

En la Ciudad de San Miguel, a los 24 días del mes de abril de 2020 se reunieron los Sres. Jueces del Tribunal del Trabajo Nro. 1 de esta Ciudad, en la Sala de Acuerdos, Dres. Gonzalo Barciela, Adrián Aníbal Ramírez y Miguel Ángel Méndez, a fin de dictar sentencia interlocutoria en la causa Nro. Nro. 22.935 caratulada: "Guisolfo, Miriam y otros c/Gobierno de la Provincia de Buenos -Hospital Mercante- y otros s/Amparo (INFOREC 229)", en atención a lo ordenado a fs. 42, se procedió a practicar el sorteo de ley, resultando del mismo que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Dres. BARCIELA-RAMÍREZ-MÉNDEZ. Estudiados los autos se resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Corresponde hacer lugar a la medida innovativa solicitada por la parte actora?

VOTACIÓN

A LA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:

I. ANTECEDENTES

A fs. 11/40 se presentan las siguientes personas: Sra. Miriam Guisolfo, DNI N° 16.529.465, Sra. Viviana Mabel Córdoba, DNI N° 26.174.962, Sra. Sandra Edith Almirón, DNI N° 22.390.453, Sra. Samanta Soledad Brandan, DNI N° 33.037.356, Sra. Nancy Liliana Penayo, DNI N° 23.075.953, Sra. Raquel Ines Ortolani, DNI N° 11.192.610, Sra. Gisela Noemi Candelino, DNI N° 31.318.514, todas por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Dra. Mariana E. Chiacchio (T° XIX, F° 218 del CASM), iniciando demanda por amparo contra el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, y contra Provincia A.R.T. S.A., a fin de obtener la prestaciones necesarias para la prevención de los riesgos, y garantizar la seguridad laboral en el marco de la pandemia producida por el Coronavirus, y asimismo la provisión de elementos de bioseguridad y protección que eviten el contagio a saber: barbijos N95 o superior, protección para los ojos o máscara facial, guantes, camisolin repelente de fluidos, cofias y botas, todo en concordancia con las normas de higiene emanadas de la Res. 5/2020 SRT, anexos I y III, y por último, se solicita la realización por parte de los demandados, de testeos masivos a todo el personal que presta servicio en el Hospital Gobernador Domingo Mercante.

Denuncian que son enfermeras, que trabajan en el sector de cirugía, a excepción de la Sra. Gisela Candelino, quien se desempeña como cirujana, y la Sra. Raquel Ortolani, quien se desempeña como bioquímica, siendo todas empleadas del Gobierno de la provincia de Buenos Aires, prestando tareas en el Hospital Gobernador Domingo Mercante, ubicado en la localidad bonaerense de José C. Paz.

Señalan la falta de entrega de máscaras, antiparras, camisolines repelentes de líquidos, guantes, protectores de calzado y barbijos N95 o superiores. Destacando que los tapabocas utilizados no evitan el contagio del coronavirus, ya que los únicos eficientes para ello son los N95, siendo los mencionados tapabocas la única protección brindada, por lo cual su salud se encuentra en completo peligro.

Aducen que el Gobierno de la provincia de Buenos Aires no les provee de los elementos de protección personal mínimos recomendados por la SRT, y si lo hace son de una calidad tan mala que no evita el contagio del coronavirus.

Señalan que el poder ejecutivo nacional mediante DNU 367/2020 ha dictaminado que: "La enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2 inciso b) del artículo 6º de la Ley Nº 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto Nº 297/20 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el artículo 4º del presente".-

Justifican su presentación en cuanto el mismo decreto en su artículo 4 reza: "En los casos de trabajadores y trabajadoras y trabajadores de la salud se considerará que la enfermedad COVID19, producida por el coronavirus SARS- CoV-2, guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico. Esta presunción y la prevista en el artículo 1º del presente rigen, para este sector de trabajadores y trabajadoras, hasta los SESENTA (60) días posteriores a la finalización de la vigencia de

la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el Decreto 260/20, y sus eventuales prórrogas".

