

La tercerización

Sus efectos en la protección del trabajador en materia de salud y seguridad del trabajo

por **ADRIANA A. MICALE** ⁽¹⁾

I | Introducción

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 en su redacción original, en los arts. 31 y 32, establecía que, en todos los casos en que se contratara personal por medio de terceros, los trabajadores serían “considerados empleados directos de quien utilice su prestación”. Asimismo, se establecía la responsabilidad de ambas empresas en forma solidaria, frente a todas las obligaciones emergentes de la relación laboral. Para el caso de subcontratación o delegación en la ejecución de trabajos u obras ambas empresas responderían solidariamente, aunque se trate de actividades accesorias. En cuanto a la representación colectiva, el convenio aplicable y la representación sindical se consideraba la actividad del principal, considerado como tal para quien finalmente se disponía efectivamente la mano de obra.

.....

(1) Abogada. Especialización en Administración Pública. Magíster universitaria en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social y en Prevención de Riesgos del Trabajo (OISS, Universidad de Alcalá de Henares). Especialización en Políticas de Seguridad Social OIT y Universidad de Turín. Diplomada en Gestión de Obras Sociales y Prepagas. Docente de grado en Universidad ISSALUD (Jefe de Trabajos Prácticos), Facultad de Derecho, UBA (Profesora Adjunta Interina en Seguridad Social) y en Escuela de Abogados del Estado; y en diversos seminarios de posgrado. Prestadora del Sistema de Capacitación del INAP. Autora de publicaciones de la especialidad. Conjuza para la Cámara Federal de la Seguridad Social. Jurado designada por el Ministerio Público Fiscal para la designación de fiscales para el fuero de la Seguridad Social.

Esta normativa fue modificada tras el advenimiento del gobierno de facto de 1976 y, acerca de la regulación de las “tercerizaciones”, se eliminó la responsabilidad del empresario para el que ejecuta la tarea principal del trabajador. El actual art. 29 LCT (luego modificado por la ley 24.013, art. 75), crea las “empresas de servicios eventuales”. Estas empresas con capacidad de proveer la contratación de trabajadores para la realización de tareas eventuales son aquellas que se refieren a “servicios extraordinarios o de exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento” (art. 99 LCT). Cabe mencionar que el tipo de contrato de trabajo eventual, previsto en la LCT, habilita al empleador a realizar contrataciones de esta naturaleza con las características de su modalidad (a plazo). Asimismo, se modificó la LCT, variándose (actual art. 30 LCT) el alcance de la responsabilidad solidaria, solo aplicable para el caso en que la actividad prestada se trate “de la actividad normal y específica propia del establecimiento”.

En el campo jurisprudencial ha habido diversas aplicaciones y posiciones encontradas respecto al alcance de la responsabilidad solidaria. La eliminación del término “accesorio”, la legitimación de las empresas de servicios eventuales y la limitación a la “actividad normal y específica” han coadyuvado a ello.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el antecedente fijado en el fallo “Rodríguez c/ Embotelladora”,⁽²⁾ de algún modo legitimó el fraude desestimando los reclamos de la pretendida responsabilidad. La prevalencia, por aquellos años, del orden público económico sobre el orden público laboral o del mercado como regulador de las relaciones laborales permitió eludir el paradigma de considerar al trabajador como sujeto de preferente tutela. Hay un considerando muy significativo en el fallo de la Corte, en el que se dice que si no se adopta “la solución que finalmente impera el fallo, se afectaría la inversión extranjera”. Eso fue considerado “cuestión federal”, lo que consideró la gravedad institucional necesaria para la apertura del recurso en la instancia extraordinaria.

En la actual composición, la Corte Suprema dispuso, refiriéndose al art. 30 aplicado en “Rodríguez”, como “impropio del cometido jurisdiccional de

(2) Recurso de hecho deducido por Pepsi Cola Argentina SACI en CSJN, “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina SA y otro”, 15/04/1993.

esta Corte, en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter de derecho común que esta posee". Por tanto, dejó a los jueces inferiores con la libertad de tomar como precedente ese caso ("Benítez Horacio c/ Plataforma Cero SA").

