



Entrevista a Mario Pasco Cosmópolis(*)

Nueva Ley de **Seguridad y Salud** en el Trabajo(**)

El 21 de agosto de 2011 entró en vigencia la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, estableciendo una serie de innovaciones en materias vinculadas a la prevención de riesgos laborales. Esta nueva regulación se aplica no sólo a los empleadores y trabajadores del régimen laboral privado, sino también a los funcionarios y trabajadores del sector público, de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú e, incluso, a aquellos que laboran por cuenta propia, constituyendo verdaderamente una innovación en busca de mayor protección a la salud y vida de toda persona que pone a disposición sus servicios.

Determinados sectores consideran a esta nueva norma como una de las más avanzadas y progresistas que se han emitido en materia laboral, lo cual, desde nuestro punto de vista, resulta cierto debido a las importantes implicancias que trae consigo. Por tal razón, en esta oportunidad, el eminente laboralista Mario Pasco Cosmópolis nos explica los alcances y efectos que se generan con la promulgación de esta ley.

1. Quisiéramos iniciar esta entrevista remontándonos al 2005, año en el que fue emitido el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, el Reglamento), que, por cierto, era un reglamento autónomo, y comparar la situación de ese entonces con la de ahora; lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿era necesaria la promulgación de la Ley 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante la Ley)?

Sí, principalmente porque incorpora dos innovaciones bastante profundas. La primera es la mayor participación a través de los comités, lo cual conlleva disposiciones que difícilmente se podrían dar por reglamentos; por ejemplo, el uso de licencias para los miembros de dichos comités. La segunda es la creación del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, que, al ser nacional, tiene una jerarquía que un simple reglamento no le podría dar.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de postgrado en la misma casa de estudios. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Consultor de la Organización Internacional de Trabajo, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial. Ex Ministro de Trabajo (2007-2008). Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(**) Entrevista preparada y grabada por Juan Carlos Girao La Rosa, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Comisión de Informática de IUS ET VERITAS.

Nueva Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

Sin embargo, lo más importante es que, al tener rango de ley, evidentemente tiene mayor solidez, alcance y eficacia desde todo punto de vista. Ello supone que no puede ser modificada al compás de un ministro, de un consejero; sino, solo a través de un debate parlamentario. Por ello, considero que la promulgación no sólo era conveniente, sino necesaria.

2. Comparando la situación del Perú con la de otros países, resulta sorprendente que nuestro país haya sido el último en establecer a nivel legal un marco normativo en materia de seguridad y salud. ¿A qué se debe esto? ¿Por qué si materias de este tipo han sido tan aceptadas en otras legislaciones, el Perú ha sido renuente a su aceptación? ¿Cree que ello se deba a que han existido sectores opuestos a la promulgación de la norma?

Ya existían normas sectoriales muy importantes en la industria; por ejemplo, en la minería; sectores que tienen una mayor vulnerabilidad en este tipo de eventos. Por lo tanto, si existía legislación, solo que el Reglamento del año 2005 y ahora la Ley le dan mayor generalidad.

De otro lado, es cierto que puede haber sectores renuentes o reacios al adoptar estas medidas, pero ello evidentemente constituye una visión miope del problema; ya que el trabajador, como ser humano, debe estar protegido con el máximo de seguridades. La ley, en ese aspecto, tiene que ser especialmente rigurosa.

Un buen empresario es el que cuida a su gente antes que cuidar a las maquinarias, los activos fijos o, incluso, a la clientela. Es por ello que aquel que lo considera como un costo está equivocado; porque, además, la falta de seguridad y los accidentes producen muchos más costos que los de la prevención, tal y como sucede con cualquier evento nocivo. Es preferible prevenir que curar, ya que la prevención es, a la larga, muchísimo menos onerosa que la curación.

Por lo tanto, si hubo efectivamente algún sector renuente o reacio, yo creo que estuvo equivocado; pues el paso que se ha dado es importante, sin lugar a dudas es un paso positivo.

3. Ahondando en los aspectos abordados por la Ley, resulta necesario saber qué sucede cuando

estamos frente a un reglamento autónomo que regula la misma materia que una ley posterior, tal como ocurre en este caso. En términos prácticos, ¿qué supone la publicación de esta Ley? ¿Constituye una derogación absoluta del Reglamento o ambas normas pueden convivir?