Así señalan que la redacción de la ley 24557, en su artículo 1 dispone que: "Son objetivos de la Ley sobre Riesgos del Trabajo: a) Reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo; b) Reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado", objetivos que no están siendo cumplidos por los accionados".

Agregan que éste hospital se encuentra trabajando con faltante de equipo de protección de personal (EPP), sin elementos de higiene y sin protocolo de atención.

Señalan que conforme reza el artículo 75 de la LCT: "El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasiona pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca".

Justifican por ende la prestación reclamada en la aplicación de la Ley 24.557 que prevé la prevención y reparación de los daños producto de enfermedades laborales y accidentes por las ART, así como el deber de seguridad en el trabajo y el derecho a la salud de los trabajadores, tal como se encuentra plasmado en el artículo 75 de la LCT.

Aducen que ambas accionadas están obligadas a prevenir y reparar los daños que puedan producirse por el contagio del COVID-19 en el marco de la prestación de tareas en el ámbito de la salud, por encontrarse en riesgo el derecho a la integridad psicofísica, a la salud, a prestar tareas en condiciones dignas y equitativas de labor (CN y Tratados Internacionales de DDHH).

Fundan la justiciabilidad del planteo, en consideraciones sobre el Derecho a la Salud y a la Vida, en disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y en El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado "Protocolo de San Salvador", todas normas contenidas e incorporadas a nuestra Constitución Nacional (art. 75, inciso 22).

II. ACLARACIÓN PRELIMINAR. DETERMINACIÓN DEL “CASO” DE AUTOS Y DE LOS EVENTUALES ALCANCES DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA.

El derecho a la salud psicofísica de los trabajadores resulta susceptible de ser invocado a título individual.

En los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos no se afecta un bien colectivo sino derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea:

Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (Fallos: 332:111).

En los intereses plurindividuales o individuales homogéneos, el interés es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión.

Se trata de casos en que existe multiplicidad de sujetos en la misma situación, defendiendo su propio interés, todos y cada uno de ellos de alguna manera equiparables. La nota más característica de estos derechos es su homogeneidad (fáctica, normativa y probatoria), como así también, concurre el necesario principio de

economía y celeridad procesal que permite la concentración del “caso”, como *subjectum iuris*, en un proceso único, y no su dispersión.

Desde este punto de vista, la homogeneidad fáctica se constituye por la común exposición, tanto por parte de las accionantes como de su colectivo de referencia, al posible contagio del COVID-19 en cumplimiento de sus labores como agentes sanitarios de la provincia de Buenos Aires.

En dicha inteligencia, una eventual decisión favorable a la petición formulada, se proyectaría no sólo sobre las peticionantes, sino también sobre su colectivo de referencia, en virtud del carácter expansivo que revisten las decisiones jurisdiccionales en el marco de procesos colectivos.

III. LA MEDIDA INNOVATIVA COMO ANTICIPO DE JURISDICCIÓN. SUS CARACTERES Y PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.

Sabido es que la medida cautelar tiene como objeto asegurar la pretensión del solicitante, es decir, que no cabe confusión alguna entre pretensión y objeto, siendo este último propio de la medida cautelar (conf. FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo IV, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni editores, 2013, pág. 92).

En la especie nos encontramos frente a una medida innovativa (arts. 232 CPCC y 25 Ley 13.928 -t.o Ley 14.192-). Ello es así, por cuanto no concurre cautela alguna, léase situación jurídica a conservar, sino que, antes bien, las peticionantes pretenden modificar la situación de hecho y derecho en la que se encuentran al arribar al presente proceso.

Destacada doctrina sostiene que la razón que informa la norma emergente del art. 232 CPCC responde a que:

El legislador no puede prever todas las situaciones de las cuales pueda resultar viable como un anticipo de la garantía jurisdiccional el acogimiento de una medida cautelar específica, es preciso adoptar una previsión general que en flexible asegure tal posibilidad.