No puedo concluir esta identificación sin señalar que se discrimina a los trabajadores tercerizados, en tanto se les reconocen menores derechos. Lo que el empleador usuario busca es obtener mayor rentabilidad de su negocio como nueva forma de plusvalía. Pero no es solo un tema económico, de individualización del empleador o de mera adjudicación de un CCT que se aplica. Sino que se avanza en la identidad, en la pertenencia, en suma, en el acumulado de derechos que determinan al trabajador. Ello, sin duda, resiente el colectivo laboral y atomiza la representación sindical. El sindicato no lo representa y se produce una situación de fragilidad, de hecho y en derecho, por lo que el trabajo es inestable, inseguro y no protegido

2 | La protección del trabajador en materia de salud y seguridad del trabajo

En la actualidad lo normal es que los trabajadores cuenten con el respaldo de la legislación para hacer valer su derecho a ser protegidos eficazmente contra los riesgos de trabajo. Esto se traduce, a su vez, en una obligación por parte de los directivos con respecto a sus empleados. En algunos países se busca que la prevención de riesgos laborales se integre al resto de puntos a cubrir en la gestión empresarial, entre las que se encuentra su actividad financiera y productiva. Sobre este particular cabría relevar la importancia que sobre él tenía el texto originario del art. 83, que le permitía a los trabajadores rehusar su prestación de trabajo, sin pérdida de remuneración y sin que pueda considerarse un incumplimiento cuando estaban expuestos a daños a su salud o a accidentes. El miembro informante, senador Pannisi, dijo que el incumplimiento de las normas de seguridad es solo una infracción que puede castigarse con una multa, pero que el empleador la paga y continúa incumpliendo. Por ello, la solución debe ser la abstención de prestar tareas, norma de difícil eficacia, si no se establece la estabilidad laboral necesaria para que el trabajador no sea objeto de represalias y cuente con la libertad de hacer valer sus derechos.

Asimismo la cogestión empresarial, con la implementación de comités de prevención mixtos donde los trabajadores, como ocurre en esos modelos de la legislación europea. Nuestra CN lo habilita en el art. 14 bis: "... control de la producción y colaboración en la dirección", lo que refleja indiciariamente la deuda que, en este sentido, existe.

Toda prevención de riesgos debe comenzar por la evaluación adecuada del entorno, a cargo de técnicos especializados en la materia. Algunos de los objetivos de dicha observación son:

- estudiar las condiciones del puesto laboral, lo cual incluye las instalaciones, las herramientas y los productos que se utilizan en el mismo;
- identificar aquellos peligros a los cuales se exponen los empleados. Cabe mencionar que algunos de ellos pueden ser evitados con facilidad antes de continuar con la evaluación;
- asignar un valor numérico a cada riesgo detectado, teniendo en cuenta factores tales como la gravedad de sus potenciales daños y el tiempo que el promedio de los empleados debe exponerse por día al mismo. Luego de esta etapa es posible ordenarlos en una jerarquía de prioridades;
- proponer una serie de medidas de prevención para conseguir la eliminación o la reducción de los riesgos.

Dicha evaluación es tan solo uno de los pasos hacia la seguridad en un entorno de trabajo, una herramienta a disposición de los empresarios para poder dirigir sus compañías con más certeza. Una vez recibidos los resultados por parte de los técnicos, es posible desarrollar un plan de ejecución, para resolver los problemas uno a uno, a medida que se cuenta con los medios económicos necesarios.

Las leyes de prevención de los riesgos laborales, como lo establecen el Convenio 155 OIT, las Directivas 89 y 391 CEE, el Real Decreto 486/97, el decreto 39/97, la ley 31/95, la ley 14/2013 españolas, etc. tienen por objeto en general los mismos principios, que se sintetizan en "Promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo".

Se entenderá por prevención el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de una empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. Los

riesgos derivados del trabajo se definen, generalmente, en las leyes de prevención de riesgos laborales como: "Se entenderá como riesgo laboral la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo...".

La definición de **daños derivados del trabajo** se establece como: "Las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo".

Los aspectos del trabajo que pueden producir riesgos que generen daños se encuadran en la definición de condición de trabajo: "Se entenderá como condición de trabajo cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador".

