

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



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

**Criterios para calcular el lucro cesante como consecuencia
de un accidente de trabajo en la actividad pesquera**

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

Autor:

Eva Elvira Vásquez Méndez

Asesor:

César Augusto Lengua Apolaya

Lima, 2020

RESUMEN:

En la Corte del Santa y en la Corte Suprema se aplica el criterio equitativo a afectos de resolver el monto indemnizatorio en los casos de indemnización por daños y perjuicios respecto del lucro cesante en los accidentes de trabajo en la actividad pesquera, las decisiones judiciales no exponen los parámetros o categorías que le permitieron arribar al fallo, a pesar que en la audiencia de juzgamiento se ofrece y actúa los medios probatorios pertinentes para explicar los parámetros solicitados, se explica cómo afecta las rentas dejadas de percibir en función a la edad de la víctima, esto va de la mano con el valor del dinero en el tiempo.

Se toma en cuenta para el monto indemnizatorio la pensión de invalidez del demandante, pero no otros factores como la edad al momento de la contingencia, a ello le sumamos cómo enfrentamos la canasta familiar con una pensión que sólo toma en cuenta las doce últimas remuneraciones anteriores al accidente para calcular la remuneración promedio y sobre esa base otorgar la pensión dependiendo si es al 50% o al 70%, cuando la renta dejada de percibir no obedece a las doce últimas remuneraciones sino a la cuota de pesca asignada a la embarcación pesquera que es el centro de trabajo.

La Corte Suprema tiene varias ejecutorias donde toca de manera tibia los parámetros para el cálculo del monto indemnizatorio, consideramos que la entidad no quiere arriesgar a establecer los parámetros a pesar que una casación sí tomó en cuenta la liquidación presentada, y sobre la base de aquella la rebajó en un 30% en aplicación del criterio equitativo.

INDICE:

	<i>Pág.</i>
Introducción	4
I. Concepto de accidente de trabajo	6
II. La naturaleza jurídica de la pensión de invalidez por accidente de trabajo coberturado por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo es de la seguridad social	7
2.1.- Primera ley de accidentes de trabajo en el Perú N° 1378: Teoría del Riesgo Profesional	11
2.2.- Segundo antecedente en la legislación nacional: el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales SATEP, Decreto Ley N° 18846	13
III. La naturaleza jurídica de la indemnización por daños y perjuicios por accidente de trabajo respecto del lucro cesante es resarcitoria	14
IV. Criterios jurisprudenciales en los casos de daños y perjuicios por accidente de trabajo en la Corte del Santa y en la Corte Suprema	17
V. Incentivos económicos y sociales que justifican la necesidad de establecer categorías lógicas jurídicas para la indemnización por lucro cesante	25
VI. Conclusiones	28
VII. Referencias bibliográficas	31

INTRODUCCIÓN

El tema a tratar es la indemnización por lucro cesante y analizar cuáles son los parámetros razonables que debe aplicar el juzgador al momento de cuantificar el daño en los accidentes laborales de los tripulantes pescadores, y cómo esta institución jurídica se podría confundir con la pensión de invalidez parcial o permanente que vienen percibiendo los pensionistas, toda vez que la judicatura, en sus inicios, resolvió que la pensión de invalidez reemplaza la indemnización por lucro cesante a pesar de tener ambas fuentes obligacionales distintas y naturaleza jurídica diferente, siendo la primera genuina de la Seguridad Social y la segunda resarcitoria por incumplir los deberes de prevención y protección en el trabajo, que obliga al análisis de los cuatro factores de atribución para determinar la responsabilidad (antijuricidad, nexo causal, factor de atribución y daño), a pesar que siendo un proceso laboral debe sentenciarse con normas del código civil en un proceso oral, sin dejar de analizar si el artículo 1321 del Código Civil ofrece el suficiente insumo normativo para obtener sentencias fundadas en derecho, porque la indemnización proviene de una relación laboral en el régimen pesquero.

Se encontró que las empleadoras pesqueras no elaboran las estadísticas que dan cuenta de la frecuencia y gravedad de los accidentes de trabajo y medidas preventivas, se llegó a determinar en los juicios que las empresas, por lo general, no realizan el informe del accidente de trabajo o lo realizan de manera defectuosa, no dan cuenta al Ministerio de Trabajo o autoridades competentes para imponer las sanciones que hubiere provocado, ausencia de exámenes médicos a todo su personal de manera anual.

Estos accidentes de trabajo activan el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y sus prestaciones sanitarias reguladas en el Decreto Supremo N° 003-98-SA Normas Técnicas sobre el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, el cual no cubre las consecuencias derivadas del incumplimiento de las medidas de prevención en la seguridad e higiene regulada en la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo N° 29783 y su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 005-2012-TR. Estos hechos merecen atención jurisdiccional, porque los daños consistentes en daño a la persona, daño al proyecto de vida, lucro cesante y daño moral como consecuencia del accidente de trabajo no son coberturados por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Es importante sentar estos antecedentes, advertir que los daños reclamados nacen de una relación laboral y que a su vez no se pueden confundir con temas previsionales o sanitarios, o que la pensión por invalidez reemplaza los daños ocasionados, porque lo atendible es el resarcimiento de un daño como consecuencia de la falta de medidas de prevención y protección en las labores pesqueras.

De la revisión de las sentencias en la Corte Superior de Justicia del Santa y en la Corte Suprema podemos advertir que criterios han tenido al momento de resolver hace ocho años, cómo han cambiado y como resuelven a la fecha, siendo relevante investigar si se tuvo en cuenta la edad del trabajador al momento de accidente, edad de jubilación en el régimen pesquero, aleatoriedad de las temporadas de pesca siendo dos cada año, cuota de pesca otorgada por el Ministerio de la Producción y los otros beneficios dejados de percibir por la invalidez, sentencias que no son claras al momento de motivar los parámetros que la sustentan.



I. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO:

- Conforme el **Decreto Supremo N° 003-98-SA**, el cual aprueba Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, en su Capítulo I Ámbito de Aplicación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, Art. 2.- define Accidente de 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.
 - 2.2 Se considera igualmente **accidente de trabajo**:
 - a) 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.
 - b) El que se produce antes, durante y 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.
 - c) El que sobrevenga por acción de la Entidad Empleadora o sus representantes o de tercera persona, durante la ejecución del trabajo.
- El mismo cuerpo normativo en el punto 2.3 regula aquellas contingencias que no constituye accidente de trabajo y las que califican como enfermedades profesionales y comunes.
- Los tripulantes pescadores trabajan a bordo de las embarcaciones pesqueras de 200 a 800 toneladas, normalmente no están capacitados para enfrentar todos los riesgos que ocurren en faenas de pesca, como caídas de bolsa de pescado de 100 a 200 kilos de 5 metros de altura, amputación de sus dedos al manipular algún aparejo naval como las anillas, ruptura de cráneo, fractura de extremidades, quemaduras, la imposibilidad de evitar las caídas de 5 a 6 metros de altura cuando se encuentran estibando el boliche, caídas al agua por mal manejo de la panga, accidentes que se producen en la mayoría en la madrugada, concluyendo que se dan muchas irregularidades en la prevención de accidentes toda vez que el tripulante pescador no está preparado para realizar ciertas maniobras en marea alta, oscuridad y en horas de la madrugada, la empresa no prepara físicamente y

emocionalmente al trabajador para realizar sus trabajos a bordo, las empresas no sinceran el IPER (Mapa de Identificación de Peligros y Riesgos) sobre la magnitud de la peligrosidad de las maniobras.

