

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL, POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES

Jeison K. Lescano Villanueva
Universidad Nacional de Trujillo

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El tema a abordar, se presenta como un gran desafío para el derecho pues combina en su esencia características propias del derecho civil o común, aplicadas con gran sistematización al derecho laboral, de componentes proteccionistas a la parte más débil: el trabajador.

Las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo son las principales causas de los reclamos o demandas sobre Indemnización de Daños y Perjuicios, en el ámbito laboral, pero ¿Es responsable el empleador por el devenir de un accidente de trabajo o enfermedad profesional?, pues la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, han determinado diversos supuestos básicos para dar respuesta a esta interrogante, que nos permitirá observar si el empleador es responsable y en que casos no lo es. Si bien es cierto el Derecho Laboral, por principio, es proteccionista; no podremos caer en el error de achacarle todo la responsabilidad al empleador, de causas no atribuibles a éste.

Es importante determinar que la relación laboral, en cualquier parte del mundo, genera deberes y derechos entre las partes, que exigen un determinado comportamiento y su respectivo cumplimiento, esto es al momento de la celebración y en la ejecución del contrato de trabajo. El incumplimiento de éste, genera entre sí, una responsabilidad de la parte involucrada hacia la otra, y es preci-

samente la que vamos a tratar en este trabajo, pero enmarcada desde el punto y condiciones en los casos que el empleador es responsable en las demandas de Indemnización de Daños y Perjuicios, derivadas de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales.

El tratamiento doctrinario del tema, nos arroja a pensar en lo grave del tema, pues no se trata solo del aspecto económico, o la pérdida o desocupación en el trabajo, sino que se trata de un tema que tiene que ver con la salud del trabajador, que puede verse diezmada e incluso conducirla a la jamás indemnizable: la muerte.

II. LAS IMPLICANCIAS DEL TEMA DESDE LA DOCTRINA

Muchas veces la doctrina se adelanta y brinda luces a la solución de los problemas y en el Derecho Laboral no es la excepción. Veamos algunos alcances de ésta, en el tema a tratar:

1. Las enfermedades profesionales

1.1. Concepto de enfermedad y enfermedad profesional

Antonio VÁZQUEZ VIALARD define a la primera «como un estado anormal de la salud (psíquica o física) que temporalmente produce una incapacidad para trabajar *o para realizar alguna actividad física o mental*»¹, lo subrayado es nuestro. La segunda tiene un agregado, que su causa está estrechamente relacionada con el ejercicio de la actividad laboral (adquirida en el puesto de trabajo, siendo éste, por cuenta ajena), otro de los requisitos según nuestra legislación es lo prescrito en el D.S. N° 003-98-SA, abril 1998 sobre Normas Técnicas del SCTR en su Art.30° encarga a la Comisión Técnica Médica-CTM, Ley N° 26790, a incluir el padecimiento sufrido al listado de enfermedades profesionales, establecido por dicha entidad (incluyen a 30 enfermedades profesionales).

El Reglamento de la Ley 26790 (Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud) D.S. N° 009-97-SA prescribe en el Inc. n) del Artículo 2 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 del medio en que se ha visto obligado a trabajar».

Anota FRANCISCO ROMERO MONTES, «Que las enfermedades profesionales, son aquellas patologías adquiridas por el trabajador dentro del ambiente laboral por las características y modalidad de la tarea realizada, que a través de una

¹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1999.

evolución generalmente lenta produce un daño psíquico y/o físico en la salud del trabajador, que lo incapacita para cumplir con su trabajo habitual»².

Asimismo el Comité Mixto de la OIT/OMS, se refiere a la enfermedad profesional «como toda afectación directamente relacionada con el ejercicio de una determinada profesión u oficio o con el ambiente en que se lo ejerce, generalmente de curso crónico y que aparece con una frecuencia mayor en personas o grupos vinculadas a una determinada tarea»³.

La enfermedad profesional, que en muchas sentencias el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, pueden ser acreditadas por un informe médico que determine su incapacidad, logrando así, en el proceso laboral certificar el daño sufrido y las causas de éste.

Según GASTÓN VELÁSQUEZ, «jurídicamente, toda enfermedad profesional implica una lesión, pero como tal, su etiología debe estar ligada a la ocupación, esto marca la imputabilidad del ámbito de aplicación del derecho laboral»⁴.

De lo dicho podemos colegir que existe una relación directa entre el evento productor del daño y la ejecución del trabajo, esta relación determina la causalidad adecuada o el nexo causal de las demandas de indemnización de daños y perjuicios, para así, imputarte o no, responsabilidad al empleador por su conducta, dolo o culpa (negligencia, imprudencia)⁵. De aquí se desprende la responsabilidad de empleador por su actuar negligente o culposo, por tanto, derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales.

2. Conceptos básicos de empleador, trabajador y responsabilidad

En palabras de Manuel OSORIO, empleador sería «La persona física (aunque el concepto también cabe aplicarlo a las personas jurídicas) que en el contrato laboral, da ocupación retributiva a los trabajadores que quedan en relación subordinada; es el propietario de la empresa» y en cuanto a trabajador nos expone «que es uno de los sujetos de la relación laboral y es quien recibe el trabajo, en forma remunerada y con relación de dependencia»⁶.

² ROMERO MONTES, Francisco, «la Competencia y Los Riesgos Laborales», en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, p. 6.

³ PAVESE-GIANIBELLI, *Enfermedades Profesionales en la Medicina del Trabajo y en el Derecho Laboral*, Universidad Buenos Aires, 1989, p. 79.

⁴ VELÁSQUEZ VILLAMAR, Gastón, *Aspectos Jurídicos sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, 2004.

⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003, p. 97.

⁶ OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasra, Buenos Aires, 1999.