Quedan específicamente incluidas en esta definición:

- Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.
- La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
- Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos.
- Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

El concepto actual de condiciones de trabajo trata de interpretar la situación vivida por el trabajador, tomando en cuenta todos los factores que influyen en la misma: el tiempo de trabajo; las formas de remuneración; la organización y el contenido del trabajo; los riesgos físicos, químicos, mecánicos, biológicos y psico-sociales; los sistemas de relaciones laborales (participación o autoritarismo, regímenes de permisos y castigos, posibilidades de promoción laboral); los factores propios del trabajador y su entorno (factores biográficos y culturales, edad y género, educación, expectativas y necesidades); el contexto económico, político y social; la situación práctica y jurídica del trabajador como empleado y las condiciones de vida, entre otros factores.

3 | Prevención de riesgos laborales

3.1 | Los conceptos

Uno de los aspectos significativos en la empresa, en relación a las personas, es que estas puedan desarrollar su actividad en las mejores condiciones. Por eso ha de tenerse presente en la prevención de riesgos que pueden acontecer en el desarrollo de la actividad y en el puesto de trabajo para lo cual es imprescindible calificar y estratificar.

Si se toman como base las enseñanzas que emergen de la legislación española, más específicamente de la ley de prevención de 1995, se establece que “se entenderá por prevención el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo”. Como podemos comprobar, la ley incluye dentro de la definición de prevención el concepto de riesgo laboral: “posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”. Asimismo, la referida ley, como la mayoría de las legislaciones, contempla otros conceptos tales como:

- Accidente de trabajo: “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o consecuencia del trabajo que realiza por cuenta ajena”.
- Enfermedad profesional: “la contraída a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena en las actividades que se especifican en el cuadro que se aprueba por las disposiciones y desarrollo de la presentara uso profesional ley y que se están provocadas por la acción de los elementos o sustancia que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

En la legislación argentina, surge claramente, según Ackerman⁽³⁾ que la prevención de los riesgos del trabajo no es solo una obligación del empleador, sino también del Estado y de los mismos trabajadores, sin analizar las implicancias que tienen las responsabilidades en la fabricación de los elementos de trabajo como las maquinarias o las sustancias para el uso profesional.

.....

(3) ACKERMAN, MARIO (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VI, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013.

Es usual que se distinga entre el llamado “deber de seguridad” que emana del contrato de trabajo y el deber de prevención de riesgos del trabajo. En el primer caso, el Estado no solo es pasible del deber de prevención sino que además asume el deber de control que se impone al empleador. De allí se extrae el aspecto público del deber de seguridad, deber público, ya que el Estado está interesado en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud y de prevención en tanto emanan como propia obligación en la Constitución Nacional. El Estado debe así autoimponerse los medios de arbitrio para la protección de la salud e integridad del trabajador en tanto debe garantizar las distintas formas de labor y la protección legal que garanticen las condiciones dignas de labor prevista en el art. 14 bis.

Así como dice Adriana Bestani⁽⁴⁾ el responsable primario de la prevención es el empleador que organiza y controla el ambiente de trabajo y sus condiciones y está en mejor situación de controlar los riesgos.

Cabe mencionar que esto no es óbice a que el beneficiario inmediato de la prevención, además del trabajador, sea el propio empleador que, con la prevención, cuando evita accidentes, protege además de la salud del trabajador, sus costes y la cadena de producción evitando interrupciones, reemplazos y, en suma, perjuicios económicos de resultado.

Sin embargo, la mecánica de control en un sistema privatizado, como el argentino, donde son las aseguradoras del propio riesgo las que coadyuvan en el control, supervisadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, órgano de control que tiene a su cargo dicha competencia.

3.2 | La acción preventiva (intra muros)

Existen varios modelos que nos ayudan a comprender mejor este fenómeno, destacándose dentro de ellos, por lo simple, práctico y efectivo, el denominado “**Modelo de Causalidad de Pérdidas Accidentales**”. Fue desarrollado por **Frank E. Bird Jr.** a partir de otro modelo diseñado originalmente por H. W. Heinrich por los años 30.

(4) BESTIANI, ANDREA, “Principio de precaución y deber de seguridad ante los riesgos laborales”, en *La Ley* 2013-F.

El modelo de Bird se caracteriza por su insistencia, casi obsesiva, en encontrar **el origen de los accidentes**. De ahí que el modelo en sí se haya construido sobre la base de la pregunta "¿por qué?", que se vuelve a repetir y a repetir en cuanto se tiene la respuesta a la pregunta anterior. Pero también tiene el tacto suficiente como para no irse a buscar las causas fuera de los muros de la empresa, pues su idea predominante es que la empresa puede y debe tomar internamente las medidas de control que sean necesarias para prevenir la ocurrencia de accidentes.

