fojas 87/94 que en el mes del octubre de 2001 (dos años después de haber comenzado a prestar servicios) el actor fue sometido a un control médico periódico resultando inepto; y que fue reestablecido en el servicio en el mes de diciembre de ese año. En el año 2005 -cuatro años más tarde- la empresa lo intima para que tramite la jubilación ordinaria por haber alcanzado los requisitos legales, y finalmente en el mes de septiembre de 2006 concluye la relación laboral. Es decir que desde el año 1999 y por el transcurso de siete años la empresa conoció la patología de base que tenía el trabajador, y le asignó la tarea de maquinista, aspecto éste que no se encuentra controvertido. A fojas 387 se encuentra agregada la conclusión de la junta médica realizada en el año 2009 -diez años después del ingreso a la empresa-, que consigna que en el oído izquierdo, en el que tenía una hipoacusia leve-

ahora presenta una moderada con trauma acústico (deficiencia auditiva inducida por ruidos); mientras que el oído derecho, en el que tenía una hipoacusia grave, el cuadro era de cófosis, es decir sordera total. La incapacidad establecida es del 40% en el primer caso, y del 100% en el segundo. Concluyo que el daño -como presupuesto base de la responsabilidad civil- está suficientemente acreditado. El segundo elemento a tener en cuenta viene dado por las condiciones de trabajo en las que el actor desarrollaba su labor de maquinista, las que deben ser examinadas en el marco normativo referido al inicio del voto. Sabido es que el juez goza de facultades amplias para la valoración de la prueba en función de la regla de la sana crítica que consagra el artículo 386 CPCC, de aplicación por el artículo 90 CPL. Sin perjuicio de ello, es menester que el fallo se encuentre lo suficientemente fundado en resguardo de la garantía de la defensa en juicio. En este aspecto me permito disentir con la señora jueza de primera instancia en lo que a la valoración de los testigos se refiere. Considera que de los testimonios de Pérez, Valdéz, Araya y Casal no surge acreditado el nexo causal, y en ello radica el error en la valoración. Ninguna declaración podría tenerse como suficiente a esos fines, ya que lo que se denomina nexo de causalidad, se refiere en el caso concreto de autos a la posibilidad de establecer si la patología de la que adolecía el actor era consecuencia de la labor que realizaba. Su determinación requiere de prueba científica y no de la mera apreciación que puedan hacer personas que carecen de los conocimientos específicos. El valor de los testimonios radica en el conocimiento que tienen sobre las tareas que realizaba el actor, y fundamentalmente del ambiente de trabajo. Pérez (fs. 357vta.) dijo que el ruido de la locomotora era ensordecedor y la temperatura elevada; que el ruido era permanente mientras la máquina trabajaba; que la empresa suministró protectores auditivos casi al final de las funciones; que cuando la locomotora está en funcionamiento en el depósito también hay ruido ahí; que siempre pierden la audición; que nunca tuvieron acceso a los estudios que les realizaba la empresa; que cuando el cuerpo médico determinaba que tenían alguna deficiencia, la empresa los separaba para hacer un cierto tratamiento. Apaza (fs. 359) dijo que les daban un instructivo, pero no capacitación. Valdéz (fs. 360) manifestó que el ruido de la locomotora era constante; que tienen el motor en la espalda; que antes les daban protectores, de esos capuchoncitos, chiquititos, ahora les dan unos de última generación, que recién ahora se los dieron; que el ruido de la locomotora es permanente, que en los depósitos también por que hay varias; que tiene en lo personal problemas auditivos; que él tiene un zumbido; que la exposición al ruido en algunos casos se prolonga durante toda la jornada. Araya (fs. 361vta.) expresó que el ruido de la locomotora era ensordecedor; que no tenían protección, nada, que recién ahora la tienen, más o menos desde hace un año; que el ruido dura toda la jornada y en ocasiones después queda atolondrado. Casal (fs. 403) dijo que se siente mucho ruido; que es aterrador, que ahora les dieron unos auriculares que con eso disimula algo, pero es terrible; que en la