

EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

César Lengua Apolaya

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) presenta marcas y evidentes concordancias con los estándares dispuestos por las normas OHSAS 18001. En efecto, una lectura transversal de dicha norma y de su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR), confrontada con los mencionados estándares de certificación, nos llevaría a la conclusión de que nos encontramos ante disposiciones legales inspiradas en dicho referente técnico, el cual cuenta con amplio reconocimiento y acogida a nivel internacional.

Como es conocido, la certificación OHSAS (Occupational Health and Safety Assessment Series) surge en vista de la amplia aceptación que desde hace varios años tuvieron los estándares de calidad ISO 9001 y medio ambiental ISO 14001, por lo que las empresas a nivel internacional exigieron un modelo de gestión semejante y aplicable a la seguridad y salud en el trabajo, que sea compatible con aquellos y que conceda la posibilidad de certificación. En respuesta a ello, la British Standards Institution (BSI) elaboró los mencionados estándares como una propuesta de sistema de gestión de los riesgos vinculados al trabajo, con la finalidad servir de modelo de gestión a través de una serie de especificaciones, procedimientos sistémicos y modelos de acción en procura de la seguridad y salud laboral. No es menos conocido que estas normas OHSAS constituyen en nuestro medio, al igual que en muchos otros países, una norma de certificación voluntaria

que concede a la empresa que las adopta el reconocimiento de la implantación de un sistema de gestión de riesgos laborales mundialmente aceptado. Este tipo de certificaciones cuenta con gran acogida, sobre todo en un contexto histórico mundial en el que se valora positivamente la adopción de medidas empresariales facultativas que, a la par de constituir muestras palpables de responsabilidad laboral y social libremente asumidas, sirven como cartas de presentación, promoción y legitimación en el comercio globalizado.

Pero también han servido de inspiración a la normativa peruana de seguridad y salud las propuestas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre sistemas de gestión. Este organismo nunca ha sido ajeno a la problemática que suscitan los riesgos derivados del trabajo. Desde su constitución en 1919, la OIT evidenció la necesidad de proteger la vida y la salud de los trabajadores, y ha hecho de este tópico uno de los motivos de su existencia. Así, en el preámbulo de su carta constitutiva, la OIT fue enfática al reconocer “(...) que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y (...) es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a (...) protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo (...)”.

En esa línea, y sin perjuicio de la multiplicidad de convenios que recogen la temática de la seguridad y salud en el trabajo, la OIT propuso en el año 2001 unas directrices voluntarias para la gestión de los riesgos del trabajo, con finalidad meramente orientadora (no normativa). Nos referimos a las “Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo” (ILO-OSH 2001), la cual fue elaborada –conforme lo reconoce su texto– con arreglo a los principios acordados a nivel internacional y definidos por los tres mandantes de la OIT.

Si el lector confrontase la normativa peruana con los estándares de las Directrices ILO-OSH 2001, también advertirá que ambos textos se encuentran emparentados. Ello se debe a que los modelos de sistemas voluntarios de gestión (el OHSAS y el ILO-OSH 2001) y la propia legislación nacional se comunican recíprocamente al compartir una filosofía estructural semejante en lo que atañe a las diferentes etapas y componentes del sistema de gestión en la empresa.

No obstante estas semejanzas, existe un tema que es especialmente realzado por las Directrices de la OIT: la participación de los trabajadores en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Este aporte hecho por la OIT

es derivación y consecuencia natural de la composición tripartita de este ente, en el cual se reconoce como neurálgico el desarrollo y despliegue de la naturaleza dialogante que demandan las relaciones laborales. Y es el caso que la legislación preventiva peruana ha recogido, con igual énfasis, diferentes manifestaciones de estos derechos de participación promovidos por la OIT.

El derecho de participación lo concebimos, en términos generales, como las distintas facultades que otorga la legislación de seguridad y salud a los trabajadores y que, de alguna forma u otra, permiten la intervención y el involucramiento de estos en la actividad preventiva llevada a cabo por el empresario⁽¹⁾. Este concepto general y preliminar recibirá, a lo largo del texto, algunos necesarios matices.

El estudio de la participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo es, a nuestro entender, un aspecto sumamente importante por diferentes razones. Haciendo eco del énfasis colocado en esta institución por la OIT, la legislación peruana no ha escatimado en plantear diferentes y variadas formas de participación de los trabajadores mediante procedimientos y facultades de participación directa e indirecta. Además, asisten a los derechos de participación basamentos constitucionales, que si bien no los hacen propiamente derechos de jerarquía constitucional, cuando menos sí derechos especialmente promovidos a este nivel. En tercer lugar, su valía es también práctica, por cuanto son los trabajadores quienes de forma más directa interactúan con los peligros ocupacionales y estos son los más idóneos a fin de atestiguar acerca de los riesgos del puesto de trabajo o de los eventuales menoscabos generados en su salud. Es por esta razón que dicha experiencia quiere ser tomada en cuenta por la norma al postular los mencionados derechos de participación.

Además no debe perderse de vista un dato transversal, como es que este derecho de participación se entrelaza finalmente con los postulados del trabajo decente, por cuanto este objetivo estratégico institucional persigue, bajo el manto de la protección social, la consecución de condiciones de trabajo saludables y seguras, para lo cual el diálogo social es pieza clave. En consecuencia, la participación de los trabajadores en el sistema de gestión debe ser concebido, de manera panorámica, también como importante insumo con miras a la consecución de niveles deseables de trabajo decente.

(1) MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa. *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. CES, Madrid, 2006, p. 228.

II. HACIA LA DEFINICIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL SISTEMA DE GESTIÓN

Al abordar el derecho de participación de los trabajadores en seguridad y salud en el trabajo debe diferenciarse, de una parte, la denominada “participación institucional” y, de otro lado, la participación privada o interna de la empresa. La primera forma de participación compete a las organizaciones y sindicatos más representativos de trabajadores, siendo su propósito la definición, a nivel nacional o regional, de los grandes lineamientos y políticas públicas en torno a la seguridad y salud en el trabajo. En el caso peruano, dicha forma de participación está contemplada en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 29783⁽²⁾ y se plasma en la conformación de los Consejos Nacionales y Regionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, normados por el mismo dispositivo.

Por su parte, la participación interna, como su nombre lo indica, es aquella que se produce al interior de la organización empresarial, siendo que la misma constituye un auténtico derecho subjetivo de los trabajadores que les otorga la facultad de integrarse efectivamente en la dinámica preventiva empresarial con el propósito de coadyuvar en el desarrollo y consolidación de la ansiada cultura de la prevención de los riesgos laborales⁽³⁾. Esto se encuentra recogido así incluso a nivel normativo por el artículo 1 de la Ley N° 29783. La participación en el ámbito privado e interno de la empresa en materia de prevención de riesgos debe ser considerado, en el caso peruano, bajo una doble dimensión, pues cabe deducir la existencia de determinados derechos de titularidad y ejercicio individual o subjetivo –que concierne a cada trabajador individualmente considerado–, y otros que teniendo la misma titularidad individual, requieren de un ejercicio colectivo a través de mecanismos de participación especializada y colegiada (los comités paritarios de seguridad y salud en el trabajo)⁽⁴⁾. Son estas formas de participación privada a las que nos dedicamos en el presente artículo.