Para nuestro entender, el empleador es la parte de la relación laboral, persona natural o jurídica, empresa unipersonal, sociedad irregular o de hecho, cooperativa de trabajadores, entidad del sector público o privado o cualquier otro ente colectivo, que provee un puesto de trabajo a una persona física para que preste un servicio personal bajo su dependencia y subordinación, a cambio del pago de una remuneración o salario; y el trabajador es, la persona que con capacidad presta sus servicios en forma voluntaria al empleador por una retribución o pago, en condiciones y modalidades suficientes para el trabajo.

En cuanto a la responsabilidad, diremos que es un concepto que aparece producto de la ruptura de la armonía en las relaciones de los hombres o grupos humanos, cuando por algún actuar doloso o culposo del sujeto activo, llega a afectar la esfera de los intereses de alguna o varias personas, produciéndole algún daño, daño que por doctrina, jurisprudencia y legislación deberá ser resarcido.

En cuanto a la responsabilidad jurídica, nos manifiesta Pablo LARRAÑAGA, «surge cuando el sujeto transgrede un deber de conducta señalado en una norma jurídica que, a diferencia de la norma moral, procede de un organismo externo al sujeto, principalmente el Estado, y es coercitiva. Son normas jurídicas porque establecen deberes de conducta impuestos al sujeto por un ente externo a él, la regla puede ser a través de prohibiciones o de normas imperativas. La responsabilidad es el complemento necesario de la libertad. El efecto propio en las normas jurídicas es la reacción que el Derecho (o la sociedad toda) tiene respecto del sujeto que viola la norma jurídica, que se supone no es otra cosa que la manifestación del querer de todos. La sanción es la reacción que tiene la sociedad toda, respecto de este incumplimiento»⁷.

Este incumplimiento es reprochable al empleador cuando no observa las normas laborales y más aún, las obligaciones devengadas de la actividad patronal, produciendo daños (físicos o psíquicos) a sus trabajadores, exigiendo que exista nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañi^o. La responsabilidad puede ser contractual y extracontractual.

3. Naturaleza jurídica de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional, por el incumplimiento de las obligaciones laborales

3.1. Naturaleza de este tipo de indemnizaciones

Para establecer la naturaleza de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional por el incumplimiento de obligaciones

⁷ LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de la Responsabilidad*, Fontamara, México, D.F., 2000 (Fragmento de la Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Manuel ATIENZA).

laborales, tenemos que partir de la aceptación de la existencia de un contrato de trabajo (expreso o tácito), que constriñe a las partes a modular sus conductas a un actuar pactado, claro está, respetando las normas laborales y constitucionales previstas⁸.

Con respecto a esto, Fernando Elías MANTERO nos señala que «en el caso de los sujetos de la relación laboral, la responsabilidad es de naturaleza contractual [...] El contrato de trabajo puede generar obligaciones expresas o implícitas, siendo las primeras consignadas expresamente por las partes y que pueden estar referidas a la forma como se llevara a cabo su ejecución [...] Las obligaciones mencionadas en su mayor parte son implícitas y no tienen que estar reconocidas o mencionadas de manera expresa a través de un contrato escrito en una relación que es fundamentalmente consensual y que además por su naturaleza tiene una fuerte influencia legal, en tanto que las obligaciones están reguladas en la norma legal»⁹.

En efecto, creemos que las obligaciones laborales están contempladas en la norma legal¹⁰, y que éstas, forman parte de las obligaciones implícitas o tácitas, que la partes, sin plasmarlas en un contrato laboral, se obligan a cumplir, puesto que son de cumplimiento obligatorio. Éstas son las que se desprenden de la actividad que realiza el operario o trabajador, en el caso de las enfermedades profesionales, generalmente son consecuencia del trabajo de riesgo (industrial, minero, etc.), estas normas prescriben el cumplimiento de las medidas de seguridad, salud e higiene laboral, para con los trabajadores y el lugar o ambiente donde, éste, va a desarrollar sus labores. Como también la obligación de evitar los riesgos laborales.

Al respecto del D.S. 009-2005-TR, Karla CÁNOVA, sostiene: «[...] Que el reglamento de seguridad y salud en el trabajo, es norma aplicable a todas las empresas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, el cual contiene una serie de obligaciones que deben ser cumplidas por los empleadores»¹¹.

Como sostiene GÓMEZ VALDEZ, «las contingencias laborales se presentan, lamentablemente, pese a las medidas de seguridad impuestas por la reglamentación gubernamental o convencional. Pareciera que se trata de estigmas que el trabajador ha de soportar con ocasión de la ejecución de su contrato

⁸ GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *Derecho del Trabajo*, San Marcos, Lima, 2007, p. 201.

⁹ MANTERO Elías, Mantero, «Responsabilidad Patrimonial derivados del Incumplimiento de las Obligaciones Laborales», en *Trabajo y Seguridad Social, Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez, Grijley*, Lima, 2008, pp. 269, 282.

¹⁰ D.S. N° 009-2005-TR, *Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo*, f.p. 29/09/2005.

¹¹ CÁNOVA TALLEDO, Karla, «Implementación de los Registros en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», en *Soluciones Laborales Feb.-2008*, p. 41.

de trabajo. Por tanto, el incumplimiento parcial, total o defectuoso de la normatividad laboral, coloca al empleador en una posición de abierta transgresión, y consecuentemente responsable de las contingencias, si es que éstas se producen»¹².

Afirma Jorge RENDÓN, que «la prestación de trabajo debe efectuarse en forma tal que no dañe la salud del trabajador. Esto supone, que en el centro de trabajo y en la realización de la labor deben existir determinadas condiciones que impidan o atenúen, hasta donde sea posible, el acaecimiento de las enfermedades profesionales»¹³.