En primer lugar, no hay derogación porque no hay está expreso en ningún lugar. Además, esta tampoco procedería, pues un reglamento no se deroga por ley. Lo que tendría que haber mencionado la Ley si hubiese querido prescindir del reglamento es dejarlo sin efecto explícitamente. En segundo lugar, hay materias que están en el Reglamento que no podemos encontrar en la Ley, determinados aspectos no demasiado importantes, pero de todas maneras vigentes, que nos llevan a la conclusión de que la Ley no lo ha dejado sin efecto y que, por el contrario, ambas normas permanecen vigentes. Evidentemente, si en algún momento se produjera un conflicto interpretativo de una cuestión que está prevista en la Ley de una manera y en el Reglamento de otra, prevalecerá la Ley sin la menor duda.

4. La Ley impulsa una gestión por parte del Estado, del empleador, así como de los trabajadores (incluso fija un papel importante a los sindicatos), asignándole roles a cada uno de ellos, lo cual convierte a la Ley en una norma de gestión tripartita. ¿Usted cree que de esta forma se llegará a cumplir efectivamente con la finalidad buscada? ¿Se logrará prevenir de manera real los riesgos laborales en materia de salud y seguridad?

Creo que debe contribuir mucho, indudablemente; sin embargo, lo que necesariamente debe haber es vocación, la entrega a lo que debemos considerar



Entrevista a Mario Pasco Cosmópolis

una causa nacional. A nadie puede beneficiarle que los trabajadores estén sometidos a riesgos o puedan sufrir accidentes o enfermedades profesionales. Y de ese nadie, el nadie absoluto es el empleador, ya que es el que puede resultar como el mayor perjudicado, además del trabajador que sufre el evento. Es el empleador el que pierde un trabajador que seguramente es útil y, además, el que asume los gastos.

Por lo tanto, lo que tiene que haber aquí es una toma de conciencia, una vocación por la seguridad y la salud, que lamentablemente no ha existido en el Perú. Yo creo que no ha habido suficiente concientización ni suficiente discusión. Por el contrario, ha existido siempre cierta desidia. Por ejemplo, en los accidentes en las obras de construcción, donde estos se han producido simplemente por no tener medidas elementales de seguridad.

Recuerdo el caso de una construcción, en la que se procedía a llevar a cabo la excavación profunda y no se colocaron los soportes en la casa vecina. Se deben instalar primero los muros de contención antes de la excavación y, en esta, ocurrió lo contrario, lo cual provocó el desplome del edificio vecino. Este ejemplo demuestra que no se requiere ser un experto en seguridad para darse cuenta de que eso estaba mal hecho. Si esa empresa hubiera tenido un técnico en seguridad, aquello no habría ocurrido. Entonces, yo creo que es cuestión de que las empresas aprendan a considerar y sopesar las virtudes y ventajas de la prevención por sobre la reparación.

5. La Ley trae bajo la manga una serie de cambios en términos de responsabilidad, tanto civil, como penal e, incluso, a nivel administrativo. En lo civil, por ejemplo, si bien no constituye una novedad el hecho de que el empleador tenga que pagar indemnizaciones ante la generación de algún daño, lo que sí llama la atención es que la Ley en el artículo 68 establece responsabilidad solidaria para las empresas principales y usuarias ante el incumplimiento de las normas relativas a la seguridad y salud. Esto claramente hace que estemos frente a un nuevo panorama, ya que las empresas tendrán que ser mucho más vigilantes al momento de tercerizar e intermediar. Desde su punto de vista, ¿ello constituye una medida razonable?

Creo que hay algunos aspectos de la Ley que sí podrían considerarse excesivos, especialmente los que tienen una connotación penal. El problema aquí es que la Ley es demasiado difusa, demasiado abstracta, en algunos temas puntuales, especialmente en los más graves, como los mencionados. Por ejemplo, no está señalado en qué casos corresponde la responsabilidad solidaria. El artículo 68 habla de un deber de prevención que no se encuentra claramente definido. Ello nos lleva a colegir entonces que la Ley necesitará algunos complementos. Es de advertir que esta necesitará un reglamento y, seguramente, yo puedo afirmarlo por simple convicción lógica, que sí reemplazará en forma integral al Reglamento de Seguridad y Salud vigente; es decir, un reglamento derogará al otro. Sin embargo, de cualquier manera se tendrá que precisar muchos temas, ya que la Ley deja demasiados resquicios y ambigüedades, lo cual es especialmente peligroso en temas de sanción.