De ahí que se haya establecido que fuera de los casos expresamente regulados o previstos, el órgano jurisdiccional tiene poderes suficientes como para decretar, a petición de los interesados y de acuerdo con las circunstancias, la que aparezca como más idónea o

apta para asegurar provisoriamente el derecho invocado (MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; BERIZONCE, Roberto Omar -2015-: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 1197).

La medida innovativa configura un anticipo de jurisdicción que, de resultar procedente, sería favorable respecto del fallo final de la causa. En dicha inteligencia, diversos autores se han pronunciado por considerar que su eventual procedencia es de carácter excepcional y, por lo tanto, su ponderación debe efectuarse en forma restrictiva (FALCÓN, Enrique M., *op. cit.*, pág. 421; PALACIO, Lino E., "La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual". En: *Revista de Derecho Procesal*, 1998-1: "Medidas cautelares", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 105).

En igual sentido se ha expedido la Corte Federal en autos: "Grinbank, Daniel E. c/Dirección General Impositiva", sentencia del 23-XI-1995; "Pérez Cuesta S.A.C.I c/Estado Nacional", sentencia del 25-VI-1996 y "Provincia de Salta c/Estado Nacional", sentencia del 19-IX-2002 (J.A 2003-I-575). Tal recaudo se configura en vistas a que la medida innovativa persigue la alteración del estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, tal como hemos indicado precedentemente. Su procedencia requiere la existencia de una necesidad en el proceso de recomponer el estado de cosas o crear una situación de hecho o de derecho diferente y a la que no puede arribarse bajo la concepción cautelar ortodoxa, ni otorgándole efectos retroactivos a la prohibición de innovar. Como distintivo de la medida innovativa se ha sostenido que para su procedencia se requiere, además de los requisitos comunes a las medidas cautelares, otro que le es propio, la posibilidad de consumarse un perjuicio irreparable.

Peyrano pone de resalto que el concepto de perjuicio irreparable ha ido evolucionando merced al desarrollo jurisprudencial de la figura y advierte que el anticipo se requiere en supuestos de situaciones colaterales a la relación litigiosa en sí que desmejoran notablemente la posición del actor si es que no se le satisface ya mismo, en todo o en parte, su pretensión de fondo. Ante tal situación es requerible el *periculum in damni*. Así, comprobar si existe *periculum in damni* equivale a sostener que existe peligro de infructuosidad en el proceso de que se trate. Para verificar si existe *periculum in mora* fundamentalmente hay que escudriñar al demandado, para comprobar si concurre

periculum in damni hay que bucear en la situación del acreedor. Situación que estaría configurada por la inexistencia de la probabilidad de que se produzca al solicitante de la medida, una vez más, un perjuicio o daño grave, inminente e irreparable o de muy difícil o remota reparación, si no se concede la misma a éste de manera tal que este *periculum in damni* se producirá si no se concede en forma total o parcial al actor alguna de sus pretensiones (véase Jorge W. PEYRANO (Director) y Edgar J. BARACAT (Coordinador), *Medida innovativa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 2009, págs. 15 y ss.).

Finalmente, cabe destacar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Camacho Acosta, Maximinio c/Grafi Graf S.R.L y otros", Sentencia del 7-VIII-1997 (Fallos: 320:1633; LL 1997-E-653), en la que el Máximo Tribunal consideró que resultaba justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a la admisión de la medida innovativa. Asimismo, advirtió que el anticipo de jurisdicción en el examen de las medidas innovativas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del actor. La referida medida cautelar lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado. En fecha reciente, la Corte Federal ha ratificado expresamente dicho parecer al señalar:

Si la decisión que hizo lugar a la medida cautelar configura un anticipo de jurisdicción favorable acerca del fallo final de la causa, dicha circunstancia justifica una mayor prudencia de los jueces al momento de examinar los recaudos que hacen a la admisión de la misma (Fallos: 341:1717).

Corresponde, entonces, ingresar en el examen de la eventual configuración de los requisitos de procedencia de la medida innovativa peticionada en autos. A saber: verosimilitud del derecho y peligros en la demora y el daño.

III.a LA VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO.