De lo expuesto, el incumplimiento de las obligaciones laborales, expresas o tácitas en un contrato, ocasionadas como consecuencias del trabajo y en una relación de dependencia, por el empleador; generaría una acción indemnizatoria para con el trabajador, si éste llega a afectarse de tal inobservancia, expresado en el daño a su integridad física o psíquica.

La inobservancia de los aspectos anteriormente revisados, se constituyen, por devenir de un contrato de carácter laboral, en concerniente al derecho de trabajo, por tanto su naturaleza es propiamente laboral, aún cuando las instituciones, tales como, la responsabilidad civil contractual y las indemnizaciones, son plenamente civiles; sin embargo, estos son adecuados de manera maestra y en modo más cercano y posible al proceso laboral, con todas sus normas especiales y proteccionistas, sin desnaturalizar la acción.

3.2. Naturaleza de este tipo de indemnizaciones y las prestaciones generadas a partir del seguro complementario de trabajo de riesgo (Ley N° 26790)

Para muchos tratadistas del derecho laboral y de la seguridad social, éste es un tema conflictivo, puesto que no se ha determinado mediante una norma, los límites entre las indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales y el SCTR¹⁴. Sobre las primeras diremos que son con ocasión del incumplimiento del contrato de trabajo y las normas laborales, imputadas al empleador (con los eximentes del caso), y que determinan, según el daño y la responsabilidad sobre éste, una compensación económica única, por su inejecución. Ésta cubrirá los

¹² GÓMEZ VALDEZ, FRANCISCO, *El contrato de Trabajo*, t. 1, San Marcos, Lima, 2000, p. 369.

¹³ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual*, 5ª ed., Lima, 2000, p. 132.

¹⁴ Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, implementado por la Ley N° 26790 de Modernización de la Seguridad Social en Salud, f.p. 17/05/97, que deroga al D.S. N° 18846 Seguro Social del Obrero.

conceptos de la clásica división del daño emergente, lucro cesante y el daño moral¹⁵. En cambio, cuando hablamos de las prestaciones de salud y subsidios especiales económicos, nos referimos a aquellas reguladas por el Art. 19 (SCTR) de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, «el seguro complementario de trabajo de riesgo, otorga cobertura especial a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan actividades de alto riesgo, determinadas mediante decreto supremo [...] a)El otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y b)Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal y permanente [...] como consecuencia de un accidente o enfermedad profesional». Entonces, con el SCTR, se logrará obtener una pensión de invalidez vitalicia o no, según el grado de incapacidad¹⁶.

El Tribunal Constitucional ha establecido en el Expediente N° 4767-2003-I.D.P(AyS)¹⁷ en su sétimo considerando «que la contratación del Seguro a que se refiere el Decreto Ley N° 18846 sustituido por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo establecido por el Decreto Supremo N° 003-98-SA, *en nada afecta la posibilidad que tienen los trabajadores de reclamar una indemnización por enfermedad profesional, pues la naturaleza de dicho Seguro se ubica en ámbito de la Seguridad Social y no en el Derecho Laboral*; y además considera que no solo por la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo el empleador quedaría liberado de toda responsabilidad por los infortunios de trabajo pues esto permitiría que la parte patronal incumpla con dotar a los trabajadores de mejores condiciones de higiene y seguridad, con el fácil argumento que todo accidente será asumido por el seguro antes mencionado».

Se puede colegir de lo mostrado, que ambas instituciones son de naturaleza y tratamiento diferente, por tanto, que una se da a consecuencia del incumplimiento de la obligación contractual o legal, enmarcada dentro de las esferas o alcances del derecho del trabajo; en contraposición con las otras que encuentran anidadas dentro de la protección del derecho de la seguridad social.

¹⁵ Entiéndase, *Daño Emergente*, como un daño positivo, porque consiste en la disminución del patrimonio ya existente del acreedor; *Lucro Cesante*, La frustración de un aumento de dicho Patrimonio.

¹⁶ CAMPOS TORRES, Sara, *Protección Constitucional y Laboral de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Sentencia del TC. Exp. 6612-2005-AA/TC, Cuadro N° 02 de la Ley 26790 y D.S. 003-98-SA, Gaceta Constitucional, Análisis y Crítica, Jurisprudencia Laboral y Previsional, p. 284.

¹⁷ Sentencia del TC, Exp. N° 4767-2003-I.D.P(AyS)/TC.

4. Responsabilidad del empleador por las enfermedades profesionales que puedan contraer sus dependientes

4.1. Teorías acerca de la responsabilidad del daño causado

La doctrina civil reconoce dentro de las fuentes de las obligaciones a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. La primera, emana de la inejecución de obligaciones¹⁸, derivada de un acuerdo de voluntades plasmada en un contrato, ya sea verbal o escrito, y la segunda referida al daño producido sin relación previa entre las partes, y que ese actuar se devenga en ilícito o contrario a la ley. Este tipo de responsabilidad, es consecuencia del incumplimiento de un deber genérico de no causar daño a otro¹⁹.

Según FRANCISCO ROMERO MONTES, «existen otras diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, así por ejemplo, los daños y perjuicios de los que responde el deudor de la responsabilidad civil contractual son los previstos o los que hubiera podido preverse al tiempo de ejecución de la obligación y que sean consecuencia de su falta de cumplimiento. El Art. 1321 del C.C. Peruano, dispone que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve²⁰. En cambio, la responsabilidad civil extracontractual, es mucho mayor desde que contempla los daños y perjuicios previstos y los no previstos²¹».