- Las empresas pesqueras, por lo general, no elaboran las estadísticas que dan cuenta de la frecuencia y gravedad de los accidentes de trabajo y medidas preventivas a tomar por su parte, asimismo no realizan el informe del accidente de trabajo o lo realizan de manera defectuosa, no dan cuenta al Ministerio de Trabajo o autoridades competentes para imponer las sanciones que hubiere provocado, no realizan los exámenes médicos a todo su personal de manera anual y de forma prolija que reflejen el real estado de salud de sus trabajadores, todas estas faltas de prevención y protección en el trabajo trae consigo los accidentes laborales. quedando incapacitados para el mismo, sin dejar de mencionar las muertes. Estos accidentes de trabajo activan el SCTR y sus prestaciones legales, pero no cubre los daños derivados del incumplimiento de las medidas de prevención en la seguridad e higiene.
 - Los accidentes de trabajo presentan las siguientes **características**:
 - a) Fuerza externa: se trata de causas extrañas o ajena a la persona que resulta víctima de la lesión, los agentes exteriores pueden ser maquinas, equipos, herramientas, sustancias o cualquier objeto, y también la acción u omisión humana.
 - b) Repentina: constituye una situación o acontecimiento breve, se desarrolla en un corto tiempo u ocurre en forma inmediata.
 - c) Violenta. Esta característica se refiere a la existencia de cualquier norma de energía que agrede al trabajador y lo afecta.
- Relación entre accidente y trabajo
- a) Causado en el centro de trabajo
 - b) Con ocasión del trabajo. (Ospina.2010. p. 47)

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR ACCIDENTE DE TRABAJO COBERTURADAS POR EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO ES DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

- Ocurrido el accidente de trabajo el tripulante queda incapacitado, teniendo derecho a gozar de una pensión de invalidez permanente total o permanente parcial.

El mundo ha transitado por diversas formas de protección de las necesidades sociales, desde el ahorro privado, al asistencialismo, la beneficencia, la mutualidad, el seguro privado hasta los seguros sociales [...] a finales del siglo XX, algunos países introducen en el seguro social un componente adicional: prestaciones no contributivas, con la finalidad de brindar protección no solo a los trabajadores, sino a todas las personas. [...] Así, se surge la seguridad social, regida por determinados principios y organizada bajo el sistema de reparto de ahorro colectivo, en el que el Estado posee un rol más activo e intervencionista. La seguridad social se convierte en el pilar más importante del Estado de bienestar. [...] En la seguridad social existe una vocación de universalidad subjetiva, - la protección de todas las personas desde la cuna hasta la tumba. [...] En 1952 se aprobó el Convenio 102 sobre seguridad social, entrando en vigor en 1955, y en el prevalece la idea de que la seguridad social es un mecanismo de protección necesario y obligatorio entre los Estados miembros, y tiene por finalidad garantizar las prestaciones de asistencia médica y económicas de enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, familiares, maternidad, invalidez y sobrevivientes. (Gonzales y Paitan. p: 27 -29)

- Entonces la gesta de la pensión por invalidez por accidente de trabajo es de naturaleza de la seguridad social, así nació desde sus orígenes, para darle protección a toda persona en un territorio ante una contingencia o riesgo sobreviniente como vejez, desempleo, maternidad, viudez, accidente de trabajo, con principios rectores como la universalidad, generalidad, los riesgos antes señalados se presentan en la vida de toda persona.

- La seguridad social entendida como tal, nació en principio como el ahorro privado, después al asistencialismo, posteriormente la beneficencia, posterior el mutualismo, después el seguro privado, paso seguido el seguro social y finalmente la seguridad social. Las primeras instituciones no tenían fines previsionales.

Solo tras la Revolución Industrial, y a raíz de una nueva corriente política que adoptan los gobiernos de los distintos países para evitar el conflicto social, se asume el carácter social de ciertas situaciones de necesidad y se empieza a pensar en la necesaria intervención del Estado, esta protección nace con la idea de generar derechos subjetivos a favor de la clase obrera y acorde con los principios de justicia y beneficio social, es una etapa de la historia caracterizada por las míseras condiciones de vida y trabajo del grueso de la población y descontento generalizado, por ello nació la necesidad de una regulación protectora. (Gonzales y Paitan. 2017. p: 25)

- La pensión de invalidez por accidente de trabajo o enfermedad profesional es parte de la Seguridad Social que nació como respuesta de un Estado intervencionista a favor de la clase obrera, un Estado garante de las prestaciones de salud y pensiones, que con el tiempo entro crisis, llegando a **concluir** que:
 - El derecho a la pensión es parte de la seguridad social y por lo tanto es un derecho fundamental, humano, imprescriptible, irrenunciable, que debe gozar toda persona.
 - La pensión por accidente de trabajo es también parte de la seguridad social que nace para prevenir contingencias de enfermedad o accidente en una relación laboral, como consecuencia de un accidente de trabajo o por las labores encomendadas.
 - Este tipo de pensión nace ante el riesgo de accidente o enfermedad profesional, y en el tema que nos ocupa nace como consecuencia de sufrir un accidente a bordo de la embarcación pesquera.

La pensión es una de las prestaciones reconocidas en el ámbito del derecho fundamental a la seguridad social, y es mencionada expresamente en el artículo 11° y la Primera

Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 [...] la pensión, independientemente de la contingencia que la origine constituye el pago de una suma dineraria, con carácter generalmente vitalicio, que sustituirá a las rentas percibidas por el asegurado cuando se presente el estado de necesidad, y que le permitirá la satisfacción de sus requerimientos básicos mínimos de subsistencia, siempre que haya cumplido los requisitos en la ley. (Abanto. p: 417-418)

- La seguridad social tiene como propósito prevenir las contingencias, tiene fines previsionales, y por ello se busca con la pensión de invalidez por accidente de trabajo otorgar una suma de dinero que cubra las necesidades básicas, por ello, es una prestación económica, que no supone el pago del 100% de la remuneración pensionable, dependerá del menoscabo global que presente el pensionista y que está condicionada a una calificación o certificación médica que declare el estado de necesidad física o mental, que ahora está en manos de las aseguradoras privadas debido al sistema mixto que tiene el Estado Peruano.
- Los daños o contingencias que debe atender el empleador pesquero proveniente de un accidente de trabajo, deben ser cubiertos por ley, con el SCTR (Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo) que cubre atenciones sanitarias, rehabilitaciones, cirugías, subsidios y la pensión de invalidez, cuyo origen no fue resarcir los daños a la persona, daño moral o lucro cesante que puede padecer el tripulante.
- El seguro complementario de trabajo de riesgo nace de tres leyes, siendo la primera la Ley 1378 del 20 de enero de 1911, posteriormente el Decreto Ley N° 18846 del 29 de abril de 1971 y finalmente la Ley 26790 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud de fecha 14 de mayo de 1997, *creado como un sistema especializado de Seguridad Social de Salud* que otorga cobertura adicional a sus afiliados regulares que trabajan en actividades de alto riesgo, concluyendo que el SCTR, en nuestro país, es producto del siglo XX, con el propósito de encontrar una fórmula jurídica con la que se intentaba reformar la Seguridad Social donde se decidió que el sector privado se presentaba como la mejor alternativa para asegurar los riesgos que enfrentaban los trabajadores. En este escenario nace el SCTR, aparece como una institución más de la

seguridad social que reclama la clase trabajadora para enfrentar necesidades y demandas laborales, cuyo resultado es coberturar prestaciones consistentes en pensión de sobrevivencia, pensión de invalidez por accidente de trabajo o enfermedad profesional y gastos de sepelio.

- A inicios del siglo XX las protecciones del trabajador frente a los riesgos del trabajo y la responsabilidad del empleador era casi imposible.

La aprobación en Alemania de la primera Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo, en 1884, mediante la mencionada ley se adopta por primera vez la “responsabilidad objetiva del empresario” según el cual todo accidente debe quedar cubierto por el seguro social, dando nacimiento a la “Teoría del Riesgo Profesional” siendo que los empresarios responderán por el riesgo creado, pero no por el accidente en sí mismo. (Ospina. 2010. p: 14-15)

- Esta teoría nace como respuesta ante la insuficiencia de la teoría de la culpa del empresario en los accidentes laborales. Según Duran (2007:4) citado por Ospina la cuarta etapa de la evolución de la protección del aseguramiento de riesgos de trabajo, estaría marcada en los años cincuenta y viene consolidando la posibilidad de incorporar el principio de prevención, lo cual da origen al nacimiento de verdaderos sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo.

