

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



PUCP

**Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social**

**A propósito del Deber de prevención, protección del trabajador frente a
los accidentes derivados de actividades riesgosas. Garantías mínimas del
SCTR a cargo de la EPS.**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social**

AUTOR

Franco Yosue Diaz Zavalaga

ASESOR:

Estela Ospina Salinas

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20101724

2019

Resumen

En nuestro país surge una situación de incertidumbre referente a la cobertura del SCTR, ya que artículo 2.3° de las Normas Técnicas no considera ciertas contingencias como accidentes de trabajo.

Por lo expuesto, se cuestiona el contenido normativo de las Normas Técnicas del SCTR, debido a que ostenta ambigüedades y permite que las EPS no cumplan con la finalidad preventiva y compensatoria del SCTR. En tal sentido, la facultad de calificar unilateralmente si una contingencia se configura como un accidente de trabajo permite que la EPS pueda negar las prestaciones al trabajador y encasille la contingencia dentro de los supuestos de exoneración del artículo 2.3° del D.S. 003-98-SA.

Lo referido provoca que los afiliados al SCTR no sean acreedores a las coberturas por parte de este Seguro Complementario al Seguro Social Regular, por lo que ha de cuestionarse si el SCTR atiende al deber de protección empresarial y si se enmarca dentro de los principios establecidos por la Seguridad Social.

Por lo señalado, la investigación busca responder lo siguiente:

1. En virtud del deber de preventivo ¿Ostentan las Entidades prestadoras del SCTR una responsabilidad objetiva?
2. A propósito de la presunción de responsabilidad, ¿Es admisible trasladar al trabajador la carga de iniciar un procedimiento contencioso a fin de que las garantías mínimas le sean reconocidas?
3. ¿Cumple el SCTR con un auténtico deber de protección acorde a los principios de la Seguridad Social?

Se concluye que las atribuciones de calificación y exclusión del accidente de trabajo por parte de las EPS generan la vulneración de derechos del trabajador. En suma, el SCTR no confiere un deber preventivo a las EPS, tal como consta en el artículo 13° y la EPS ni la normativa del SCTR operan conforme a la Constitución y las normas nacionales e internacionales sobre la materia.

Índice

Introducción.....	4
1. El accidente de trabajo y las obligaciones a la luz de la Ley N° 29783: Deber de Prevención.....	6
1.1 Accidente de Trabajo	6
1.2 Obligaciones a la luz de la ley N° 29783: Deber de Prevención.....	8
2. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y el deber preventivo de las EPS.	11
3. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo como parte del Sistema de la Seguridad Social y sus principios.	15
Capítulo 1: La presunción de responsabilidad de las Entidades prestadoras del SCTR frente a la ocurrencia de un accidente de trabajo: Garantías mínimas.....	16
Capítulo 2: Juez y Parte: Poder decisorio del las Entidades prestadoras del SCTR y la carga del afectado para el reconocimiento de sus derechos en vía contenciosa.	19
2.1 Desconocimiento de la relación asimétrica del trabajador en la relación laboral.....	19
2.2 Traslación de la carga al trabajador para iniciar un proceso contencioso en busca del reconocimiento de sus derechos.....	21
2.3 Presunción de responsabilidad de las EPS y del empleador frente a un accidente de trabajo profesional.....	22
2.4 Perjuicios al trabajador por el traslado de la carga de iniciar un procedimiento contencioso.....	24
Capítulo 3: ¿Nos encontramos ante un adecuado deber de protección del trabajador? ¿Se cumplen los principios de la seguridad social?	26
3.1 El SCTR como expresión de la Seguridad Social	27
3.2 Vulneración a la naturaleza jurídica del SCTR.....	27
3.4 Inaplicación de los principios del Seguridad y salud en el SCTR y la vulneración a los derechos del trabajador derivados de la inaplicación de una responsabilidad objetiva por parte de las EPS.....	28
3.4 Inaplicación de los principios del Seguridad y salud en el SCTR y la vulneración a los derechos del trabajador derivados de la inaplicación de una responsabilidad objetiva por parte de las EPS.	31
Conclusiones y Recomendaciones.....	34

Introducción

El nacimiento del vínculo laboral implica que el trabajador ponga a disposición del empleador sus servicios de forma subordinada y personalísima a cambio de una remuneración, en dinero o especie, a fin de que este logre su subsistencia. No obstante, las prestaciones laborales por cuenta ajena realizadas por el trabajador implican desde ya su exposición a una serie de incertidumbres que se corresponde con los riesgos y peligros que implican el desempeño de toda actividad.

En virtud de lo anterior, el Estado, consciente del establecimiento de las relaciones laborales y en cumplimiento de su rol garante de los derechos fundamentales, adopta una postura enfocada en la teoría del riesgo profesional; en ese sentido, estableció la posibilidad de admitir que el trabajador se encuentre bajo ciertos riesgos siempre que el empleador tolere la responsabilidad por los mismos.

En virtud de lo anterior, el Estado delegó en el empresario el deber de hacer uso de mecanismos preventivos, a fin de evitar la comisión de accidentes laborales y demás perjuicios relacionados al trabajador. Por ello, se estableció dentro de la legislación preceptos que revelan la responsabilidad subyacente en el Empleador, toda vez que este último tiene el deber de brindar prevenir y proteger a sus trabajadores, mientras que estos últimos realizan actividades en beneficio del primero.

En tal sentido, a la luz de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, es obligación del empleador realizar todas las acciones necesarias para preservar la salud, vida e integridad de sus trabajadores, quedando bajo su responsabilidad la adopción de medidas preventivas destinadas a prevenir los accidentes laborales.

A razón de lo expuesto, se concibe la adopción del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo como una medida preventiva por el cual se contrata con Entidades Prestadoras de servicios asistenciales y previsionales para el resguardo de los derechos a la salud, integridad y dignidad del trabajador antes y después de la comisión de alguna contingencia.

No obstante lo referido, las Entidades prestadoras del SCTR - EPS y CPS en el ámbito privado no permiten que la finalidad del SCTR se vea satisfecha, debido a que se niegan a brindar cobertura al trabajador afectado, basándose en la potestad para determinar la configuración de una contingencia como accidente de trabajo pasible de ser coberturable o si por el contrario se

corresponde con algunos de los supuestos de exoneración como accidente de trabajo estipulados en el artículo 2.3° del D.S. 003-98-SA.

Lo anterior, se produce sin tener en consideración que, en virtud del artículo 13° del mismo texto, las Entidades Prestadoras de Salud en el SCTR ostentan, al igual que el empleador, un deber de prevención, por lo que la ocurrencia de un accidente de trabajo implicaría, en un primer plano, una deficiencia a la labor preventiva y en consecuencia una responsabilidad directa merecedora de ser coberturable por el SCTR.

Tras lo dicho, la negativa a brindar cobertura por SCTR impulsa al trabajador afectado y a su familia a promover el inicio un proceso contencioso, a través del cual se exige el reconocimiento de garantías mínimas establecidas en las Normas Técnicas del SCTR y de las prestaciones asistenciales y pensionarias estipuladas en dicho cuerpo normativo.

En consecuencia, se advierte la necesidad de analizar al criterio establecido en las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, ya que ante la comisión de un accidente de trabajo, la asunción del rol preventivo y compensatorio delegado a las EPS, en virtud del artículo 13° del cuerpo normativo en mención, encuentran contravenciones.

Por lo señalado, se considera fundamental plantear las siguientes interrogantes:

4. En virtud del deber de preventivo ¿Ostentan las Entidades prestadoras del SCTR una responsabilidad objetiva frente a los accidentes profesionales?
5. A propósito de la presunción de responsabilidad, ¿Es admisible trasladar al trabajador la carga de iniciar un procedimiento contencioso a fin de que las garantías mínimas le sean reconocidas?
6. ¿Cumple el SCTR con un autentico deber de protección al trabajador acorde a los principios de la Seguridad Social?

En consecuencia, el presente trabajo de investigación pretende dar respuesta a cada una de las interrogantes planteadas a fin de establecer si es viable continuar con los criterios establecidos en el D.S. 003-08-SA o si se necesita la una reforma que permita compatibilizar los criterios a favor de garantizar los derechos a la Salud, vida e integridad de los trabajadores que realizan actividades de riesgo.

1. El accidente de trabajo y las obligaciones a la luz de la Ley N° 29783: Deber de Prevención

1.1 Accidente de Trabajo

En el Perú el tema respecto a los accidentes de trabajo cobró especial relevancia jurídica desde la entrada del siglo XX. A partir de allí, se irían gestando nuevos cuerpos normativos orientados a establecer mejores condiciones ante los peligros a los que se encuentran expuestos los trabajadores en el desarrollo de su actividad.

En concordancia con lo mencionado, en 1911, se promulgó la Ley N° 1378, Ley de Accidentes de Trabajo; precedido por el Decreto Ley N° 18846, Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales vigente desde 1971. En lo sucesivo, la entrada en vigencia de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, dispuso en su artículo 19° la adopción de un seguro complementario de riesgos, por lo que el Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, tomó vigencia en 1998 y junto con la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su reglamento introdujeron una ideología de carácter preventivo, principalmente a cargo del empleador, con el objeto de evitar la generación de accidentes de trabajo que perjudiquen la integridad del trabajador.

En virtud de lo referido, el concepto de accidente de trabajo gestó una evolución que ha permitido adoptar una óptica de responsabilidad objetiva del empleador. Lo anterior se funda en que, a la luz de la situación de asimetría que reviste al trabajador en la relación laboral, se gestó el desprendimiento de la visión de responsabilidad que ordenaba la actividad probatoria del trabajador para acreditar la existencia de responsabilidad del empleador pasando a adoptar una óptica que objetiviza la responsabilidad del empleador, debido a que es él a quien se reconoce como el generador de los factores de riesgo. (Guzmán, 2018)

En consecuencia, la responsabilidad del empleador frente a las contingencias sufridas por los trabajadores en el ejercicio de su actividad laboral ostenta un matiz objetivo frente a la ocurrencia de todo accidente de trabajo. En ese sentido, se ha de entender al accidente de trabajo a la luz de lo establecido tanto a en la normativa internacional como nacional.