En verdad, esta puede ser una limitante del modelo, al no poder explicar algunos accidentes originados por factores externos a la empresa que no pueden ser controlados por ella; pero estos casos son los menos. Prevalece como una fortaleza importante la idea de que una buena gestión puede aprovechar las múltiples y variadas instancias que tiene para prevenir los accidentes de todo tipo.

3.3 | La capacitación

La capacitación en prevención de riesgos del trabajo es necesaria y, hasta diríamos, fundamental en el desarrollo de algunas industrias. Pero adoptarla no es un proceso fácil.

No se trata simplemente de hacer cumplir con un instructivo y seguir paso a paso un reglamento para hacer de una empresa un lugar seguro. Se necesita crear conciencia sobre sus objetivos, internalizarlos como parte de la filosofía corporativa y establecer indicadores para medir su impacto a nivel económico y social.

Al mismo tiempo que la necesidad de capacitación en prevención de riesgos, ha crecido la oferta de los organismos capacitadores. Centros de estudios específicos, universidades, mutualidades en países como España o Chile están tratando de responder a la demanda de las empresas, en algunos casos, grandes corporaciones que requieren entrenamiento en áreas específicas y de especialidades.

El mundo de la capacitación de riesgos está transitando desde los requerimientos básicos exigidos por la autoridad, hacia la especialización en competencias específicas. Este cambio motivó el desarrollo de focos de

atención especial. Las empresas necesitan que sus empleados estén capacitados y orientados, desde antes de ocupar su puesto de trabajo, lo que genera adaptación, seguridad y la necesaria eficiencia en el desarrollo de la tarea que se encomienda.

El mercado de la capacitación se divide en grandes y medianas empresas, cuya inversión en el área de entrenamiento de sus trabajadores es importante y obedece a una estrategia corporativa. En las pequeñas empresas la capacitación es un deseo más que una realidad. A pesar de estas diferencias ambos mundos tienen una característica común: la ausencia de una cultura en prevención de riesgos.

En la experiencia con multinacionales se ha constatado que las normas de prevención se cumplen prolijamente en el horario de trabajo y dentro de las áreas de riesgo. Pero una vez que los operarios de distintas tareas y equipos terminan su jornada, las ignoran. La razón, a juicio de técnicos observadores, es clara:

En Europa se enseña a las personas sobre seguridad y protección desde los primeros años, mientras que en Iberoamérica ni siquiera en la universidad se consideran estas materias dentro de las mallas curriculares de las carreras. Es la necesidad del mercado en la que una persona se desempeña, y la obligatoriedad de la norma que rige su actividad, la que obliga a capacitarse.

El desafío actual de las empresas en materia de seguridad está centrado en la modificación de conducta de los trabajadores hacia el autocuidado, focalizando sus esfuerzos de capacitación en modificar las condiciones inseguras "internas" de los trabajadores que son factores de riesgo de accidentes. Iniciativas de orientación conductual como los programas de observación de conductas, charlas de seguridad, suscripción de permisos de trabajos para actividades riesgosas, entre otras, son algunas de estas acciones, que se justifican desde el argumento del desarrollo de una cultura de prevención de riesgos laborales.

Es necesario comenzar con un proceso de sensibilización al respecto. En la experiencia se advierte de la necesidad de ir más allá de las materias técnicas y promover el autocuidado. En las capacitaciones se debe insistir en que los operarios utilicen sus equipos de protección personal, porque a pesar de tenerlos no los usan, aludiendo a incomodidad y falta de costumbre, por ejemplo.

Distintos estudios confirman esta realidad. Revelan que el principal problema de la capacitación en prevención de riesgos son las personas, a nivel de operarios, profesionales y directivos; para avanzar es necesario enfrentar el paradigma de que la seguridad no nace del interior de las personas, sino que de la necesidad del cumplimiento de la norma, de las exigencias externas y de la obligatoriedad de cumplir con determinados requisitos.

La débil y prácticamente inexistente cultura preventiva en la mayoría de nuestros países es un problema relevante. Iniciativas como los programas de educación en prevención desde la infancia,⁽⁵⁾ son pasos adelante que sin embargo, requieren multiplicarse y acumular años de trabajo sostenido para tener efectos en la idiosincrasia de un país.