2.1- PRIMERA LEY DE ACCIDENTES DE TRABAJO EN EL PERÚ N° 1378: TEORÍA DEL RIESGO PROFESIONAL

La primera ley sobre accidentes de trabajo fue promulgada por el Presidente Augusto B. Leguía en su primer gobierno, consagrando la teoría del riesgo para la determinación de la responsabilidad en los accidentes de trabajo [...] la ley establecía que el empresario es responsable por los accidentes

que ocurran a sus obreros y empleados [...] de acuerdo a la teoría del riesgo el trabajador renuncia a la indemnización de daños y perjuicios, efectivamente, sufridos por una reparación previamente establecida, está consagrada por el artículo 21 de la referida ley, que prevé el otorgamiento de una renta vitalicia. (Matos. 2011. p. 88)

Expedida el 20 de enero de 1911 y el empresario respondía por los accidentes de sus empleados y trabajadores. La ley N° 2290 la modifico en parte, introduciendo como variantes la fecha desde cuándo se puede pedir indemnizaciones, la otra inclusión fue la de enfermedades profesionales que se hizo con la Ley N° 7975, un aspecto importante de la ley 1378 fue la de constituir un seguro mercantil voluntario. El D.S. del 4 de julio de 1913 estableció lo relativo a las compañías de seguros sobre accidentes de trabajo, también se incorporó principales normas de prevención en seguridad y salud para el trabajo en todos los centros laborales, con la Ley N° 8433 de 1936, los obreros contaban con dos regímenes de protección, uno relativo a riesgos ocupacionales y otros para riesgos comunes, régimen que duro 70 años, presentando seria limitaciones debido a que el seguro por accidente de trabajo y luego enfermedad profesional restaba a cargo de compañías privadas de seguros, las indemnizaciones eran reducidas y a sus familiares y víctimas les resultaba difícil acceder a las indemnizaciones. (Ospina. 2010. p 16-18)

- o En 1971 se publicó el D.L. 18846 que creo el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) a cargo del Seguro Social Obrero señalando que es un imperativo impostergable la cobertura a través del Seguro Social Obligatorio, de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, dando termino al aseguramiento voluntario.

2.2.- SEGUNDO ANTECEDENTE EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL: EL SEGURO DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES SATEP, DECRETO LEY N° 18846:

Un aspecto novedoso e importante fue el de procurar el bienestar y la integridad física y mental del trabajador que pudiera padecer un accidente de trabajo o enfermedad profesional, y otorgarle los recursos económicos que deja de percibir por su incapacidad y en caso de fallecimiento se le otorgaba a sus familiares los derechos económicos que le corresponde. Se denominó a las prestaciones económicas subsidios y se reguló el pago de pensiones que podían darse por un tiempo o de forma vitalicia, la calificación si era o no accidente de trabajo estaba a cargo del IPSS. (Ospina.2010. p: 16)

- El accidentado según los artículo 24 y 58 del D.S. N° 002-72-TR señalaba los derechos del accidentado: asistencia médica general y especializada, asistencia hospitalaria y de farmacia, aparatos de prótesis y ortopédicos necesarios y reeducación y rehabilitación, las incapacidades según los artículos 33 y 58 del D.S. N° 002-72-TR podían ser: incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total y muerte.

Fue creado en 1971 señalando que debía unificarse la cobertura de los riesgos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales dentro de la organización de la seguridad social, cuya limitación fue que incluyo solo a la clase obrera, este seguro se financiaba solo con aportes del empleador. Estableció que el Seguro Social asumiera de forma exclusiva el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores obreros. Esta ley incorporo por primera vez una definición de accidente de

trabajo, en su reglamento D.S. 002-72-TR estableció un listado de quince enfermedades profesionales, posteriormente con el decreto supremo N° 032-89-TR del 06 de setiembre de 1989 reconoció catorce enfermedades profesionales adicionales, a la fecha está regulada en la Ley N° 26790, que desarrollaremos en el siguiente tema. (Ospina.2010. p: 17-18)

- Considero que el Estado al tratar de “privatizar” la seguridad social en actividades de alto riesgo, delego la seguridad social de este sector productivo a los privados, mediante las compañías aseguradoras de elección del empresario, porque sabía que era insostenible que el Estado ostente tal ambiciosa función, porque crecía la economía, la situación política era inestable, por lo tanto, el gobierno de Fujimori consideró que estas prestaciones estén a cargo de los privados, y al hacerlo le quitó un gran principio la solidaridad.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR LUCRO CESANTE ES INDEMNIZATORIA.

- Estando con incapacidad total o parcial y con pensión de invalidez, los tripulantes gozan de más derechos a reclamar vía acción, como son los daños y perjuicios como consecuencia del accidente de trabajo, en este caso, el lucro cesante como las ganancias dejadas de percibir.

El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino. La frase antes citada de PAULI se completa con la idea de lucro cesante: quantum mihi abest quantumque lucrari potui. Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo ganó debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca ilegítimamente [...] el lucro cesante afecta un bien o interés que

todavía no es de la persona al momento del daño. (De Trazegnies, 2005. p: 37)

- El lucro cesante es aquello que se hubiera podido ganar pero que no se ganó debido al acaecimiento del accidente de trabajo; es decir, implica un impedimento sobreviniente a que la persona se enriquezca legítimamente, a través de esta institución jurídica se busca enmendar el daño provocado, el detrimento en su patrimonio, un derecho personal o cualquier otro derecho que todavía no es de la persona al momento del daño, pero que puede llegar a ser en el futuro y que se corta abruptamente.
- En el caso materia de estudios, no podemos equiparar el lucro cesante como una liquidación de remuneraciones devengadas por cuanto es evidente que no se trata de labores efectivas y no se puede pretender el pago de la participación de pesca “tal cual” toda vez que no existió trabajo efectuado; sino que se trata de la ganancia o renta frustrada que no podrá obtener por parte del trabajador en condiciones normales, tal como cuando se encontraba hasta antes del evento dañoso.
- El tema a discutir es como cuantificamos la indemnización por el lucro cesante, la cuantificación del lucro cesante según el artículo 1321 del Código Civil “queda sujeta a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución” o solo aplicamos la discrecionalidad de juzgador so pretexto del principio de equidad regulado en el artículo 1332 del mismo cuerpo normativo.
- A continuación, presentamos ciertos parámetros a efectos de calcular el lucro cesante:
 - a) Boletas de pago que corresponden a doce meses efectivos anteriores al accidente con el propósito de incorporar parámetros legítimos de como otorgar una indemnización sin “criterio equitativo” y que a la vez tenga un sustento real y no hipotético.
 - b) Boletas de pago de un compañero de trabajo de los años siguientes al accidente de trabajo.

- c) Remuneración promedio anual de cuatro temporadas de pesca anteriores y posteriores, obtenida de las boletas de pago del demandante o de un compañero de trabajo (aleatoriedad de la pesca)
 - d) Número de años que aún hubiera podido seguir trabajando.
 - e) Edad del tripulante al momento de accidente.
 - f) Grado de menoscabo de la persona.
 - g) El monto que percibe por pensión de invalidez
- La responsabilidad recae en el empleador tal como está regulado en la Ley de la Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo N° 29783, cuyo artículo señala:

Art. 53° Indemnización por daños a la salud en el trabajo:

El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso que producto de la vía inspectiva, se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva.

- Encontramos en la ley de seguridad e higiene en el trabajo quien es el responsable de los daños en la seguridad y salud del trabajador, resolviendo sin ninguna duda, que es el empleador como garante de la vida de sus tripulantes y responsables del cumplimiento de los principios de prevención y protección en el trabajo que la ley exige.
- Y no podía ser de otra forma porque como vimos páginas anteriores el SCTR y sus prestaciones y coberturas no están dadas para resarcir daños a la persona, porque el SCTR nace como un tema social – previsional, mas no como para reemplazar los posibles daños que pudiera nacer de una relación laboral.

IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LOS CASOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA CORTE DEL SANTA Y EN LA CORTE SUPREMA.

