

PARTE/S:

Asociación Sindical Unión Personal de Juego Casino de Mendoza c/Instituto Provincial de Juegos y Casinos de Mendoza s/ordinario

TRIBUNAL:

Cám. 1ª Trab. Mendoza

SALA:

-

FECHA:

05/01/2022

JURISDICCIÓN

Mendoza

Mendoza, 05 de Enero de 2022.

AUTOS Y VISTOS:

Estos autos arriba intitulados en estado de resolver,

Y CONSIDERANDO:

I.- Que se presenta el Dr. MAURICIO GUZMÁN, Mat. ... patrocinando al Sr. Guillermo Martin Ulises CAIN, Secretario General de la ASOCIACIÓN SINDICAL UNIÓN PERSONAL DE JUEGO CASINO DE MENDOZA, (entidad sindical de primer grado, Resolución MTEySS de la Nación N° 369/2007 Registro N° 1719), en nombre y representación de los trabajadores del sector Juegos Tradicionales del Casino Central del Instituto Provincial de Juegos y Casinos de Mendoza, Casino Central, Juegos tradicionales, solicitando habilitación de horas y días inhábiles de la feria judicial de enero, dada la urgencia que refiere por estar en juego la salud y la seguridad de un grupo de trabajadores y, conforme el art 1712 CcyC, promueve ACCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO - MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, contra INSTITUTO PROVINCIAL DE JUEGOS Y CASINOS DE MENDOZA a fin de que al resolver ORDENE A LA DEMANDADA QUE ARBITRE LOS MEDIOS NECESARIOS Y PERTINENTES PARA LLEVAR A CABO LA INMEDIATA ADECUACIÓN DE LA SALA DE JUEGOS TRADICIONALES DEL CASINO CENTRAL, ESPECIFICAMENTE EN LO ATINENTE AL SISTEMA DE VENTILACIÓN, EXTRACCIÓN Y REFRIGERACIÓN DE AIRE, CON EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Afirma la Legitimación Sustancial Activa de la Asociación Sindical Unión de Personal Juego de Casino Mendoza a tenor de lo establecido en el artículo 1.712 del Código Civil y Comercial de la Nación, en función de los artículos 2° y 3° de la Ley 23.551 y del artículo 2° incisos a) y b) del Estatuto de la Asociación Sindical. Y, la Legitimación Sustancial Pasiva del Instituto Provincial de Juegos y Casinos de Mendoza ente descentralizado y autárquico con plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, conforme el artículo 1° Ley 6.362, en función del artículo 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación y de los artículos 1° inciso 1) y 4° inciso 1° de la LRT (Ley 24.557 y modificatorias) por ser el empleador de los trabajadores del sector Juegos Tradicionales del Instituto Provincial de Juegos y Casinos a favor de quien su parte peticiona.

Sostiene la competencia del Tribunal y del procedimiento, en virtud de lo normado por el artículo 1° del CPL inciso b) y en el artículo 115 del CPCCyT Mza. en función del artículo 108 del CPL.

Expresa que, tal como acredita mediante la constancia notarial, y la prueba documental que acompaña en soporte digital, en la sala de Juegos Tradicionales del Casino Central dependiente del Instituto Provincial de Juegos y Casinos de Mendoza (IPJyC) el equipo de ventilación, extracción y refrigeración del mencionado local no funciona y ello entraña un gravísimo riesgo para la salud de los trabajadores.

Afirma que la falta de funcionamiento del mencionado sistema de ventilación en un local que no cuenta con ventilación natural, hace que la temperatura suba a registros que como se ha dicho pone en riesgo la salud de los trabajadores. Y, que la falta de ventilación multiplica el riesgo de

contagio del Coronavirus SARS COV 2 y la consecuente infección por la COVID 19, siendo una infracción expresa al Protocolo de Seguridad para evitar transmisión de COVID 19 en Casinos y Salas de Juego de la Provincia de Mendoza, aprobado por Resolución 2969 del Instituto Provincial de Juegos y Casinos de Mendoza, que expresa en su página 10 “Se deberá procurar una ventilación del aire dentro de la Sala de Juego, reduciendo la recirculación de aire viciado de la sala, y se podrá incrementar el tiempo de funcionamiento del sistema de extracción”. Advierte que al mencionado recinto de juegos asiste gran cantidad de público de diversos orígenes, ya sea vecinos de nuestra provincia como turistas nacionales e internacionales a los que de conformidad con el protocolo vigente solo se les indica la limpieza de la suela del calzado, para luego efectuar el control de temperatura, procedimiento que está lejos de asegurar la ausencia del virus y debilita el cumplimiento de los objetivos que declara: • “Evitar la propagación del COVID-19 en la reapertura paulatina y gradual de la actividad de las Salas de Juego y Casinos de la Provincia de Mendoza, debidamente autorizados por el I.P.J.y.C. • Proteger la salud, bienestar y seguridad de las personas que participen de la actividad y de todos los empleados de las Salas de Juego y Casinos de la Provincia de Mendoza. • Prevenir y contener la propagación o contagio del virus COVID-19. • Concientizar sobre la necesidad de una buena higiene personal y de un puesto de trabajo limpio y ordenado. • Garantizar el funcionamiento adecuado de las Salas de Juego, de acuerdo a las exigencias que exige el presente contexto.”