Partamos de que «quien por dolo o culpa, causa un daño a otro, tiene que repararlo» por ser responsable de tal, como autor o participe del acto causal (el culpable, el causante, el empleador, el asegurador, el dueño del animal, etc.), (Art. 1969 del C.C. Peruano y que, sobre la responsabilidad subjetiva, deja a salvo, el descargo de su autor por falta de dolo o culpa). Según el tipo de responsabilidad (penal, civil, administrativa o laboral), el resarcimiento será, en muchos casos económico, sin que éste sea el único mecanismo reparatorio.

Luego aparece en el panorama de la responsabilidad civil, el principio de la responsabilidad objetiva, que parte de hechos reales en relación a la conducción del daño (nexo causal entre el hecho y el daño) y ambos conjugados arrojan la

¹⁸ Título IX, Capítulo I del Libro de las Fuentes de las Obligaciones del Código Civil Peruano.

¹⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003, p. 30.

²⁰ Art. 1318 del C.C. «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación»; Art. 1319 del C.C. «Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación»; Art. 1320 del C.C. «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

²¹ ROMERO MONTES, FRANCISCO, «la Competencia y Los Riesgos Laborales», en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, p. 2.

conclusión de acreditar la responsabilidad del actor, ya no por causas subjetivas, sino más bien, por causas fácticas y comprobables. Asimismo, prescribe el Art. 1970 del C.C. Peruano, «aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, cause un daño a otro, está obligado a repararlo».

Estas teorías acerca de la responsabilidad civil nos encaminan para cuando veamos las teorías acerca de la responsabilidad del empleador.

4.2. Teorías sobre la responsabilidad del empleador en las indemnizaciones derivadas de una enfermedad profesional.

Partiendo de la idea que la indemnización de daños y perjuicios derivada de una enfermedad profesional está dentro de la responsabilidad civil contractual, según las teorías planteadas, las que se esbozan en diferentes latitudes unas más claramente influenciadas por la teoría de la responsabilidad contractual (acciones u omisiones con que se causa un daño o perjuicio a otros, teniendo en cuenta el propio descuido, la imprudencia o impericia, la culpa o el dolo según sea el caso) y otras contrarias a éstas; el Código Civil Ecuatoriano en su Art. 2247, refiere «[...] Toda persona es responsable no solo en su propias acciones sino en el hecho de los que estuvieren a su cuidado [...] así, los jefes de colegios y escuelas responden por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes en el mismo caso. Pero cesará la obligación de estas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho»²²; una vez definida la responsabilidad, materia de nuestro trabajo, pasaremos a enunciar las teorías que en la doctrina son punto de discusión: La teoría del Riesgo Creado, la teoría del caso fortuito, la teoría del riesgo profesional y la teoría del riesgo de autoridad.

Teorías de la Responsabilidad Subjetiva²³

Según *la teoría del riesgo creado*, por la que sólo es suficiente que exista un daño y un vínculo de causalidad con el trabajo, la culpa no es un elemento que afecte el derecho a la indemnización. El código de Trabajo Ecuatoriano lo señala claramente en el Art. 361: «[...] La imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia de la confianza que inspira el ejercicio habitual del trabajo (por parte del trabajador), no exime al empleador de responsabilidad».

La teoría del caso fortuito, determina que en todos los accidentes derivados por caso fortuito el empleador es responsable. La única excepción sería como lo

²² VELÁSQUEZ VILLAMAR, Gastón, *Aspectos Jurídicos sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, 2004.

²³ *Ibidem*, pp. 23.

prescribe la legislación ecuatoriana: «Cuando se debiera a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por tal la que no guarda ninguna relación con el ejercicio de la profesión o trabajo de que se trate».

Teorías de Responsabilidad Objetiva²⁴

Teoría del riesgo profesional, por la cual el empleador es responsable de los hechos dañinos al ser quien coloca en situación de riesgo al trabajador en relación a los medios técnicos con los que desarrolla su labor.

Teoría del riesgo de autoridad, la cual reconoce que en virtud de la dependencia propia de toda relación laboral, el empleador es responsable de los infortunios de trabajo.

Es a partir del estudio sistemático de las teorías formuladas y dado el contexto sociolaboral en el cual se desarrolla nuestra investigación, que consideramos pertinente y aplicable la teoría del riesgo profesional para el caso de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales, pues encajan dentro de la actividad laboral peruana, esgrimidos en los principios del derecho constitucional y laboral, como lo es el principio protector que busca igualar a las partes mediante una desigualdad, ya que como sabemos es el trabajador la parte más débil en la relación laboral y por ende en el proceso laboral.

Cabe precisar al respecto, que en el campo del derecho de la seguridad social, según lo manifiesta Sara CAMPOS, «la teoría del riesgo profesional ha sido cambiada por la teoría del riesgo social (actualmente vigente), la cual remite a la colectividad la reparación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, sin considerarse la naturaleza de la industria o actividad a que se dedica el empleador, papel que hoy debe cumplir el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)»²⁵.

4.3. Factores de atribución de responsabilidad

En este punto es necesario revisar el derecho civil, para que sistemáticamente, pueda ser adecuado al derecho laboral. Los factores de atribución en materia de responsabilidad contractual son: la culpa, como sinónimo de responsabilidad; mientras que en el ámbito extracontractual hablamos de la culpa, como componente de un deber de cuidado genérico, y el riesgo creado²⁶. Por didáctica veremos el tema de los factores de atribución en el sistema de la responsabilidad contractual.

²⁴ *Ibidem*, pp. 23.

²⁵ *Ibidem*, p. 6.

²⁶ *Ibidem*, p. 3, p. 36.

4.3.1. La culpa

Al hablar de culpa como sinónimo de responsabilidad, no podemos analizarla de manera tangencial, pues la culpa –por decirlo de algún modo– tiene graduaciones tales como la culpa grave o inexcusable, la culpa leve y el dolo, que determinarán el grado de responsabilidad (con atenuantes o sin ellas) del actor, deudor y para nuestro análisis, el empleador.