Por un lado, la Decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones sostiene en su artículo 1° lo siguiente:

“Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo (...).” (2004, págs. 3-4)

Asimismo, el inciso k) del artículo 2° del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, determina lo siguiente:

“Artículo 2°. - Para la aplicación del presente reglamento, se entiende por:

(...)

k) Accidente de Trabajo, a toda lesión corporal producida en el centro de trabajo o con ocasión de las labores para las cuales ha sido contratado el trabajador causadas por acción imprevista fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad y que pueda ser determinada por los médicos de una manera cierta”

Bajo la misma corriente ideológica, la Casación Laboral N° 1225-2015 Lima, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, argumenta que el accidente de trabajo es “aquel que se produce dentro del ámbito laboral, tratándose normalmente de un hecho súbito y violento que ocasiona un daño psíquico o físico verificable en la salud del trabajador.” (CASACIÓN N° 1225-2015-LIMA, 2015, pág. 7)

En virtud de lo anterior, será accidente de trabajo toda contingencia que origine un perjuicio al trabajador dentro del ámbito de la realización de actividades laborales siendo en el trabajo o con ocasión a él.

Aunado a lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo publicó el Anuario estadístico sectorial correspondiente al año 2017, mediante el cual abarca estadística respecto a las contingencias acontecidas. Asimismo, advierte que durante dicho año se realizaron 15,646 notificaciones de accidente de trabajo de los cuales el 21,87% de los accidentes notificados ocurrieron en el sector de la industria manufacturera; mientras que las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler registraron un 18,25% del total (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2018)

En virtud de lo anterior, los peligros a los cuales se encuentra expuesto el trabajador en toda actividad laboral, en especial en aquellas actividades de elevado riesgo, es relevante el rol del

Estado para el fomento de una cultura de preventiva que tienda revertir la cifra de accidentes laborales en el país.

1.2 Obligaciones a la luz de la ley N° 29783: Deber de Prevención

El deber de prevención del empleador tiene como base el poder de dirección que ostenta este respecto a su trabajador. En consideración de ello, Beatriz Gutiérrez-Solar señala que “La situación de dependencia en la que se encuentra el trabajador en la relación laboral en virtud del poder de dirección, justifica que el legislador imponga a este último un deber de protección ...”) En ese sentido se puede afirmar que el poder de dirección del empresario es el fundamento del deber de seguridad y salud del mismo” (Gutiérrez-Solar, 1999, pág. 141)

El deber de prevención encuentra asidero tras lo señalado en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. En dicha ley, se diseña un modelo basado en el ejercicio de un rol tripartito en el que participan el Estado, el empleador y el trabajador. Cada parte tiene un rol propio en determinada actividad que coadyuve al establecimiento de una cultura de preventiva en torno a la existencia de riesgos laborales.

En consecuencia, el Estado en cumplimiento del rol fiscalizador y de control que ostenta, dispone que el Empleador se encuentra en la obligación de cumplir con el deber de prevención por las actividades que se desarrollen bajo su organización. Además, delega al trabajador un rol activo y participativo que cobra fuerza cuando es empleado en el seno de las organizaciones sindicales. De esta manera, se establece una situación de simetría con el empleador en el establecimiento de actividades preventivas en el trabajo.

Adicionalmente, la ley N° 29783 estipula dentro del título preliminar los principios rectores que rigen el ideal desempeño de una cultura preventiva, siendo que, para efectos del presente texto, resultan de vital importancia los principios de Prevención y Responsabilidad.

Por un lado, conforme al I del título preliminar de la Ley N° 2978, el Principio de Prevención refiere que “El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores (...)”.

Tras lo esbozado, dicho principio sostiene la existencia de responsabilidad del empleador por la adopción de los mecanismos de prevención que se requieran en el centro de trabajo. En virtud de

ello, la adopción de un seguro complementario de trabajo de riesgo forma parte de la expresión de aquellos mecanismos, debido a que procura la integridad del trabajador principalmente previo a la ocurrencia de una contingencia laboral y en caso de acontecer ella la respectiva compensación, mediante el otorgamiento de prestaciones asistenciales y pensionarias.

Por otro lado, conforme al Artículo II del título preliminar de la Ley N° 29783, el Principio de Responsabilidad expresa que “El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes”.

En virtud de lo señalado, el principio opera de la mano con el principio de prevención, por lo que la comisión de cualquier accidente de trabajo debe entenderse de primera mano como un incumplimiento al principio de prevención y como tal derivar en responsabilidad empresarial, salvo se pruebe la existencia de causa que exonere de responsabilidad al patrono.

En consecuencia, el empleador será declarado responsable por los accidentes o enfermedades que se originen de la inobservancia en la adopción de los mecanismos de prevención y el seguro complementario de riesgo, contratado por él, deberá actuar en forma extensiva a su responsabilidad otorgando las prestaciones necesarias en la misma forma que debe hacerlo el empleador, con la salvedad de poder acreditar excepcionalmente la existencia de causa que lo exima de responsabilidad.

Aunado a lo anterior, el artículo 54° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, es manifestación expresa de los principios señalados. Así, establece que el empleador soporta el *deber de prevención*, entendido en base al Principio de Prevención; es decir, como la obligación y deber por **adoptar los medios y mecanismos preventivos dirigidos a salvaguardar la integridad de los trabajadores** y quienes se hallen en el centro de trabajo, añadiendo además lo siguiente:

“Artículo 54. Sobre el deber de prevención

El deber de prevención abarca también toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo.” (el subrayado es nuestro)

De lo referido se desprende que, el deber de prevención se ve realizado cuando quien tiene el deber de implementar los mecanismos preventivos, el empleador, adopta las acciones destinadas

a proteger la integridad en el centro de trabajo o en para quienes se encuentren en la ejecución de labores conexas al desempeño de la actividad.

En tal sentido, la ocurrencia de un accidente de trabajo responde a un incumplimiento al deber de prevención del empleador. En vista de ello y conforme al Principio de Responsabilidad, será siempre responsable quien omita la adopción de tales mecanismos por los resultados derivados del accidente de trabajo, salvo que él mismo logre acreditar que tal perjuicio no es producto de la inobservancia de los mecanismos de prevención.

En concordancia con lo referido, Carmen Salcedo Beltrán refiere que el deber de protección ostenta principios que circunscriben la actuación del empleador de la siguiente manera:

“a) Evitar los riesgos, b) Evaluación de los riesgos que no se pueden evitar, c) Combatir los riesgos desde su origen, d) Adaptar el trabajo a la persona, e) Tener en cuenta la evolución técnica, f) Sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro, g) Planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre la técnica, la organización de trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.” (“El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores”, 2000, págs. 44-47)

Asimismo, la autora señala que una característica del deber de protección empresarial es ser una *Obligación de medios*, debido a que admitir que el deber de protección sea una *Obligación de resultados* implicaría considerar que la protección solo se logra evitando el daño. (2000, pág. 27)

Tras lo referido, se vislumbra que la responsabilidad empresarial no es ilimitada y tal solo se podrá exonerar al acreditarse que el empleador logró con el cumplimiento de la obligación de medios; es decir, el ejercicio de un auténtico rol participativo y compromiso en el establecimiento de mecanismos preventivos suficientemente adecuados que resguarden la integridad de los trabajadores y que los perjuicios del trabajador escapen a su responsabilidad.

A la luz de lo expuesto, en calidad de introito al desarrollo del siguiente apartado y en correlación con los fines del presente análisis, es imperativo advertir que, de acuerdo a las disposiciones de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la Entidad prestadora de salud ostenta un deber basado en la asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la entidad empleadora y a los asegurados.

En tal sentido, en función a los argumentos y disposiciones delegados al empleador, el deber

preventivo y la omisión de dicho deber traen como consecuencia el perjuicio de los trabajadores, por lo que el empleador debe soportar los resultados. Debido a ello, debe imputarse de igual forma la responsabilidad de las Entidades prestadoras del SCTR que no cumplan con el cumplimiento del deber de prevención y como tal su responsabilidad objetiva por la vulneración a la integridad y salud del trabajador, salvo que logre demostrar el cumplimiento y la diligencia en su accionar.

2. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y el deber preventivo de las EPS.

Como refiere Eduardo Hurtado Arrieta, “ el SCTR fue un producto de su época, una en la que se intentaba nuevamente reformar la Seguridad Social y en donde el énfasis a la participación del sector privado era presentado como una alternativa de mayores y mejores servicios de campo” (2015, págs. 175-192)

En ese sentido, el SCTR emerge en respuesta al SOATEP, Seguro obligatorio de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, emitido por el Decreto Legislativo N° 18846 y cuyo foco de atención era ocupado por los obreros a quienes se les otorgaba cobertura exclusiva.

En virtud de lo anterior y en aras de la modernización de la seguridad social, la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social, exhorta la creación del SCTR, de acuerdo a las normas técnicas del Decreto Supremo 003-98-SA, a fin de otorgar cobertura a los obreros y empleados que realizan actividad laboral en condiciones de alto riesgo.

En concordancia con lo anterior, el artículo 19° de la Ley N° 26790, estipula lo siguiente:

“Artículo 19.- Seguro Complementario de Trabajo De Riesgo

El Seguro complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo determinadas mediante Decreto Supremo o norma con rango de ley. Es obligatorio y por cuenta de la entidad empleadora. Cubre los riesgos siguientes:

- a. Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con el IPSS ó con la EPS elegida.*
- b. Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con la ONP o con empresas de seguros debidamente acreditadas.”*

En virtud de lo anterior, el SCTR opera como un seguro complementario al Seguro Social de Salud que se perfecciona mediante la suscripción de un contrato entre la Entidad empleadora y la

Aseguradora. Asimismo, brinda coberturas en salud a cargo de EsSalud o Entidades prestadoras de Salud – EPS y coberturas pensionarias a cargo de la ONP o Compañías de seguros privados – CSP, a los obreros y empleados que desempeñan labores en las actividades de riesgo comprendidas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, Reglamento de Ley N° 26790.