Tal como ha señalado Michele Taruffo, la verosimilitud no resulta ser el sustituto procesal de la verdad, como supo sostener Calamandrei, ya que está referida a aserciones dotadas, de hecho, de un cierto grado de aceptabilidad, mientras que la verosimilitud prescinde de los grados de certeza que se atribuyen a las aserciones

fácticas. La verosimilitud hace referencia al hecho en cuanto objeto de alegación o, más propiamente, a la mera alegación del hecho, por lo tanto, no tiene nada que ver con la prueba o con su resultado previsto *ex ante* (véase TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 507).

El referido juicio de verosimilitud se diferencia del examen de probabilidad, ya que:

La categoría de verosimilitud *stricto sensu*, al quedar acotada a la mera "apariencia", transforma la estimación del juez en una tarea independiente y preliminar respecto de la actividad probatoria (GIANNINI, Leandro J., "Verosimilitud, apariencia y probabilidad. (Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares)", en Jorge A. Rojas (Director), Romina S. Moreno (Director), *Derecho procesal y Teoría general del derecho*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2015, pág.179).

La verosimilitud es la creencia de la que alguien se nutre para decidir que las cosas han sucedido de una forma determinada. Es por ello, que la verosimilitud se define como capacidad representativa. En el ámbito cautelar el juez se desenvuelve dentro de la apariencia.

En la inteligencia expuesta, cabe enfatizar que la verosimilitud se aparta de la probabilidad, no siendo susceptibles de ser reconducidas a diferentes grados en la escala de verificación de la hipótesis fáctica:

La verosimilitud del derecho es apariencia; es creer en un relato único y asegurar que, si llega a tornarse certero, lo suficientemente fundamentado para tenerlo por la explicación que mejor se adecúa a los elementos disponibles, la hipótesis prevaleciente, el derecho en juego, no se frustrará (SALGADO, José María, "Urgencia, verosimilitud y episteme", en Jorge A. Rojas (Director), Romina S. Moreno (Director), *Derecho procesal y Teoría general del derecho*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2015, pág. 168).

Ahora bien, la interinidad del juzgamiento en el terreno "cautelar" no es equivalente a la superficialidad en su tratamiento (SCBA, causa A. 74.573, "P., V. B.", sentencia del 8-V-2019). Ello significa que la interpretación en cuanto a la eventual concurrencia de los presupuestos para otorgar medidas cautelares exige la exposición de una causa razonable o suficiente a partir de la aplicación de criterios por el juez. El ejercicio de poderes discrecionales en el examen de procedencia de las referidas medidas implica asumir que:

(...) el derecho es una interacción entre un intérprete situado y un conjunto variable de materiales jurídicos potencialmente aplicables a los hechos de un caso (GUZMÁN, Néstor Leandro, *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2019, pág. 127).

La eventual procedencia del recaudo indicado se encuentra sujeta al examen de las normas de orden supranacional, de carácter constitucional y supralegal, y nacionales, que informan la causa jurídica de la pretensión de las accionantes y a cuya tutela se dirige el objeto de la medida innovativa solicitada.

En la inteligencia antedicha, se observa un vasto elenco de normas provenientes de diversos instrumentos.

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, con énfasis en el tema de los derechos sociales, hace ya referencia al Derecho a la Salud en su artículo XI, el cual sanciona que:

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad

El Protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", suscrito en, San Salvador, el 17 de noviembre del 1998, y que fuera aprobado por la República Argentina por Ley 24.658 el 19 de junio de 1996 y ratificado por el Gobierno argentino el 23 de octubre de 2003, establece en el apartado 1 de su artículo 10:

Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

La Resolución 1/20 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, titulada: "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", estableció en el apartado décimo del capítulo C, PARTE RESOLUTIVA, la siguiente recomendación a los Estados parte:

Asegurar la disponibilidad y provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridad, insumos y suplementos médicos esenciales de uso del personal de salud, fortalecer su capacitación técnica y profesional para el manejo de pandemias y crisis infecciosas, garantizar la protección de sus derechos, así como la disposición de recursos

específicos mínimos destinados a enfrentar este tipo de situaciones de emergencia sanitaria.