La culpa grave o inexcusable, es la que se puede conceputar como la acción temeraria, descuidada o negligente, de tal magnitud que no admite excusa, pues, en los términos del actuar correctamente, ella implica en sí misma una falta de cuidado gravísima. Por ejemplo, en el reglamento de la ley de inspección del trabajo, aprobado por el D.S. N° 019-2006-TR, nos prescribe que el actuar de un empleador es muy grave cuando: No observa las normas en materia de protección de la seguridad de salud de los trabajadores, más aún en estado de embarazo, lactancia, menores de edad y/o incapacidad; no adoptar las medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en los de riesgo grave e inminente; el incumplimiento de las obligaciones establecidas en disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en actividades de alto riesgo; etc.²⁷ En el Código Civil Peruano está regulado en el Art. 1319 señalando que «incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación».

La culpa leve, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, esto implica una diligencia ordinaria o de cuidado ordinario o mediano al momento de actuar. Según establece el Art. 26 del D.S. N° 019-2006-TR, son infracciones leves las siguientes: La falta de orden y limpieza en el centro de trabajo, que no implique un riesgo adicional; no comunicar a la autoridad competente en caso de enfermedad o accidente de trabajo ni tampoco la apertura del centro de trabajo, la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia; los incumplimientos de las disposiciones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo, siempre que no afecten la integridad del trabajador. En el Código Civil Peruano está regulado en el Art. 1320, señalando que «actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Cabe señalar lo que prescribe el tercer párrafo del Art. 1321 del Código Civil Peruano, que agrega «si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedece a culpa leve [...]».

²⁷ CÁNOVA TALLEDO, Karla, «Implementación de los Registros en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», en *Soluciones Laborales Feb.-2008*, pp. 43-44.

El dolo se define como la voluntad consciente y no coaccionada (contraria a la ley) de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro. También podría ser el incumplimiento de alguna obligación contraída. En el Código Civil Peruano está regulado en el Art. 1320 dispone que «procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta una obligación».

De lo acotado podremos decir que los factores de atribución, en la responsabilidad laboral, serán fundamentales para determinar el grado de imputación del incumplimiento al empleador y las formas de atenuárselas si fuera el caso.

4.4. El daño

Este aspecto es fundamental en la responsabilidad que pudiera tener el empleador para con sus dependientes, pues sin este componente no tendría razón ni la indemnización, ni este trabajo, de ahí la importancia del tema, pues en grado y forma del riesgo profesional creado, recaerá la acción o conducta, en forma fáctica y concreta hacia el trabajador. A los daños que nos vamos a referir en este trabajo son los producidos por los riesgos laborales, específicamente, los de enfermedad profesional.

Según Lizardo TABOADA, «se entiende por daño, la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo por el ordenamiento jurídico [...] el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal»²⁸.

Cabe precisar que el daño puede dividirse, pedagógicamente, en patrimonial y extrapatrimonial. El primero, es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades, este daño es normalmente cuantificable, atribuido en el Art. 1321 del C.C. Peruano; a diferencia, el daño extrapatrimonial, es el detrimento o perjuicio causado a bienes no pecuniarios en nuestra legislación, se refiera al daño moral y al daño en la persona.

El daño patrimonial, está particionado en dos grandes estructuras, como son: el daño emergente y el lucro cesante.

Fernando ELÍAS²⁹ los define de siguiente manera:

«*El Daño Emergente*, dirigido a compensar lo que la persona sufre por el hecho dañoso desde que se produce, estableciéndose sobre la base de lo que se

²⁸ *Ibidem*, p. 3, p. 34.

²⁹ ELÍAS MANTERO, Fernando, «Criterios Uniformes de Valoración de Daños en Materia Civil, Penal y Laboral», p. 77.

tiene que desembolsar directamente con el objeto de restituir las cosas hasta su momento anterior al resultado dañoso y compensar los efectos directos del mismo (P. ej. los gastos médicos, la reparación del bien averiado, etc.) [...] *El Lucro Cesante*, está dirigido a establecer lo que se deja de ganar hacia el futuro como consecuencia del hecho dañoso. Es un cálculo estimativo o especulativo sobre la base de variantes que se pueden producir o N° La estimación de los daños se desarrolla sobre la base de la experiencia de ingresos, así como del cálculo de las probabilidades hacia el futuro».

Con respecto al *Daño Moral y Daño a la Persona*, son los causados por el hecho dañoso, que tienen un fuerte impacto en el interior del ser o del trabajador tanto como para su familia (la doctrina autorizada llama a esta figura: sufrimiento). Las reglas aplicables a esta institución, están definidas en el Art. 1984 y 1985 del Código Civil.

Si bien es cierto, en el tema de la indemnización de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales, de modo genérico y como consecuencia producida hacia la integridad física y psíquica del trabajador, que a nuestro entender, es incuantificable, pues ¿cuanto puede valer la salud o la vida de un ser humano?, ¿se atreve a ponerle precio a este bien jurídicamente protegido por la constitución y los DD.HH.?, sin duda es un tema muy conflictivo por la prevalencia del bien jurídico en discusión sobre cualquier otro. Sin embargo se ha previsto usufructuar las reglas aplicables del título IX del libro VI de las obligaciones del Código Civil Peruano, para poder, de algún modo, resarcir los daños causados al trabajador por el incumplimiento de las obligaciones laborales por ser (el contrato de trabajo y las normas laborales, implícitamente aplicadas a éste), de naturaleza contractual.

Para Alberto José MAZA, «los daños psicofísicos indemnizables son los que provoquen en la víctima incapacidad para proveerse el salario. Es la consecuencia dañosa del trabajo lo que se indemniza. La que puede manifestarse en forma inmediata o hacerlo con el correr del tiempo»³⁰.