(2) Ley N° 29783, artículo VII, Título Preliminar.- “El Estado promueve mecanismos de consulta y participación de las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativos y de los actores sociales para la adopción de mejoras en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

(3) Es el conjunto de valores, principios y normas de comportamiento y conocimiento respecto a la prevención de riesgos en el trabajo que comparten los miembros de una organización (Glosario de Términos, Decreto Supremo N° 005-2012-TR).

(4) GARCÍA MIGUÉLEZ, María Purificación. “La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales”. En: *PECVNIA*, N° 8, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León, León, 2009, p. 124. En semejante sentido, ESCUDERO PRIETO, Azucena. “El reforzamiento del derecho de participación de los trabajadores en las actividades preventivas de la empresa”. En: *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, N° 10, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2009, p. 162.

Recientemente el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo se ha encargado de recordarnos, a través del Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo para el periodo 2014-2017, la importancia de los derechos de participación. El sexto eje de acción para este periodo persigue expresamente fomentar el diálogo y la participación efectiva de los actores sociales en el sistema de seguridad y salud en el trabajo. Con tales propósitos se plantea como uno de los objetivos específicos “(...) asegurar la efectividad de los mecanismos de participación de las trabajadoras y trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Aunque los propósitos generales se concentran en la promoción del funcionamiento efectivo de los comités de seguridad y salud en el trabajo, en la promoción de la participación de los trabajadores en los procesos de elección de sus representantes ante dichos comités, y en la capacitación de estos representantes, el contenido del derecho de participación de los trabajadores en la gestión preventiva es un asunto sustancialmente más extenso y complejo⁽⁵⁾.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que el derecho de participación de los trabajadores tiene dos características trascendentes. En primer lugar, es un derecho de naturaleza y desarrollo legal, pero derivado del mandato de promoción participativa impuesto al Estado por mandato constitucional. En segundo término, es un derecho de naturaleza compleja, pudiéndose sostener la existencia de un derecho genérico de participación, el cual tiene tres componentes necesarios, más específicos, dinámicos e interdependientes: (i) el derecho de los trabajadores a recibir información y formación en cuestiones que atañen a los riesgos laborales por parte del empleador; (ii) el derecho de participación propiamente dicho, que otorga a los trabajadores la posibilidad de formular consultas y manifestar su opinión con relación a los riesgos del trabajo; y (iii) el derecho de ser consultados en la forma y en los casos previstos por la ley⁽⁶⁾.

(5) No obstante, hay que reconocer que la obligación de contar con un comité de seguridad y salud en el trabajo, y la integración de los trabajadores en el mismo, constituye la forma más clásica y tradicional de participación en la gestión de los riesgos del trabajo. En nuestro medio, el ejemplo más antiguo de consagración de esta forma de participación indirecta se halla en el Reglamento de Seguridad Industrial aprobado por Decreto Supremo N° 42-F del año 1964, hasta hoy vigente en el grueso de sus aspectos. El artículo 46 de la norma establecía que “en todo establecimiento industrial que emplee regularmente por lo menos 50 trabajadores, el empleador deberá constituir un Comité de Seguridad, que estará integrado en igual número, por representantes de los trabajadores y empleadores”.

(6) La naturaleza interdependiente y necesaria de los diferentes atributos que otorga el genérico derecho de participación de los trabajadores no es un asunto de dogmática jurídica sino, antes que eso, un dato fáctico necesario e indiscutible, pues difícilmente se podría exigir una participación concreta eficaz y útil, o formular consulta sobre los asuntos de seguridad del centro de trabajo, si es que los trabajadores no son informados y formados previamente en las cuestiones que atañen a las condiciones de seguridad y riesgos de su puesto de trabajo. Igualmente, la información y la formación es inútil si es que el empleador no va a obtener la respectiva retroalimentación que coadyuve a corregir o mejorar los estándares de seguridad. Como bien se ha afirmado “la información es sin duda inherente a la protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores; de poco serviría implantar los más avanzados sistemas de

Para comprender y definir el derecho de participación de los trabajadores en la gestión preventiva pueden emplearse diferentes ópticas. Puede ingresarse a su desarrollo desde la perspectiva legal, desde la doctrina, desde la Constitución e incluso desde los documentos internacionales vinculantes y no vinculantes emitidos por la OIT. En lo particular, preferimos iniciar nuestro estudio desde lo constitucional, a fin de advertir las bases más perceptibles sobre las cuales se asienta el derecho de participación en el Perú.

1. El derecho de participación y su referente constitucional

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución, “el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación”. Este precepto no ha recibido mayor tratamiento en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, ello no resulta óbice para sostener que la participación de los trabajadores en la seguridad y salud se acomoda con relativa facilidad en el meandro que traza el texto constitucional en el extremo referido a “la promoción de otras formas de participación”.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución consagra como único derecho constitucional laboral cierto y concreto la participación en las utilidades. Sin embargo, su tenor deja en evidencia la posibilidad de que el Estado promueva otras formas de participación, cuyo desarrollo y plasmación será evidentemente de competencia del legislador infraconstitucional. Creemos importante señalar que la terminología empleada en la norma no parece reposar como una mera habilitación potencial o de carácter contingente concedida al legislador peruano, sino que se aproxima más a la fórmula de un deber actual de incentivo por el modo que adopta el verbo en el texto constitucional (“**promueve** otras formas de participación”). En todo caso el enunciado promotor, aún indefinido, flexible y hasta esotérico, otorga cabida al derecho de participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo, por cuanto la participación preventiva se alinea con una de las típicas formas de participación que se reconocen en el ámbito del Derecho del Trabajo: la participación en la gestión. No obstante, dicho alineamiento se somete al esquema aleatorio y hasta mutable que propone el texto constitucional; esto es, tendrá las formas y características que vaya construyendo y diseñando la propia ley en respuesta al mandato promotor.

protección si no se facilitara al propio tiempo la información necesaria para utilizarlos. Por el contrario, la consulta y participación podrían considerarse como elementos adicionales de aquella protección, con un carácter instrumental, aunque en modo alguno accesorio, y en todo caso obligado (...)”. CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 17.

Conforme lo sostiene Pasco, las formas o modalidades clásicas de participación de los trabajadores que se han dado en la experiencia laboral peruana y en la doctrina han sido de tres tipos: (i) participación en las utilidades o lucros de la actividad empresarial, generalmente materializada en el reparto directo o indirecto a los trabajadores de una porción determinada de la renta líquida obtenida; (ii) participación en la gestión, lo que supone una concesión a los trabajadores en el manejo, control o administración de la empresa, destinada a ejercer influencia sobre las decisiones que se adoptan a través de un acceso normal e institucionalizado al proceso de toma de decisiones; y (iii) participación en la propiedad, en forma total o parcial, directa o indirecta⁽⁷⁾.