1. Expediente 1894-2016-SANTA y Casación N° 28360-2017-SANTA

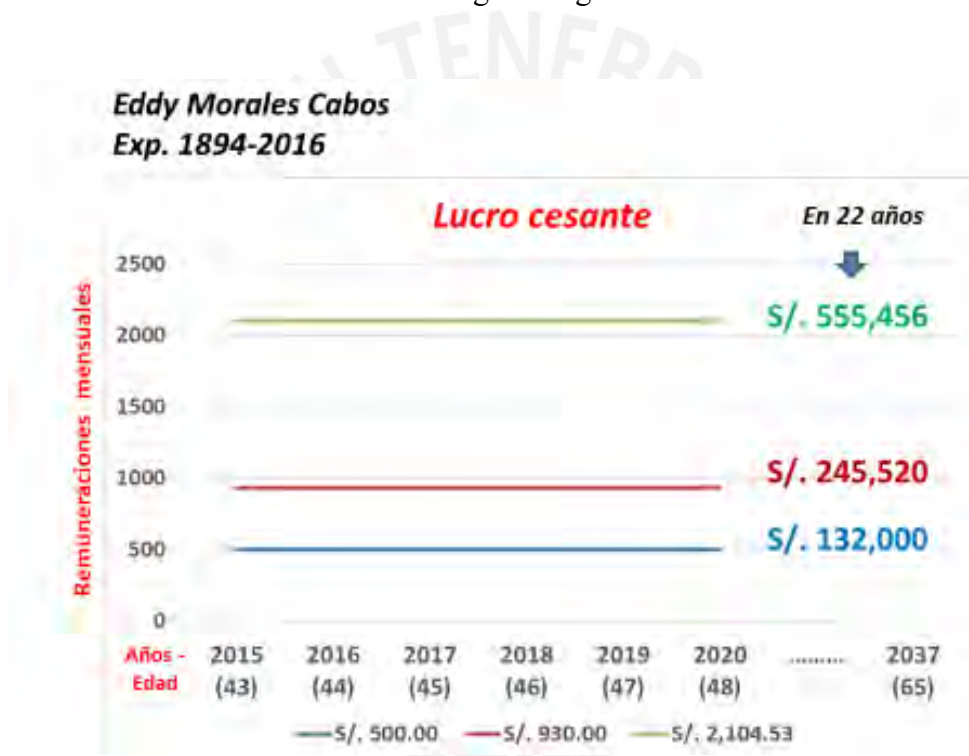
En la sentencia de vista expedida por la Sala Transitoria Laboral de la Corte de Justicia del Distrito Judicial del Santa resolvió que la indemnización por lucro cesante resulta infundada porque “no existiría incompatibilidad de percepción entre remuneración y pensión de invalidez, el actor no se vería perjudicado en sus ingresos económicos; por lo que, este extremo debe dejarse sin efecto” (Expediente 1894-2016-SANTA.p: 10). La judicatura resolvió que el demandante tiene menoscabo de 62%, por lo tanto, puede ser reubicado y obtener una remuneración la cual no resulta incompatible con su pensión de invalidez, ya que la empresa tiene la obligación de cambiarlo a otro puesto de trabajo donde no encuentre el agente causante de la enfermedad.

Una vez interpuesto el medio impugnatorio se obtiene el siguiente pronunciamiento: concepto que fue amparado por el juez de primera instancia en la suma de S/ 265,070.78 soles monto que representa los ciento veintiséis meses efectivos de trabajo que el demandante de percibir, tomando el juez como base de cálculo la pensión de invalidez percibida (S/ 2,104.53) siendo declarado infundado por el Colegiado Superior al considerar que el demandante tiene la posibilidad de ser reubicado laboralmente dentro de la empresa ... reunido los requisitos para la determinación de su obligación al pago de una indemnización por daños y perjuicios y estando probado el daño futuro, también denominado lucro cesante, con la existencia de una relación de naturaleza laboral la cual se vio truncada por el accidente... perdiendo de esta forma la oportunidad de poder trabajar normalmente durante su vida laboral, atendiendo a su edad laboral en que ocurre el accidente (43 años), perdiendo así la oportunidad de obtener sus remuneraciones mensuales completas que representan el sustento personal y familiar..., por lo que prudencialmente y en aplicación del artículo 1332° del Código Civil se fija en S/ 150,000.00 por concepto de lucro cesante. (Casación N° 28360-2017-SANTA: 10-11).

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, órgano responsable de la citada casación, con fecha veintitrés de agosto del dos mil dieciocho, en el considerando décimo segundo, hace alusión al

monto otorgado por el juez de origen en la suma de S/ 265,170.78 que representa los ciento veintiséis meses efectivos de trabajo dejados de percibir por el accidente de trabajo que fuera presentado en el escrito postulatorio de demanda.

Según la liquidación efectuada respecto al quantum indemnizatorio por lucro cesante, hemos planteado tres hipótesis, la primera basada en el monto mínimo de S/ 500.00, la segunda en base al sueldo mínimo de S/ 930.00 y la tercera calculada en base a la remuneración dejada de percibir a causa del accidente de trabajo, montos que multiplicado por los 22 años que todavía tenía por trabajar, dan las sumas por concepto de lucro cesante conforme indica el siguiente gráfico.



2. Expediente N° 2457-2016-SANTA y Casación N° 25788-2017-SANTA

Presentamos el segundo caso, con sentencia de vista de fecha trece de setiembre del dos mil diecisiete, el extremo del lucro cesante, fue revocado y declarado infundado por la Sala Transitoria Laboral del mismo distrito judicial señalando así:

- En la actualidad el demandante cuenta con una pensión mensual de invalidez total permanente en la suma de S/ 4,108.45 ... que inclusive supera el promedio de la remuneración mensual que pudo haber percibido de S/ 3,642.36, como remuneración por participación de pesca, al haberse desempeñado como

trabajador pesquero, pensión de invalidez que le será otorgada en forma mensual y permanente, importe que no habría podido percibir si continuaba en actividad desempeñándose como tripulante de pesca, ya que como es de conocimiento público y notorio, dicha actividad no es permanente sino intermitente (solo en temporadas de pesca, un promedio de 20 a 26 semanas al año)... Asimismo, se debe tener en cuenta que, este concepto de lucro cesante, no es más que el resarcimiento del daño económico causado, entendiéndose de ello, las remuneraciones que ha dejado de percibir, más no se hace referencia de las posibles remuneraciones que pudo percibir ("daño futuro" como lo dice el A quo en la recurrida), por lo que mal se hace en establecer sus remuneraciones hasta la fecha de jubilación del demandante (65 años), lo cual podría ser parte del proyecto de vida, no así del lucro cesante (Expediente 2457-2016-SANTA: 13)

Sentencia que fue casada con fecha veintitrés de agosto del dos mil dieciocho sosteniendo:

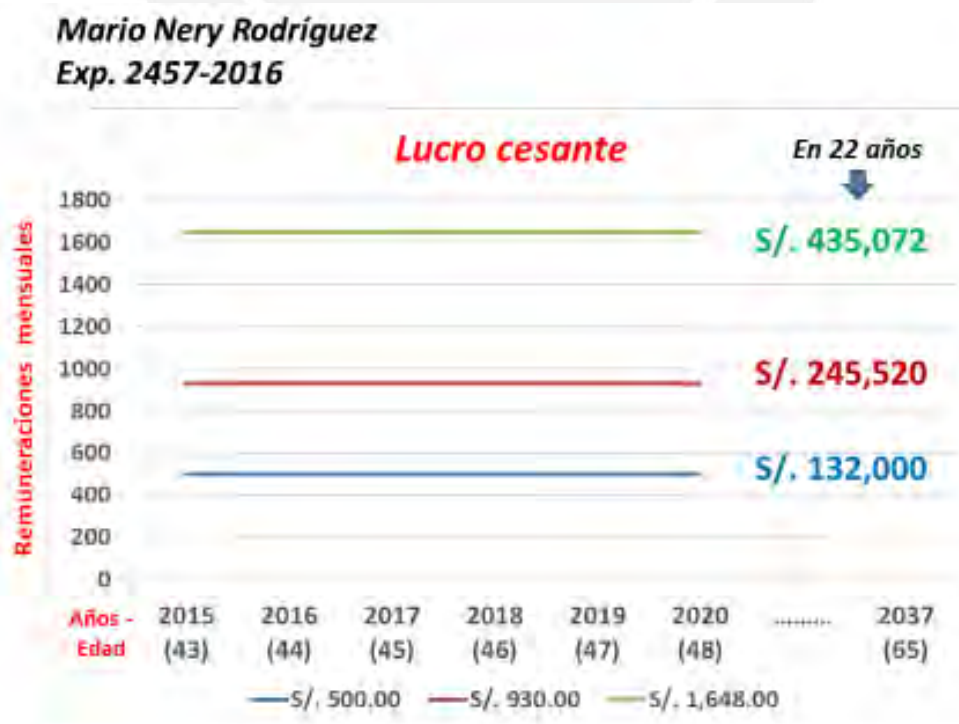
- El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, derecho integrante del derecho al debido proceso, importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Se incurre en nulidad cuando la motivación es insuficiente... agregando que no existe perjuicio económico al haberse otorgado al actor una pensión de invalidez permanente. Sin embargo, el colegiado de mérito no realiza una evaluación sobre la naturaleza jurídica de los conceptos en mención, esto es de la indemnización por daños y perjuicios y de la pensión de invalidez. (Casación N° 25788-2017-SANTA).