4.5. Relación de causalidad

No habría daño sin las causas adecuadas para producirlo, como tampoco tendría responsabilidad el actor dañoso (el empleador), si su actuar no es causa originaria del daño. Por ello es que hablamos de la importancia de la relación de causalidad, que es la relación jurídica de causa a efecto, entre la conducta ilícita

³⁰ MAZA, Alberto José *et al.*, *Daños por Accidentes y enfermedades de Trabajo*, Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 19.

(entiéndase para el trabajo, el incumplimiento de las obligaciones laborales, como supuesto fáctico) y el daño producido a la víctima (entiéndase, enfermedad profesional o accidente de trabajo). Esta relación de causalidad, implica la existencia de las fuentes o instrumentos idóneos, capaces de producir el acto dañoso en el trabajador, ya sea en lo físico o psíquico; además de tener un criterio de razonabilidad para determinar apropiadamente esta relación.

Para Julián Arturo DE DIEGO, «la relación de causalidad nos refiere que existen determinados elementos como son: 1) debe haber una fuente generadora del agente hostil, como puede ser un equipo, una máquina (o el ruido de ésta), la instalación, el lugar de trabajo (mina - socavón), etc. que por sí puede generar o devenir en una enfermedad profesional [...]». 2) El daño efectivo (recae en el trabajador, verificable mediante un informe médico). 3) Inexistencia de exclusiones [...] (determinarían la no responsabilidad del empleador)»³¹.

Según Alberto José MAZA, la relación de causalidad «está inspirada en principios protectorios del derecho del trabajo y no responde a la noción de culpabilidad, a la que el empleador puede ser ajeno, sino a la causalidad, en función de la cual se instaura esta presunción de responsabilidad [...] salvo los eximentes de responsabilidad»³².

Esta presunción, a la que hace alusión José MAZA, es la que está establecida por ley y admite prueba en contrario: *la presunción Iuris Tantum*, o sea, permite al empleador desvirtuar o probar la inexistencia de un hecho y salir bien librado de cualquier imputación (incumplimiento de las obligaciones laborales).

4.6. Eximentes de responsabilidad del empleador

La responsabilidad empresarial derivada de un riesgo profesional tiene, como es lógico, un límite; pues no podemos abusar del empleador, que es en la relación laboral la parte más fuerte, pues estaríamos sobrepasando los máximos que la norma laboral otorga. Nadie es responsable por el daño no causado, es así, que si el trabajador adquiere una enfermedad profesional por

causas desconocidas a las del incumplimiento de las obligaciones laborales inherentes al contrato de trabajo por parte del empleador, a nuestro criterio, éste queda exento de toda responsabilidad. Esto no implica una desprotección para con el trabajador, pues si bien es cierto, contra el empleador no se le podría, eventualmente iniciar una demanda de indemnización por daños y perjuicios derivados de un enfermedad profesional, existe la protección del derecho de la

³¹ DE DIEGO, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, LexisNexis, Bs. Aires, 2002, p. 859.

³² *Ibidem*, pp. 31.

seguridad social, que prevé la obligatoria contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, por el empleador, y como consecuencia de ello, dependiendo del grado de incapacidad para el trabajo, se le proporciona una pensión vitalicia de incapacidad, logrando con esto, proteger al trabajador de los eventuales riesgos profesionales y aminorando los gastos o cargas que antiguamente se imputaban al empleador, por causas creadas y no creadas por éste. Esto es lo que denominaremos la Protección Integral del Trabajador.

4.6.1. Causas no imputables

Según Antonio VÁZQUEZ VIALARD, lo clasifica en: «*a) Las provocadas por dolo del trabajador*, es decir la voluntad de provocar el accidente o la enfermedad profesional»³³, en este supuesto, sería casi imposible, probar el dolo del trabajador en una enfermedad profesional, puesto que ésta se da por alguna causa a lo largo del tiempo; pero no tanto, para el supuesto del accidente de trabajo, por ser un suceso súbito e instantáneo.

El mismo autor, refiere como segundo supuesto «*b) Fuerza mayor extraña al trabajo*, no existe razón para asignarle a una persona, empleador o no, las consecuencias dañosas provocadas por la misma [...] ya que, le habría ocurrido al trabajador con independencia del trabajo»³⁴, en tanto que no habría relación de causalidad entre el hecho productor y el daño causado. Lo subrayado es nuestro. Como tercer supuesto c) «*Las incapacidades preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen pre-ocupacional efectuado según las pautas establecidas, y bajo responsabilidad del empleador*. [...] en realidad no se trata de una exclusión, sino de un hecho ajeno a la responsabilidad del empleador»³⁵, en estos supuestos son lógicos los argumentos esgrimidos, pues no se puede imputar hechos ajenos a la actividad que se desarrolla en el trabajo, como hechos ajenos al empleador, haciendo la aclaración, que si éste no le practica los exámenes pre-ocupacionales al momento de la iniciación de la relación laboral, queda totalmente acreditada su responsabilidad y consecuentemente a salvo la acción de indemnizar al dependiente.

A nuestro criterio, creemos necesario agregar a esta lista de eximentes, «*Los del caso fortuito y la fuerza mayor*»³⁶, pues son instituciones que de su causa se devengan hechos no imputables jurídicamente al empleador.

³³ *Ibidem*, p. 2, p. 590.

³⁴ *Ibidem*, p. 2, p. 590.

³⁵ *Ibidem*, p. 2, p. 591.

³⁶ Entiéndase por *Caso Fortuito*, como un suceso que no ha podido preverse, ni evitarse, producido por la naturaleza; y *La fuerza Mayor*, suceso no previsto, ni evitable, producido por el acto del hombre.