3.4 | Las buenas prácticas laborales

¿Por qué es importante la capacitación para prevenir? La capacitación en prevención de los riesgos laborales es clave para los trabajadores. Adherirse a conductas alineadas con la cultura de la seguridad hoy es la tendencia para afrontar los nuevos desafíos del mercado actual.

En un sentido general, la capacitación profesional y técnica hoy en día ya no es una opción, es una necesidad concreta en la situación actual del mundo laboral. La capacitación en prevención de riesgos laborales tiene el objetivo de brindar conocimientos especializados que ayuden al trabajador a evitar accidentes en su empresa contribuyendo, de esta manera, a crear una cultura de la seguridad preventiva.

Las empresas requieren empleados capacitados para realizar sus tareas y mejorar su competitividad y productividad. La capacitación especializada permite ampliar la formación académica de los trabajadores. Además tiene por objeto obtener nuevos conocimientos y habilidades, necesarias para cumplir con rendimiento, responsabilidad y seguridad la tarea asignada.

Este estudio pone a disposición diversos datos y opiniones en torno a la importancia que tiene la capacitación en prevención de los riesgos laborales

.....

(5) MICALE, ADRIANA, "Seguridad social en las escuelas", Madrid, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Biblioteca O.I.S.S., 2002, [en línea] www.oiss.org. Tesis de Maestría en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social (Madrid, 2002).

para que los trabajadores y las empresas puedan afrontar los nuevos desafíos en el trabajo. Capacitar como herramienta es clave de cambio.

Los cambios permanentes, sumados a la situación actual del mundo laboral, incentivan a muchos profesionales y trabajadores a ampliar su formación a través de la capacitación. A su vez, las empresas se preocupan cada vez más por esto con el fin de que sus empleados aprendan las tareas que deben llevar a cabo.

Esta nueva tendencia, como se ha dicho más arriba, es beneficiosa tanto para la empresa, porque significa un aumento sustancial en la productividad, como para el empleado, ya que implica un desarrollo en el aprendizaje de nuevas formas de trabajo y un mayor rendimiento en sus tareas.

Es una clave importante que los empleados tengan la oportunidad de aprender durante toda su vida laboral, puesto que el estudio y la formación no termina cuando se egresa del instituto o de la universidad. Los trabajadores deben estar en permanente aprendizaje por los requerimientos y desafíos constantes que el trabajo plantea.

Pablo Molouny, gerente general de Trabajando.com Argentina, plantea que "En la medida que la tecnología avanza en la sociedad, mayor es la necesidad de talento humano que se requiere, o sea, de personas competentes tanto en lo técnico como en lo emocional capaces de crear valor, innovar, afrontar retos y que contribuyan a que la organización aprenda a mantenerse en un mercado globalizado".

Según un estudio realizado por dicho sitio web, la finalidad principal de estas capacitaciones es mejorar la eficiencia de los trabajadores para que estos aporten en la productividad de la empresa. Ello ha dado grandes resultados en el desempeño de los individuos que componen la fuerza laboral.

El portal de empleos realizó una encuesta a más de 3000 profesionales argentinos para saber qué importancia le otorgan a la capacitación y de qué manera la llevan a cabo. Entre sus conclusiones, se reveló que, al terminar la carrera, el 80% de los argentinos opta por especializarse de inmediato. El 99% de los encuestados coincide en que la capacitación los hace más competentes en el mercado.

Hay diversas formas de capacitarse dentro del ámbito profesional que uno ha elegido. Por esta razón, el 73% de los trabajadores opina que debe ser especializada —para profundizar en un área concreta o complementar los estudios técnicos con un curso que lo combinen con lo empresarial—, mientras que el 27% sostiene que debe ser general —para alcanzar una visión completa de la empresa, abarcando todos los ámbitos que existen en la misma—.

Pero, ¿qué pasa cuando la seguridad en una empresa y la integridad del trabajador dependen de una capacitación especializada? En la mayoría de los países de la región, las legislaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo promueven, como derechos para los empleados, conocer los riesgos asociados a sus tareas y recibir capacitación sobre métodos de prevención y, como obligación del empleado, participar de acciones de capacitación y formación sobre su salud y seguridad en el trabajo. En tanto que, para el empleador, es un derecho recibir información y asesoramiento en el caso de su ART (Argentina) o mutuales (Chile) sobre capacitación para los trabajadores en salud y seguridad en el trabajo.