La primera forma de participación –en las utilidades o lucros– se encuentra desarrollada a nivel legal bajo el Decreto Legislativo N° 892, pero es expresamente amparada por la Constitución. La participación en la gestión y en la propiedad no es de origen constitucional, sino que dependen de la ley tanto en su existencia como en su contenido. Conforme lo menciona el referido autor, en el texto constitucional vigente “solo se consagra la participación líquida; las otras formas son un modo sibilino de referirse a algo casi inexistente, que no es un derecho reconocido a los trabajadores, sino apenas una posibilidad abstracta e indefinida que el Estado debe promover”⁽⁸⁾. Sin embargo, como venimos señalando, la participación de los trabajadores en la gestión preventiva se perfila como una concreción de ese texto constitucional abierto y circunstancial, aunque ciertamente limitado en naturaleza (participación en la gestión) y en materia (prevención de riesgos laborales).

La participación en la gestión no equivale necesariamente a codecisión. Según la doctrina, la participación puede adoptar diferentes intensidades o graduaciones según la perfile la ley; así, pueden existir desde derechos participativos de simple información, pasando por consulta u opinión, examen conjunto, derecho de oposición o veto, de codeterminación para efectos internos o externos en la organización, y hasta la autogestión⁽⁹⁾. Dentro de este abanico de posibles formas, advertimos que la participación, tal como se encuentra recogida en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, otorga a los trabajadores una serie de atribuciones que les garantiza, en el cenit de su ejercicio, el derecho de ser consultados y de brindar su opinión en materia preventiva. Estas atribuciones presuponen el derecho

(7) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Artículo 29. Participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa”. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 775.

(8) *Ibidem*, p. 785.

(9) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas, Madrid, 1992, p. 78.

de los trabajadores de recibir información en lo que concierne a la prevención de riesgos laborales, pero no se agota en ello, pues no solo se comunican a los trabajadores determinados actos, sino que se compulsa su opinión, la cual no tiene, sin embargo, carácter vinculante⁽¹⁰⁾.

En tal sentido, a pesar de que las “otras formas de participación” distintas de la participación en los lucros no cuentan con sustento constitucional directo y mandatorio, no deja de ser cierto que el Estado ha reconocido algunas atribuciones participativas y consultivas a favor de los trabajadores en la gestión preventiva de riesgos a través de la ley, normando una forma particular de participación con incidencia exclusiva dentro del ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, en respuesta al rol constitucional incentivador que le corresponde, pero sin que este derecho comulgue con los cánones de un derecho constitucional propiamente dicho, sino más bien, con las características de un derecho de tallado legal.

2. El derecho de participación desde la perspectiva de la OIT. Un derecho de naturaleza compleja

Para la OIT la participación y el diálogo entre los actores laborales no es un asunto novedoso ni privativo del empuje que en los últimos años viene teniendo de manera especial la seguridad y salud en el trabajo. Ya desde el año 1952, a través de la Recomendación 94 (sobre la colaboración en el ámbito de la empresa), este organismo fomentaba entre los estados el compromiso general de “(...) tomar medidas apropiadas para promover la consulta y la colaboración entre empleadores y trabajadores en el ámbito de la empresa sobre las cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de acción de los organismos de negociación colectiva o que normalmente no sean tratadas por otros organismos encargados de determinar las condiciones de empleo”. No obstante esta propuesta general, debe reconocerse que la participación cobra particular presencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

En efecto, el derecho de participación constituye un elemento neurálgico y transversal en los instrumentos vinculantes y no vinculantes de la OIT que, directa o indirectamente, tratan sobre la seguridad y salud en el trabajo. Conforme se afirma en el Estudio General de 2009 –elaborado en relación al Convenio 155, la Recomendación 164 y el Protocolo de 2002 referidos a la seguridad y salud en el trabajo–, todos los instrumentos y las políticas de la OIT se elaboran según criterios tripartitos y reflejan la importancia de las consultas y la cooperación entre los interlocutores sociales. En esa línea, los tres mencionados instrumentos exigen la

(10) PASCO COSMÓPOLIS. Ob. cit., p. 776.

participación activa de los empleadores y los trabajadores y de sus organizaciones, según proceda, en todos los niveles pertinentes, desde el taller hasta los niveles de elaboración de las políticas nacionales. El mensaje básico es que el principio de la prevención solo puede ser plasmado de manera efectiva a través de la colaboración activa –interacción dialogante– entre los empleadores y los trabajadores⁽¹¹⁾.

De esta manera, el derecho de participación de los trabajadores cobra sentido no porque sea un objetivo en sí mismo, sino porque es principalmente un mecanismo instrumental con derroteros más poderosos y ambiciosos que superan el plano de la mera reivindicación laboral, y en el que la colaboración y el compromiso con la seguridad cobran un rol protagónico⁽¹²⁾.

El derecho de participación va perfilando a partir del Convenio 155 (no ratificado por el Perú) algunos lineamientos generales, aunque ciertamente no caracteres claramente definidos como para la delineación pormenorizada de derechos y deberes jurídicos⁽¹³⁾. Pese a ello, destacan dos características medulares en torno a la participación: (i) es presentado como un derecho de naturaleza compleja, pues no involucra tan solo una posibilidad abstracta de participar mediante la opinión, sino que presupone además el derecho de los trabajadores de ser informados y formados en cuestiones preventivas y, en algunos casos, el derecho de ser consultados; (ii) es un derecho de ámbito material omnicompreensivo, pues no existe una relación limitativa ni referencial de materias en las cuales debiera permitirse dicha participación, quedando entendido que corresponderá a la legislación nacional precisarlo.

(11) OIT. Estudio general relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), a la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164), y al Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores. OIT, Ginebra, 2009, p. 18.

(12) Conforme lo pone de manifiesto la OIT en su Estudio General del 2009, “la cooperación entre empleadores y trabajadores constituye un principio básico de la SST, sin el cual no pueden lograrse avances tangibles en este ámbito. En 1980, durante la primera discusión al respecto celebrada en la Conferencia, los miembros tanto empleadores como trabajadores convinieron, en sus declaraciones de apertura, en que compartían un mismo interés en lo tocante a la SST, y que la mejor manera de obtener resultados positivos en el lugar de trabajo era por medio de la cooperación y no del enfrentamiento (...) en la medida en que ningún gobierno jamás dispondría de los recursos necesarios para realizar las inspecciones requeridas a fin de velar, en la medida de lo posible, porque las personas trabajen en entornos seguros y saludables, la cooperación entre los empleadores y los trabajadores en este ámbito era esencial. También se hizo hincapié en que no solo los Estados y sus servicios debían formular los objetivos fundamentales y principios básicos relativos a la SST, así como supervisar su aplicación, sino que los empleadores y trabajadores ostentaban una responsabilidad aún mayor en esta esfera y los trabajadores, en particular, debían desempeñar una función más activa”.

(13) Como se ha sostenido, “el Convenio 155 es sin duda alguna toda una innovación ya que, además de abordar de manera exhaustiva la seguridad y salud en el trabajo y el medio ambiente de trabajo, es más un instrumento de política que un instrumento en el que se establecen obligaciones jurídicas precisas”. SAN JUAN, Claudio. *Participación de los trabajadores en materia de salud y seguridad en el trabajo en Argentina*. OIT, Buenos Aires, 2004, p. 10.