6. En caso estemos ante un trabajador destacado, es probable que éste, ante un eventual daño, dirija su reclamo ante la empresa principal y no ante su empleador real, ¿acaso ello no es razonable en tanto el que, al fin y al cabo, se beneficia del servicio es la principal o la usuaria?

Yo respondería con otra pregunta: ¿dónde presta sus servicios ese trabajador? Es evidente que está en el centro de trabajo de la empresa principal, por lo que las medidas tienen que adoptarse en ese lugar. Pero, por cierto, el empleador directo; es decir, la empresa tercerizadora, tendrá que cumplir una serie de tareas previas, de capacitación fundamentalmente. Tiene que dotarlo de los implementos técnicos, tiene que proveerlo de casco, botas y todos los implementos de protección exigidos por la Ley. No obstante ello, el incidente se va producir en las instalaciones,

Nueva Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

en el centro de trabajo, en el local de la empresa principal y, por tanto, es lógico que esta tenga una responsabilidad; sobre todo si el accidente se produce por falta de medidas al interior de la empresa. Ahí tendrá que dirimirse muy bien el campo de las responsabilidades respectivas; pero, es claro que es ahí también donde la solidaridad juega un rol un poco confuso.

7. Respecto a la responsabilidad penal, la Cuarta Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley incorpora al Código Penal el delito de “Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales” (artículo 168-A), a través del cual se introduce la figura de un tipo penal doloso (primer párrafo), así como una agravante (segundo párrafo). Al respecto, ¿usted considera que estas medidas son excesivas? ¿Realmente existe una justificación para ello?

El artículo 168 del Código Penal ya establecía un tipo penal, pero que era muy poco técnico. El delito se configuraba si el empleador obligaba al trabajador a laborar mediante violencia o amenaza sin las medidas de seguridad correspondientes. Con la nueva tipificación se pasa de esta especie demasiado laxa, flexible, a un extremo excesivamente rígido.

Creo que el tema penal es un tema que tiene que ser revisado, pero no a nivel de reglamento, sino de una manera más técnica. Adaptar la penalización de los eventos de esta naturaleza no creo que sea un buen instrumento para que las empresas cumplan con la Ley. Es decir, el empresario que va a ir preso por un accidente en el cual pueda tener responsabilidad, no por ello previamente va a tomar las medidas para evitarlo. Yo creo que va a ser una acción reactiva, pues cuando vaya a prisión recién se preocupará, pero la Ley se equivoca, pues lo que se necesita es, más bien, un carácter didáctico.

El gran filósofo del Derecho, Gustav Radbruch decía que la ley no solamente tiene un efecto normativo, sino una finalidad pedagógica. Aquella está para enseñar a guiar el comportamiento, con la generación de conductas positivas. Entonces, creo que más importante que la sanción, es la prevención, la difusión, la capacitación y esto incluye la capacitación de los propios empresarios. Considero que la Ley sí va a ser una *campanada* para los empleadores, que los va a obligar a pensar en algo que tal vez antes era secundario, menos importante y, en ese sentido, el hecho de que haya una connotación penal los pondrá

un poco más *avispados*, pero la aplicación misma de esta disposición, a la larga, va a ser contraproducente.

8. Analizando los artículos de la Ley, encontramos una seria incompatibilidad en lo señalado en el artículo 87 y 88, ya que, por un lado, se señala que el registro de accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales e incidentes peligrosos se deberá mantener por diez años, pero, por otro lado, en el artículo 88 se indica que el plazo es de cinco. Incluso el artículo 28 señala expresamente que para el caso de enfermedades ocupacionales, el registro debe mantenerse por un periodo de 20 años. La pregunta es: ¿qué plazo aplico? Es evidente que la norma se contradice en estas disposiciones. Ante esta situación, ¿qué podría hacer una empresa que está frente a un supuesto de esta naturaleza, en el cual no sabe qué plazo debe aplicar?