Frente al interrogante de si se capacitan para prevenir riesgos en el trabajo en el marco de un evento de salud y seguridad, solo el 34% de las personas que fueron encuestadas respondieron que la mayoría de los integrantes de su empresa tienen conductas alineadas a la cultura de la seguridad. ¿De qué manera la capacitación puede contribuir con este tema? Gran parte de las respuestas⁽⁶⁾ reflejaron una percepción negativa y de bajo compromiso al interior de las empresas hacia las conductas alineadas a la denominada “cultura de la seguridad”, tendencia innovadora que propicia ambientes de trabajo seguros en el marco del compromiso de los actores involucrados.

Gran parte de los consultados consideró que la capacitación es una herramienta estratégica en muchos aspectos. Por ejemplo, un 91% de los asistentes consideran que es clave para disminuir los accidentes de tránsito.

En relación con el modelo preventivo y ante el interrogante de si en su empresa es frecuente la evaluación de riesgos a través de grupos de

.....

(6) Durante el 2° Congreso Internacional de Seguridad y Salud Ocupacional 2012, organizado por la Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, UART.

profesionales interdisciplinarios, el 71% de los asistentes respondieron por la negativa.

La pregunta que surge es: ¿qué podemos hacer para mejorar?, ¿de qué modo la capacitación influye para instalar una cultura de la seguridad a través de las buenas prácticas laborales en una organización?

En un artículo anterior afirmamos que instalar una cultura de la seguridad en un marco de cultura positiva de la organización no solo garantizará evitar accidentes sino que además incentivará una conciencia colectiva de real compromiso con los potenciales siniestros y con la salud de los trabajadores. Por consiguiente, en una gestión sustentable del bienestar humano de la organización, capacitar para la mejora continua puede resumir beneficios para los actores del trabajo en general pero, sin perder de vista que el sujeto de preferente tutela, siempre es el **trabajador**. La cultura de la seguridad además debe considerar promover la capacitación como herramienta de cambio y mejora permanente.

Con respecto a los trabajadores, la competencia más importante es la concientización, tener claro que todo lo referido a la seguridad involucra directamente su integridad física, mental y psicológica; de forma tal que adherir a una política de seguridad con compromiso es la clave para poder garantizar los niveles de seguridad y protección que se pretenden promover, **sin nunca perder de vista que la responsabilidad de salvaguarda, siempre es del empleador.**

4 | Influencia de la tercerización en la acción preventiva y la responsabilidad

Todo cuanto es materia del presente análisis se refiere a situaciones de contrataciones inter-empresarias legales en las que el contratista es y ejerce las potestades que el régimen jurídico otorga al empleador; situaciones en que una empresa denominada "principal"—contrata en otra llamada "contratista"— la realización de tareas, servicios u obras que se vinculan con el proceso productivo o de servicio que aquella desarrolla; y el "contratista" realiza el objeto de la contratación valiéndose de sus propios medios materiales, inmateriales y personales.

Lo que es llamado a regular en tales casos es de qué forma y con qué alcance se cumple la manda constitucional protectoria respecto de los dependientes del contratista abocados al objeto de la contratación interempresaria; lo que sin lugar a dudas impacta negativamente en el desarrollo de implementación de las técnicas de protección reales del trabajador que en definitiva, por obra de la presente intermediación, no logra la real inserción.

La LCT (aprobada por ley 20.744) abordó la tercerización en su art. 32, disponiendo:

Quienes contraten o subcontraten con otros la realización de obras o trabajos, o cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre para la realización de obras o prestación de servicios que hagan a su actividad principal o accesoria, tenga esta o no fines de lucro, deberán exigir a estos el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de la seguridad social, siendo en todos los casos solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado.

Cuando se contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le dé origen, obras, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, y dentro de su ámbito se considerará en todos los casos que la relación de trabajo respectiva del personal afectado a tal contratación o subcontratación, está constituida con el principal, especialmente a los fines de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo y de la representación sindical de la actividad respectiva.

Dos fueron las situaciones previstas por el legislador de 1974 y, a cada una, correspondía una consecuencia normativa diferente.