En virtud de lo anterior, Javier Paitán señala lo siguiente:

“el SCTR manifiesta mayor medida las técnicas de colaboración y gestión privada de los sistemas de protección social en el Perú, aunque siga siendo administrado indirectamente (Supervisión) por parte del Estado , a través de sus órganos reguladores, supervisores, fiscalizadores y de solución de controversias: Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS), Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo(MTPE), Superintendencia Nacional de fiscalización laboral (SUNAFIL) y la superintendencia Nacional de salud (SUSALUD), a través del CECONAR” (Seguridad social, Arbitraje y Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, 2018, págs. 19-20)

En consecuencia, el D.S. 003-98-SA establece una serie de obligaciones bajo las cuales las partes deben su actuación y establece, dentro de su cuerpo normativo, una serie de estipulaciones vinculadas a la adopción de una cultura preventiva que coadyuve a la preservación de la salud de los trabajadores que realizan dichas actividades de alto riesgo.

Por un lado, en virtud del artículo 11° del referido Decreto Supremo, el empleador ostenta un deber de preventivo, ampliamente relacionado con el Principio de Prevención y deber de prevención delegado en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y que refiere lo siguiente:

“Artículo 11.- Deberes de la Entidad Empleadora

Son deberes de la Entidad Empleadora:

- a) Procurar el cuidado integral de los trabajadores y de los ambientes de trabajo;*
- b) Diseñar y ejecutar programas de salud ocupacional y seguridad industrial;*
- c) Informar al IPSS o la EPS, así como a la ONP o la Compañía de Seguros, sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales detectadas en sus centros de trabajo; así como los cambios que se produzcan en sus centros de trabajo en materia de procesos de fabricación; ingresos, incapacidades, licencias, vacaciones, suspensiones de contratos de trabajo, modificación de salarios y ceses de sus trabajadores;*
- d) Facilitar la capacitación de los trabajadores del centro de trabajo en materia de salud ocupacional y seguridad industrial;*

e) Las demás obligaciones previstas en la legislación laboral y otras normas sobre salud ocupacional y seguridad industrial.”

Al respecto, cabe resaltar que el empleador tiene como deber fundamental la adopción de medidas que velen por la integridad de los trabajadores mediante la ejecución de programas preventivos y el trabajo conjunto con las Aseguradoras a fin de detectar variaciones en las condiciones de trabajo y controlar los riesgos.

Asimismo, dentro de las prestaciones de salud, las EPS, que abarcan la cobertura de la mayoría de trabajadores afiliados a este seguro, también ostentan deberes cuyo foco de atención se vincula con el fomento y adopción de mecanismos preventivos que velen por la integridad del trabajador.

En ese sentido, el artículo 13° sostiene lo siguiente:

“Artículo 13.- Prestaciones Mínimas

La cobertura de salud por trabajo de riesgo otorga, como mínimo, las siguientes prestaciones:

I) Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la ENTIDAD EMPLEADORA y a los ASEGURADOS;

II) Atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, cualquiera que fuere el nivel de complejidad; hasta la recuperación total del ASEGURADO o la declaración de una invalidez permanente total o parcial o fallecimiento. EL ASEGURADO conserve su derecho a ser atendido por el Seguro Social en Salud con posterioridad al alta o a la declaración de la invalidez permanente, de acuerdo con el Artículo 7o del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

III) Rehabilitación y readaptación laboral al ASEGURADO inválido bajo este seguro;

IV) Aparatos de prótesis y ortopédicos necesarios al ASEGURADO inválido bajo este seguro” (el subrayado es nuestro)

En consecuencia, tanto las EPS, en el ámbito privado, como EsSalud, en el ámbito público, tienen el deber de prestar como mínimo asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la entidad empleadora y a los trabajadores. En tal sentido, comparten junto con el empleador un deber preventivo destinado a tomar acciones y evitar la ocurrencia de contingencias laborales derivadas de los riesgos y peligros subyacente al desarrollo de la actividad de alto riesgo.

Bajo tal panorama, el trabajador podrá ampararse por la cobertura que brinda el SCTR y recibir las prestaciones de salud y pensionarias al cumplir con ciertos deberes, tal como se refiere en el artículo 10° en las siguientes líneas:

“Artículo 10.- Deberes del Trabajador

Son deberes del Trabajador:

(...)

e) Participar en la prevención de riesgos profesionales que organice el IPSS, las Entidades Prestadoras de Salud, las ASEGURADORAS y la propia Entidad Empleadora; (...)"

Por lo expuesto, los trabajadores podrán ser beneficiarios de las prestaciones brindadas en el SCTR, siempre que ellos mismos coadyuven a la preservación de su salud y seguridad, tomando especial consideración por ejecutar lo impartido en las actividades de índole preventiva impartidas tanto por el empleador como por las Aseguradoras.

En virtud de lo anterior, el empleador y las Aseguradoras se encuentran en plena capacidad de impartir al trabajador las herramientas preventivas necesarias para que este puede preservar su integridad. La primera, en calidad de director de las actividades que se desarrollan en el centro de trabajo; mientras que la segunda, en calidad de especialistas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo cuya actividad comercial consiste en obtener los mayores beneficios a medida que se evitan las contingencias laborales.

Asimismo, si bien es cierto que tanto la entidad empleadora como la Aseguradora comparten un deber preventivo, con deberes específicos que su posición de tal comprende, no significa que una deba asumir indefectiblemente las consecuencias por la omisión de la labor preventiva del otro.

Así lo refiere el artículo 12º que señala lo siguiente:

"Artículo 12.- Negligencia Grave de la Entidad Empleadora

En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que se produzcan como consecuencia directa del incumplimiento de las normas de salud ocupacional o de seguridad industrial o por negligencia grave imputables a "LA ENTIDAD EMPLEADORA" o por agravación de riesgo o incumplimiento de las medidas de protección o prevención a que se refiere el Artículo 8o del presente Decreto Supremo; el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud y la ONP o la ASEGURADORA, cubrirán el siniestro, pero podrán ejercer el derecho de repetición por el costo de las prestaciones otorgadas contra la Entidad Empleadora." (el subrayado es nuestro)

En dicho sentido, la EPS debe cubrir las prestaciones derivadas de la contingencia para luego repetirlas contra el empleador negligente. Lo anterior se originada debido a que, no obstante la EPS cumpla con impartir las medidas de prevención referidas en el artículo 13º, esta deberá responder si no ejerce oportunamente el derecho a supeditar la vigencia de la cobertura a la adopción de medidas de prevención o protección de cumplimiento obligatorio por parte del empleador, conforme se refiere en el artículo 8º.

En síntesis, el empleador y la Aseguradora tienen obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo con características propias a su calidad de tal. Asimismo, ostentan un deber por desarrollar un sistema preventivo dentro de la ejecución de labores de alto riesgo en la empresa, por lo que la omisión de la labor preventiva por parte de alguna de ellas no implica la desprotección del trabajador afectado.

En dicho sentido, la concurrencia de un accidente de trabajo lesivo al trabajador implicará de pleno derecho la cobertura del SCTR. Además, conllevará al otorgamiento de prestaciones a cargo de la Aseguradora, sin importar que dicha contingencia sea producto del incumplimiento del deber preventivo del empleador y/o sea consecuencia de la inobservancia de la propia aseguradora por otorgar de asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la ENTIDAD EMPLEADORA y a los ASEGURADOS.

3. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo como parte del Sistema de la Seguridad Social y sus principios.

La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 10° el derecho de toda persona a la Seguridad social, mismo que refiere lo siguiente:

“Artículo 10°.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.”

En dicho sentido, el Seguro social en Salud, que es parte de la Seguridad Social, forma parte del bloque de derechos constitucionales sin que este pueda ser limitado de forma arbitraria.

Por lo referido, el SCTR, como extensión del Seguro Social, debe obedecer a los principios que rigen todo Sistema de Seguridad Social, mismos que son definidos por Mario Pasco Cosmópolis de la siguiente manera:

- 1. “Universalidad: la Seguridad Social apunta a proteger a toda persona en estado de necesidad; su universo es la totalidad de la población e incluso en su concepción más amplia, se extiende a quienes transitoriamente se encuentran dentro de un determinado territorio. Ello es, en la mayoría de países, sólo una meta, no un logro. Por lo general, la Seguridad Social suele estar dirigida sólo a los trabajadores y sus familiares.” (...)*
- 2. Generalidad – Integralidad: “La cobertura de los riesgos sociales debe ser total, Oportuna y suficiente. Ello implica generalizar el amparo frente a todas las manifestaciones del riesgo*

social: enfermedad, maternidad, infortunios (accidentes comunes y de trabajo, enfermedad profesional), invalidez, vejez, muerte, desempleo Y cargas familiares, cuyo conjunto aparece contenido en la norma mínima de seguridad social adoptada por la OIT (convenio N° 102). La protección frente a estas contingencias debe ser completa, abarcando integralmente: la pérdida del ingreso ordinario Y los mayores gastos que se generen” (...)

3. *Principio de Unidad: “La Seguridad Social adopta, en los diversos países, métodos de operatividad técnica y de organización legal, administrativa y financiera similares.”*
4. *Principio de Base Técnica: “la Seguridad social en el mundo entero responde, no sólo a principios, sino a criterios comunes en cuanto a sus bases técnica y financiera. Tanto es así que, con matices propios de la adaptación de la realidad de cada país, la normativa en todos ellos es semejante, lo que hace posible, por ejemplo, que se puede suscribir convenios entre países por los que puedan acumularse aportaciones y prestaciones.”*
5. *Principio de Solidaridad: “(...) implica la distribución equitativa del costo del sistema; el esfuerzo de toda la comunidad en su propio beneficio, Esfuerzo al que deben contribuir todos y cada cual según sus capacidades y necesidades.” (Pasco Cosmópolis, 2008, pág. 4)*

En suma, el SCTR como parte del Sistema de la Seguridad Social debe regir su normativa y la actuación de las partes en concordancia con los principios de Universalidad, Generalidad-integralidad, Unidad, Base técnica y Solidaridad. Lo anterior es con el propósito de brindar protección a los trabajadores, preservar la esencia de su naturaleza jurídica y ser compatible con la Constitución Política del Perú y las normas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Capítulo 1:

La presunción de responsabilidad de las Entidades prestadoras del SCTR frente a la ocurrencia de un accidente de trabajo: Garantías mínimas

La situación de asimetría que tolera el trabajador ha motivado que la noción de accidente de trabajo cruce por un proceso de transición tendiente a equilibrar la balanza.