Una vez devuelto el expediente motiva un nuevo pronunciamiento por la Sala Laboral Transitoria solventando así:

- El actor se encuentra imposibilitado de seguir laborando en la faena de pesca, es evidente que, por ello, dejó de percibir sus ingresos y siendo que si bien es cierto el actor tiene pensión de invalidez S/ 4,108.45 (fs. 317 de autos), y la probable remuneración que habría percibido el actor de no haber ocurrido el accidente S/ 5,757.39, asimismo, ha tomado en cuenta la edad de jubilación de los pescadores según el nuevo Estatuto de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, hasta los 65 años, de manera que habría faltado 22 años (264 meses), en ese orden, teniendo presente la remuneración aleatoria en el sector pesca, las épocas

de veda decretadas por el Ministerio de la Producción, y que desde la fecha del accidente 13 de julio del 204, hasta la edad de jubilación obligatoria del demandante a los 65 años, y que a la fecha del accidente tenía 43 años, y le faltaban aun 22 años de labores para jubilarse (264 meses), y que a través de esta figura se busca enmendar el daño que ha afectado un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño, pero que puede llegar a ser en el futuro y que se corta abruptamente; sustentándose en este caso, los ingresos por concepto de remuneraciones entre otros beneficios dejados de percibir por mal proceder de la demandada, debe fijarse de manera prudencial, como indemnización por lucro cesante la suma equivalente a S/ 50,000.00, por lo que corresponde confirmar en cuanto a dicho extremo se refiere, modificándose su monto. (Expediente 2457-2016-SANTA: 11)

Esta resolución fue recurrida, siendo declarada improcedente el recurso. En este caso, estamos planteando una liquidación del quantum indemnizatorio por lucro cesante, planteando tres hipótesis a efectos del cálculo, la primera basada en el monto mínimo de S/ 500.00, la segunda en base al sueldo mínimo de S/ 930.00 y la tercera calculada en base a la remuneración dejada de percibir a causa del accidente de trabajo, montos que multiplicado por los 22 años que todavía tenía el demandante por trabajar, dan las sumas por concepto de lucro cesante conforme indica el siguiente gráfico.



3. Expediente N° 3211-2017 y Casación N° 19747-2018-SANTA:

Dado su condición de incapacitado con un menoscabo del 63%, es evidente que, por ello, el actor, dejó de percibir sus ingresos que pudo haber percibido, como pescador tripulante; en este sentido y siendo que se ha determinado que la remuneración Promedio del causante era de S/ 2,255.11, conforme se verifica de la liquidación de pago de pensión por Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo-MAPFRE (fs. 101) a la fecha de ocurrido el accidente de trabajo (23.10.2015), fijándose como pensión de Invalidez Definitiva la suma de S/ 1,150.79, de lo que se colige que existe una diferencia de S/ 1,104.32 por mes, que ha dejado de percibir mensualmente, en ese orden, teniendo presente la remuneración aleatoria en el sector pesca, las épocas de veda decretadas por el Ministerio de la Producción, y que desde la fecha del accidente 23 de octubre del 2015, hasta la edad de jubilación obligatoria del demandante a los 65 años, y que este a la fecha de su accidente de trabajo tenía 53 años, y le faltaban aun 12 años de labores para jubilarse (144 meses), y que a través de esta figura se busca enmendar el daño que ha afectado un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño, pero que puede llegar a ser en el futuro y que se corta abruptamente; sustentándose en este caso, los ingresos por concepto de remuneraciones entre otros beneficios dejados de percibir por mal proceder de la demandada, debe tomarse de manera prudencial, como indemnización por lucro cesante la suma equivalente a S/ 30,000.00, otorgada por la A quo, siendo ello así corresponde confirmar la impugnada en cuanto a dicho extremo se refiere (debe precisarse que se ha considerado dicho monto equivalente a lo que el actor solicita, en razón a que, si tomamos el número de meses desde el accidente hasta la fecha en que pudo jubilarse el actor, multiplicado por la diferencia entre la remuneración promedio y la pensión de invalidez, el monto resultante sería notoriamente mayor). (Expediente 3211-2017: 16).

Ante la interposición del recurso de casación la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema resuelve declarar fundado el recurso de casación y actuando en sede instancia, con dos votos a favor, modifican el monto otorgado en la suma de cincuenta mil nuevos soles, y con tres votos modifican el monto otorgado en la suma de cien mil nuevos soles señalando fecha de vista de la causa en discordia, resolviendo como sigue:

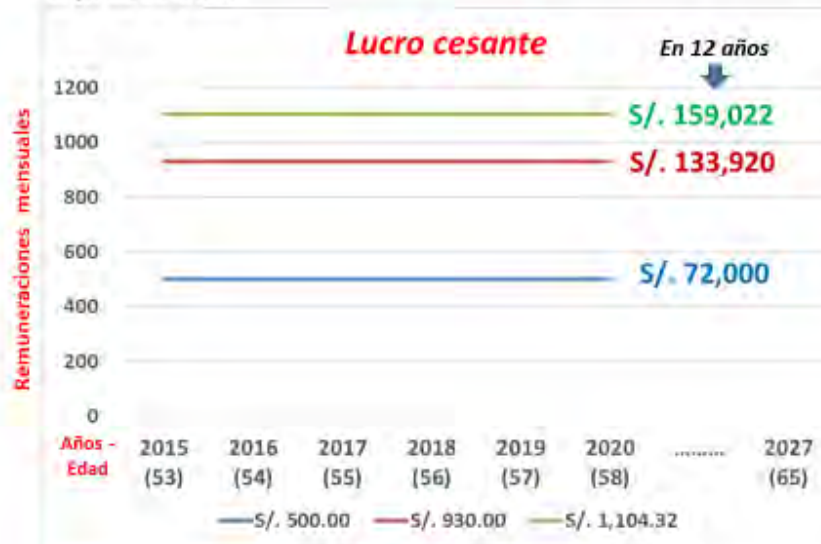
- Sobre la cuantificación del daño, debe considerarse que si bien la Sala Superior confirmó la sentencia apelada en el extremo que fijo S/ 30,000.00, por concepto

de lucro cesante, dicha cantidad no se condice con los medios probatorios valorados en forma referencial por la instancia de mérito para fijar el lucro cesante, ello debido a los siguiente: a) el demandante a la fecha del accidente contaba con cincuenta y tres años de edad, b) para el caso de los pescadores, la jubilación obligatoria es a los sesenta y cinco años de edad, aunque ello no imposibilite que un trabajador pueda seguir laborando, c) la remuneración del demandante antes del accidente de trabajo, era de S/ 2,255.11, d) actualmente el actor viene percibiendo una pensión de invalidez de S/ 1,104.32, que descontando de los S/ 2,255.11 que percibía como remuneración , hace una diferencia de S/ 1,150.79, que corresponde al monto que ha dejado de percibir según la Sala Superior... der reconocerle un monto indemnizatorio por lucro cesante, el mismo debe estar circunscrito de manera discrecional; siendo este, el de cien mil con 00/100 soles. (Casación N° 19747-2018-SANTA: 8-9)

La Sala Transitoria Laboral de la Corte del Santa en primer expediente sostenía que no le asiste el derecho porque puede ser reubicado y obtener remuneración, señalando que no hay incompatibilidad entre tener una pensión parcial permanente y gozar de una remuneración. Posteriormente el mismo colegiado resuelve revocar el monto otorgado por lucro cesante porque ya viene percibiendo pensión por invalidez total permanente, y finalmente en el tercer caso otorga monto indemnizatorio sustentado en un fallo inmotivado, a pesar que en sus lineamientos alude a la edad del trabajador y otros parámetros, con el único criterio de la equidad.