Señala que la Asociación Sindical en nota remitida a las autoridades del IPJyC para fecha 21/12/21 expresó su preocupación y solicitó al directorio la urgente solución, ello motivo la respuesta por medio de correo electrónico de las autoridades con el detalle del expediente donde se tramita la adquisición de los repuestos para los equipos de refrigeración / ventilación, los que al día de esta presentación no han sido reparados.

Dice que el día 26 de diciembre ante la absoluta falta de ventilación, el sofocante ambiente y la imposibilidad de desarrollar su labor, y por existir motivos razonables para creer que la continuidad de la prestación de servicios en esas condiciones entraña un peligro grave e inminente para su salud, los trabajadores del sector se autoconvocaron en Asamblea con la presencia de las autoridades de la Asociación Sindical decidieron efectuar “Retención del Débito Laboral” a partir de la hora 22:00 del día 26 de diciembre de 2021 y por 24 horas para realizar una nueva asamblea al término del plazo establecido, la que decidió prolongar la mediada por 24 horas más, a la espera de la respuesta de la empleadora. Sucediéndose Asambleas de los trabajadores los días 28 y 29 de diciembre de 2021 con idéntico resultado y sin respuesta de la empleadora, motivo por el cual en la asamblea del 30 de diciembre de 2021 los trabajadores decidieron efectuar Huelga los días 31 de diciembre de 2021, 02 y 03 de enero de 2022, todo lo cual ha sido notificado a la empleadora y a la subsecretaría de trabajo y empleo del Gobierno de Mendoza, organismo al cual se le solicitó que en uso de las facultades que la ley le confiere realizara una inspección para determinar la aptitud del lugar para la prestación adecuada del servicio por parte de los trabajadores, sin que al momento de esta presentación se haya concretado la misma.

Y, refiere que por tal motivo formuló la correspondiente presentación ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo la que tramita en los ingresos N° 2515962/2021 del día 27/12/2021 y N° 2550120/2021 del día 30/12/2021.

Que las acciones antes mencionadas lo fueron entendiéndose aplicable el artículo 19 inciso f) del Convenio N° 155 de la OIT que de manera categórica expresa “(f) el trabajador informará de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro inminente y grave para su vida o su salud; mientras el empleador no haya tomado medidas correctivas, si fuere necesario, no podrá exigir de los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde exista con carácter continuo un peligro grave e inminente para su vida o su salud.”

Expresa que asimismo, la Asociación Sindical en la persona del Secretario General requirió a la Notaria María Victoria Raddino, constatar la retención de débito laboral debido a las condiciones en que los trabajadores y trabajadoras de Juegos y Casinos Central prestan sus servicios laborales. Y, transcribe la Actuación Notarial.

Manifiesta que es en virtud de lo expuesto solicita la URGENTE intervención de la justicia, en resguardo de la salud de los trabajadores de la sección Juegos Tradicionales del Casino Central, a los que la Asociación Sindical representa y que ordene, INSTITUTO PROVINCIAL DE JUEGOS y CASINOS de MENDOZA, arbitre los medios necesarios y pertinentes para llevar a cabo en forma inmediata la adecuación de la Sala de Juegos Tradicionales del Casino Central, en lo atinente al Sistema de Ventilación / Refrigeración para que los trabajadores puedan desarrollar su labor de forma adecuada, segura y conforme la normativa vigente, garantizando el cuidado de la salud de los trabajadores que allí desempeñan su labor, en razón de que existen motivos razonables para creer que la continuidad de la prestación de servicios en las actuales condiciones entraña un peligro grave e inminente para la salud de los trabajadores.

Ofrece Prueba y Funda en Derecho.

RESULTA:

I.- Que entrando en el análisis del tema sometido a decisión, considero oportuno efectuar algunas precisiones relativas a la acción impetrada, concretamente en lo referente a la Prevención del Daño y a la Medida Autosatisfactiva, vinculados al Derecho a la Salud.

En el entendimiento que la vulnerabilidad de las personas puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal, considero oportuno referirme -tal como lo hizo la Sala II de la SCJ provincial en la causa Bazán-, a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a las que adhirió la Suprema Corte de Justicia mediante Acordada 24.023, cuyo paradigma radica en la importancia de garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad la defensa efectiva de los derechos y las condiciones necesarias para el efectivo acceso a la justicia. Porque, como lo refieren las citadas Reglas en su prólogo, poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.(Exposición de Motivos de las Reglas de Brasilia).

En temas como el planteado en la presente causa, se impone la agilidad y prioridad en el abordaje y resolución para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas, con la adopción de las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto.

Un dato de suma importancia, lo constituye el hecho que recientemente (09/06/2020) la Argentina fue condenada por la CIDH, en el caso “Spoltore” -se trataba de un trabajador que reclamaba por enfermedad profesional-, allí el Tribunal internacional, dijo que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador se refiere al derecho del trabajador a realizar sus labores en condiciones que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Y, que justamente en cumplimiento de las obligaciones de garantizar este derecho, los Estados, entre otras obligaciones, deben asegurar que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible tengan acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para solicitar una reparación o indemnización. (<http://www.oas.org/es/cidh>), el resaltado me pertenece. En este sentido, debo decir que doctrina y jurisprudencia nacionales se encuentran contestes en cuanto a que el objeto perseguido por el derecho de daños no se limita al resarcimiento del perjuicio ocasionado, sino que comprende otros fines, y en particular, la prevención del daño antes de que se produzca (faz preventiva). El actual derecho de daños se enfoca en la prevención del daño o perjuicio como finalidad primordial.