En dicho contexto, la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo a nivel nacional e internacional concuerdan en establecer una responsabilidad objetiva por parte del empleador, fundamentándose principalmente en dos teorías:

Por un lado, la *Teoría del riesgo creado* establece la responsabilidad del empleador en virtud de

que es en interés de él que funciona el organismo que creó y por lo tanto debe soportar el peligro que ello implica. (Vázquez Vialard, 1983, pág. 277)

En similar dirección, la *Teoría del riesgo profesional* delega en el empleador la responsabilidad, debido a que la ejecución de actividades se realiza en provecho de éste. En tal sentido, Alonso Olea refiere que “*quien genera una situación de riesgo, al margen de toda consideración de culpa o negligencia, ha de pechar con las actualizaciones del riesgo en siniestro, aunque éstas se deban al azar; tal es el principio a aplicar a las situaciones de riesgo generadas por el funcionamiento de la empresa.*” (1995, pág. 112)

Bajo lo expuesto, la Ley de Seguridad y salud en el trabajo, amparada en los principios de protección, prevención y responsabilidad, tipificados en el título preliminar, delega en el empleador el deber de prevención conforme al artículo 54° de su cuerpo normativo. En base a lo referido, el empleador tiene la obligación de adoptar los mecanismos de seguridad necesarios destinados a la prevención y protección de los trabajadores a su cargo, bajo responsabilidad administrativa, civil y penal.

En virtud de lo anterior, la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, dispuso el surgimiento del SCTR como uno de los mecanismos protectorios que el empleador debe adoptar para garantizar la protección y compensación de los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Por lo expuesto, el SCTR es un seguro destinado a brindar prestaciones de salud y económicas para aquellos trabajadores que realicen actividades de alto riesgo comprendidas en la ley.

No obstante lo referido, que las obligaciones enmarcadas en el artículo 13° del SCTR son administradas por las Aseguradoras y no directamente por el empleador, no genera estas Aseguradoras asuman por completo la responsabilidad del empleador y este quede liberado del deber preventivo que abarca todo el ámbito de ejecución de actividades laborales.

En ese sentido, la responsabilidad empresarial en seguridad y salud en el trabajo subyace también en todos los deberes y obligaciones que se hallan tipificados en el SCTR. Por lo anterior, a fin de que tales obligaciones sean tuteladas y que la suscripción de un contrato entre las Aseguradoras y el empleador no implique la liberación de la responsabilidad de él, se propone que la responsabilidad objetiva que ostenta el empleador sea asumida también por las aseguradoras, toda vez que las EPS reemplazan y ejercen la administración de los deberes de seguridad y salud que le competen al empresario.

En este sentido, el Decreto Supremo 003-98-SA, sostiene en el artículo 13° lo siguiente:

“Artículo 13.- Prestaciones Mínimas

La cobertura de salud por trabajo de riesgo otorga, como mínimo, las siguientes prestaciones:

I. Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la ENTIDAD EMPLEADORA y a los ASEGURADOS;

(...)”

De lo señalado, el Decreto Supremo N° 003-98-SA confiere a la EPS la responsabilidad de prestar asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud tanto al empleador como a los trabajadores. Por lo anterior, se advierte que la EPS asume la obligación de analizar los factores de riesgo y peligro existentes en el centro de trabajo, a fin de asistir y asesorar al empleador en la toma de medidas correctivas y preventivas, motivo por el cual comparte junto con él un deber preventivo en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Asimismo, tras interpretar conjuntamente de los artículos 12° y 16.5° del propio Decreto Supremo 003-98-SA, se concluye la importancia y el nivel de responsabilidad que ostentan las EPS frente a los trabajadores, debido a que responderán por las negligencias y omisiones del empleador en la adopción de medidas de protección y prevención encomendadas al empresario. Al respecto, cabe advertir que la EPS puede supeditar la vigencia del contrato al cumplimiento de las obligaciones por parte del empresario, caso contrario será responsable de prestar asistencia al trabajador afectado y repetir contra el empleador por la negligencia cometida.

En virtud de lo referido y en coherencia con la propuesta planteada, pese a no mediar vínculo laboral entre el trabajador y la Aseguradora, esta última ostenta una responsabilidad como si del empleador se tratase, ya que ejecuta actividades en nombre de él y ha de responder por el incumplimiento en el deber preventivo.

Bajo dicho paradigma, si la EPS responde por la inexecución de obligaciones del empleador, entonces debe responder en la misma magnitud; es decir, asumiendo una responsabilidad objetiva, a fin de cumplir con los fines de la seguridad y salud en el trabajo que, en virtud de la protección de los derechos a la vida y salud de los trabajadores motivaron a la creación del SCTR como un mecanismo más de protección al trabajador.

Por lo referido anteriormente, el reconocimiento de una responsabilidad objetiva por parte de las Aseguradoras es imperante. Por lo anterior, la delegación de las obligaciones en responsabilidad preventiva y compensatoria, enmarcadas en una relación civil entre el empleador y las

aseguradoras, no debe significar un perjuicio para el trabajador ni provocar que el cumplimiento oportuno de dicha obligación de origen laboral encuentre trabas al desconocer la situación de asimetría en la que se encuentra el trabajador. En suma no corresponde trasladar la carga para el reconocimiento de sus derechos en vía contenciosa conforme se analizará en el siguiente a continuación.

Capítulo 2:

Juez y Parte: Poder decisorio del las Entidades prestadoras del SCTR y la carga del afectado para el reconocimiento de sus derechos en vía contenciosa.

2.1 Desconocimiento de la relación asimétrica del trabajador en la relación laboral

El Decreto Supremo 003-98-SA determina al SCTR como un seguro por el cual la Aseguradora, previo contrato suscrito con el empleador, se obliga a brindar coberturas por la ocurrencia de un accidente de trabajo y enfermedad profesional a los trabajadores que tienen la calidad de afiliados regulares del Seguro Social de Salud y que ejerzan actividades de alto riesgo como las descritas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

En virtud de lo anterior, para que la aseguradora brinde las coberturas correspondientes primero deberá verificarse la comisión de un accidente de trabajo y enfermedad profesional, mismos que se configuran de acuerdo a lo estipulado en los artículos 2° y 3° de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo que refieren lo siguiente:

“Artículo 2.- Accidente del Trabajo

2.1 De acuerdo con el inciso k) del Artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, se considera accidente de trabajo, toda lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona del trabajador o debida al esfuerzo del mismo.”

“Artículo 3.- Enfermedad Profesional

De acuerdo con lo establecido por el Inc.n) de Artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, se entiende como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o de medio en que se ha visto obligado a trabajar.”

No obstante lo señalado, es importante advertir que, pese a establecer la definición de accidente de trabajo y enfermedad profesional, el artículo 2.3° del Decreto Supremo N° 003-98-SA se erige en contra del marco que delimita al accidente de trabajo y señala expresamente que no todos las contingencias ocurridas en el desarrollo de actividades de alto riesgo constituyen accidente de trabajo.

Así el artículo cuestionado refiere lo siguiente:

“2.3 No constituye accidente de trabajo:

- a) El que se produce en el trayecto de ida y retorno a centro de trabajo, aunque el transporte sea realizado por cuenta de la Entidad Empleadora en vehículos propios contratados para el efecto;*
- b) El provocado intencionalmente por el propio trabajador o por su participación en riñas o peleas u otra acción ilegal;*
- c) El que se produzca como consecuencia del incumplimiento del trabajador de una orden escrita específica impartida por el empleador;*
- d) El que se produzca con ocasión de actividades recreativas, deportivas o culturales, aunque se produzcan dentro de la jornada laboral o en el centro de trabajo;*
- e) El que sobrevenga durante los permisos, licencias, vacaciones o cualquier otra forma de suspensión del contrato de trabajo;*
- f) Los que se produzcan como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes por parte de EL ASEGURADO;*
- g) Los que se produzcan en caso de guerra civil o internacional, declarada o no, dentro o fuera del Perú; motín conmoción contra el orden publico o terrorismo;*
- h) Los que se produzcan por efecto de terremoto, maremoto, erupción volcánica o cualquier otra convulsión de la naturaleza;*
- i) Los que se produzcan como consecuencia de fusión o fisión nuclear por efecto de la combustión de cualquier combustible nuclear, salvo cobertura especial expresa.”*

A través de una norma expresa, la legislación peruana desconoce el concepto de accidente de trabajo tal como se manifiesta en normas internacionales como la Decisión 584 de la Comunidad Andina y la normativa nacional como consta en la Ley de Seguridad y salud en el trabajo y la Ley de Modernización de la Seguridad Social y su reglamento.

Lo anterior, se traduce en una situación de arbitrariedad, debido a que se desconoce aquella situación de asimetría que caracteriza al trabajador en la relación laboral consistente en el “vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad

al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto”. (Neves, 2003, pág. 203)

En consecuencia, se concede a la Aseguradora la facultad plena de calificar en primera instancia si la comisión de una contingencia configura un accidente de trabajo coberturable o no.

En tal sentido, presentan dos actuaciones lesivas para la protección de los derechos del trabajador. Por un lado, la Aseguradora de forma única y exclusiva califica si una contingencia configura un accidente de trabajo pasible de recibir las prestaciones del SCTR.

Por otro lado, se desconoce la situación asimétrica del trabajador en la relación laboral, ignorando el escaso control y poder probatorio que tiene sobre el desarrollo de actividades en la empresa y las contingencias que surjan en ella. De esta manera, se condena al trabajador que sufra alguna contingencia laboral comprendida en alguno de los supuestos planteados a no recibir las coberturas correspondientes, ya que a la luz de lo estipulado, no se ha configurado la ocurrencia de accidente de trabajo alguno.

2.2 Traslación de la carga al trabajador para iniciar un proceso contencioso en busca del reconocimiento de sus derechos

La facultad que ostentan las aseguradoras para calificar, prima facie, la existencia de un accidente de trabajo determinará la obligación o no de brindar las prestaciones derivadas de la contingencia. En tal sentido, el no reconocimiento de la contingencia como un accidente de trabajo origina que no se brinde oportunamente las prestaciones asistenciales que el trabajador necesita para evitar el mayor deterioro de su salud, por lo que este se verá en la necesidad de solicitar el reconocimiento de tales prestaciones por la vía contencioso administrativa.