En este caso, estamos planteando una liquidación del quantum indemnizatorio por lucro cesante, planteando tres hipótesis a efectos del cálculo, la primera basada en el monto mínimo de S/ 500.00, la segunda en base al sueldo mínimo de S/ 930.00 y la tercera calculada en base a la remuneración dejada de percibir a causa del accidente de trabajo, montos que multiplicado por los 12 años que todavía tenía el demandante por trabajar, dan las sumas por concepto de lucro cesante conforme indica el siguiente gráfico.

Julio Espino Alvarez
Exp. 3211-2017



Estas tres sentencias han sido casadas, siendo que en el primer expediente la Corte Suprema actúa en sede de instancia y otorga monto indemnizatorio sustentándolo en las remuneraciones dejadas de percibir, edad, y criterio prudencial, en el segundo ejemplo declara nula la sentencia por falta de motivación, haciendo que la Sala Superior otorgue el monto indemnizatorio y en el tercer caso le resulta irrisorio el monto indemnizatorio otorgado y le triplica el quantum con un voto dirimente.

4. Expediente N° 1248-2017 y Casación N° 8966-2018-SANTA

En cuanto al sexto caso, con sentencia de primera instancia de fecha veintiocho de diciembre del dos mil diecisiete, respecto al extremo del lucro cesante, el juzgado de origen señala:

Está probado el daño futuro, también denominado lucro cesante, con el que se establece que con motivo del accidente sufrido el 24 de noviembre del 2013, el actor perdió la oportunidad de poder trabajar normalmente durante su vida laboral, atendiendo a su edad laboral en que ocurre el accidente (53 años), perdiendo así la oportunidad de obtener sus remuneraciones mensuales completas que representan el sustento personal y familiar del demandante; por lo que, prudencialmente, y teniendo en consideración la diferencia entre la pensión de invalidez y la probable remuneración que habría continuado percibiendo el actor de no haber ocurrido el accidente de S/ 4,779.68 soles, se tiene que el demandante ha dejado de percibir el importe de S/ 1,433.90 soles, y que

tomando en cuenta su estado físico y de salud, razonablemente se establece como lucro cesante en forma prudencial en la suma de S/ 3,345.78, se fija como lucro cesante la suma de **S/ 30,000,000.00**. (Expediente 1248-2017-SANTA: 17, 18)

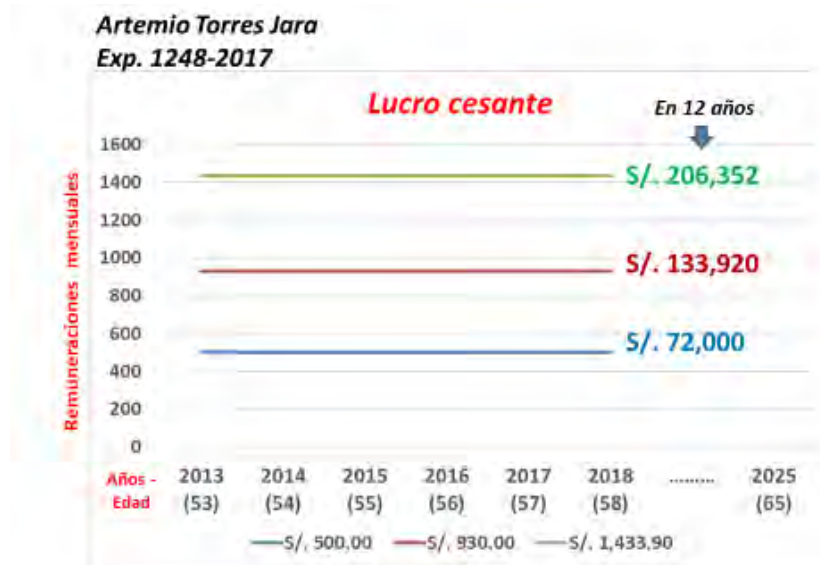
Esta resolución fue recurrida, obteniendo sentencia en segunda instancia con fecha catorce de marzo del dos mil dieciocho donde la Sala Laboral Transitoria confirma la sentencia sosteniendo:

- Si bien, resulta un hecho claro que dado la condición de invalidez permanente del acto con un menoscabo del 67%, resulta evidente que está imposibilitado de trabajar; también es evidente que dejó de percibir sus ingresos como pescador tripulante; por lo que, considerando, que su remuneración promedio mensual la suma de S/ 4,779,68, a efecto del cálculo de su pensión de invalidez, fijándose esta en la suma de S/ 3,345.78, existiendo una diferencia de S/ 1,433.90, por cada mes, lo que daría el total de S/ 206,481.60, y teniendo presente la remuneración aleatoria en el sector pesca, las épocas de veda decretadas por el Ministerio de la Producción, y que desde la fecha del accidente 24 de noviembre de 2013, hasta la edad de jubilación obligatoria del demandante a los 65 años, el demandante tenía 53 años de edad y le faltaban aun 12 años de labores para jubilarse, y que a través de esta figura se busca enmendar el daño que ha afectado un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño, pero que puede llegar a ser en el futuro y que se corta abruptamente; sustentándose en este caso, los ingresos por concepto de remuneraciones entre otros beneficios dejados de percibir por mal proceder de la demandada, debe fijarse de manera prudencial y considerando la carga familiar del actor, constituida por sus dos hijos, como indemnización por lucro cesante la suma equivalente a S/ 80,000.00 Soles, por lo que corresponde confirmar en cuanto a dicho extremo se refiere, modificándose su monto. (Expediente 1248-2017-SANTA: 20).

Esta resolución fue recurrida, donde la Segunda Sala de Derecho Constitucional Transitoria declara improcedente el recurso (CASACION 08966-2018-DEL SANTA).

En este caso, estamos planteando una liquidación del quantum indemnizatorio por lucro cesante, planteando tres hipótesis a efectos del cálculo, la primera basada en el monto mínimo de S/ 500.00, la segunda en base al sueldo mínimo de S/ 930.00 y la tercera

calculada en base a la remuneración dejada de percibir a causa del accidente de trabajo, montos que multiplicado por los 12 años que todavía tenía el demandante por trabajar, dan las sumas por concepto de lucro cesante conforme indica el siguiente gráfico.



V. INCENTIVOS ECONÓMICOS Y SOCIALES QUE JUSTIFICAN LA NECESIDAD DE ESTABLECER CATEGORÍAS LÓGICAS JURÍDICAS PARA LA INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE.

- Considero que sí es importante establecer los parámetros y así establecer una suerte de precedente para los actores jurídicos, tales como magistrados, abogados defensores de los trabajadores, abogados y apoderados de las empresas, el área de recursos humanos de las empresas pesqueras y comité de vigilancia en seguridad e higiene en el trabajo.
- Ello generaría incentivos económicos beneficiosos para la sociedad, toda vez que las empresas internalizarían sus costos en la toma de precauciones en la seguridad e higiene en el trabajo, por ejemplo las empresas según Reglamento Interno de Trabajo trasladan la responsabilidad de la vida e integridad de sus tripulantes al capitán de la embarcación, ya que por ser su personal de confianza es el representante de la empresa en altamar, y sobre este recae la seguridad de los tripulantes a bordo de la embarcación pesquera.
- Considero que el traslado de estas responsabilidad no deben ni deberían estar en cabeza de una miembro más de la tripulación, que si bien por el cargo de confianza podría

realizar tal función, ello es físicamente imposible, porque el capitán también trabaja en horas de la madrugada, con los equipos que le proporciona la empresa, trabaja con la presión de capturar pesca, realizando cuantas calas sea necesario, porque solo así completaría la cuota y consecuentemente ganancias para la tripulación, y solo pescando la máxima cantidad tendrá la confianza de la empresa de renovar el contrato, y seguir gozando de tal condición, recuérdese que el capitán de pesca gana muy por encima de la tripulación, conjuntamente con los demás tripulantes.