La primera se refería a los supuestos de tercerización de obras o servicios que hicieran "... a su actividad principal o accesoria...", en cuyo caso

la empresa principal era solidariamente responsable con el contratista o subcontratista por las obligaciones de este con los trabajadores y la seguridad social. El empleador era el contratista o subcontratista, pero la empresa principal era, frente a los trabajadores y la seguridad social, solidariamente responsable con aquel.

Tal como explica Gustavo Ciampa:

Los modelos de producción han tenido modificaciones en los últimos decenios. Tales modificaciones deben ser consideradas en cualquier cambio legislativo, pero no pueden condicionar el sentido de la normativa laboral.

La norma laboral debe considerar tales mutaciones, pero no para adecuarse a ellas, sino para vislumbrar de qué manera inciden en la situación y necesidades de los trabajadores para así determinar las adecuaciones que resulten precisas para cumplir su objetivo, derivado directamente de la manda constitucional, de proteger al trabajador frente a las nuevas realidades.⁽⁷⁾

Cualquier norma laboral debe encontrar fundamento en el sentido unidireccional de la disciplina y tener inspiración en el principio protectorio (función orientadora o inspiradora de los principios).

En razón a lo expresado por Ciampa, que desde ya se abona, la obligación principal del empleador en materia de prevención, si bien estaría alcanzada por la responsabilidad compartida que establece la norma, para las responsabilidades de la Seguridad Social, entre las que se encuentra el subsistema riesgos del trabajo, por todo lo expresado en relación al modo de ejecutar la materia preventiva.

Entonces, en función de las modificaciones que pudieron haber tenido las relaciones laborales y los nuevos métodos de producción, es necesario adecuar la normativa legal a la nueva realidad, a fin de que las transformaciones operadas en los sistemas de producción no dejen fuera de la protección a los trabajadores que resultan ajenos a tales decisiones empresarias. El cambio de paradigma marcado por la Suprema Corte de

(7) CIAMPA, GUSTAVO A., "Apuntes para una Reforma del Artículo 30 LCT", en *Revista Derecho del Trabajo*, año I, n° 1, Bs. As., Ediciones Infojus, p. 19.

Justicia, señalado en los últimos fallos, debe incidir en la interpretación de la normativa vigente, pero también debe orientar al legislador en la desactivación de la normativa que privilegió las ventajas del negocio por sobre los derechos del trabajador, asimismo debe incidir en su reformulación por una nueva normativa que, plasmando respuestas a las necesidades del sujeto de “preferente tutela”, cumpla con el mandato protector de la Constitución Nacional.

En tal sentido tal como lo entiende el citado autor, “a lo que se refiere a continuación son tópicos que debe tratar una futura reforma al art. 30 LCT, otorgándoles un sentido que cumpla con la finalidad señalada”.

El disparador de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por los incumplimientos de la cadena de contratistas debe tener un alcance amplio y abarcar a todos los supuestos en que los trabajos, obras o servicios, objeto de contratación, correspondan a su actividad, sea principal o accesoria.

Sin perjuicio de que la casuística de la realidad continuará generando divergencias interpretativas, la ampliación del alcance de la norma reducirá los márgenes de tales divergencias, otorgando mayor certidumbre a los actores de las relaciones laborales en cuanto a sus derechos, obligaciones y responsabilidades, redundando en una mayor previsibilidad respecto de las respuestas normativas frente a los casos de tercerización.

En el análisis de la situación debe observarse que la empresa principal es quien elige a sus contratistas. Por lo cual la previa comprobación de la responsabilidad social y solvencia de estos hace a una actuación inspirada en el tipo abstracto del “buen hombre de negocios” y genera la consecuente responsabilidad *in eligendo* de aquella. Por otra parte, debe ser clara la formulación del texto legal en el sentido de que “en todos los casos” las empresas serán solidariamente responsables.

Cuando una empresa resuelve contratar o subcontratar la realización de parte de su actividad, sea principal o accesoria, para que se desarrolle en su establecimiento o en instalaciones bajo su custodia o guarda, los trabajadores, dependientes del contratista o subcontratista, que llevarán a cabo esas tareas no pueden tener inferiores derechos que los que habrían tenido si estas hubieran sido realizadas. Sin embargo, en materia

preventiva, difícilmente pueda ser equiparada, ya que en el proceso de subcontratación se verá impedida la capacitación en terreno, debido a la falta de integración individualizada en el proceso productivo principal, con ausencia de capacitación anticipada y desarrollo calificado como formación. En cumplimiento del deber de protección, el empresario debe garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica suficiente y adecuada en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación —cualquiera que sea la modalidad de esta—, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario. Ella deberá impartirse siempre dentro de la jornada de trabajo. La capacitación debe contener la teorización, no bastando solo la práctica para evitar la experimentación directa con recurrencia de errores aprehendidos. La suficiencia debe serlo tanto en calidad como en cantidad; debe estar centrada en el puesto de trabajo o función del trabajador específicamente, es decir concreta. Esto no es solo en la faceta de tratamiento de riesgos, cuando se materializan o actualizan, sino en la perspectiva de su atenuación o prevención.