En este sentido, enmarcándome en la cuestión planteada en la presente causa, debo decir que el art. 14 bis de la Constitución Nacional enuncia el llamado principio protectorio, destinado a comprender todos los aspectos del universo del derecho al trabajo: “...el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”. Asimismo, los dos requerimientos que exige respecto de las condiciones de labor, esto es, que resulten “dignas y equitativas”, especifican el sentido y contenido del principio. En cuanto al carácter digno de las condiciones laborales, sólo es predicable, entre otras circunstancias, de un trabajo seguro, vale decir, respetuoso del derecho fundamental de la persona a la salud y seguridad en el empleo (“Torrillo” Fallos: 332:709, 712/716 - 2009).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, explica respecto al derecho al trabajo: “el trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe ser un trabajo digno. Este es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral. Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo”.

El art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), a su vez, después de reiterar la citada Declaración Universal en orden al derecho de toda persona al goce de “condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, especifica que éstas deben asegurar, “ b) La seguridad y la higiene en el trabajo” “la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales”, so riesgo de violar las obligaciones que dimanar del PIDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14).

Por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo, en su Capítulo VII “De los derechos y deberes de las partes” art. 75 y 77 dispone la obligación del empleador de cuidar la vida y los bienes -entre los que indiscutiblemente se encuentra la salud- del trabajador, imponiendo con un claro objetivo de prevención, la obligación de observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo. El apartado 1 del artículo 75 LCT remite a la Ley Nacional de Higiene y Seguridad en el trabajo N° 19587, que en sus arts. 4° inc. a; 5° inc. h y 8° explicita y amplía el concepto: “comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto a) proteger la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores...” (art. 4°) “A los fines de la aplicación de esta ley, considéranse como básicos los siguientes principios y métodos de ejecución: h) estudio y adopción de medidas para proteger la salud y la vida del trabajador en el ámbito de sus ocupaciones, especialmente en lo que atañe a los servicios prestados en tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuros y/o las desarrolladas en lugares o ambientes insalubres...” (art. 5°) y “Todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores...” (art. 8°).

No existe duda en consecuencia que, no obstante la modificación introducida por la LRT al art. 75 de la LCT, el deber de prevención y la obligación de seguridad del empleador subsiste.

Esta obligación impuesta por la normativa al empleador (que consiste en implementar todas las acciones para eliminar y evitar las situaciones laborales que supongan una amenaza a la salud y en adoptar todas las diligencias necesarias dirigidas a tutelar la integridad psicofísica de los trabajadores y evitar accidentes de trabajo), es de naturaleza contractual.

El fundamento de esta obligación radica en el principio genérico de no dañar, en el principio protectorio que rige el derecho laboral y en la posición jurídica del trabajador dependiente, quien al subordinarse, pone su capacidad de trabajo a disposición del empleador, sometiéndose así a los poderes de dirección y disciplinarios de éste.

“Si el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador...le es exigible como deber procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento, en este sentido se puede afirmar que el poder de dirección del empresario es el fundamento del deber de seguridad y salud del mismo” (Gutiérrez-Solar Calvo, El deber de seguridad y salud en el trabajo p.141).

“Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana” (“Aquino”, cit., voto de la jueza Highton de Nolasco, p. 3799).

El empleador tiene el deber constitucional de garantizar condiciones de trabajo dignas y la obligación legal de lograr la seguridad e higiene en el empleo. A dichos efectos, no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas de resguardo de la integridad de sus dependientes sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe respecto del buen empleador y lo esperable de éste. Asimismo, la obligación genérica de respeto a las personas y su dignidad adquiere especial relevancia en aquellas relaciones privadas donde existe desigualdad real como son las relaciones laborales e implica la tutela de la dignidad humana en todas sus manifestaciones (autos “Leguizamón Irma c/ Instituto de Investigaciones Metabólicas SA y otro s/ Accidente- Ley Especial” [Fallo en extenso: elDial.com - AA6F3B] SD.86.972, del 31.08.11).

Este deber establecido en el art. 75 de la LCT abarca el conjunto de medidas y recursos técnicos que el empleador debe adoptar durante la prestación de la tarea para proteger la salud psicofísica del trabajador y su dignidad y evitar que sufra daños en sus bienes.

El art. 1708 CCyC añade en primer término la función preventiva a la tradicional finalidad resarcitoria del derecho de daños. La función preventiva busca actuar con anterioridad a que el perjuicio se produzca, o que, si ya se ha producido, no se agrave. De esta forma, queda consagrada en el ordenamiento jurídico la función preventiva genérica.

El CC yC no se limita a consagrar la función preventiva, sino que, además, sienta las bases y principios del deber genérico de prevenir el daño, y de la acción tendiente a evitarlo (art. 1710 CC yC y ss.).

En efecto, abordando el tema planteado en la causa, debo señalar que el citado art. 1710 dispone el “Deber de prevención del daño”: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

El artículo establece expresamente el deber general de no dañar a otros, que -según lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación- (CSJN, “Santa Coloma, Luis Federico y otros”, Fallos: 308:1160, 05/08/1986; “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”, 1986, Fallos: 308:1118; “Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud SA”, 17/03/1998, en LL 1998-D, p. 596; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, 21/09/2004, en ED, 25/10/2004, p. 5.), tiene rango constitucional.

La transgresión de tal deber, además de habilitar la acción preventiva de los arts. 1711 a 1713 CC yC, funda la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil (art. 1717 CC yC).