El segundo párrafo del artículo 28 de la Ley señala expresamente que son los registros relativos a enfermedades ocupacionales los que se deben conservar por un periodo de veinte años y la razón es que las enfermedades ocupacionales o profesionales son de largo registro, ya que no se producen como un accidente, de manera súbita, inmediata o intempestiva. Por el contrario, se incuban a lo largo de un periodo muy prolongado. Puede suceder que un trabajador labore en una empresa, salga de ella, labore en otras en actividades distintas y la enfermedad ocupacional le aparezca cinco, diez o quince años después, ha estado en una condición latente y solo aflora por razones que médicamente se podrán explicar. Entonces, ese registro de 20 años es para enfermedades profesionales, por lo que se puede entender que los artículos 87 y 88 se aplican a los otros registros que señala la Ley, no a enfermedades



Entrevista a Mario Pasco Cosmópolis

profesionales. Ahora bien, este es exactamente el tipo de materias que debe ser objeto del reglamento que se tendrá que emitir en los próximos meses. El reglamento no podrá tergiversar la ley, pero sí aclararla.

9. Sabemos que en los últimos años la labor fiscalizadora por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) ha aumentado de manera considerable. En ese sentido, la Ley establece mayores obligaciones tanto a los inspectores de trabajo y, en general, al Ministerio. No obstante, hay un punto que llama realmente la atención y que nos parece criticable. El artículo 53 otorga facultades para que, en sede administrativa, se pueda ordenar el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios. ¿No estamos frente a una disposición inconstitucional, en tanto los órganos encargados de efectuar un análisis de responsabilidad civil son aquellos que ejercen potestad jurisdiccional y no los entes administrativos?

Absolutamente, no me cabe la menor duda. Este es un exceso totalmente criticable en la Ley, esto rebasa todo lo imaginable. Está dejando sin contenido a la jurisdicción, está dejando en la indefensión total al empleador. El inspector puede detectar la infracción, pero de ninguna manera puede tener una facultad sancionadora, ningún inspector en el mundo tiene esta facultad. Ha habido, evidentemente, una exageración, más aún cuando los inspectores del MTPE no están plenamente calificados. Si bien desde hace unos años se está buscando la tecnificación, aquellos no son peritos o expertos, son personas que pueden verificar los hechos, pero no pueden ir más allá.

10. Un punto que también llama la atención es que la Ley, a través de la Quinta Disposición Complementaria y Modificatoria, dispone que los días de descanso médico por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional sean considerados como días efectivamente laborados para el cálculo de la participación en las utilidades. ¿Cuál sería la razón para que ello se aplique sólo ante esos supuestos que al parecer son taxativos? Si estuviésemos ante un trabajador que sufre de una incapacidad temporal o una trabajadora que está con licencia por maternidad, ¿por qué no debería aplicarse el mismo criterio? ¿No será que a través de esta

disposición se estaría vulnerando el principio de igualdad?

Sí, aquí se está rompiendo un principio. Lo que sucede es que cuando se legisla, hay que tener una visión panorámica, ver el conjunto y no solamente la especie. Se ha querido otorgar protección especial al que tiene la desgracia de sufrir un accidente, dejando de lado que el hecho de haberse producido en el trabajo cambia poco el hecho mismo de ser un accidente.

Por ejemplo, un trabajador pisa un jabón en la ducha de la empresa, eso es un accidente de trabajo, ya que se ha producido con ocasión del trabajo. Ese mismo trabajador pisa el jabón en la ducha de su casa, ese no es un accidente de trabajo, pero el trabajador ha sufrido exactamente la misma lesión y va a requerir exactamente la misma atención médica. Entonces, creo hay aquí un resabio de tiempos muy antiguos de la noción de responsabilidad objetiva. Se asume que quien crea un trabajo está creando un riesgo y que, por tanto, está obligado a indemnizar. La seguridad social tiene una visión mucho más amplia. A la seguridad social lo que le interesa es el siniestro y no la causa y, por lo tanto, un accidente de trabajo o de casa tienen que recibir exactamente la misma atención.

¿A dónde vamos con esto? A que, por un lado, una mujer embarazada va a tener un periodo de licencia que no se le va a computar para las utilidades y, por otro lado, a un trabajador que, en caso sufra un accidente, se le van a computar los días no trabajados. Hay evidentemente una desigualdad. O se le computa a ambos o no se le computa a ninguno. Porque debe tenerse en cuenta un punto importante: muchos, en un afán demagógico, no se percatan de que las utilidades no le cuestan al empleador, sino a los otros trabajadores. Computar o no computar beneficia o perjudica a un trabajador frente a los demás trabajadores, porque para la empresa su costo es único e invariable. Si es una empresa

Nueva Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

industrial es el 10% de sus utilidades, no interesa si son 30, 50 o 300 trabajadores, a la empresa le va a costar lo mismo.