En efecto, el artículo 19 del Convenio 155 en sus literales c), d) y e) establece que: (i) los representantes de los trabajadores en la empresa deben recibir información adecuada acerca de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud; (ii) los trabajadores y sus representantes en la empresa deben recibir una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; y (iii) los trabajadores o sus representantes y, llegado el caso, sus organizaciones representativas en la empresa estén habilitados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, para examinar todos los aspectos de la seguridad y la salud relacionados con su trabajo, y sean consultados a este respecto por el empleador.

Cabe señalar que para algunos autores, el deber de cooperación de los trabajadores (contemplado en el artículo 20 de este instrumento⁽¹⁴⁾) forma también parte del concepto general de participación⁽¹⁵⁾. No nos adscribimos a esta posición, o cuando menos, no la consideramos pertinente para nuestro enfoque metodológico, pues el ejercicio del derecho de participación de los trabajadores, conforme lo abordamos, supone la posibilidad que tienen estos de incidir o de influir en el proceso de toma de decisiones del empleador, sea por la opinión espontánea sobre las condiciones de trabajo, o como derivación del ejercicio de la consulta previa, todo lo cual se materializa en las etapas de formación de la voluntad empresarial, o cuando menos, antes de su perfeccionamiento y consumación⁽¹⁶⁾. Sin embargo, la cooperación, según el propio Convenio 155, parecería hacer énfasis en el deber de colaboración recíproco entre empleador y trabajadores respecto de lo ya decidido, esto es, con posterioridad a la formación de la voluntad del empresario y de cara a su materialización.

Comoquiera, el derecho de participación se va delineando como un concepto general y abstracto, integrado y definido este a su vez por diferentes manifestaciones que suponen una variedad de estadios interdependientes, dinámicos e interrelacionados, a fin de dotar de eficacia y utilidad a la participación preventiva

(14) Convenio 155, artículo 20.- “La cooperación entre los empleadores y los trabajadores o sus representantes en la empresa deberá ser un elemento esencial de las medidas en materia de organización y de otro tipo que se adopten en aplicación de los artículos 16 a 19 del presente Convenio”.

(15) En ese sentido, SAN JUAN. Ob. cit., p. 9; MONTOYA MELGAR, Alfredo; PIZÁ GRANADOS, Jaime e ALZAGA RUIZ, Iciar. *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. 2ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2009, p. 270.

(16) En ese sentido, nos adscribimos a la posición según la cual los derechos de participación que se ejercen al interior de la empresa otorga a los trabajadores destinatarios la legitimación para intervenir en la fase previa a la adopción por el empresario de decisiones relacionadas con todos los aspectos inherentes al adecuado funcionamiento de la empresa en la faceta preventiva, o cuántas medidas sean precisas en aras de ambientes de trabajo seguros y saludables. GARCÍA MIGUÉLEZ. Ob. cit., pp. 122-123.

de los trabajadores. Tales manifestaciones involucran la información y formación, la participación (como la atribución de formular propuestas) y la consulta previa. Es por ello que un sector de la doctrina, al desarrollar el derecho de participación, prefiere referirse a este como un derecho de naturaleza amplia que engloba –solo para fines formales, a fin de clarificar su estudio y exposición– los derechos participativos de información, formación, de consulta y de participación (en sentido estricto)⁽¹⁷⁾. Esto no podría ser de otra manera, pues es difícil concebir la oportunidad de participar eficazmente si es que no se permitiese, o si es que no se promoviese activamente, el ejercicio de esta forma de colaboración, sea mediante la formulación de consultas a los trabajadores en temas preventivos en la empresa (cuando así la ley lo exija), o sea mediante la mera posibilidad de recibir propuestas de parte de los trabajadores cuando estos lo consideren necesario (debiendo en estos casos el empleador asumir ciertos deberes a fin de no vaciar de contenido este derecho; por ejemplo, el deber de dar respuesta obligatoria a la consulta o propuesta cursada⁽¹⁸⁾).

Asimismo, es presupuesto de utilidad y pertinencia de estas formas de contribución participativa el hecho de que los trabajadores sean debidamente informados y formados en seguridad y salud en el trabajo, pues de lo contrario la participación se traduciría en opiniones desinformadas, perjudicando con ello la actividad preventiva en la empresa. Esta es quizás la principal cortapisa a enfrentar, pues no son raras las situaciones en que las partes laborales no toman conciencia de los inconvenientes que representa la desigualdad de la información y la falta de interés en las actividades formativas. Como bien lo indica Martín Hernández, “(...) el empresario para satisfacer las diversas manifestaciones del derecho o facultad de participación que se otorga a los trabajadores como contenido de su derecho a una protección eficaz frente a los riesgos derivados del trabajo no solo se encuentra obligado a respetar el ejercicio de tales facultades por los trabajadores a través [de] meras conductas omisivas o pasivas [es decir, no impedir la formulación de propuestas] sino que también, en

(17) AGUILAR DEL CASTILLO, María del Carmen. *El comité de seguridad y salud*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 99-102. En el mismo sentido, GARCÍA MIGUELEZ. Ob. cit., p. 124.

(18) Sobre el particular, es interesante destacar que la posibilidad de los trabajadores de efectuar propuestas a la empresa se debe considerar con un estadio de nivel superior dentro de los derechos de participación, pues pese a no ser una codecisión (no se decide conjuntamente las cuestiones planteadas entre empresa y trabajador), sí permite a los trabajadores dirigirse al empresario cuando lo consideren necesario, respecto de las cuestiones que la normativa preventiva reconozca. Asimismo, para no hacer inútil el derecho de participación, deben arbitrarse por el legislador mecanismos suficientes por los que el empresario esté obligado a contestar o a tener en cuenta la propuesta realizada. Cfr. AGUILAR DEL CASTILLO. Ob. cit., p. 101. La legislación peruana ha recogido este deber de respuesta en algunas circunstancias específicas (D.S. N° 005-2012-TR, art. 106).

otros casos, se encuentra obligado a posibilitar, e incluso promover esa participación con comportamientos activos [mediante la información, la formación y los procedimientos de consulta previa]⁽¹⁹⁾.

La legislación nacional no ha sido parca al recoger las diferentes formas de participación de los trabajadores, por lo que aun cuando el Convenio 155 no forme parte de la normativa nacional, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo concuerda en gran medida con los elásticos márgenes que postula la OIT en relación con los derechos participativos. Este amplio plexo de facultades solo es entendible en la medida en que se deduzca la voluntad ideal del legislador de convertir al trabajador no solo en receptáculo de la protección empresarial, sino sobre todo en protagonista y promotor de su propia protección.