En suma, ignorar la situación asimétrica en la que se encuentra el trabajador y delegar la facultad para calificar la configuración de un accidente de trabajo a las Aseguradoras representan una omisión al principio protector y vulneran los derechos del trabajador. En tal sentido, desconocer la relación asimétrica generaría perjuicios a la víctima incluso a nivel procesal. Así, Mario Pasco Cosmópolis refiere lo siguiente:

“La relación laboral no se da entre partes iguales, sino, por el contrario, netamente desiguales. Esa desigualdad, que en la relación sustantiva se manifiesta en la subordinación que somete al trabajador al control y la dirección del empleador, se traslada y aún exacerba en la relación procesal entre ellas.” (Pasco Cosmópolis, 2008, pág. 518)

En virtud de lo expresado, permitir que la calificación del accidente de trabajo dependa de la decisión empresarial de la Aseguradoras, las convierte en juez y parte en la toma de decisiones. Lo anterior compromete el estado de salud del trabajador afectado debido a que la negativa de tales unidades empresariales, amparadas por la libertad de actuación que ostentan y coadyuvadas por las causales de exclusión establecidas en el artículo 2.3° del D.S. 003-98-SA, generará una serie de afectaciones a la víctima.

Por lo expuesto, el trabajador tendrá que iniciar un proceso contencioso a fin de ver reconocidos sus derechos, quebrantándose así la razón de ser del Principio protector en el proceso laboral, cuyo objeto es equilibrar la desigualdad entre las partes, pierde su razón de ser.

2.3 Presunción de responsabilidad de las EPS y del empleador frente a un accidente de trabajo profesional

Como sostiene Carmen Salcedo Beltrán, una característica del deber de prevención empresarial es ser una *Obligación de medios*, debido a que admitir que el deber de protección sea una *Obligación de resultados* implicaría considerar que la protección solo se logra evitando el daño. (2000, pág. 27)

En consecuencia, se eximirá de responsabilidad al empleador que satisface su obligación mediante la puesta de medidas preventivas y protectoras.

Asimismo, se advierte que si bien existen circunstancias por las cuales es razonable argumentar que las causales de exoneración de responsabilidad tipificadas en el artículo 2.3° referido pueden mantener cierto sustento, también lo es que tanto la Aseguradora y la entidad empleadora cuentan con un deber proteccionista y por lo tanto las causales de exoneración no pueden facultar bajo ninguna circunstancia que las Aseguradoras - EPS- puedan utilizar como único argumento de exoneración de responsabilidad la concurrencia de circunstancias como las tipificadas en los incisos del artículo 2.3°.

Lo señalado se fundamenta en que, no obstante, las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo establecen causales de exoneración de responsabilidad, también estipulan una serie de deberes y obligaciones que conciernen a las EPS en aras fomentar la actividad preventiva en materia de Seguridad y Salud en el trabajo.

Asimismo, el artículo 13° de la ley del SCTR establece como prestaciones mínimas de las

aseguradoras que brindan cobertura por salud la “Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la ENTIDAD EMPLEADORA y a los ASEGURADOS”.

En virtud de lo referido, la EPS ostenta una serie de obligaciones conforme se describen a continuación:

- a. Por un lado, la EPS se encuentra en la obligación de asistir, asesorar y capacitar tanto al empleador como a los trabajadores.
- b. Por otro lado, en virtud de las responsabilidades que confiere el artículo 12°, la EPS tiene, bajo responsabilidad solidaria que luego podrá repetir contra el empleador negligente, el deber de vigilar que el empresario adopte las medidas de prevención y protección recomendadas. De tal forma que, no obstante la EPS cumpla con impartir las medidas de prevención, que se le confiere en el artículo 13°, estas tendrán que responder por las negligencias cometidas toda vez que no hayan ejercido oportunamente su derecho a suspender o rescindir el contrato suscrito.

En tal sentido, la EPS ostenta de una presunción de responsabilidad que opera de forma inmediata a la ocurrencia de la contingencia laboral y que sólo podrá eximirse previa verificación del cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, para que la EPS pueda argumentar que la contingencia surgida no configura un accidente de trabajo, a la luz de las causales de excepción establecidas en el artículo 2.3°, primero deberá verificarse que estas han cumplido con sus prestaciones mínimas, debido a que tales son necesarias para procurar la protección del trabajador, tal como se refiere en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y los principios del Título Preliminar.

En tal sentido, si la actuación de la EPS en asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la entidad empleadora y a los asegurados tienen como principal objetivo el desarrollo de actividades preventivas que reduzcan al máximo posible los riesgos y peligros en la ejecución de actividades, habrá de analizarse si dicha asistencia y asesoramiento fueron suficientes para evitar la contingencia de tal forma que sea precisamente la confluencia de aquellos supuestos establecidos en el artículo 2.3° los que inevitable y forzosamente motivaron la contingencia en perjuicio del trabajador.

Asimismo, podría darse el supuesto de que la contingencia laboral ocurra tanto por la negligencia de la entidad empleadora, de la Aseguradora, y del trabajador afectado, ya que estos actúan de

forma conjunta. En este sentido, nos encontraríamos frente a un escenario en el que se podría generar una concurrencia de responsabilidades en el cual no sería admisible que la EPS alegue la negligencia de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad y la no disposición de las prestaciones del SCTR.

Al respecto, cabe analizar que, junto a la negligencia de la víctima, también se generó una omisión al deber de prevención del empleador y de la EPS que pudo haber coadyuvado a la ocurrencia del accidente. En tal sentido, de acuerdo a los criterios esbozados en la *Teoría del riesgo creado* y la *Teoría del riesgo profesional*, existe una infracción al deber preventivo y en consecuencia se debe resarcir a la víctima. Para ello, corresponde otorgar las prestaciones asistenciales correspondientes, dejando de lado alguna indemnización por daños y perjuicios que debe ser compensada con la negligencia del trabajador, la del empleador y de la EPS.

En similar dirección y bajo el mismo razonamiento, la EPS, pese a haber cumplido con su deber de asistencia preventiva, tiene la obligación de vigilar que el empleador cumpla con sus obligaciones y las recomendaciones propuestas por ella, con la opción de resolver el contrato si el empleador hiciera caso omiso. En tal sentido, si la contingencia surge por incumplimientos de la entidad empleadora y la EPS no ejerció el derecho a resolver el contrato, esta deberá responder conforme lo indica el artículo 12° del Decreto Supremo 003-98-SA.

En consecuencia, se debe admitir que, frente a las conductas negligentes de los tres actores, la Entidad empleadora y la EPS, contratada a cargo del empleador para respaldarlo ante el surgimiento de contingencias laborales en beneficio del trabajador, deben asumir la responsabilidad en virtud del deber preventivo que ostentan.

El referido criterio es compatible con los ideales de la seguridad social y los fines protectores de SCTR, el Principio Protector y el Principio Preventivo del empleador toda vez que, la negligencia del trabajador no implica que el patrono quede absuelto de su responsabilidad en la adopción de mecanismos preventivos.

2.4 Perjuicios al trabajador por el traslado de la carga de iniciar un procedimiento contencioso

Por lo anteriormente referido y en consideración los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional, como el referido en el Expediente N° 02513-2007-PA/TC que manifiesta lo siguiente:

“2.7.§ La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba

22. *Cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional es declarada durante la vigencia de la relación laboral, se presume que la configuración de la invalidez no es un hecho controvertido, debido a que se tiene la certeza de que ésta se encuentra cubierta por la póliza del contrato del SCTR (...)*
24. *Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada.”*

En suma, ignorar aquella presunción de responsabilidad que atañe a las EPS estaría generando perjuicios al trabajador afectado. En tal sentido, dejar al arbitrio de las EPS la posibilidad de determinar el otorgamiento de prestaciones ocasiona que se traslade al trabajador la carga de iniciar un procedimiento contencioso a fin de ver satisfechos la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad.

En consecuencia, se reflejan dos importantes afectaciones al trabajador víctima de un accidente de trabajo profesional calificado como una contingencia que no constituye accidente de trabajo a la luz del SCTR conforme se expresa a continuación:

1. La víctima no recibe las prestaciones de salud oportunamente:

La facultad que ostentan las EPS para poder calificar de manera unilateral la ocurrencia de un accidente de trabajo provoca un estado de vulneración a los derechos fundamentales del trabajador, debido a que la vida, la salud y la dignidad que mantiene como ser humano se encuentran a merced de la calificación que realice la Aseguradora.

En tal sentido, el riesgo que corre la vida y salud del trabajador afectado, cuyo deterioro puede evitarse al máximo posible durante los primeros momentos de ocurrida la afectación, se encuentran en un estado de sujeción que depende en un primer momento de la mera decisión de quien actúa como juez y parte tanto en la toma de decisiones, para calificar a la contingencia como accidente de trabajo, como en el otorgamiento de las prestaciones de salud correspondientes.

Asimismo, se advierte que someter a la víctima a un proceso de calificación de la contingencia como accidente de trabajo por parte de una empresa con fines de lucro puede generar el sometimiento a un proceso sesgado por los fines e intereses económicos de la EPS.

En tal sentido, la negativa a brindar las coberturas derivadas del SCTR a la víctima podría mermar potencialmente la salud del trabajador, quien en una situación de extrema urgencia podría ver comprometida su salud de forma irreversible e incluso derivar en el fallecimiento de este.

En virtud de lo anterior, si la salud del trabajador se ve comprometida de forma irreversible, cabe la posibilidad de que, al margen de las prestaciones asistenciales que debió recibir por parte de la EPS, al trabajador y/o a su familia les corresponda recibir las prestaciones económicas que derivan también del SCTR-pensión a cargo de las CPS. No obstante ello, si la situación de invalidez del trabajador, o posterior fallecimiento, tuvo como origen el desconocimiento de la contingencia como accidente de trabajo por parte de la EPS, nada impide que la misma lógica argumental sea empleado para la rechazar la calificación y el otorgamiento de las prestaciones económicas por parte de la CPS.