época de Santillán les dieron los auriculares pero hace mucho en Ferrocarriles Argentinos; que todos terminan sordos o casi sordos. Los testimonios referidos son concordantes y puedo concluir que todos coinciden en cuanto al ambiente de trabajo y condiciones laborales del actor, en particular la constante exposición al excesivo ruido en la que se encontraba. Entiendo que se encuentra acreditado el daño y las condiciones de trabajo imperantes en las que el actor desarrollaba su trabajo, configurando estas un factor objetivo de atribución de responsabilidad. El artículo 1113 del Código Civil vigente a la época incluye el concepto de cosa riesgosa y el de actividad riesgosa, comprensiva del medio donde se presta la tarea, las condiciones de trabajo, y todo aquello que contribuya a crear un riesgo (T.S. de Córdoba, Sala Laboral, 25-4-83 LLC, 1984-516). Conociendo la demandada por medio del examen preocupacional las condiciones auditivas del actor, le resultaba posible prever que la consecuencia inmediata o mediata era el agravamiento de su estado de salud. La existencia del ruido al que se encontraba expuesto el actor y la acreditación del daño, hace surgir el nexo causal necesario para imputar responsabilidad a la accionada, debiendo ésta romperlo para eximirse de responder al reclamo. ¿La parte actora deberá probar el hecho y su relación de causalidad con el daño y el demandado la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder. Se señala que el artículo 1113 invierte el onus probandi, por ello es descalificable la sentencia que reinvirtió la carga de la prueba que sienta el precepto citado. (Código Civil Comentado, pág. 339, Jorge Mosset Iturraspe, Miguel Piedecasas). Era la demandada la que debió acreditar que tomó las medidas de seguridad necesarias para mantener indemne al actor (art. 75 LCT), como también probar en forma documentada la entrega de los elementos de protección personal. Sobre ella pesaba demostrar que dio cumplimiento a los artículos 4, 8 inciso c), 9 inciso f) de la ley 19587, y artículos 85 y siguientes del decreto reglamentario 351/79. Es necesario destacar que los medios de prueba por lo general los tiene el empleador, especialmente los documentales, y es por ello que resulta apropiado exigir un adecuado esfuerzo probatorio a cada parte acorde a la circunstancia fáctica que resulte necesaria acreditar en el proceso. ¿Inclusive, el principio protector es definitorio de su estructura y, por lo tanto, no sólo se evidencia la inversión de la carga de la prueba o reglas dinámicas y variables de cargas probatorias según la realidad que se debe juzgar, sino un sistema propio y explícito, diferenciado respecto del Derecho Civil aunque avance progresivamente en el mismo sentido. (Derechos Humanos Laborales, pág. 631, César Arese). En consecuencia, considero que la demandada no logró probar la ruptura del nexo causal, y que el incumplimiento de la carga procesal que sobre ella recaía (art. 377 CPCC) habilita como conclusión adherir al voto de la Dra. María de las Mercedes Domecq en cuanto al monto por el que se resuelve la condena. Por ello, LA SALA II DE LA CÁMARA

DE APELACIONES DEL TRABAJO: RESUELVE I. HACER lugar parcialmente al recurso de apelación del actor y, en su mérito, revocar el punto I de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia y condenar a Belgrano Cargas S.A. a pagar a favor de Mario Alberto Santillán la suma de \$91.615,81 (capital histórico) en el plazo de veinte días de quedar firme la presente. Las costas en ambas instancias serán impuestas en un 20% al actor y en un 80% al demandado. II. TENER presente la reserva formulada. III. DETERMINAR los honorarios por la labor desarrollada en esta instancia en el ...% de lo que se regule en primera.

IV. MANDAR se registre notifique y que bajen los autos al Juzgado de origen. Nota: (1) Horacio Schick, Riesgos del Trabajo, Temas Fundamentales, Ed. David Grinberg Libros Jurídicos, Año 2011, Tomo I, Pág. 113/150.

Correlaciones: Vega, Antonio A. c/SOMISA s/reclamos varios - enfermedad accidente - Cám. Fed. Rosario - Sala B - 11/09/2015 D'Ugo, Nicolás A. c/Provincia ART SA y otro s/enfermedad profesional - Trib. Trab. La Plata - N° 4 - 24/02/2014 012626E