Asimismo, el citado artículo establece correlativamente, en el inciso b) un deber genérico de prevención del daño, que comprende no solo el perjuicio que aún no se ha causado como la disminución de la magnitud del que se está produciendo.

De manera que, el deber consagrado en la norma puede hacerse valer erga omnes, es decir, no solo frente a quien causó el daño por medio de alguna acción suya, sino también contra todo aquel que pueda prevenir el perjuicio o evitar que se agrave, siempre que hacerlo se encuentre en su esfera de actuación.

Y, cuando la norma se refiere a disminuir la magnitud del daño, parte del aspecto cualitativo (entidad o medida del daño), y su extensión en el tiempo o prolongación. De esta manera, la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles en que se puede evitar el perjuicio, e incluye a los daños continuados.

Ahora bien, el CC yC no se limita a consagrar el deber genérico de prevenir el daño, sino que también sienta las reglas básicas de la acción preventiva, en cuanto a los supuestos en que ella procede (art. 1711. Acción preventiva “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”), los legitimados para promover la acción (art. 1712 CC yC), y las facultades con que cuenta el juez al momento del dictado de la sentencia en este tipo de acciones (art. 1713 CC yC).

El art. 1710 C.C.C.N. ha dotado de contenido específico a este deber jurídico de prevención, de manera que los requisitos que normativamente se han establecido para su configuración son los siguientes:

a) Situación de amenaza o peligro de daño o de agravamiento del ya producido: El deber de prevención presupone para su nacimiento la existencia de una acción u omisión que genera el peligro o la amenaza de producción, continuidad o agravamiento de un daño.

En cuanto a la Legitimación Pasiva, la norma en análisis pone el deber de prevenir el perjuicio en cabeza de todos aquellos que se encuentren en posición de evitar la producción del daño. Este último aspecto del deber consagrado en el art. 1710 CC yC se vincula con los casos en que la omisión de un sujeto puede constituir un obrar antijurídico. En este sentido, cabe tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el art. 1717 CC yC en materia de omisiones la antijuridicidad también es material y atípica, pues basta con la violación del deber general de no dañar. El obligado principal a prevenir será el autor material de dicha conducta que lo convierte en potencial dañador por causación originaria del menoscabo o de su intensificación, pero también puede serlo un tercero que no generó el peligro, pero que puede eliminarlo o atenuar sus efectos e incluso la propia víctima del daño ya sufrido (art. 1729 CCCN). El concepto de daño utilizado en el ámbito preventivo es el de daño en sentido amplio o daño lesión.

b) Carácter injustificado del daño: Procede frente a cualquier acción u omisión antijurídica (art. 1717 CC yC), debiendo apreciarse desde un punto de vista objetivo, es decir, prescindiendo de toda valoración en cuanto a la reprochabilidad de la conducta del agente que ocasionó el perjuicio.

En efecto, para la procedencia de la demanda tendiente a evitar que el daño se produzca no será preciso que se encuentre configurado un factor de atribución.

Para configurarse la antijuridicidad no requiere que el acto potencial de daño vulnere una prohibición de actuar estatuida por el ordenamiento, ya que de ser así se limitaría enormemente

la posibilidad de ejercer acciones preventivas. El presupuesto se configuraría con una situación potencial de daño, pero que además dicha potencialidad debe ser tal en función de la previsibilidad causal de ocurrencia de un daño no justificado (OSSOLA, Federico A., "El deber del acreedor de prevenir y no agravar el daño", en Revista de Derecho de Daños, T.2016-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 56/57.).

Es por ello, que resulta relevante distinguir, las actividades riesgosas contempladas en el art. 1757 C.C.C.N. del presupuesto fáctico de la norma preventiva ("actividad que produce una amenaza de daño no justificado"). Lo que nos permite discriminar ambas situaciones lo constituye las reglas de la causalidad adecuada (art. 1726 C.C.C.N.) a partir de su juicio de previsibilidad objetivo e hipotético-retrospectivo, basado en las máximas de la experiencia.

En definitiva, es la causalidad adecuada la que define la antijuricidad en la faz preventiva anterior a la causación del daño, en tanto que si se hubiere ya producido el menoscabo y la finalidad preventiva es mitigarlo o evitar su agravamiento rige plenamente la presunción de antijuricidad del art. 1717 C.C.C.N.

c) Previsibilidad o nexo causal adecuado: para que proceda la acción preventiva debe ser previsible la producción o el agravamiento del daño. Es claro entonces que no será preciso que se haya efectivizado un daño cierto en la esfera jurídica de la víctima, sino que basta la amenaza para que resulte procedente la tutela preventiva. (Lorenzetti, Ricardo L., "La tutela civil inhibitoria", en LL 1995-C, p. 1217.).

Más allá de ello, no es suficiente para justificar la promoción de la acción inhibitoria el mero creer subjetivo de la víctima, sino que es preciso que sea causalmente previsible que el accionar del agente ocasionará un perjuicio a la víctima. Desde el aspecto probatorio, el demandante deberá aportar elementos ajenos a su mera subjetividad que permitan tener por acreditado que existe un riesgo cierto de que el daño se produzca. Las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (lo que resulta previsible según el curso normal y ordinario de las cosas) constituirán un importante parámetro para apreciar la probabilidad de que el perjuicio se produzca.

Debe existir conforme a las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (arts. 1727 y 1728 C.C.C.N.), una vinculación causal que determina la previsibilidad objetiva y material de producción de una situación efectiva de amenaza de daño o de agravamiento del ya producido, a partir de la conducta activa u omisiva del sujeto sobre quien pesa originalmente el deber preventivo, aunque el mismo puede extenderse también a un tercero o al propio damnificado.