En materia de instrumentos de carácter supralegal, el Convenio 155 de la OIT, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, establece en el apartado segundo del artículo 4 en lo relativo a la política a observar por los Estados adherentes al referido instrumento que:

Esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

Así también, el mencionado convenio establece en el apartado tercero del artículo 16 una serie de prestaciones objeto de obligaciones de hacer:

Cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrar ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud.

En igual sentido, la Recomendación 164 que se integra al Convenio 155 como directriz que afianza el contenido prestacional indicado precedentemente (Fallos: 318:514; 331:2499) establece en el inciso e) de su artículo 10 que los empleadores deben:

proporcionar, sin ningún costo para el trabajador, las ropas de protección individual y los equipos de protección adecuados que parezca necesario exigir cuando no se puedan prevenir o limitar los riesgos de otra forma

La situación particular de los agentes sanitarios tanto del sistema público como privado respecto a la exposición a un posible contagio del COVID-19, se ha visto ratificada por la presunción legal *iuris tantum* de causalidad sancionada por el artículo 4º del Decreto de Necesidad y Urgencia 367/2020:

En los casos de trabajadoras y trabajadores de la salud se considerará que la enfermedad COVID-19, producida por el coronavirus SARS- CoV-2, guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico. Esta presunción y la prevista en el artículo 1º del presente rigen, para este sector de trabajadores y trabajadoras, hasta los SESENTA (60) días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de

emergencia pública en materia sanitaria realizada en el Decreto 260/20, y sus eventuales prórrogas.

La Disposición 5/20 de la Superintendencia de Trabajo aprobó los siguientes documentos: “EMERGENCIA PANDEMIA COVID-19. RECOMENDACIONES ESPECIALES PARA TRABAJOS EXCEPTUADOS DEL CUMPLIMIENTO DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO”, “EMERGENCIA PANDEMIA COVID-19. RECOMENDACIONES PARA DESPLAZAMIENTOS HACIA Y DESDE TU TRABAJO”, “EMERGENCIA PANDEMIA COVID-19. ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL” y “EMERGENCIA PANDEMIA COVID-19. CORRECTA COLOCACIÓN Y RETIRO DE PROTECTOR RESPIRATORIO”.

En cuanto a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, como personas jurídicas de derecho privado creadas para la concreción de los fines fijados por la Ley 24.557, no cabe duda alguna de que aquéllas son deudoras de obligaciones específicas establecidas por los artículos 4 y 31, cuya inejecución acarrea el nacimiento de la correspondiente obligación resarcitoria (Fallos: 332:709).

A todo lo expuesto, se suma que el examen de verosimilitud del derecho invocado se encuentra informado por el carácter de sujetos de preferente tutela constitucional que revisten las accionantes (Fallos: 327:3677; 327:3753; 332:2043; 333:1361; 336:672).

No cabe duda alguna que la salud e indemnidad psíco-física de las personas físicas o humanas en general, en tanto centros de imputación normativa, y de los trabajadores en particular, cuya inserción en la esfera de la producción e intercambio da cuenta de su sujeción a un poder heterónomo ejercido por el empleador, resultan exigibles en tanto derechos humanos.

En vistas a ello, su interpretación se nutre del principio *pro homine*, el cual determina que aquéllos sean interpretados con la mayor amplitud que permita la norma que los reconozca, y censura, por ende, toda exégesis restrictiva (Fallos: 330:1989).