4.7. Deberes del empleador

Son deberes genéricos los siguientes establecidos según Antonio VÁZQUEZ VIALARD³⁷:

- a. «*Dar ocupación efectiva y adecuada a los trabajadores*, se constituye en la primera obligación y está referida a lo especificado en el contrato, según su propia calificación y categoría [...] deberán proveerse de los medios o elementos necesarios para que pueda cumplir su labor (herramientas, máquinas, ropa especial, sistemas de protección para la seguridad y salud del trabajador, etc.)»
- b. «*Cumplir con los demás deberes legales*, esto referido a que además del cumplimiento de las obligaciones pactadas, también existen las obligaciones implícitas que resultan de la ley, de los estatutos profesionales, convenios colectivos de trabajo, etc.»
- c. «*Dar seguridad y condiciones dignas de labor*, dar trabajo en las condiciones pactadas de carácter legal como contractual [...] La ley exige al empleador con respecto al trabajador la diligencia debida, a fin de que la prestación laboral no ocasione a éste empobrecimiento de su vida física, biológica y psíquica mayor al normal [...], el empleador debe observar las disposiciones de carácter legal y reglamentaria sobre higiene y seguridad en el trabajo».
- d. Para Julián Arturo DE DIEGO, otro de los deberes del empleador sería «*El control médico*, el empleador debe brindar un control periódico a sus trabajadores, esto incluye, lógicamente, los exámenes médicos pre-ocupacionales, anuales o semestrales y de retiro»³⁸.

Nuestra legislación, en el *D.S. 009-2005-TR, reglamento de salud y seguridad en el trabajo, en su Art. 38 y ss.*, también prevé las obligaciones del empleador, siendo las más pertinentes para el tema, las siguientes:

- a) El cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.
- b) La protección de la seguridad y salud de todos los trabajadores, en el centro de trabajo y con ocasión de este.
- c) La mejora continua del desempeño del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.
- d) Practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los trabajadores.

³⁷ *Ibidem*, p. 2, t.1, pp. 361, 378-379.

³⁸ *Ibidem*, p. 12, pp. 458 – 459.

- e) Capacitar y entrenar anticipada y debidamente a los trabajadores.
- f) El empleador debe proporcionar a sus trabajadores equipos de protección personal adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones.
- g) Formular y cumplir con planes anuales y demás obligaciones establecidos en los reglamentos de seguridad, salud e higiene laboral.

Anteproyecto de la ley general de trabajo

El anteproyecto nos brinda una mejor perspectiva sobre los deberes del empleador, pues enumera cada uno de ellos, integrándolos formalmente a la Relación de Trabajo y permitiendo así, contar con un marco normativo laboral que incluye como una de sus premisas básicas los deberes del empleador en materia de seguridad, salud e higiene.

5. Incumplimiento de las obligaciones del empleador

El incumplimiento del contrato de trabajo y de la normatividad laboral (implícita a él), conduce a la inevitable responsabilidad del empleador para con su dependiente, estos efectos serán de tipo Laboral, Civil, Penal y Administrativo.

Responsabilidad Laboral

Es la derivada del incumplimiento del contrato de trabajo y la legislación laboral y constitucional, referida a los temas de enfermedad profesional, seguridad, salud e higiene en el trabajo. El efecto de este tipo de responsabilidad son las demandas de indemnización de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional, aplicando las normas del derecho civil, del título IX del libro de las fuentes de las obligaciones: «Inejecución de Obligaciones». El daño resarcible en este tipo de demandas y en esta vía, serían: el daño emergente y el lucro cesante, según el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, de Junio del 2008³⁹.

Responsabilidad Civil

Es aquella que no se deriva necesariamente de la inejecución de un contrato de trabajo, sino más bien es una circunstancia accesoria al daño causado, según nuestra interpretación, creemos que en los procesos de indemnización de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional; se desprende el daño moral, pretensión que será válidamente reclamable en vía civil, por la naturaleza de ésta (Art. 1984 del Código Civil Peruano).

Responsabilidad Penal

Si se da la inobservancia de las obligaciones laborales establecidas en el Art. 168 inc. 3 del Código Penal Peruano, que literalmente prescribe: «será repri-

³⁹ Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral f.p. 28/06/2008.

mido con pena privativa de libertad, no mayor de dos años, el que obliga a otro; mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de las conductas siguientes: [...] 3) Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad»⁴⁰, es clara la responsabilidad del empleador, determinado por el tipo penal, y la autoridad competente es la encargada de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, esta institución en conjunto con otras, están en armónica comunicación; éstas son: el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, Ministerio de Salud y el Ministerio de Energía y Minas, fundamentalmente; tal como lo prescribe el D.S. 009-2005-TR, reglamento de salud y seguridad en el trabajo.

Responsabilidad Administrativa

Es responsable administrativamente el empleador que infringe las normas establecidas por la autoridad competente en cuanto a las obligaciones en materia de seguridad, salud e higiene laboral, señalada en el Art. 6 «referidas al ámbito de aplicación de las inspecciones» y el Art. 18 «de las acciones coercitivas, para los infractores de la inobservancia de las normas laborales» del D.S. 019-2006-TR, reglamento de la ley de inspección del trabajo.

5.1. Supuestos de responsabilidad del empleador

Siempre es importante ver la aplicación de lo dicho en la casuística; trataremos, de la manera más sencilla, aplicar los conceptos e instituciones estudiadas.

Primer supuesto, ¿que pasaría si el empleador incumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y el trabajador adquiere la enfermedad profesional?

A nuestro entender el empleador, por no cumplir en principio con el contrato de trabajo y las normas laborales sobre seguridad, salud e higiene; responde administrativamente ante la autoridad competente y penalmente ante el Estado. Con respecto al trabajador, sería responsable de su consecuencia dañosa y por tanto indemnizable.