Finalmente, el art. 1712 dispone que “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. De ello se desprende que, en principio, tienen un interés razonable en la prevención los sujetos mencionados por el art. 43 CN para la acción de amparo; es decir, el propio damnificado, el Estado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos conculcados, siempre que se encuentren registradas como tales conforme a la legislación aplicable. Sin embargo, el art. 1712 CC yC no se refiere expresamente a los sujetos enumerados anteriormente, sino que prevé una regla más amplia, y sujeta a la interpretación en cada caso particular.

Pero, más allá de la amplia legitimación activa regulada en la norma, no debe perderse de vista el requisito del proceso judicial en general, de manera que en la acción preventiva debe demostrarse que quien acciona sea titular de un derecho subjetivo o tenga un interés legítimo, o que cuenta con legitimación suficiente para tutelar un interés difuso determinado, como así también que existe una amenaza cierta de que se produzca un daño ilegítimo.

Por su parte, el art. 1713 CC yC, expresamente se refiere a las facultades del juez que interviene en la acción preventiva para evitar que concrete el perjuicio en cabeza de la víctima. A tal fin, la disposición confiere un amplio poder a los magistrados para adoptar las medidas que resulten más apropiadas, y se aparta del principio dispositivo que, en general, rige en el derecho privado: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”

La norma consagra la posibilidad de que el juez dicte una sentencia que imponga obligaciones, ya sean de dar, de hacer o de no hacer. La acción preventiva se aparta del proceso dispositivo clásico, y confiere facultades al juez para imponer conductas al agente que no han existido hasta ese momento o que, incluso, no fueron peticionadas en su oportunidad. Y, establece un marco para la actuación del juez, quien, al dictar la sentencia preventiva, deberá ponderar los criterios de menor restricción posible, y de medio más idóneo para garantizar la obtención de la finalidad (CNac. Apel. Civ., Sala A, “L., D. A. c/ Trenes de Buenos Aires SA y otro s/ Daños y perjuicios”, 20/03/14; SCJ Buenos Aires, “Carrizo, Carlos A. y otra c/ Tejeda, Gustavo J. y otra”, 30/03/2005, en LLBA (mayo), p. 451; CApel. Civ. y Com. Azul, Sala 2, “P., N. y O. c/ Z., S. y O.”, 27/03/2013, Abeledo- Perrot, AP/JUR/264/2013; CApel. Civ. y Com. Junín, “B., P. c/ Prov. de Buenos Aires - Dirección de Vialidad”, 06/11/2008, Abeledo-Perrot N° 70049780.).

Por su parte, las medidas autosatisfactivas han sido jurisprudencial y doctrinariamente concebidas como soluciones urgentes, no cautelares, despachables in extremis, que procuran aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a aquellas situaciones que reclaman una pronta y expedita intervención del órgano judicial, cuya característica esencial radica en que su vigencia y

mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal (ver “Medidas Autosatisfactivas”, Diegues, Jorge Alberto. Fuente: LA LEY 18/05/2009, 10).

Las medidas autosatisfactivas importan un remedio procesal que forma parte de los denominados “procesos urgentes” que se despachan inaudita parte y permiten la satisfacción del objeto principal de la pretensión. Se caracteriza por ser autónoma, no depender de un proceso principal, y sustentarse en una urgencia impostergable con la finalidad satisfecha con el mero cumplimiento de lo pedido. La misma se encuentra prevista en el art. 115 del CPCCyT de Mendoza aplicable en virtud de lo dispuesto por el art. 108 CPL.

La jurisprudencia ha extremado los requisitos de procedencia de este tipo de medidas.

Así, se ha sostenido reiteradamente que su dictado está sujeto a la existencia de una fuerte probabilidad de que el derecho sea atendible -casi certeza- y no a la mera verosimilitud con la que se contentan las diligencias cautelares; por lo que, en los casos en los que el derecho esgrimido por el accionante requiera de un cierto grado de verificación probatoria, la vía autosatisfactiva resultará inadmisibles (cfr. Cámara de Apelación Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata, Sala II in re “Yane”, sent. del 19-VIII-2003, Publicado en La Ley Online; entre otros.).

Firme convencimiento en el juzgador de que el perjuicio invocado es irreparable e inminente, para lo cual el demandante de la medida autosatisfactiva está obligado aportar consistencia y veracidad a su planteo, acompañando los medios probatorios que den sustento a su pretensión, de manera formar convicción en el Juez.

Debe asimismo existir una situación de urgencia manifiesta y extrema, impostergable, caracterizada por la concurrencia de un peligro serio y concreto que comprometa intrínsecamente de modo palmario, notorio y ostensible la subsistencia del derecho pretendido si se demora en la decisión; en otras palabras, la llamada “irreparabilidad del perjuicio” que se derivaría de canalizar el reclamo por las vías procesales existentes (cfr. Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala III in re “Galeri”, sent. del 22-VIII-2006, Publicado en La Ley Online; entre otros).

Y, que estén comprometidos derechos subjetivos medulares que por su propia naturaleza poseen una mayor dosis de urgencia y siempre y cuando a ellos no se contrapongan en el caso, en cabeza del destinatario de la medida, otros derechos de similar calibre (Gardella, Luis “Medidas autosatisfactivas: Principios Constitucionales aplicables. Trámite. Recursos” Re-vista Jurisprudencia Argentina, diciembre 9 de 1998-pág.14).