En consecuencia, la facultad otorgada a la EPS para la calificación de una contingencia como accidente de trabajo acarrea afectaciones al trabajador. Tales afectaciones no solo pueden desconocer arbitrariamente el derecho de la víctima a recibir las prestaciones asistenciales del SCTR, sino que además de comprometer su salud de forma irreversible al no recibir las prestaciones oportunamente. Aunado a ello, puede darse que frente a una situación de invalidez o deceso, que tuvo como origen una contingencia no reconocida como accidente de trabajo, el trabajador y/o su familia tampoco sean acreedores a las prestaciones económicas por parte de la CPS.

- 2** Se le traslada la carga de iniciar un procedimiento contencioso para el reconocimiento de sus derechos

Asimismo, la facultad que tiene la EPS para calificar y negar la configuración de un accidente de trabajo coberturable por el SCTR se puede originar por que, bajo su análisis, tal se encasilla como un supuesto que excluye la existencia de un accidente de trabajo y exime de responsabilidad al empleador y a la propia Aseguradora.

En virtud de lo anterior, siendo que la EPS tiene, prima facie, voz y voto decisivo para el otorgamiento de las prestaciones asistenciales en salud, el trabajador debe recurrir a la vía contenciosa a fin de que la contingencia sea analizada por un tercer agente imparcial.

Por lo referido anteriormente, pese a que, en virtud del deber preventivo, opera una presunción de responsabilidad por parte del empleador y de la Aseguradora se ha optado por declarar a la EPS como juez y parte en el reconocimiento y otorgamiento de prestaciones de salud. En tal sentido, la negativa por reconocer a la contingencia como accidente de trabajo provoca un traslado al trabajador afectado, debido a que se le exige invertir tiempo y dinero para iniciar un procedimiento contencioso por la vía judicial o por la vía arbitral.

Por lo referido, es cuestionable que, en virtud de la presunción de responsabilidad que acompaña tanto al empleador como a las Aseguradoras, la legislación haya optado por delegar tales facultades a las Aseguradoras, toda vez que como entidades lucrativas son las más interesados en conservar y hacer crecer su patrimonio.

En virtud de ello, corresponde analizar si el SCTR, como complemento al Seguro Social, se condice con los principios que guía todo Sistema de seguridad Social y si, en virtud de ello, logra la protección de los derechos del trabajador, mediante la delegación de garantías mínimas, como el deber asistencial y de asesoramiento preventivo delegado a las EPS ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, tal como se analizará en el próximo apartado.

Capítulo 3

¿Nos encontramos ante un adecuado deber de protección del trabajador? ¿Se cumplen los principios de la seguridad social?

3.1 El SCTR como expresión de la Seguridad Social

El artículo 19° de la Ley N° 26790 refiere al SCTR como aquel seguro encargado de brindar cobertura adicional a quienes se encuentren afiliados al Seguro Social de Salud, siempre que desempeñen actividades de riesgo. En consecuencia, siendo que el SCTR opera como un seguro complementario al Seguro Social de Salud ha de afirmarse que este también posea una naturaleza jurídica que se corresponde al del Seguro Social por ser la primera expresión de este último.

En tal sentido, el SCTR, como expresión de la Seguridad Social y como complemento del Seguro Social de Salud, tiene como fines atender las contingencias derivadas del accidente de trabajo en atención al principio del deber de prevención conforme se establece a continuación:

En primer lugar, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, refiere respecto al accidente de trabajo lo siguiente:

“el que sobrevenga al trabajador asegurado durante la ejecución de órdenes de la Entidad Empleadora o bajo su autoridad, aun cuando se produzca fuera del centro y de las horas de trabajo”. Así como, “el que se produce antes, durante después de la jornada laboral o en las interrupciones del trabajo; si el trabajador asegurado se hallara por razón de sus obligaciones laborales, en cualquier centro de trabajo de la Entidad Empleadora, aunque no se trate de un centro de trabajo de riesgo ni se encuentre realizando las actividades propias del riesgo contratado”.

Asimismo, el artículo 54° de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, estipula lo siguiente:

“Artículo 54. Sobre el deber de prevención

El deber de prevención abarca también toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo.”

De esta manera, el contenido de los artículos referidos revela que la contingencia que se produzca dentro del ámbito de actividades laborales se encuentra inmerso dentro de la definición del deber de protección empresarial y del accidente de trabajo, tal como se encuentra tipificado a nivel nacional en las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud; así como también, a nivel internacional, en la Decisión 584 de la Comunidad Andina.

No obstante, lo referido, con el objeto de deslindar responsabilidades por dicha contingencia, se permite legislativamente que las Aseguradoras, las EPS y las CPS, puedan alegar alguno de los supuestos referidos en el artículo 2.3° del Decreto Supremo N° 003-98-SA a modo de exclusión para la configuración de un accidente de trabajo, lo cual genera la tergiversación de la razón de ser del SCTR.

3.2 Vulneración a la naturaleza jurídica del SCTR

Las atribuciones y prerrogativas adoptadas legislativamente acarrear problemas, siendo uno ellos el cuestionamiento en torno a la naturaleza jurídica del SCTR.

En virtud de lo referido, vale recordar que la Seguridad Social es un Derecho Fundamental reconocido en el artículo 10° de la Constitución Política. En consecuencia, el SCTR opera como un seguro complementario a éste, toda vez que brinda coberturas en salud, a cargo de EsSalud

o la EPS, y coberturas pensionarias, a cargo de la ONP o CSP, a los obreros y empleados que desempeñan labores en las actividades de riesgo comprendidas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA.

En consecuencia, el SCTR posee una naturaleza jurídica de carácter fundamental y universal, por lo que su otorgamiento no debe condicionarse por cláusulas contractuales como las que emanan de la suscripción del contrato entre las aseguradoras y los empleadores.

Asimismo, acorde con la *Teoría del riesgo profesional*, por la cual el empleador debe responder objetivamente no por ser el generador del daño, sino porque es en provecho y bajo el control de este que el trabajador se encuentra en una situación de riesgo constante, y bajo la premisa de su Universalidad, toda actividad laboral debe contar con un seguro contra actividades de riesgo, no siendo admisible que se opte por desconocer la protección de aquellos que se encuentren fuera de la lista contenida en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA.

En contraste con lo referido, en el Perú se ha optado por delegar en el Seguro Social de Salud el carácter universal y fundamental que caracteriza a la Seguridad Social. Ello es contrario a lo que sucede con el SCTR, debido a que se desconoce la verdadera naturaleza jurídica que fluye de este seguro complementario que se ha visto reducido al ámbito contractual de naturaleza meramente mercantilista.

En tal dirección, es solo bajo el contexto mercantil que la existencia de los supuestos enmarcados en el artículo 2.3° del DS. 003-98-SA, con excepción de la exclusión del accidente in itinere, encuentran alguna justificación. La posibilidad de que la contingencia pueda originarse por negligencia de la propia víctima o con motivo de un caso fortuito o fuerza mayor serviría de eximentes de responsabilidad en un contexto contractual meramente mercantilista; sin embargo, en virtud a la naturaleza jurídica fundamental del SCTR, se advierte que no puede permitirse que sean dichas aseguradoras quienes califiquen si la contingencia del trabajador se configura como un accidente de trabajo.

Debido a lo anterior, se reitera que la contingencia puede surgir frente a 3 supuestos:

1. Negligencia exclusiva del trabajador, caso en el cual no cabrían otorgar las prestaciones del SCTR y debería reconducirse a las prestaciones del Seguro regular de salud.
2. Negligencia u omisión al deber preventivo del empleador y la EPS, caso en el cual corresponde brindar las prestaciones correspondientes al SCTR.

3. Concurrencia de negligencias tanto de la víctima como del empleador y la EPS, por lo cual pese a acontecer uno de los supuestos del artículo 2.3°, no se puede exonerar de responsabilidad al empleador y a la EPS, por lo que igualmente deben brindar cobertura al trabajador, claro está compensando las culpas mediante la exoneración de un pago indemnizatorio por daños y perjuicios.

Ahora bien, incluso bajo la óptica mercantilista del SCTR que impera en nuestro país, persisten los cuestionamientos a la forma en que se viene aplicando la determinación respecto a la cobertura de tales seguros de riesgo.

En virtud lo anterior y del deber preventivo que ostentan las EPS, delegar la potestad de calificar la contingencia equivale a esperar un mea culpa voluntario y en base a ello otorguen las prestaciones de salud al trabajador lesionado, por lo que se coloca a la víctima a merced de la decisión unilateral de la EPS. En tal sentido, en caso la EPS determine que la contingencia no configura un accidente de trabajo, no solo no proporcionará oportunamente las prestaciones de salud a la víctima, mientras su salud se deteriora, sino que puede ocasionar que la víctima y su familia, no reciban las prestaciones económicas por parte de la CPS: pensiones por invalidez o sobrevivencia en caso de fallecimiento, entre otras.

En vista de ello, se advierte que el ordenamiento jurídico peruano dificulta la realización de una cultura de prevención, debido a que permite que sea la EPS quien actúe como juez y parte en la ejecución de la labor preventiva. Asimismo, se autoriza que la EPS tenga poder decisorio para determinar la configuración de un accidente de trabajo, pese a que reconocer ello implicaría aceptar que hubo una falencia en la organización del sistema preventivo.

En consecuencia, se rechaza la discrecionalidad que se concede a la EPS para calificar la configuración de accidente de trabajo, debido a que tal libertad no favorece el desarrollo de un plan preventivo exigente, toda vez que se deja en su esfera aquella discrecionalidad tan peligrosa para los intereses del trabajador.

Lo anterior implica coloca a el trabajador en un estado de incertidumbre e indefensión, debido a que la contingencia, que debe ser considerada un accidente de trabajo indemnizable y coberturado por el SCTR, será direccionada y tratada como si de un accidente común se tratase. Lo anterior ocasiona que el trabajador solo reciba las prestaciones del Seguro Social Regular y no las prestaciones propias del SCTR, entre las que destacan, por un lado, la atención médica,

farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, la prótesis; y por otro lado, destacan los gastos de sepelio, pensión de invalidez y sobrevivencia e indemnización.