Entonces, si se computan los días, se computan para todos o no se computan para ninguno. En consecuencia, podemos encontrar términos de igualdad que no afectan a nadie. Pero, si yo computo los días de inasistencia de una persona que no trabajó, a quien estoy quitándole un poquito es a todos los demás trabajadores. Pudiera ser que por razones de solidaridad, de clase, de amistad o de compañerismo, los trabajadores digan “nos parece bien”, “hoy por ti mañana por mí”, “hoy cedo un poco de mi utilidad, ya que te enfermaste, el día en que yo me accidente lo voy a recuperar”. Eso es solidaridad. Pero, el principio es uno solo.

¿Qué es la participación de utilidades? Es el reconocimiento del aporte que uno hace a la generación de la riqueza. El que no trabajó no hizo ese aporte, sea que no trabajó por enfermedad, porque estuvo de vacaciones, porque se accidentó o porque se embarazó, pero no trabajó, y los que contribuyeron a generar riqueza son los que sí trabajaron. Tiene lógica decir que solo se computan los días real y efectivamente laborados. Esto no perjudica ni beneficia, en abstracto, a nadie porque la regla es única y general, pero cuando esa regla se rompe se benefician unos y se perjudican los otros, porque la empresa ni sufre ni se perjudica, simplemente no le incumbe el tema. Entonces, sí creo que sería mejor restablecer el principio. El día que no se trabaja, cualquiera que sea la razón, ese día no se computa.

11. Un tema que preocupa y que fue establecido en la Ley es la transferencia de las competencias de fiscalización minera de OSINERGMIN al MTPE. Este es un tema que ha causado bastante discusión, debido a que se considera que el MTPE no está en capacidad de

realizar dicha labor, proponiéndose, incluso, que la labor fiscalizadora vuelva a manos de OSINERGMIN. Basta mencionar que a través de diversos medios periodísticos se señala que desde agosto de 2011, fecha de la transferencia, no existe supervisión laboral en las minas. Parecería que el propósito de la Ley, en dicho ámbito, no ha causado efecto alguno, sino todo lo contrario. En su opinión, ¿cuál de estas dos entidades debería ser la competente y por qué? ¿No sería mejor asignar determinadas materias a cada una?

Yo creo que OSINERGMIN está técnicamente mejor capacitado, mejor calificado que el MTPE. Esto no dice mal de los inspectores del MTPE, sino que es un tema de especialización. Ahora bien, OSINERGMIN está solamente para el sector de energía y minas, pero los accidentes pueden darse en industrias, en las construcción, en la actividad portuaria o hasta en una oficina o en un hotel. Entonces, OSINERGMIN sólo fiscaliza a estos dos grandes sectores, con la peculiaridad de que la siniestralidad en la minería es bastante más alta que el estándar promedio. En minería y construcción se trabaja con explosivos, en condiciones bastante rudas y, por ello, son dos de las actividades de más alto riesgo.

Por estos motivos, considero que la modificación debe ser corregida, ya que OSINERGMIN tiene un equipo de inspectores más calificado y el MTPE no los tiene, ni tampoco la capacidad suficiente. Respecto a cuál debería ser la entidad competente, creo que no necesariamente tenga que estar a cargo de una u otra, pueden complementarse, pueden tener actividades en común; pero esto, fundamentalmente, se refiere más al aspecto técnico que al legal.

12. Finalmente, ¿qué opinión le genera la posible emisión del reglamento de la Ley que, al parecer, ocurrirá en los próximos meses?

Bueno, simplemente lo que podemos esperar y confiar es que en la elaboración del reglamento intervengan varios sectores y no uno solo. Que no sea un reglamento elaborado por los técnicos de un ministerio, sino que participen los que están directamente involucrados. Dígase el Ministerio de Energía y Minas, el de Agricultura, el de Vivienda, Construcción y Saneamiento, así como el Ministerio de la Producción y, evidentemente, el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. 