Vale decir que la medida autosatisfactiva debe ser analizada en relación a los recaudos generales de su procedencia y teniendo en cuenta el carácter restrictivo de su interpretación e implementación excepcional.

De manera que la ausencia en la especie de cualquiera de los recaudos de procedibilidad señalados, llevará necesariamente a que la pretensión se desestime, pues tienen idéntico rango de importancia, o dicho de otro modo, son todos ellos esenciales.

Con respecto a la contracautela, presupuesto orientado a garantizar los daños que podría originar quien solicite una medida sin derecho; entiendo que no es un requisito esencial ni atañe a la naturaleza de la medida, con mayor razón cuando la medida autosatisfactiva es planteada por la Asociación sindical en el marco del Derecho del Trabajo.

Cabe asimismo señalar que la verosimilitud en el derecho y la contracautela opera como una “balanza” tanto en las medidas cautelares como en los procesos autosatisfactivos. Es decir, cuando mayor sea la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora menor será la exigencia de contracautela ya que menores serán las posibilidades que la respectiva medida sea pedida abusivamente con la eventualidad del acaecimiento de un perjuicio para la otra parte. A la inversa, cuando menor sea la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, mayor será la exigencia de la contracautela ya que mayores serán las posibilidades de que la medida sea solicitada sin derecho.

Conforme lo expuesto, en atención al objeto de la presente medida autosatisfactiva, el que no posee contenido patrimonial; a la entidad de los derechos que podrían resultar afectados de no concederse la medida, estimo conducente eximir a la parte actora de la prestación de la misma.

II.- Que ante este marco jurídico es posible adelantar que la medida autosatisfactiva impetrada como Prevención del Daño con fundamento en el Derecho a la Salud será admitida, ya que considero que se encuentra acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos para su procedencia.

En efecto, de las constancias obrantes en autos, surge la prueba instrumental aportada por el accionante: 1) Nota a la Sra. Presidenta del IPJyC denunciando la falta de funcionamiento de los equipos de aire acondicionado de fecha 21/12/21; 2) Acta de Asamblea con listado de asistentes de fecha 26/12/21; 3) Nota dirigida al Sr. Subsecretario de Trabajo y Empleo de la provincia de Mendoza donde se Notifica la Asamblea y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores de fecha 27/12/21 y se solicita urgente inspección de las instalaciones; 4) Nota dirigida al Sr. Subsecretario de Trabajo y Empleo de la provincia de Mendoza donde se Notifica la

Asamblea y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores de fecha 28/12/21 y se solicita urgente inspección de las instalaciones; 5) Nota dirigida a la Sra. Presidenta del IPJyC de Mendoza donde se Notifica la Asamblea y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores de fecha 28/12/21; 6) Nota dirigida al Sr. Subsecretario de Trabajo y Empleo de la provincia de Mendoza donde se Notifica la Asamblea del día 27/12/21 y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores remitida vía correo electrónico a la casilla lcabrera@mendoza.gov.ar y se solicita urgente inspección de las instalaciones, para ser incorporada al Expediente Electrónico N° 8778098/2021; 7) Nota dirigida al Sr. Subsecretario de Trabajo y Empleo de la provincia de Mendoza donde se Notifica la Asamblea del día 28/12/21 y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores remitida vía correo electrónico a la casilla lcabrera@mendoza.gov.ar y se solicita urgente inspección de las instalaciones para ser incorporada al Expediente Electrónico N° 8778098/2021; 8) Nota dirigida al Sr. Subsecretario de Trabajo y Empleo de la provincia de Mendoza donde se Notifica la Asamblea del día 29/12/21 y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores remitida vía correo electrónico a la casilla lcabrera@mendoza.gov.ar y se solicita urgente inspección de las instalaciones para ser incorporada al Expediente Electrónico N° 8778098/2021; 9) Nota dirigida a la Sra. Presidenta del IPJyC de Mendoza donde se Notifica la Asamblea y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores de fecha 29/12/21; 10) Nota dirigida al Sr. Subsecretario de Trabajo y Empleo de la provincia de Mendoza donde se Notifica la Asamblea del día 30/12/21 y se comunican las medidas adoptadas por los trabajadores remitida vía correo electrónico a la casilla lcabrera@mendoza.gov.ar y se solicita urgente inspección de las instalaciones para ser incorporada al Expediente Electrónico N° 8778098/2021; 11) Estatuto de la Asociación Sindical Unión Personal de Juego de Casino Mendoza; 12) Protocolo de Seguridad para evitar transmisión de COVID 19 en Casinos y Salas de Juego de la Provincia de Mendoza ;13) Informe del área mantenimiento del IPJyC sobre el estado del sistema de Ventilación/ Refrigeración de la sala de Juegos Tradicionales del Casino Central; 14) Acta Notarial Extraprotocolar de constatación labrada en hoja N° Q 00277272 por la Notaria María Victoria Raddino, escribana adscripta al Registro Notarial ciento veintitrés de Capital, perteneciente a su titular, notario Marcela Miriam SINATRA. 15) Captura de pantalla de la comunicación vía WhatsApp entre el Sr. Martín Caín y el Gerente General del IPJyC Sr. Alejandro Pérez, en la cual el primero le notifica a la autoridad del IPJyC la realización de la Asamblea de urgencia del día 26 de diciembre a la hora 22:00, y Captura de pantalla de la comunicación vía WhatsApp entre el Sr. Martín Caín y el Gerente General del IPJyC Sr. Alejandro Pérez, en la cual el primero le notifica a la autoridad del IPJyC la decisión de iniciar Retención del Débito Laboral adoptada en la Asamblea de urgencia del día 26 de diciembre a la hora 22:00. 16) Certificación de Autoridades emitida por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

De las pruebas aportadas surge, acreditado que efectivamente el sistema de ventilación, refrigeración y extracción de aire a fin de evitar la recirculación de aire viciado, NO se encuentra funcionando.