En virtud de ello, el trabajador se ve en la necesidad de entablar una demanda por responsabilidad frente al empleador en la vía civil con la incertidumbre de ganar el proceso y con las consecuencias que de ella derivan.

3.4 Inaplicación de los principios del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y la vulneración a los derechos del trabajador derivados de la inaplicación de una responsabilidad objetiva por parte de las EPS

El SCTR es un seguro que se muestra como una manifestación de la Seguridad Social, por ello resulta necesario analizar si, tras el estado de incertidumbre en que se coloca al trabajador respecto al reconocimiento de sus derechos en salud y asistencias hospitalarias y económicas, este seguro complementario vulnera los principios básicos que todo Sistema de Seguridad Social debe preservar.

En concordancia con el artículo 54° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, tras la ocurrencia de una contingencia laboral el empleador se encuentra en el deber de activar este seguro complementario como titular del deber de protección delegado por el Estado, entendiendo como tal que el SCTR es a la vez una manifestación del *deber de protección* empresarial.

En vista de ello, se advierte que el SCTR no se corresponde en su integridad con el principio del *deber de protección* del empleador.

Adicionalmente, la delegación de discrecionalidad dada a las Aseguradoras para la calificación de un accidente permite la exclusión a la cobertura del SCTR a los accidentes que se enmarquen en el artículo 2.3 de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. No siendo suficiente con ello, las normas que rigen al SCTR contemplan una serie de prerrogativas que se erigen en contra de los principios básicos de la Seguridad Social. Así Pasco Cosmópolis señala lo siguiente:

1. Universalidad: *“la Seguridad Social apunta a proteger a toda persona en estado de necesidad; su universo es la totalidad de la población e incluso en su concepción más amplia, se extiende a quienes transitoriamente se encuentran dentro de un determinado territorio. Ello es, en la mayoría de países, sólo una meta, no un logro. Por lo general, la Seguridad Social suele estar dirigida sólo a los trabajadores y sus familiares.”* (Pasco Cosmópolis, 2008, pág. 4)

La vulneración al principio de Universalidad en la cobertura del SCTR se produce toda vez que, pese a estar dirigida solo a aquellos trabajadores que realizan actividades calificadas de riesgo, el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, Reglamento de Ley N° 26790, no comprende en su totalidad las actividades de riesgo, por lo que deja fuera del ámbito de protección a los trabajadores que ocupan puestos de riesgo y que sí deberían considerarse dentro del ámbito de protección del SCTR.

En la misma dirección, la exclusión del accidente en el artículo 2.3 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, genera una vulneración al principio de Universalidad, a razón de que el trabajador que sufra tal contingencia, cuya actividad se enmarque en el Anexo 5 previamente referido, no podrá acceder a la cobertura de las prestaciones brindadas por el SCTR. Lo anterior ocurre con motivo de una exclusión que colisiona con lo estipulado en el resto de cuerpos normativos nacionales e internacionales que entienden como accidente de trabajo a toda contingencia sufrida por el trabajador en el desarrollo de su actividad.

2. Generalidad – Integralidad: *“La cobertura de los riesgos sociales debe ser total, Oportuna y suficiente. Ello implica generalizar el amparo frente a todas las manifestaciones del riesgo social: enfermedad, maternidad, infortunios (accidentes comunes y de trabajo, enfermedad profesional), invalidez, vejez, muerte, desempleo Y cargas familiares, cuyo conjunto aparece contenido en la norma mínima de seguridad social adoptada por la OIT (convenio N° 102). La protección frente a estas contingencias debe ser completa, abarcando integralmente: la pérdida del ingreso ordinario Y los mayores gastos que se generen”* (Pasco Cosmópolis, 2008, pág. 4)

La vulneración al principio de *Generalidad – Integralidad* se produce debido a la potestad para calificar y excluir a la contingencia como accidente de trabajo. Lo anterior acarrea de forma automática la inaplicación de las prestaciones coberturables por el SCTR.

En virtud de ello, el SCTR no proporciona protección completa, debido a que no será una cobertura total, oportuna ni eficiente. De lo anterior, se advierte que el trabajador víctima de un accidente deberá recurrir al Seguro Social Regular, que no cubre todas las prestaciones brindadas por el SCTR, entre las que destacan por un lado, la atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, la prótesis; mientras que por otro lado, destacan los gastos de sepelio, pensión de invalidez y sobrevivencia e indemnización.

En tal sentido, el trabajador deberá reclamar dichas prestaciones mediante un proceso contencioso a desarrollarse en la vía civil o arbitral. En vista de ello, es evidente que la cobertura total, oportuna y eficiente no son características del SCTR frente a las referidas contingencias.

3. *“Principio de Unidad: La Seguridad Social adopta, en los diversos países, métodos de operatividad técnica y de organización legal, administrativa y financiera similares.” (Pasco Cosmópolis, 2008, pág. 4)*

La vulneración al principio de unidad cobra relevancia en la medida que, tras la exclusión del accidente de trabajo realizada en el artículo 2.3° realizada en las normas del SCTR, se manifiesta en la falta de coherencia existente en el ordenamiento jurídico nacional, en cuanto a su operatividad técnica y organización legal.

Lo anteriormente referido tiene como fundamento al artículo 54° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo que, en base a los Principios de prevención, protección y responsabilidad que enmarcan su cuerpo normativo, establece el deber de prevención del empleador durante la ejecución de labores que realicen los trabajadores bajo su mandato.

Contrariamente a lo referido, el deber preventivo encuentra un obstáculo que conlleva a la imposibilidad jurídica. Lo anterior se debe a que el empleador no podrá garantizar la seguridad y compensación de sus trabajadores por lo dispuesto en el artículo 2.3° del SCTR y la unilateralidad de las Aseguradoras para enmarcar las contingencias en dichos supuestos de exclusión. En consecuencia, se niega la cobertura a las contingencias laborales descalificándolas como accidentes de trabajo y con ello el debilitamiento de la cultura preventiva y protectora en el país.

4. *Principio de Base Técnica: “la Seguridad social en el mundo entero responde, no sólo a principios, sino a criterios comunes en cuanto a sus bases técnica y financiera. Tanto es así que, con matices propios de la adaptación de la realidad de cada país, la normativa en todos ellos es semejante, lo que hace posible, por ejemplo, que se puede suscribir convenios entre países por los que puedan acumularse aportaciones y prestaciones.” (Pasco Cosmópolis, 2008, pág. 4)*

Lo estipulado en el artículo 2.3° del Decreto Supremo N° 003-98-SA, supone una vulneración por parte de SCTR al principio de Base Técnica toda vez que, conlleva a que la normativa peruana sea contraria y discordante con los principios y criterios comunes establecidos en la lógica jurídica internacional, específicamente en los cuerpos normativos vinculantes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, que sí comprenden como accidente de trabajo toda lesión sufrida por el trabajador.

Lo referido toma asidero al constatare inconsistencias entre lo desarrollado por el SCTR y lo dispuesto por la OIT, la Decisión 584 de la Comunidad Andina y los cuerpos normativos que

regulan al accidente de trabajo como toda lesión corporal producida en el centro de trabajo o con ocasión de las labores para las cuales ha sido contratado el trabajador.

5. Principio de Solidaridad: “(...) implica la distribución equitativa del costo del sistema; el esfuerzo de toda la comunidad en su propio beneficio, Esfuerzo al que deben contribuir todos y cada cual según sus capacidades y necesidades.” (Pasco Cosmópolis, 2008, pág. 4

Asimismo, el Principio de Solidaridad encontraría inconvenientes derivados de lo estipulado en el artículo 2.3 del Decreto Supremo N° 003-98-SA pues, no obstante es el empleador quien asume la obligación de realizar las aportaciones al SCTR a favor de los trabajadores que desempeñan las actividades de riesgo, estos últimos no serían acreedores a las prestaciones brindadas por el seguro complementario ante la ocurrencia de un accidente que no sea calificado como tal por parte de las aseguradoras.

Lo referido provoca que, aún cuando el empleador cumpla con afiliar al trabajador al SCTR, este no otorgará las prestaciones ni cumplirá con los propósitos que motivan el financiamiento solidario por parte de los empleadores: la cobertura en materia asistencial y económica de sus trabajadores ante la realización de actividades de riesgo.

En virtud de lo anterior, la finalidad del Principio de Solidaridad, que debe revestir al SCTR como parte del sistema nacional de seguridad social, pierde su razón de ser.

Asimismo, en virtud de lo expuesto, se advierte que el SCTR no opera conforme al deber de prevención y protección empresarial, así como tampoco va de la mano con los principios que deben revestir todo sistema de seguridad social. En consecuencia, en el SCTR la protección del trabajador no es una prioridad y vulnera el derecho a la vida, salud y dignidad de este.

Conclusiones y Recomendaciones

A raíz de las facultades para determinar la configuración del accidente de trabajo y determinar unilateralmente la existencia de circunstancias que motiven la exclusión del accidente de trabajo, a la luz del artículo 2.3 ° del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, se han generado una afectaciones a los derechos del trabajador. Lo anterior revela que el SCTR no confiere un deber preventivo a las EPS, tal como consta en el artículo 13°. En consecuencia, la EPS ni la normativa del SCTR operan conforme a la Constitución y las normas nacionales e internacionales sobre la materia.