La formación debe impartirse en el momento de la contratación y ante la mínima aparición de cambios, como nuevos riesgos o la agravación de otros cambios en las funciones, en los equipos de trabajos o en la introducción de nuevas tecnologías. En definitiva, la formación debe proporcionarse al inicio de la relación laboral y siempre que se produzca algún tipo de cambio que pueda tener repercusión en el terreno de la salud laboral.

El tiempo dedicado a la formación debe considerarse como tiempo de trabajo, lo que implica que deberá ser retribuido y computado. A esta altura del desarrollo del presente trabajo, cabe preguntarse sobre la compatibilidad de los postulados preventivos y la mecánica de tercerización.

El adulto en situación de formación requiere atención, contralor, en suma se apuntan las principales expectativas psicosociales del alumno trabajador adulto, en el que la relación esfuerzo-tiempo-resultado aspira a ser positiva y, para lograrlo, requiere de verdadera inserción.

La actividad preventiva desde la visión organizativa se debe planear; lleva comprensión, aplicación, análisis, síntesis y evaluación. Es una operación compleja que requiere intervención del responsable de producción, quien debe intervenir activamente en esta fase porque es quien tiene la máxima responsabilidad sobre la salud e integridad física de sus hombres. Debe conceder tiempo para la formación y debe motivar a los trabajadores a la seguridad.

La inmediatez que se requiere para ejecutar un programa de formación requiere ineludiblemente mucho más que responsabilidad solidaria; requiere control, presencia y la pertenencia contra la cual conspira la contratación tercerizada.

Es vital un buen diseño y el mantenimiento de los canales de comunicación para la buena marcha de la organización. La comunicación es el proceso en virtud del cual los miembros de una organización se transmiten información e interpretan su significado. Es imprescindible que todos lleguen a conocer con la mayor perfección los deseos de los otros miembros de la empresa o, en otros términos, qué hay que hacer, dónde, cómo, cuándo y a través de quién. Etimológicamente comunicar viene de *comunicare* que significa participar, poner en común, poner en relación, comulgar. Esto claramente define lo que es la comunicación, en suma, la pertenencia. Lo contrario implica inadecuación de las redes de comunicación, falta de retroalimentación, clima amenazante en las comunicaciones,⁽⁸⁾ en suma, **tercerización** implica: contratación de mano de obra; pago de salarios inferiores a los de la principal; evasión de responsabilidad; violación de los principios constitucionales fundamentales; desintegración de los núcleos reales de trabajo, lo que claramente incide en la organización gremial con un limitante en la organización sindical, producto de la diferenciación de encuadramiento en los convenios colectivos; y un socavamiento en el cumplimiento de las medidas preventivas esenciales que hacen a la salud e integridad del trabajador.

Este análisis pone de relieve que, aún en el texto original de la ley —comprensivo de la extensión de responsabilidad— y aún más en el actual, se dejan al descubierto las acciones negativas que se producen

(8) IBERMUTUAMUR, *Manual de Prevención de Riesgos Laborales II*, Madrid, PyCH & Asociados, 2004.

en la formación imprescindible con que debe contar el trabajador, antes de ocupar el puesto de trabajo y durante la secuencia de labor, en cada proceso de identificación de cambios que se produzcan y que requieren *aggiornamento* en la tarea desarrollada. Un trabajador tercerizado no puede recibir la misma capacitación en prevención que la que reciben los trabajadores de la empresa principal. Esto permite concluir que, a excepción de los contratos realmente eventuales y extraordinarios, las tercerizaciones en la contratación inciden agravando el ya insuficiente estado de capacitación necesario para cumplir con el paradigmático principio de que **solo se debe reparar lo que aun previsto no se pudo evitar**.