Que ha sido la misma demandada quien por Resolución N° 2629 elaboró el Protocolo de Seguridad para evitar la transmisión de COVID-19 en Casinos y Salas de Juego de la Provincia de Mendoza “ante la situación actual causada por la pandemia de COVID-19” y atento los criterios adoptados por el PEN y la adhesión por parte de la Provincia de Mendoza.

Que entre los “OBJETIVOS” de dicho Protocolo se encuentra el de “evitar la propagación del COVID-19, proteger la salud, bienestar y seguridad de las personas que participan de la actividad y de todos los empleados de las Salas de Juego y Casinos de la Provincia, prevenir y contener la propagación o contagio del virus, garantizar el funcionamiento adecuado de las Salas de Juego estableciendo las medidas de Higiene y Seguridad necesarias que deberán adoptarse en todas las instalaciones y salas de juego.

Y, el referido “Protocolo” en referencia a los “Filtros de Aire y Climatización” dispone “SE DEBERÁ PROCURAR UNA VENTILACIÓN DEL AIRE DENTRO DE LA SALA DE JUEGO, REDUCIENDO LA RECIRCULACIÓN DE AIRE VICIADO EN LA SALA Y SE PODRÁ INCREMENTAR EL TIEMPO DE FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE EXTRACCIÓN”. Vale decir, la demandada consciente de la situación de pandemia por COVID-19 y de la gravedad de la situación sanitaria debido a la propagación del virus por su capacidad de contagio, elaboró un Protocolo en el que expresamente estableció no solo medidas de limpieza sino también medidas de seguridad con objetivos precisos. Estableciendo entre las medidas tendientes a alcanzar los objetivos propuestos el DEBER de la ventilación del aire dentro de las Sala de Juego para la recirculación de aire viciado y la consiguiente necesidad de incrementar el tiempo de funcionamiento del sistema de extracción de aire.

Sin que diese cumplimiento a ello, conforme lo acreditara la parte actora con el Informe del área mantenimiento del IPJyC sobre el estado del sistema de Ventilación/ Refrigeración de la sala de Juegos Tradicionales del Casino Central y el Acta Notarial Extraprotocolar de constatación (la notaria expresa “siendo las 18.00 horas del día de la fecha, me constituyo en el domicilio encomendado anteriormente, en compañía del requirente, al ingresar al Casino, soy recibida por personal de seguridad de dicha sala de juego a quienes le informo el motivo de mi presencia y el carácter de mi investidura; una vez admitida, ingreso en compañía del requirente al sector denominado SALA DE JUEGOS, me explica que han comprado un Termómetro que mide la temperatura ambiente del lugar para poder demostrar la situación en la que se trabaja el personal de tan reconocida Institución, por lo que me invita a recorrer algunas salas para realizar las mediciones correspondientes, en un horario donde cabe dejar claro, expone el requirente, no hay mucha concurrencia de público, dirigiéndonos en primer lugar, subiendo por escalera mecánica a la “SALA DE JUEGOS VIVOS TRADICIONALES” ubicada en el primer piso, observo mesas de juego, y en el ambiente no percibo ningún tipo de ventilación, solo veo una puerta de vidrio que conduce a un pequeño balcón que; el requirente me manifiesta, en relación a esa puerta que es el balcón para fumadores, y agrega que debe mantenerse cerrada por disipaciones de las autoridades del casino, procede a tomar la temperatura con el aparato mencionado anteriormente y siendo las

18:08 lo que arroja una medición de 29,08 a 30 grados, seguimos caminando en el mismo piso y me señala que detrás de la barra hay una sala alternativa, denominada “SALA DE POKER TEXAS HOLD`EM”, miro y la veo totalmente cerrada sin ventanas ni ningún tipo de ventilación, que se encuentra, y dice que esa sala habitualmente alberga, en el horario nocturno, a 80 personas aproximadamente nuevamente el requirente realiza la medición de la temperatura que arroja un valor de 28 grados, y manifiesta que sumado a la falta de un sistema de ventilación, el uso de uniforme y el barbijo obligatorio se hace imposible trabajar; el requirente me expresa que se encuentra además muy preocupado por la salud de él y sus compañeros, al estar trabajando en época de pandemia en estas condiciones, posteriormente bajamos por la escalera mecánica, junto al requirente a la “SALA DE TRAGAMONEDAS” y en el sector de fumadores se realiza a las 18:19 horas una nueva y última medición que arrojó como resultado 30.03 grados en la que tampoco percibo aire alguno. Sin más que agregar, doy por finalizada la presente”).

Asimismo, se encuentra acreditado que los trabajadores y sus representantes gremiales formularon previamente a iniciar la presente acción las denuncias y peticiones pertinentes a fin que se adecuara el sistema de ventilación, refrigeración y extracción de aire viciado y, comunicaron la adopción de medidas tales como retención del débito laboral ante la falta de respuesta por parte de la demandada.