Adviértase que la persona (de *per sonare*, “lo que suena a través”) es la máscara que permite ingresar a la esfera del comercio jurídico (adquirir derechos, contraer obligaciones, tener un patrimonio). Precisamente, lo que se escucha a través de la

“máscara” es la demanda del sujeto hablante y, por lo tanto, deseante, traducida en los términos universales y abstractos que señala Yan Thomas:

Este derecho sólo puede ser una causa de acción reconocida como válida, dentro de un orden legal dado. Lejos de limitarse a las determinaciones subjetivas particulares, sólo opera porque es universal y abstracto, dentro de un orden legal dado. Obliga a cada uno a formular su pedido en términos impersonales. En ningún caso se confunde con el deseo del que pide (...) El derecho se niega a entrar en las motivaciones puramente subjetivas. Se conforma con admitir títulos generalizables y causas supuestamente comunes a todos, fuera de la subjetividad. Se afirman a la vez un deseo y un derecho, pero la organización jurídica los desglosa (Thomas, Yan, *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, pág. 87).

Por lo expuesto, juzgo que se encuentra configurado el recaudo de verosimilitud en el derecho, desde que tanto la empleadora de las accionantes, como PROVINCIA A.R.T S.A, la cual gestiona las prestaciones en el marco del autoseguro establecido por el Decreto del Poder Ejecutivo provincial 3858/07, resultan deudoras de obligaciones de provisión de elementos de seguridad personal, como así también, de la gestión de los riesgos del trabajo en el ámbito del servicio público de salud provincial en el marco de la pandemia del COVID-19.

Tal como he puesto de resalto precedentemente, la exigibilidad de las prestaciones que integran el objeto de las obligaciones de la cual resultan deudoras las demandadas, se encuentra informada por el principio *pro homine*, a cuya luz cobra mayor intensidad la apariencia del derecho que se invoca.

III.b. EL PELIGRO EN LA DEMORA Y EL PELIGRO EN EL DAÑO

El recaudo de peligro en la demora se ha definido como:

El peligro de que, mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío su mandato, expuesto al llegar cuando el daño sea irremediable (Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, *Códigos Procesales Comentados y Anotados*, Librería Editora Platense, Tomo III, 1971, pág. 60).

Estimo que éste recaudo, como así también, el peligro en el daño, se encuentran debidamente configurados.

Ello es así, por cuanto el ritmo de crecimiento diario de casos positivos del COVID-19 se encuentra en plena expansión y que el personal sanitario constituye uno de los grupos que mayor contagio presentan por la circulación del virus. Basta para dar cuenta de ello una simple lectura de la prensa escrita, por lo cual dicho extremo, a ésta altura, configura una verdadera máxima de experiencia que se integra al curso normal y ordinario propio de los acontecimientos que tienen lugar en el desarrollo de la pandemia en nuestro país, es decir, que la hipótesis fáctica de contagio de los accionantes y su colectivo de referencia en el ejercicio de sus tareas resulta plausible por contrastación con la experiencia media propia del crecimiento del contagio del virus a nivel local.

Cabe recordar los tres principios diseñados por Carlos Santiago Nino (autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona) que informan la práctica constitucional y la vida en sociedad y que se enderezan como mandatos dirigidos tanto al Estado, como a los particulares (véanse NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1984, págs. 197-301; NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 162-178; NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 74-85):

Principio de autonomía de la persona: es el que determina el contenido de los derechos individuales básicos desde que refiere a la libre aceptación de los principios morales intersubjetivos y de ideales autorreferentes de excelencia personal.

Principio de inviolabilidad de la persona: proscribela disminución de la autonomía de una persona para alcanzar como único propósito el incremento de la autonomía de la cual gozan otros individuos. Este principio se basa en una demanda de no explotación.

Principio de dignidad de la persona: admite reducir la autonomía del individuo, siempre que éste preste su consentimiento.

El principio de inviolabilidad de la persona, el cual rechaza la disminución de la autonomía en base a construcciones holistas, ha tenido expresa recepción en un

célebre precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, me refiero a “Santa Coloma”, de cuyo considerando 8º) se desprende que:

no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social (Fallos: 308:1160).

Tratándose de personal afectado al servicio público de salud, no puede exigírseles mayores sacrificios de aquellos que ya conlleva el cumplimiento de su labor de inestimable valor para la mitigación de los efectos nocivos del COVID-19.

IV. EXAMEN DE LAS PRESTACIONES QUE INTEGRAN EL OBJETO DE LA PRESENTE MEDIDA INNOVATIVA QUE SE DIRIGE A ASEGURAR LA PRETENSIÓN DE LAS ACCIONANTES.