Un dato importante a rescatar es el hecho que la OIT reconoce en la práctica internacional dos formas de participación válidas: la indirecta y la directa. La primera, que es la forma más recurrente a nivel internacional, se ejerce no de forma personal por cada trabajador, sino que se desenvuelve –conjunta, colectiva y representativamente– a través de mandatarios o comités especializados en seguridad y salud. Sobre el particular, señala el Estudio General de 2009 que “(...) en la mayoría de países, dependiendo del tamaño de la empresa, los trabajadores participan en la gestión de la SST, habitualmente por mediación de sus representantes en la materia en el marco de los comités de seguridad y salud, pero también, en algunos casos, directamente (...)”⁽²⁰⁾. La OIT no evidencia predilección expresa por ninguno de estos dos mecanismos, pues los trata disyuntivamente en el artículo 19 del Convenio 155; aunque cierto es que ha desarrollado con mayor amplitud –por su más fácil receptibilidad de parte de los Estados– las formas de participación indirecta a través de diferentes instrumentos (sea a través de delegados o representantes en seguridad, comités obreros de seguridad e higiene, o comités paritarios de seguridad e higiene). Muestra de ello son, por ejemplo, la Recomendación 164 (Recomendación sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981); el Convenio 161 (Servicios de Salud en el Trabajo, 1985) y su Recomendación 171 (1985); el Convenio 162 (Asbesto, 1986) y su Recomendación 172 (1986); el Convenio 167 (Seguridad y Salud en la Construcción, 1988) y su Recomendación 175 (1988); el Convenio 170 (Productos Químicos, 1990) y su Recomendación 177 (1990); el Convenio 174 (Prevención de Accidentes Mayores, 1993); el Convenio 176 (Seguridad y Salud en las Minas, 1985) y su Recomendación 183 (1995); y el Convenio 184 (Seguridad y Salud en la Agricultura, 2001).

(19) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 228.

(20) OIT. Ob. cit., p. 78.

La legislación peruana ha optado por consagrar ambas modalidades de participación, estableciendo de un lado el derecho de los trabajadores a contar con representantes en el seno del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (participación indirecta) con ciertas funciones específicas y, de otro lado, precisando atribuciones que podrían ser ejercidas por los trabajadores a título individual (participación directa)⁽²¹⁾.

También en las Directrices ILO-OSH 2001, la OIT desarrolla el derecho de participación destacando: (i) que la participación de los trabajadores es un elemento esencial del sistema de gestión de la SST en la organización; (ii) que empleador debería asegurar que los trabajadores, y sus representantes en materia de SST, son consultados, informados y capacitados en todos los aspectos de SST relacionados con su trabajo, incluidas las disposiciones relativas a situaciones de emergencia; y (iii) que el empleador debería asegurar el establecimiento y el funcionamiento eficiente de un comité de SST y el reconocimiento de los representantes de los trabajadores en materia de SST de acuerdo con la legislación y la práctica nacionales. En estos enunciados, la OIT confirma de alguna manera lo que venimos sosteniendo; a saber, (i) que el derecho de participación tiene carácter complejo, pues involucra diferentes atributos dentro de sí; (ii) que tiene dos formas de manifestación (individual y representativa a través de órganos especializados), y (iii) que debería contar con un ámbito omnímodo de actuación en lo preventivo.

III. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Debemos partir del hecho de que el deber empresarial de respetar y promover en ciertos casos el derecho efectivo de participación de los trabajadores, constituye indefectiblemente una de las múltiples y variadas manifestaciones que adquiere el deber de prevención. Como es sabido, el deber general de prevención (o principio de prevención) –que es a buena cuenta el eje medular de las normas preventivas laborales y que, en alegoría de ello, se encuentra contemplado en el artículo I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo–, erige al empleador en el garante, en el centro de trabajo, del establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores,

(21) Esta forma dual de participación tampoco es ajena en la doctrina. Se señala sobre el particular que: “(...) el ejercicio de las facultades de participación en materia de seguridad y salud en el trabajo unas veces corresponde a los propios trabajadores titulares del derecho a disfrutar de una protección eficaz frente a los riesgos laborales, mientras que otras resulta atribuido a sujetos colectivos de representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo”, situación esta última equiparable al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo regulado en las normas peruanas. Cfr. MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 228.

y de aquellos que no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, el deber de prevención representa el deber general de seguridad que reposa en cabeza del empresario, siendo que dicha atribución como centro de imputación de deberes preventivos cobra sentido en razón de que este se encuentra a cargo de la organización técnico productiva más o menos compleja de la que se derivan los riesgos del trabajo, lo que le otorga ante el Derecho la condición de sujeto óptimo para asumir la responsabilidad de la imposición de las medidas adecuadas de protección⁽²²⁾. La formulación amplia, abierta y omnicompreensiva del deber general de prevención sugiere que las referencias o especificaciones posteriores que hacen los textos preventivos con relación a las obligaciones del empleador (y derechos de los trabajadores) sean tenidas como meras especificaciones, manifestaciones o concreciones necesarias de algunos de los aspectos que abarca dicho deber general, pero que de ninguna forma agotan su contenido⁽²³⁾.

En este marco de ideas, el derecho de participación, y el consecuente deber de respetar y promover su ejercicio en la forma prevista por ley, constituye una derivación muy concreta de ese deber general. La existencia del derecho de participación no solo coloca al trabajador en una situación jurídica tutelable –en tanto involucra la titularidad de un derecho subjetivo que persigue la satisfacción de intereses propios como lo son la seguridad y salud personales–, sino que la anuencia de su ejercicio en algunos casos, y la incentivación del mismo en otros, es una obligación del empleador que, a la postre, debería permitirle cumplir –de manera más eficaz– con los deberes generales de prevención que le impone la ley. La participación es, por lo tanto, un presupuesto de la eficacia de la actividad preventiva empresarial⁽²⁴⁾, en tanto sea concebida como instrumento de detección de irregularidades o disconformidades normativas en el diseño y planificación de dicha actividad, en su ejecución, en la adopción de las medidas preventivas, entre otros aspectos⁽²⁵⁾. En palabras de Sala Franco, y bajo el entendido de un ejercicio regular, informado y pleno del derecho, “(...) esta es una función primordial para que

(22) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz. *El deber de seguridad y salud en el trabajo*. CES, Madrid, 1999, p. 213.

(23) SALCEDO BELTRÁN, María Carmen. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. p. 25.

(24) Pero no un requisito indispensable para el cumplimiento del deber de protección del empleador, pues la omisión del ejercicio de los derechos de participación por parte de los titulares no los hace a estos copartícipes, junto con el empleador, de las responsabilidades derivadas del cumplimiento tardío, parcial o defectuoso de los deberes preventivos.

(25) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 229.

exista una eficaz prevención en la empresa, ya que nadie mejor que los propios trabajadores para denunciar las quiebras en el sistema de prevención y para proponer fórmulas preventivas más eficaces⁽²⁶⁾.