Con lo expuesto entiendo que se configura una fuerte verosimilitud de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible, con grado de certidumbre acreditada.

De manera que me encuentro convencida que los presupuestos para la procedencia de esta medida se encuentra ampliamente acreditados.

En el caso, los derechos en juego invocados que resultarían afectados, de no atenderse el reclamo son nada más y nada menos que el Derecho a la Salud, no solo del público que asiste al Casino por el incumplimiento de las mínimas medidas de Higiene y Seguridad impuestas por el ordenamiento sanitario y por el Protocolo redactado por la demandada, sino también, específicamente, de los trabajadores sujetos de preferente tutela, en atención a la situación de Pandemia por COVID-19 imperante.

Derechos que encuentran protección no sólo en nuestra Constitución Nacional y Provincial sino también por diversos Tratados Internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos a los que nuestro país ha adherido y que revisten rango constitucional (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

No cabe dudas que la petición del accionante debe ser atendida inmediatamente, bajo el riesgo de que los trabajadores sufran un daño inminente e irreparable, por ello la tutela judicial efectiva debe ser urgente y debe tener por finalidad evitar la consumación de ese daño inminente e irreparable que pueda abolir o restringir sus intereses sustanciales tutelados por el ordenamiento jurídico.

Ello por cuanto no debe perderse de vista, como lo expusiera anteriormente, que con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, la prevención del daño, reconocida doctrinaria y jurisprudencialmente, ha tenido recepción positiva (art. 1710 CcC y ss). De manera que el deber de no dañar derivado del principio romanista del "alterum nom laedere" supone, también, el deber de adoptar las precauciones necesarias y razonables que eviten el daño.

De manera que a través de la función jurisdiccional el Estado debe dar certeza a los conflictos o situaciones de incertidumbre o inseguridad que se producen en la sociedad, debe buscar prevenir en lugar de reparar, por lo que el rol de los operadores judiciales en estos tiempos de crisis frente a una sociedad que exige respuestas urgentes, es dar una pronta solución con una jurisdicción activa y garantizando la protección de los derechos fundamentales y la prevención de la actividad dañosa.

A lo cual se suma la máxima exigibilidad de los derechos reconocidos en la ley y que fueran ya citados y comentados en cuanto a sus alcances en el contenido de la presente.

En este contexto, considero oportuno reiterar el fallo ya citado: "Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana" ("Aquino", cit., voto de la jueza Highton de Nolasco, p. 3799). Encontrándose esta obligación en cabeza del empleador, beneficiario de su servicio.

Ahora bien, es claro que no solo se debe prevenir el daño sino que -además- la justicia que no es rápida, no es justicia; por ello, dentro del deber de prevención, se encuentran las medidas autosatisfactivas, que tienen carta de ciudadanía legal en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

En la convicción de que la obtención de una respuesta jurisdiccional en un tiempo razonable integra la tutela judicial efectiva, que constituye una garantía fundamental consagrada en el art.

18 de la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículos 14, 18, 43 y 114 párrafo tercero apartado 6 de la CN; Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por lo expuesto estimo que los elementos aportados me producen un firme convencimiento en relación a que el perjuicio invocado es irreparable por las vías ordinarias y que podría verse frustrado definitivamente el derecho de los trabajadores al disfrute del más alto nivel posible de salud física y psicológica y con ello el desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural.

Debiendo en consecuencia imponerse al Instituto de Juegos y Casinos de Mendoza adecuar la sala de Juegos Tradicionales del Casino Central en lo en lo atinente al Sistema de Ventilación-Refrigeración-Extracción de aire viciado de manera de garantizar el cuidado de la salud de los trabajadores que allí desempeñan su labor, toda vez que existen motivos razonables para creer que la continuidad de la prestación de servicios en las actuales condiciones entraña un peligro grave e inminente para su salud.

Todo lo expuesto, viabiliza su tratamiento urgente, habilitando la FERIA JUDICIAL.

III.- Honorarios y Costas. Los honorarios profesionales se regularán en consideración con las pautas dispuestas por el art. 10 de la ley 9131, por tratarse de un proceso sin monto.

Con respecto a las costas del proceso, entiendo que las mismas deberán ser impuestas a la demandada.

Por lo expuesto, normas, doctrina y jurisprudencia citada, es que

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la medida autosatisfactiva solicitada y en consecuencia ORDENAR AL INSTITUTO PROVINCIAL DE JUEGOS Y CASINOS DE MENDOZA para que dentro del plazo de tres (3) días de notificada la presente, acredite el correcto funcionamiento del sistema de ventilación, extracción y refrigeración de aire de la Sala de Juegos Tradicionales del Casino Central, arbitrando de manera inmediata los medios necesarios y pertinentes para la adecuación de la Sala de Juegos Tradicionales del Casino Central, en lo atinente al Sistema de Ventilación-Refrigeración-Extracción de aire viciado, para que los trabajadores puedan desarrollar de manera adecuada, segura y

conforme la normativa vigente su labor, bajo apercibimiento de aplicarse ASTREINTES diarias por la suma de PESOS CINCO MIL (\$5.000), (art 804 CC y C).

II.- Imponer las costas a la demandada (Arts. 35 y 36 del C.P.CCYT.).

III.- Regular los honorarios profesionales del Dr. M. G. en la suma de \$136.669,11 (equivalente a 3 JUS), (Ley 3191).

REGÍSTRESE - NOTIFÍQUESE.

DRA. ELCIRA GEORGINA DE LA ROZA