El objeto de la medida innovativa solicitada (“reforzar la seguridad laboral”) se integra con las siguientes prestaciones:

provisión de elementos de bioseguridad y protección que eviten el contagio del COVID-19. A saber: Barbijos N95 o superior, protección para los ojos o máscara facial, guantes, camisolín repelente de fluidos, cofias y botas.

Asimismo, se solicita a este Tribunal que:

ordene al Gobierno de la provincia de Buenos Aires a realizar tests -diagnóstico de Covid 19-masivos a todo el personal que presta servicio en el Hospital Gobernador Domingo Mercante como parte indispensable de la prevención de nuestra salud.

Con relación a la codemandada PROVINCIA A.R.T S.A se peticiona que la referida persona jurídica:

tome las medidas necesarias para prevenir el contagio de la enfermedad producida por el COVID 19 en el marco de la pandemia decretada por la OMS.

En cuanto a los elementos de protección personal solicitados, estimo que la causa de la petición resulta razonable en vista a que los mismos conforman una barrera física entre el agente de riesgo y el trabajador, y que se corresponden con la directiva fijada por el documento “EMERGENCIA PANDEMIA COVID-19. ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL”, aprobado por el art. 3º de la Disposición 5/20 SRT e incorporado como Anexo III a la misma, la cual establece que:

en ciertas situaciones como por ejemplo personal de salud, donde exista riesgo de proyección de fluidos corporales en múltiples direcciones se deberán utilizar ambos E.P.P. es decir protector ocular y protección facial.

Por lo expuesto, el Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires, en plazo de 24 (VEINTICUATRO) horas, deberá proveer al personal sanitario del Hospital Zonal General de Agudos Gobernador Domingo Mercante de la localidad de José C. Paz los siguientes elementos de protección personal: Barbijos N95 o superior, protección para los ojos o máscara facial, guantes, camisolín repelente de fluidos, cofias y botas.

Con relación a la solicitud para practicar testeos diagnóstico de carácter masivo a todo el personal que presta servicios en el Hospital Zonal General de Agudos Gobernador Domingo Mercante de la localidad de José C. Paz, cabe tener presente que el Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires ha elaborado un protocolo específico, el cual se encuentra actualizado al 6 de abril de este año, y que ha sido recuperado el día 24 de abril de 2020 del URL:

<https://portal-coronavirus.gba.gob.ar/docs/efectores/Protocolo%20COVID-19%20ACTUALIZADO%208%20ABRIL%20version%20final.pdf>

Tal instrumento prevé un procedimiento específico a seguir respecto de los pacientes cuyo cuadro se cataloga como “caso sospechoso” y en relación a sus contactos estrechos. Las accionantes se han limitado a denunciar la existencia de un caso sospechoso en su servicio y la existencia de un paciente portador del COVID-19 sin especificar quién o quiénes han mantenido contacto, sea frecuente o accidental, con los referidos casos, por ello, estimo que cabe readecuar la prestación requerida como objeto de la medida innovativa solicitada en virtud de las facultades previstas por el art. 204 CPCC (conf. art. 25 Ley 13.928 -t.o Ley 14.192-). Si bien dicha facultad se dirige a evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, es decir, se circunscribe, *prima facie*, a pretensiones de neto contenido patrimonial, entiendo que aquí no se trata de causar perjuicios al deudor, sino de atenerse a las reglas del saber médico bajo las cuales se ha elaborado el protocolo ya individualizado y procurar la maximización de un bien escaso y de alto costo, como son los tests de diagnóstico, en tal inteligencia, teniendo en cuenta la importancia que reviste al derecho a la salud, estimo que este tramo de la petición de las accionantes deberá readecuarse,

ordenando al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires a que en el plazo de 24 (VEINTICUATRO) horas disponga la inmediata identificación de la totalidad del personal del servicio de cirugía del Hospital Zonal General de Agudos Gobernador Domingo Mercante de la localidad de José C. Paz, como así también, del personal afectado a la atención de pacientes portadores de COVID-19 y que proceda a la constatación de su estado de salud y, en su caso, aplique el protocolo sanitario respectivo.