Por lo esbozado en la normativa vigente a nivel internacional y nacional, se sostiene las siguientes conclusiones:

1. Accidente de trabajo es la contingencia que origine un perjuicio al trabajador dentro del ámbito de la realización de actividades laborales siendo en el trabajo o con ocasión a él, conforme se señala en la normativa a nivel nacional e internacional
2. El Estado en cumplimiento del rol fiscalizador y de control dispone que al Empleador el deber de prevención por las actividades que se desarrollen bajo su organización y delega al trabajador un rol activo y participativo, a fin de propiciar el trabajo conjunto en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo
3. En base a los Principios de Responsabilidad y Protección, la Aseguradora del SCTR deberá actuar en forma extensiva a la responsabilidad del empleador por el incumplimiento al deber de prevención, otorgando las prestaciones necesarias en la misma forma que debe hacerlo el empleador.
4. El deber de prevención es ser una *Obligación de medios*, debido a ello, la ocurrencia de un accidente de trabajo responde al incumplimiento en la adopción de medidas preventivas del empleador. Así, la responsabilidad del empleador frente a las contingencias sufridas ostenta un matiz objetivo, salvo se demuestre el cumplimiento de sus obligaciones.
5. El D.S. 003-98-SA establece obligaciones a la EPS vinculadas a la adopción y promoción de una cultura preventiv. En tal sentido, el artículo 13° refiere que la EPS tiene el deber de prestar asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la entidad empleadora y a los trabajadores.
6. El Seguro social en Salud, que es parte de la Seguridad Social, forma parte del bloque de derechos constitucionales sin que este pueda ser limitado de forma arbitraria. Por lo referido, el SCTR, como extensión del Seguro Social, debe obedecer a los principios que rigen todo Sistema de Seguridad Social: Universalidad, Generalidad-integralidad, Unidad, Base técnica y Solidaridad

Asimismo, por lo referido en el análisis de cada controversia planteada, nacen las siguientes conclusiones:

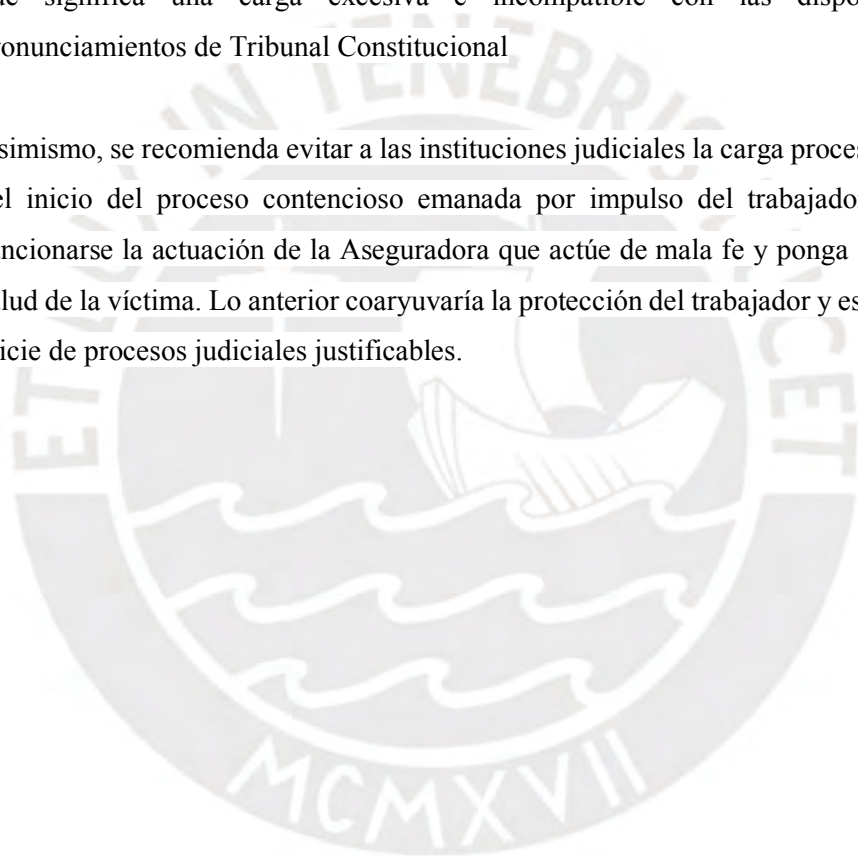
- A. En primer lugar, el contenido de dicho seguro complementario colisiona con la normativa en el ordenamiento nacional originando una serie de inconsistencias que no coadyuva a la implementación de una cultura preventiva.
- B. Asimismo, en virtud del deber de protección que ostenta el empleador, el SCTR nace como un de los mecanismos preventivos y como tal las EPS comparten la misma labor y deber preventivo a favor la integridad de los trabajadores.
- C. En consecuencia, en función al rol promotor en la labor preventiva establecido en el artículo 13° de las Normas Técnicas del SCTR, se establece que sí se configura una presunción de responsabilidad por parte de las EPS, toda vez que la comisión de un accidente implicaría en un primer momento una falla al sistema preventivo.
- D. Aunado a ello, Son los trabajadores y no las las Entidades prestadoras del SCTR quienes tengan la carga de iniciar un procedimiento contencioso. El traslado al trabajador la carga de iniciar un procedimiento contencioso en el cual busque ver satisfechos la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad es excesivo e incompatible con las disposiciones y pronunciamientos de Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02513-2007-PA/TC respecto a la configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba en el SCTR.

Finalmente, se concluye que, como complemento de la cobertura brindada por el Seguro Social de Salud, el SCTR es una manifestación de la Seguridad y Social y como tal debe alinearse y cumplir con los principios que la caracterizan: Solidaridad, Unidad, Base Técnica, Universalidad y Generalidad-Integralidad, a fin de tutelar debidamente el derecho a la vida, salud y dignidad del trabajador.

Tras las reflexiones realizadas, se proponen las siguientes recomendaciones:

- I) se recomienda la reformulación de los criterios establecidos en las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, debido a que muestra inconsistencia con en preceptos establecidos en el resto de cuerpos normativos a nivel nacional e internacional.

- II) Asimismo, se recomienda la establecer la responsabilidad objetiva de las EPS por el incumplimiento al rol preventivo, debido a que actúan conjuntamente y en representación del empleador.
- III) Aunado a lo anterior, se recomienda delegar la facultad para analizar los supuestos de exclusión de responsabilidad a un tercer agente imparcial, siempre a pedido de la Aseguradora y el Empleador.
- IV) Se debe desincentivar que sean los trabajadores y no las las Entidades prestadoras del SCTR quienes tengan la carga de iniciar un procedimiento contencioso, debido a que significa una carga excesiva e incompatible con las disposiciones y pronunciamientos de Tribunal Constitucional
- V) Asimismo, se recomienda evitar a las instituciones judiciales la carga procesal derivada del inicio del proceso contencioso emanada por impulso del trabajador, debiendo sancionarse la actuación de la Aseguradora que actúe de mala fe y ponga en riesgo la salud de la víctima. Lo anterior coadyuvaría la protección del trabajador y estimularía el inicio de procesos judiciales justificables.



Bibliografía

ABANTO REVILLA, César.

2019 “Curso de Instituciones de la Seguridad Social”. Cátedra del curso Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ARRIETA, E. H.

2015 *Una mirada al Seguro Complementario de Trabajo del Riesgo*. Lima: Laborem.

BENAVIDES VICO, Antonio.

2008 “Análisis práctico de las prestaciones de seguridad social.” Valladolid: Lex Nova.

BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo.

2016 “¿Cómo resolver un caso de responsabilidad civil?”. En IUS 360 de la Revista de Derecho Iust Et Veritas. Consulta: 15 de mayo de 2019.

<http://ius360.com/columnas/como-resolver-un-caso-de-responsabilidad-civil/>

CASTELLÁ, José Luis.

2002 “Guía de introducción a los Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo”. Documento de Trabajo. Turín, Italia: Centro Internacional de Formación de la OIT.

<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd65/introduccion.pdf>

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

2004 Decisión N° 584. Ecuador, Guayaquil.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1993 Constitución Política del Perú de 1993. Lima, 31 de octubre.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2015 Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación Laboral N° 1225-2015. Lima

CUSMAN-VERAMENDI, H.-J.

2017 *Análisis Para Una Cobertura Armónica Del Seguro Previsional Y Del Seguro Complementario De Trabajo De Riesgo*. Lima: Tesis PUCP.

DE DIEGO, Julián Arturo.

2002 Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social. 5ta edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

FERNÁNDEZ HUAYTA, Carolina.

2017 “*El SCTR y los accidentes in itinere en la protección al Derecho a la Seguridad Social en el Perú*”. Lima: Páginas De Seguridad Social. Vol 1, número 2. Consulta: 5 de mayo de 2019. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/5257/670>

GONZALES HUNT, Cesar, y PAITÁN MARTINEZ, Javier.

2017 “*¿Qué entendemos por seguridad social? En El derecho a la Seguridad Social*”. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan

2006 “*Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*”. Madrid: Tecnos.

GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz

1999 “*Los deberes del empresario en el sistema de seguridad y salud*”. Madrid: Consejo Económico y Social.

GUZMÁN, L.

2018 *Enfoque Derecho*. Obtenido de www.enfoquederecho.com: <https://www.enfoquederecho.com/2018/06/26/los-accidentes-de-trayecto-reflexiones-sobre-su-exclusion-de-las-normas-tecnicas-de-seguro-complementario-de-trabajo-de-riesgo/>

LENGUA APOLAYA, Cesar.

2013 “*La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del derecho*”. Tesis de maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

MINISTERIO DE SALUD

1997 Decreto Supremo N° 009- 97-SA. Lima, 08 de setiembre.

MINISTERIO DE SALUD

1998 Decreto supremo N° 003-98-SA. Lima, 13 de abril.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2011 Ley N° 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Lima, 19 de agosto.

NEVES, J.

2003 *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

OLEA, A.

1995 *Derecho Procesal del Trabajo*. Madrid.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1964 Convenio 121 Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades personales.

MARTÍNEZ, J. P.

2018 Seguridad social, Arbitraje y Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. En M. L. Narváez, *Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo* (págs. 19-20). Lima: Adrus editores.

PAREDES MIRANDA, Brando

2018 *¿Cuál es la diferencia entre responsabilidad civil subjetiva y objetiva?* Legis.pe. Consulta: 06 de junio de 2018.
<https://legis.pe/diferencia-responsabilidad-civil-subjetiva-objetiva/>

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

2008 *“Los Principios de la seguridad Social y los Diversos Sistemas Pensionarios”*. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, Gaceta Jurídica.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

2006 *“Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX”*. Tomo V: Los Signos del Cambio. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SALCEDO BELTRÁN, Carmen

2000 *“El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores”*. España: Tirant Lo Blanch.

VÁSQUEZ VIALARD, Antonio.

1983 *"Tratado de derecho del trabajo"*. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Astrea.

VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro.

2015 *"El derecho a la seguridad social en la constitución política y los convenios internacionales"*. Lima: Laborem, número 15. Consulta: 20 de mayo.