- Para el capitán de la embarcación es humanamente imposible avistar de la formación de bolsas de pescado o los de mar que se forman en la estiba del boliche y que están por caer encima de los trabajadores quienes se encuentran tres a cuatros metros debajo del mismo, más aun cuando el trabajo de captura de pesca se da en horas de la noche o de madrugada, este rol, está tipificado en el Reglamento Interno de Trabajo de las empresas pesqueras, considero que tal función no puede recaer en el patrón porque por la propia naturaleza de la prestación de servicio o trabajo que realiza no podría contar con tanto sentido para entrar inmerso en el procedimiento de captura de la pesca y a la vez dar el avistamiento, más aun en condiciones de oscuridad.
- La empresa pesquera cuenta con el dinero suficiente para implementar mecanismos tecnológicos que sirvan para prevenir, erradicar o mitigar estos riesgos, a través de sistemas tecnológicos y no dejar en manos de un miembro más de la tripulación tamaña responsabilidad, porque a la hora de trabajo todos cumplen igual misión en su responsabilidad y compromiso. La empresa debe internalizar estos costos en su área productiva e implementar estas nuevas tecnologías para paliar o menguar el índice de accidentes de trabajo.
- Una vez que la empresa internalizó estos costos, la sociedad en general sabrá que existen tecnología en cada embarcación pesquera que permita sortear los accidentes de trabajo, consecuentemente el capitán trabajará con menos presión, y los tripulantes están menos expuestos al riesgo porque saben que cuentan con tecnología que le podría salvar la vida ante cualquier contingencia.
- La sociedad en general se beneficia, porque ya no habrá tantos accidentes de trabajo, menos atenciones médicas que atender, menos dramas humanos que enfrentar, por el impacto que trae cada accidente de trabajo, tal como la muerte o la incapacidad temporal

o definitiva para el trabajo de sus trabajadores, trayendo viudas y/o huérfanos, que desencadenan en pobreza y drama social.

- Si se establecen los parámetros, las empresas asumirán con compromiso las reglas de juego en la seguridad e higiene en el trabajo para con sus trabajadores, asumirán e internalizaran los costos para evitar los accidentes de trabajo tan típicos y usuales en las embarcaciones pesqueras, incentivando a las demás empresas que realizan trabajo de riesgo a implementar nuevas medidas en seguridad en el trabajo.
- Sabemos que el golpe en el bolsillo al empresario es el más eficiente, porque afecta su rentabilidad, y al saber que las indemnizaciones serán altas, porque así se justifican de manera razonable al amparo de los derechos fundamentales laborales, se crean incentivos positivos para alimentar esta concientización y compromiso para con el bienestar de sus trabajadores, generando efecto domino en toda la actividad empresarial y, a su vez en la estructura productiva en su integridad, generando eficiencia y justicia social desde la regulación entre la partes, lo que sería, menor costos de transacción porque no entra un tercero a resolver un problema, ni menos el Estado como regulador post problema, lo que según Coase sería asignación eficiente de los recursos escasos.
- Respectos de los incentivos en la clase trabajadora es aún mayor, porque trabajarán sabiendo que están protegidos, generando un ambiente de confianza, trayendo igualdad a la relación laboral que per se nace desigual, dándole nuevos brillos a la relación con cara a la igualdad y relación en paridad.
- En materia tributaria el Estado puede crear ciertos tributos o privilegios fiscales a aquellas empresas que cuenten con tecnología de alta gama capaz de proteger al trabajador en su labor diaria y, que sin duda, mitigue los accidentes de trabajo, el cual será materia de evaluación y verificación a través de su Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo de la mano con Sunafil y Ministerio de Trabajo.

VI. CONCLUSIONES

- La Corte del Santa a través de sus dos Salas Laborales, tanto la Permanente como la Transitoria se muestra timorata a efectos de establecer parámetros fijos para cuantificar el lucro cesante.
- En más de un expediente la Corte Suprema exhortó a la Sala Transitoria y Permanente de la Corte del Santa fijar criterios claros y precisos al momento de estimar su fallo al momento de resolver estos tipos de casos, no obstante el requerimiento por su superior, resolvió básicamente con el principio de equidad, a pesar que toca de manera tibia ciertos directrices, lo cual resulta contradictorio, porque si resuelvo en merito a la edad del tripulante al momento del accidente, años que le falta por jubilarse, incorporo la pensión de invalidez para mitigar la indemnización, la aleatoriedad de la pesca, no debería aterrizar el peso del fallo en la equidad, sino sin lugar a dudas, en los parámetros expuestos y sobre los mismos estimar el quantum indemnizatorio.
- Esta disparidad de criterios provoca incluso que los magistrados de primera instancia resuelvan según su criterio en casa caso en concreto, al amparo de su “independencia de criterio”, el cual no debería aplicarse cuando se trata de casos iguales que recogen un drama humano como la incapacidad o discapacidad vitalicia, que trae pobreza y orfandad en muchos casos, donde un sector perjudicado, muchas veces, son familias enteras con madres que solo son amas de casa y con niños menores en su haber.
- Es de conocimiento público que se realizan los plenos jurisdiccionales cuando los criterios judiciales son disímiles en casos parecidos y, con la finalidad de uniformizar criterios y dar seguridad jurídica o predictibilidad a los casos jurídicos sociales se dan estos acuerdos para enfrentar la solución desde un solo punto de vista y bajos los mismos principios lógico jurídicos, sin embargo, la judicatura hasta la fecha deja huérfano a estos problemas que se incrementan en el día a día.
- La problemática para enfrentar de manera más razonable estos casos, es la naturaleza de prestación que busca ser indemnizada, porque lamentablemente el legislador laboral omitió tipificar en su ley especial (Ley N° 26790) este tipo de indemnizaciones y como sería su procedimiento a tratar bajo los principios de la ley laboral y su contenido

humano, irrenunciable e imprescriptible, porque el daño nace de la relación laboral, que nace desigual, porque nunca el trabajador tendrá la fuerza del patrono.

- En ese orden de ideas, ante tal vacío legislativo y ante la realidad que sobrepasa cualquier artificio jurídico se tiene que resolver las demandas sociales jurídicas y si es que no tiene regulación en la normativa laboral, el juez debe acudir a la norma supletoria, porque no puede ni deber dejar de administrar justicia en caso de vacío en la ley especial (Ley N° 26790), en tal sentido, se acude al libro del Código Civil que tipifica la indemnización civil proveniente de una relación contractual, olvidando, que este libro civil regula y recoge las indemnizaciones que subyacen a un contenido patrimonial, olvidando, que los daños derivados de la relación laboral no nacen de un contrato civil que puede ser regulado como acto jurídico o negocio jurídico con prestaciones de dar, hacer y no hacer sobre una cosa u objeto, y considero que ahí nace el primer problema, para enfrentar estas situaciones.
- Si el legislador hubiera regulado en la ley especial laboral (Ley N° 26790) la forma como se indemniza esos tipos de daños, se puede batallar con los principios propios del derecho laboral, porque es su fuente de origen, no olvidemos, que en una relación laboral existe una ley o un contrato que crea, modifica o extingue las relaciones jurídicas que nacen de la misma, por lo tanto, sería más armonioso o más pacífica su solución, y el debate quedaría en el círculo laboral, empero, ante tal ausencia los operadores acudimos al libro civil y debe sentenciarse como si el daño proviniera de un contrato como si el objeto de la prestación fuera patrimonial, cuando no lo es.
- A mi juicio, los daños que nacen de un contrato de trabajo no tiene contenido patrimonial como lo entendería un civilista, porque tiene matices o tintes netamente laborales, no en vano nace de la relación laboral, donde el trabajador se somete al ius variandi del empleador y donde su autonomía de la voluntad que muchas veces es relegada para que impere la fuerza del patrono, y atendiendo a un Estado Democrático contamos con los propios rectores y el bloque constitucional para equilibrar la balanza ante esta disparidad.
- Un claro ejemplo de ello, es que el contrato pesquero entre los trabajadores y las empresas pesqueras no tiene un contrato modal, como lo son los contratos de suplencia, contrato de temporada, contrato de obra o servicio determinado o por incremento de la

productividad empresarial, sabemos que el Decreto Legislativo N° 728 regula en forma general, pero, la actividad pesquera debería contar con un contrato tipo que satisfaga sus intereses, como el riesgo per se, aleatoriedad del sector, ley de cuotas, participación de pesca según contrato u origen de la embarcación, entre otros, como vemos en nuestro país, no tenemos regulación especial para este sector, y mucho menos, para regular y sancionar el incumplimiento de la Ley N° 26790 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-97-SA, quedándonos acudir al código civil, que finalmente confunde la naturaleza de la prestación que es netamente laboral para regular como si fuera patrimonial.