Respecto de la prestación exigida a PROVINCIA A.R.T S.A, tampoco cabe duda alguna de su razonabilidad, como adecuación de medio a fin, ya que los artículos 4 apartado 1 y 31 apartado 1 inc. c), establecen que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo deben:

Adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo.

Promover la prevención.

Por lo expuesto, considero que PROVINCIA A.R.T S.A deberá adoptar un plan de prevención propio para el establecimiento donde prestan servicios las accionantes y su colectivo de referencia a fin de evitar los riesgos de exposición de los trabajadores al COVID-19.

El plan que ha de elaborarse deberá ser específico para los agentes de riesgo que se identifiquen en el Hospital Zonal General de Agudos Gobernador Domingo Mercante de la localidad de José C. Paz, ya que el cumplimiento de la carga legal de prevención de los infortunios laborales de la que es deudora la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, por conducto de los arts. 4 y 31 de la Ley 24.557, no se satisface con la sola provisión y control del uso de elementos de seguridad y con la realización de visitas técnicas, más **se requiere la implementación de un plan específico para las condiciones de cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el establecimiento de la empleadora de las accionantes** (SCBA L91.106, “L., R. A.”, sentencia del 6-VI-2011).

El referido plan de prevención deberá ser confeccionado y presentado en formato electrónico ante este Tribunal en el plazo de 72 (SETENTA Y DOS) horas.

Déjase expresa constancia que todas las prestaciones ordenadas y que integran el objeto de la presente medida innovativa se disponen con expreso apercibimiento de aplicar astreintes en caso de verificarse su incumplimiento (arts. 804 Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-; 37 CPCC y 25 Ley 13.928 -t.o Ley 14.192-; CSJN causa FCB 52020002/2012/CS1 - CA1, "Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración, sentencia del 3 de marzo de 2020).

En atención al trámite *inaudita parte* de la presente medida no corresponde imponer costas.

A la cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

CON LO QUE FINALIZÓ EL PRESENTE ACUERDO, DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE SENTENCIA:

- 1) Hacer lugar a la medida innovativa solicitada por la parte actora (arts. 232 CPCC y 25 Ley 13.928 -t.o Ley 14.192-).
- 2) Ordenar al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires que en el plazo de 24 (VEINTICUATRO) horas haga entrega al personal sanitario del Hospital Zonal General de Agudos Gobernador Domingo Mercante de la localidad de José C. Paz los siguientes elementos de protección personal: Barbijos N95 o superior, protección para los ojos o máscara facial, guantes, camisolín repelente de fluidos, cofias y botas, bajo apercibimiento de astreintes (arts. 804 Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-; 37 CPCC y 25 Ley 13.928 -t.o Ley 14.192-).
- 3) Ordenar al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires que en el plazo de 24 (VEINTICUATRO) horas disponga la inmediata identificación de la totalidad del personal del servicio de cirugía del Hospital Zonal General de Agudos Gobernador Domingo Mercante de la localidad de José C. Paz, como así también, del personal afectado a la atención de pacientes portadores de COVID-19 y que proceda a la constatación de su estado de salud y, en su caso, aplique el protocolo sanitario respectivo

(arts. 804 Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-; 37 CPCC y 25 Ley 13.928 -t.o Ley 14.192-).

- 4) Ordenar a PROVINCIA A.R.T S.A que en el plazo de 72 (SETENTA Y DOS) horas confeccione y presente en formato electrónico ante este Tribunal un plan de prevención propio para el establecimiento donde prestan servicios las accionantes y su colectivo de referencia a fin de evitar los riesgos de exposición de los trabajadores al COVID-19.
- 5) No imponer costas.
- 6) REGISTRESE Y NOTIFIQUESE CON CARÁCTER URGENTE Y CON HABILITACIÓN DE DÍAS Y HORAS INHÁBILES.