Sin perjuicio de esta importancia bidireccional de la participación –como derecho subjetivo del trabajador y vía instrumental para el perfeccionamiento del deber empresarial de prevención–, debe quedar sentado que el derecho reconocido por las normas legales vigentes, específicamente en lo referido a las facultades de consulta, es uno con fines sugestivos, críticos, recomendatorios, y hasta disuasivos, pero en ninguna medida vinculante para el empleador. La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo no confiere a las opiniones y propuestas de los trabajadores –así como tampoco a los acuerdos del comité paritario⁽²⁷⁾– carácter vinculante frente al empleador; es decir, este no se encuentra obligado a implementar las ideas que le son planteadas, sea por iniciativa de los propios trabajadores o luego de llevar a cabo los mecanismos de consulta en las situaciones normadas por la ley. No obstante, la ley sí confiere algunas garantías mínimas destinadas, por ejemplo, a evitar que los derechos participativos devengan en vacuo o sean de balde⁽²⁸⁾, o garantizando procedimientos de consulta obligatorios antes de la implementación de cambios en las operaciones, procesos u organización del trabajo⁽²⁹⁾, entre otros. Pero en última instancia, la decisión de las medidas preventivas a adoptar es una que le corresponde en exclusiva al empleador, por cuanto él es el titular de las facultades directrices y centro de imputación de la responsabilidad legal de implementar de un sistema de gestión eficaz contra los riesgos derivados del trabajo.

En efecto, en términos estrictos, las normas de seguridad y salud en el trabajo no imponen restricciones internas a las facultades de dirección del empleador, sino que propiamente establecen límites externos al nudo de estas facultades⁽³⁰⁾;

(26) SALA FRANCO, Tomás. *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 190.

(27) Cabe señalar que la propia norma reglamentaria de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, al regular el mecanismo participativo indirecto por excelencia –el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo–, ha rescatado la naturaleza meramente consultiva de este órgano. El Glosario de Términos del Reglamento sostiene que el Comité es un órgano bipartito y paritario destinado “a la **consulta** regular y periódica de las actuaciones del empleador en materia de prevención de riesgos”.

(28) Como el deber de dar respuesta por escrito a los trabajadores cuando existan recomendaciones o sugerencias sobre los programas de capacitación preventiva, la identificación de peligros y riesgos, o tratándose de las evaluaciones de riesgos (art. 106 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo).

(29) Artículo 70 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y artículo 104 de su Reglamento.

(30) Sobre el particular se ha afirmado que “(...) la tutela a la seguridad y salud del trabajador como límite intrínseco a todo ejercicio de los poderes empresariales no solo va a implicar como ‘plus limitativo’ el deber de evaluar los riesgos que tales decisiones puedan generar desde una perspectiva objetiva o subjetiva al trabajador sino que significa, a su vez, el reconocimiento de un haz de derechos informati-

límites que provienen de una relación jurídica de carácter extrapatrimonial (destinada a garantizar la salud y la seguridad del trabajador) que es paralela y coetánea a la relación jurídica laboral en sentido estricto (cuyo objeto es la prestación de servicios a cambio de remuneración, y donde se inserta el poder de dirección como herramienta para consecución de los objetivos patrimoniales del empleador). Es a partir de esos límites externos que se evaluará el ejercicio regular de las facultades directrices, pues la existencia de normas preventivas en el ámbito laboral exige ponderar derechos preexistentes y superiores a los legítimos intereses patrimoniales de toda actividad empresarial, los cuales de por sí ya se encuentran protegidos por la consagración legal de las facultades de dirección.

La integración de la actividad preventiva en la empresa, por efecto de las normas de seguridad y salud en el trabajo implica necesaria, pero simplemente, un cambio o reordenación de la forma en que tradicionalmente el empleador venía ejerciendo el amplio conjunto de facultades que le otorga el poder de dirección, pues la regularidad o legitimidad del ejercicio empresarial de todos y cada uno de sus poderes deberá introducir, como criterio de valoración, el de la integración de la prevención de los riesgos laborales en las decisiones empresariales⁽³¹⁾. En este trámite de ponderación, es necesario reconocer la nota o el margen de discrecionalidad –no de arbitrariedad– que caracteriza la particular situación jurídica del empleador –en tanto sujeto obligado a proteger el interés legítimo de la seguridad y salud del trabajador, y titular del poder de dirección–, pues de una parte, el objetivo tuitivo o de protección ya está prefijado y predeterminado por las normas preventivas de manera categórica, pero de otra, el empleador sigue disfrutando de ciertos márgenes de libertad a la hora de valorar el modo de realizar y lograr eficazmente dicho objetivo de protección⁽³²⁾; máxime cuando las normas de seguridad y salud: (i) abren amplios espacios para la aplicación de técnicas diversas para la protección de los trabajadores, correspondiendo al empleador implementar la más adecuada y pertinente; (ii) propenden a la mejora continua de la gestión preventiva, esto es, la posibilidad de ir progresando paulatina e iterativamente en el perfeccionamiento del sistema de gestión, incumbiendo al empleador liderar y decidir el progreso y ejecución de esta planificación en forma, modo y tiempo;

vos, de participación, de consulta y de formación del trabajador afectado y/o de sus representantes en la empresa que actuarán igualmente como límites al ejercicio de cualquier forma de poder empresarial que pueda implicar una afectación a la seguridad y salud del trabajador”. LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 116-117. En semejante sentido, se ha afirmado que “(...) los deberes de protección vendrían (...) a ubicarse extramuros del poder de dirección, como límite externo, no interno, del poder de dirección del empresario”. GUTIÉRREZ-SOLAR. Ob. cit., p. 143.

(31) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., pp. 52-54.

(32) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO. Ob. cit., p. 214.

(iii) admiten la programación de las actividades preventivas, previa priorización de los riesgos que requieran de más pronta atención, labor que también es liderada y determinada por el empleador, y (iv) contienen innumerable cantidad de situaciones de trabajo para las cuales la ley no ha prediseñado estándares específicos de control, lo que abre al empleador una diversidad de formas de afrontar los peligros del trabajo según las evaluaciones y ponderaciones de riesgo realizadas.

En este contexto, por la naturaleza y la dinámica de la actividad preventiva, es válido sostener que el empleador debe decidir, en ejercicio de su poder de dirección, y en exclusiva, entre diferentes opciones posibles, la forma y el modo de lograr la optimización de los recursos humanos y la consecución del deber de protección impuesto por ley, dentro de los márgenes de decisión que esta le otorga. Siendo así, cobra también lógica que una amplia potestad de decisión venga aparejada de amplios niveles de responsabilidad impuestos por ley (en lo civil, lo administrativo y lo penal) en caso de verificarse daños a la integridad del servidor, o exposición a riesgos intolerables; y en sentido contrario, es también coherente que ante grandes niveles de responsabilidad se le reconozca al empleador, en contrapartida, la potestad exclusiva de las decisiones preventivas en el centro de trabajo.

Cualquier ejercicio por parte del empresario de sus facultades directrices, sin prever ni adoptar medidas destinadas a proteger la integridad de los trabajadores, devendría en un proceder irregular de esas atribuciones que le son connaturales. El reconocimiento de los derechos de los trabajadores a su seguridad y salud, y dentro de ello, la garantía que merecen los derechos participativos, son condiciones que el empleador debe advertir y reconocer en el curso de la dirección del negocio y en toda decisión que pudiese incumbir a la seguridad y salud ocupacional. Su sola inobservancia podría acarrear las responsabilidades administrativas concernientes⁽³³⁾, sin perjuicio de la pérdida de la oportunidad de implementar eventuales correcciones en alguna de las fases o aspectos del sistema de gestión.