- El segundo problema es la timidez de las sentencias y la falta de uniformidad para cuantificar el lucro cesante con parámetros objetivos, los mismos que quedan relegados so pretexto de un enriquecimiento indebido o por presunta negligencia del trabajador, cuando en el Common Law se regula incluso los daños punitivos con la finalidad de incentivar conductas positivas en los agentes del mercado económico, que buscan solucionar sus posibles problemas sin costes de transacción, es sencillo, la sentencias dan pautas de conducta económicas y sociales, es decir, si cometo A me pasará B, entonces el agente económico sabe las consecuencias de sus actos y las debe asumir sin excusas, si los jueces resolvieran con objetividad quedando claro los parámetros a emplear para sentenciar las empresas sabrán que le va pasar si incumplen la ley de seguridad e higiene en el trabajo, y ello sería un buen mensaje a la sociedad peruana porque marca reglas básicas de convivencia en el mercado laboral.
- Sería importante determinar la naturaleza de la indemnización de daños y perjuicios derivados de una relación laboral, ¿sería acaso de naturaleza social, alimentaria o previsional?, sostengo que es social, porque así como las pensiones o seguros nacieron para cubrir contingencias, las indemnizaciones con reglas claras deben nacer para cubrir estas contingencias que si bien tiene su origen civil, al nacer de una relación laboral, se materializan a través de un contrato de trabajo y por lo tanto adquieren tal naturaleza, ello sería una conversión de lo civil a lo laboral, pero no tendríamos otra opción, porque si la dejamos en el campo civil estaríamos desconociendo arbitrariamente la fuente de las obligaciones, que es este caso es el contrato de trabajo, que atiende al cumplimiento de la fuerza de trabajo por parte de trabajar a cambio de una remuneración justa y

equitativa, distinta a un contrato civil, donde el objeto de la prestación es de contenido patrimonial.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

PODER JUDICIAL

- 2018 - Expediente N° 2440-2018. Sentencia: 12 de setiembre del 2019
- 2018 - Expediente N° 19747-2018. Sentencia: 3 de diciembre del 2019.
- 2017 - Expediente N° 27950-2017. Sentencia: 19 de junio del 2017.
- 2018 - Expediente N° 10899-2018. Sentencia: 8 de noviembre del 2018.
- 2017 - Expediente N° 25788-2017. Sentencia: 23 de agosto del 2018.
- 2017 - Expediente N° 28360-2017. Sentencia: 14 de junio del 2018.
- 2018 - Expediente N° 28380-2019. Sentencia: 18 de julio del 2019.
- 2016 - Expediente N° 2457-2016. Sentencia: 18 de julio del 2019.
- 2017 - Expediente N° 3211-2017. Sentencia: 20 de setiembre del 2018.
- 2016 - Expediente N° 1894-2016. Sentencia: 28 de julio del 2018.

CONGRESO

1993 - La Constitución Política del Perú. Carta Política y Social que establece la estructura humana, social, económica, política, jurisdiccional del Estado Peruano. Lima, 29 de diciembre. Consulta: 15 de abril del 2020 (https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci3n_Pol3tica_del_Per3_de_1993#Antecedentes)

PODER EJECUTIVO

1984 - Código Civil Peruano. Libro que establece las normas civiles entre personas naturales y personas jurídicas. Lima, 24 de julio. Consulta 05 de abril del 2020. (<https://www.abogadoperu.com/codigo-civil-introduccion-y-titulo-preliminar-titulo-1-abogado-legal.php>).

CONGRESO DE LA REPUBLICA

2011 - Ley 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo Establece la política de prevención de riesgos para proteger la vida y salud en el trabajo. Lima, 20 de agosto. Consulta 05 de abril del 2020

(<http://29783.com.pe/LEY%2029783%20PDF/Legislación%20Perú/Ley%2029783%20de%20Seguridad%20y%20Salud%20en%20el%20Trabajo.pdf>).

2010 - Ley N° 29497: Nueva Ley Procesal de Trabajo sustentada en los principios de oralidad, transparencia, economía procesal y veracidad a efectos de acelerar los procesos laborales. Lima, 13 de enero. Consulta 05 de abril (https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9887598046126744a6babe021c5bb19c/Ley_29497_Nva_ley_procesal_Trabajo.pdf?MOD=AJPERES).

1997 - Ley N° 26790: Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, se fundamenta en los principios constitucionales que reconocen el derecho al bienestar y garantizan el libre acceso a prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas. Lima, 14 de mayo. Consulta 05 de abril ([http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/180F23BAE62B76C505257BD4005DF5F9/\\$FILE/8_L26790-1997.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/180F23BAE62B76C505257BD4005DF5F9/$FILE/8_L26790-1997.pdf)).

PODER EJECUTIVO

1971 - Decreto Ley N° 18846. Lima 28 de abril. Consulta 05 de abril (<https://www.deperu.com/legislacion/derogada-decreto-ley-num-18846.html>).

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2012 - Reglamento: Decreto Supremo N° 005-2012-TR. Lima, 24 de abril. Consulta 05 de abril (https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/571763/Decreto_Supremo_N__005-2012-TR.pdf).

1998 - Decreto Supremo N° 003-98-SA: Normas Técnicas sobre el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Lima, 13 de abril. Consulta 05 de abril (<https://web.ins.gob.pe/sites/default/files/Archivos/DS%20003-98-SA%20Normas%20Técnicas%20del%20Seguro%20Complementario%20de%20Trabajo%20de%20Riesgo.pdf>).

MINISTERIO DE JUSTICIA

1997 - Decreto Supremo N°009-97-SA: Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Lima, 8 de setiembre. Consulta 05 de abril (<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmVzZ2lyb2JvY29ufGd4OjNmMmY2YjAzMTgyYThhZDM>)

NORMAS INTERNACIONALES

1959 - Declaración Universal de Derechos Humanos: Un ideal Común, New York. Oficina de Información Pública (https://es.wikipedia.org/wiki/Declaración_Universal_de_los_Derechos_Humanos).

1948 - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Bogota (https://oas.org/dil/esp/Declaración_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf)

1966 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (https://es.wikipedia.org/wiki/Pacto_Internacional_de_Derechos_Económicos,_Sociales_y_Culturales)

AUTORES

Cabanellas, Gerardo.

1968 - Derecho de los Riesgos de Trabajo. Buenos Aires, Omeba.

DE TRAZEGINES, Fernando

2005 - La Responsabilidad Extracontractual. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Espinoza, Juan.

2003 - Derecho de La Responsabilidad Civil, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Gonzales, Cesar y Javier Paitan

2017 - El Derecho a la Seguridad Social, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Matos, Manuel.

2011 - Los Accidentes de Trabajo y en el Trayecto al Trabajo en el Perú, Lima:
Soluciones Laborales.

Ospina, Estela

2010 - El Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo en el Perú, Lima.

2010 - Una Mirada Crítica al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Pasco, Manuel

2008 - Los Principios de la Seguridad Social y los diversos Sistemas Pensionarios,
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Quiñones, Simón

2019 - El Derecho del Trabajo en la Actualidad: Problemática y Prospectiva, Lima,
PUCP.

Soto, Adrián

2015 - Daño Extra patrimonial, Daño Moral; Daño a la Persona, Lima, Jurivec
E.I.R.L.

Taboada, Lizardo

2005 - Elementos de la Responsabilidad Civil, Lima: Grijley.