Todo este razonamiento se traduce en la norma peruana. La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo afirma que el sistema de gestión es responsabilidad del empleador, asumiendo este el deber de prevención y, de ser el caso, la obligación de resarcir los daños causados (art. 26). Adicionalmente, el empleador debe asumir las responsabilidades administrativas derivadas del incumplimiento o cumplimiento

(33) El artículo 27.13 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, tipifica como falta grave en materia de seguridad y salud en el trabajo “la vulneración de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

defectuoso de las normas de seguridad y salud en el trabajo según el listado de infracciones contenido en el Decreto Supremo N° 019-2006-TR (Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo) y, cuando corresponda, el empleador encarará las responsabilidades penales por incurrir en el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo tipificado en el artículo 168-A del Código Penal (según modificación introducida por la Ley N° 30222). Esta multiplicidad de responsabilidades impuestas por ley no hacen sino confirmar que las potestades de decisión y ejecución en materia preventiva son atribución del empleador, pues de tener los trabajadores algún rol decisorio en la gestión de la seguridad y salud (en sentido estricto), la carga de responsabilidad no existiría solo en cabeza de aquel, lo cual resultaría ilógico dado el preconcebido rol protector que le ha instruido la ley. No obstante, esta prerrogativa aneja a la condición de empleador, que le confiere a este la potestad de conservar todo rol decisorio en lo preventivo, no debe ser leída como una licencia para ignorar o soslayar los derechos participativos, sino más bien, como un motivo para comedir y repensar las decisiones empresariales cuando medie el uso informado de este derecho.

La doctrina es unánime respecto a los límites de los derechos de participación. Para Sala Franco, incluso el deber de consulta obligatoria que impone la ley “(...) es una obligación empresarial –por ello, trámite preceptivo, aunque obviamente no vinculante a la hora de decidir–, cuyo incumplimiento no parece generar la nulidad de las decisiones empresariales sino únicamente una responsabilidad administrativa (...)”⁽³⁴⁾. Por su parte, para Salcedo los procedimientos de consulta se caracterizan por ser una de las posibles vías de influencia en las decisiones empresariales⁽³⁵⁾, mas no una vía de determinación u oposición efectiva contra ellas. Asimismo, afirma sobre la participación indirecta materializada en la figura del Comité de Seguridad y Salud, que es un órgano esencialmente “de encuentro”, promotor de iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos⁽³⁶⁾. Finalmente, para Martín Hernández, ninguna facultad permite a los trabajadores participar en la actividad preventiva empresarial en sentido estricto, puesto que las decisiones sobre cómo, cuándo y con qué medio ejecutar esa actividad corresponde en exclusiva al propio empresario; lo cual se sostiene, naturalmente, sin menoscabo de la trascendencia y reconocimiento de la utilidad de tales derechos de cara al objetivo final de conseguir la protección eficaz frente a los riesgos del trabajo⁽³⁷⁾.

(34) SALA FRANCO. Ob. cit., p. 189.

(35) SALCEDO BELTRÁN. Ob. cit., p. 71.

(36) Ibidem, p. 74.

(37) MARTÍN HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 230.

Por lo expuesto, el afirmar que los derechos de participación confieren involucramiento de los trabajadores en la gestión preventiva, es una aseveración que debe entenderse en sentido relativo, ya que su ejercicio abre la posibilidad de afectar las decisiones empresariales mediante la influencia y la sugerencia, pero no podría nunca compeler tales decisiones, evitar su ejecución ni condicionarlas. Mucho menos podría entenderse que la participación conlleva a la co-gestión. La participación implica ciertamente el involucramiento en la gestión de la seguridad en la empresa y hace a los trabajadores copartícipes de su protección, pero no los convierte en sujetos de decisión ni corresponsables del deber de seguridad.

Estas limitaciones de orden jurídico no menoscaban de ninguna manera la importancia práctica que es ampliamente atribuida a los derechos de participación, pues esta permite, entre otros aspectos, (i) desarrollar métodos eficaces para la prevención de riesgos laborales; (ii) cuando los trabajadores intervienen en la planificación de una medida de seguridad, es más probable que comprendan los motivos por los que se adopta, y en esa línea, les es más fácil ayudar a encontrar soluciones prácticas y asumir los resultados finales; y (iii) les permite recomendar, sugerir y reclamar mejoras pertinentes, y ayudar a desarrollar medidas dirigidas a evitar los infortunios laborales de manera oportuna y hasta económica⁽³⁸⁾.

IV. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Haciendo eco de los antecedentes internacionales ya desarrollados sobre la materia, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo presenta al derecho de participación desde dos perspectivas: (i) como un principio transversal con incidencia tanto en la política nacional de seguridad y salud en el trabajo (participación institucional) como en la gestión empresarial de los riesgos laborales (participación empresarial o privada); y (ii) como un derecho de naturaleza compleja, en los términos explicados.

En tanto principio transversal, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo plantea que el Estado debe promover mecanismos de consulta y participación de las organizaciones más representativas y de los actores sociales, para la adopción de mejoras en materia de seguridad y

(38) *Participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo. Una guía práctica.* Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, Bilbao, 2012, p. 7.

salud en el trabajo. Asimismo, como una forma de reconocer su trascendencia vital, el artículo 1 de esta norma subraya que la participación es eje gravitacional de la consolidación de una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, y lo coloca al mismo nivel del deber de prevención del empleador y del rol fiscalizador y de control del Estado para la consecución de tales objetivos. La materialización de la participación institucional viene dada esencialmente por la presencia de los gremios más representativos de trabajadores en la conformación del Consejo Nacional y de los Consejos Regionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, como instancias de concertación tripartita de las macropolíticas y acciones encaminadas a la progresiva mejora de los niveles de protección de los trabajadores en sus respectivos ámbitos territoriales.

En el ámbito de la gestión empresarial, el derecho de participación tiene también presencia oblicua y omnicompreensiva en todo cuanto respecta a la actividad preventiva, pues la legislación nacional ha optado por reconocer la amplitud que le confieren los textos internacionales. El artículo 24 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que recoge literalmente los términos de las Directrices ILO-OSH 2001, así lo plantea:

Artículo 24.- La participación en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo

La participación de los trabajadores es un elemento esencial del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en la organización. El empleador asegura que los trabajadores y sus representantes **son consultados, informados y capacitados en todos los aspectos de seguridad y salud en el trabajo relacionados con su trabajo**, incluidas las disposiciones relativas a situaciones de emergencia.

En tanto derecho de trasfondo complejo, la mencionada norma también deja a entrever esta naturaleza al referirse a los diferentes componentes que integran el derecho participativo: la consulta, la información y la capacitación preventiva, que no son otra cosa que diferentes manifestaciones –necesariamente interdependientes entre sí– de un mismo derecho genérico de participación desde una posición sistémica y holística.

En esta misma línea, el articulado de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y de su Reglamento desarrolla los diferentes elementos de la participación de modo disperso, y prescriben los supuestos y las formas cómo ese derecho se debe materializar en el quehacer empresarial. Cabe señalar que esta enunciación de circunstancias en las que cabe invocar los derechos de

participación, no agota en toda su extensión el derecho estudiado, pues las normas legales de seguridad y salud en el trabajo constituyen normas mínimas que pueden ser perfectamente superadas por empleadores y trabajadores sin incurrir en infracción jurídica (tal como lo prevé el artículo 3 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo), y porque además no es infrecuente que, en paralelo a las normas legales que establecen los requisitos y formalidades del derecho de participación, algunas empresas altamente previsoras –que son mayormente aquellas caracterizadas por el alto nivel de complejidad de sus actividades productivas o industriales– opten por combinar este sistema legal “tasado” con mecanismos o procedimientos adicionales más informales, con la finalidad de sacar mayor partido de la iniciativa y de las competencias preventivas de sus trabajadores.

Sin ánimo de agotar el enunciado que hace la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo acerca de los escenarios en los que cabe desplegar los derechos participativos, consideramos adecuado enfatizar los siguientes por razón de su trascendencia:

- Participación (directa) en la elección de miembros representantes ante el comité paritario de seguridad y salud en el trabajo (o en su defecto, de un supervisor de seguridad y salud, en caso la empresa cuente con menos de 20 trabajadores).
- Participación en el proceso de identificación de peligros y evaluación de riesgos, así como en la elaboración del mapa de riesgos.
- Consulta en el diseño de la política de seguridad y salud⁽³⁹⁾.
- Disponer de facilidades para participar en los procesos de organización, planificación, aplicación, evaluación y acción del Sistema de Gestión.
- Ser informados de los riesgos y medidas preventivas a través de la entrega del reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo y de recomendaciones de seguridad y salud al momento de la contratación.

(39) Política que además, por mandato del artículo 23 literal c) de la propia Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, debe expresar el compromiso de toda organización empresarial con “la garantía de que los trabajadores y sus representantes son **consultados y participan** activamente en todos los elementos del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo”.

- Ser capacitados y entrenados en seguridad y salud en el trabajo, tanto respecto del centro de trabajo como en relación con los riesgos del puesto o función específica.
- Ser consultados en la elección de los auditores independientes que evaluarán el sistema de gestión.
- Ser consultados antes de que se ejecuten cambios en las operaciones, los procesos y en la organización del trabajo que puedan tener repercusiones en la seguridad y salud de los trabajadores.
- Ser informados a título grupal de las razones para los exámenes médicos ocupacionales (y a conocer los resultados de estos).
- Revisar los programas de capacitación y entrenamiento, y formular recomendaciones para mejorar su efectividad.
- Examinar los factores de riesgo que afectan su seguridad y salud y proponer medidas en estas materias.
- Participar en la investigación de los accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales e incidentes peligrosos.

V. CONCLUSIONES Y RELEXIONES FINALES

A lo largo del presente texto hemos expuesto los basamentos que dan soporte jurídico y un lugar en nuestra legislación a los derechos de participación en materia preventiva: en primer lugar, el derecho de participación preventiva halla un fundamento remoto en el derecho de participación genérico que recoge el artículo 29 de la Constitución, y cuyo desarrollo es dejado al criterio del legislador. En segundo lugar, nota característica de este derecho participativo es su composición interna compleja, que supone la prerrogativa de los trabajadores de ser informados y formados en prevención de riesgos, así como de opinar y formular sugerencias, y en algunos casos, el derecho de ser consultados previamente a la realización de cambios operacionales. Este es el diseño del derecho promovido desde la OIT, y se encuentra recogido tal cual por la legislación nacional. En tercer término, como cualquier otro derecho, la participación de los trabajadores, y concretamente el derecho de consulta, está sujeto a límites pues en ningún caso su ejercicio es vinculante para el empleador. En último lugar, pero no menos importante, es el hecho de que el derecho de participación supone en la práctica involucrar

al trabajador en el cuidado de su salud e integridad en el medio ambiente de trabajo y, entendida así, la participación se torna en útil insumo con el que cuenta el empleador para el cumplimiento de su deber de prevención, particularmente, en aquellas situaciones de trabajo para las que la ley no contempla medidas concretas de protección.

Como toda institución del Derecho, la participación posee aristas problemáticas. Dentro de los aspectos conflictivos vinculados a los derechos de participación se encuentra típicamente el referido a la dispersión de facultades de consulta entre los trabajadores. Es común toparnos con opiniones que reconocen –amparados con justicia en la razón práctica– que el derecho de participación propicia dificultades en su ejecución, sobre todo en lo concerniente a los derechos de consulta cuando esta es admitida por la ley a título individual o personalizado (como ocurre en el caso peruano⁽⁴⁰⁾). Salvo los casos concretos de entidades empresariales de pequeñas dimensiones donde el empleador puede ser más accesible al trabajador, es frecuente hallar opiniones disidentes en el caso de empresas de mayores dimensiones, afirmándose que en estas lo óptimo sería que el derecho de consulta se instrumentalice necesariamente a través de los representantes de los trabajadores⁽⁴¹⁾.

Este tipo de críticas traen a colación lo difícil que resulta para las legislaciones instaurar la línea divisoria justa y exacta entre la proclamación amplia y dispersa del derecho de consulta como prerrogativa de todos los trabajadores en general –lo que por principio podría resultar laudable– y una regulación que recoja esta importante facultad participativa, pero revestida y garantizada en términos de eficacia y simplicidad. La legislación peruana no ha optado por trazar línea alguna, por lo que convendría reflexionar si esta omisión conviene a los fines preventivos que persigue la regulación de la materia en el Perú, o si constituye más bien un estímulo perverso para que los procedimientos de consulta sean soslayados debido a su potencial complejidad.

En nuestra opinión, proclamar con amplitud el derecho de consulta no tendría por qué oponerse a la adopción de normas que, en vía de precisión y perfeccionamiento, establezcan mecanismos de canalización o encauzamiento de esta prerrogativa que la ley establece dispersamente como derecho subjetivo de todo

(40) Tal es el caso, por ejemplo, de la materialización de la consulta en caso de cambios en las operaciones, procesos y en la organización del trabajo. De conformidad con el artículo 104 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud, a fin de acreditar la consulta, el empleador debe realizar en cuestras entre los trabajadores o realizar, conjuntamente con el comité o supervisor, una asamblea en la que deben encontrarse todos los trabajadores involucrados para formular la consulta.

(41) GARCÍA MIGUÉLEZ. Ob. cit., p. 125.

trabajador⁽⁴²⁾; máxime cuando nuestra legislación ya prevé la designación de una representación especializada con participación de los trabajadores en el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo. Este órgano sería el pertinente para encarrilar la consulta, salvo que se consienta hacer de la participación una cuestión meramente lírica, o tan compleja como irrealizable.

(42) Tal como sucede, por ejemplo, en la legislación española. Tal como lo afirma Escudero, “el problema que presenta este derecho es que el legislador lo atribuye a los trabajadores con carácter general en el artículo 33.1 de la LPRL [Ley de Prevención de Riesgos Laborales], pero dispone en el artículo 33.2 de la LPRL que las consultas en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores se llevarán a cabo con ellos”. ESCUDERO PRIETO. Ob. cit., p. 164.