Segundo supuesto, ¿que pasaría si el empleador incumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y el trabajador no adquiere la enfermedad profesional?

Nosotros creemos que si el empleador incumple con el contrato de trabajo y las normas laborales sobre seguridad, salud e higiene, responde administrativamente ante la autoridad competente y penalmente no responde

⁴⁰ *Ibidem*, p. 4, p. 246.

porque no constituye delito. Con respecto al trabajador, no tendría que responder pues no habría daño.

Tercer supuesto, ¿que pasaría si el empleador cumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y aún así, el trabajador adquiere la enfermedad profesional?

En el presente caso, el empleador cumplidor del contrato de trabajo y las obligaciones laborales, no es responsable ni administrativamente ni penalmente, por no haber infracción administrativa, ni tampoco tipicidad en el hecho, respectivamente. Con respecto al trabajador, el empleador no responde, pues su actuar fue diligente (causas atribuidas a fuerza mayor extraña al trabajo). De otro lado, el trabajador no puede quedar desprotegido, es aquí, donde opera lo que hemos denominado como la *Protección Integral al trabajador*, resguardada bajo el principio de la Seguridad Social; el Estado obliga a contratar a las empresas que desarrollan actividades de alto riesgo (riesgo profesional), un seguro (Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo), que cubre las contingencias del riesgo no creado por el empleador, otorgándoles, según el grado de incapacidad una pensión de invalidez.

Cuarto supuesto, ¿que pasaría si el empleador cumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y el trabajador no adquiere la enfermedad profesional?

Tratándose de un empleador diligente, que su actuar armonioso no trae consecuencias dañosas contra el trabajador, éste, no es responsable ni administrativamente, ni penalmente, y ni tampoco indemnizable para con su dependiente. Este es el caso de una relación laboral sana o perfecta.

Quinto supuesto, se trata de un trabajador minero que desarrolló sus labores en mina-socavón durante 20 años, y estando aún trabajando se accidenta perdiendo una pierna y su vez le detectan neumoconiosis⁴¹ en II estadio de evolución ¿es posible acumular las indemnizaciones (pecuniariamente)?

Podríamos pensar que existen dos daños causados y resarcibles independientemente. Analicemos en principio, 1) el daño recae sobre el mismo sujeto; 2) en los procesos de indemnización de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional, como ya hemos dicho, se demanda el daño emergente y el lucro cesante; 3) la enfermedad profesional, se viene dando en un lapso, por las

⁴¹ La Neumoconiosis, es una enfermedad profesional que presenta cuatro estadios de evolución, y se ocasiona en el trabajo (sobre todo en mina-socavón), por la inhalación y acumulación de polvo en sus pulmones y una reacción tisular patológica ante su presencia.

fuentes productoras de consecuencias dañosas. En cambio los accidentes de trabajo se dan de manera súbita e inmediata; 4) Sabiendo que el daño emergente es la disminución del patrimonio ya existente, en el caso en concreto sería, por decirlo de algún modo, la salud del trabajador. De otro lado, el lucro cesante, se equiparará a lo que dejaría de percibir si estaría en condiciones de seguir laborando.

Después de haber analizado el tema, llegamos a la conclusión de que no es posible acumular pecuniariamente las pretensiones del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, porque el daño emergente y el lucro cesante recae sobre el mismo sujeto: el trabajador, pero con la consideración que el actuar del empleador fue muy negligente, y como es lógico, esta circunstancia agravará el hecho y por tanto la indemnización será mucho mayor.

Sexto supuesto, se trata del un trabajador minero de 15 años de actividad, que ha adquirido una enfermedad profesional, diremos también, que el empleador le brindaba algunos implementos de seguridad y protección, pero el trabajador, por descuido no los usaba ¿es posible la concausa en las indemnizaciones?

Si es posible, puesto que el actuar del trabajador contribuyó en la consecución del daño en sí mismo (cabe observar que su actuar tendría que ser jurídicamente relevante para la producción del daño); complementado, lógicamente, con el actuar negligente del empleador que incumplió las obligaciones de carácter laboral (nacidas del contrato de trabajo). En este caso, responde el empleador frente al trabajador, de manera atenuada, frente a la demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de una enfermedad profesional. Es también responsable en el ámbito del Derecho Administrativo y del Derecho Penal.

6. Presupuestos procesales de las demandas de indemnización de daños y perjuicios en el proceso laboral

En este tipo de demandas, tendríamos que observar algunas pautas, para el mejor desarrollo del proceso laboral en marcha, tales como: 1) Acreditar el daño es fundamental en el proceso, pues sin éste no habría forma de justificar el trámite judicial y menos la responsabilidad del empleador y su posterior indemnización; 2) Identificar que el agente físico, biológico o químico, sean las fuentes productoras del daño; 3) Determinar la concausa, algún eximente de responsabilidad del empleador, culpa leve o inexcusable y/o el dolo, del trabajador o del empleador, según corresponda; 4) Juan Espinoza y la doctrina en general nos refieren con respecto a la prescripción que es aplicable en este tipo de procesos el art. 2001, inc. 1 del Código Civil Peruano «Prescriben, salvo disposición de la ley: Inc. 1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una

ejecutoria y la de nulidad de acto jurídico» (se computa el plazo, a partir que el trabajador toma conocimiento que ha sufrido la contingencia, esto sería a partir de la obtención del informe médico, que acredita el daño)⁴²; 5) El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2000 y del 2008⁴³, han determinado la competencia de los juzgados laborales para conocer sobre este tipo de procesos. Así mismo, en la Ley Procesal del Trabajo 26636, en el Art.4 Inc. 2, literal «j», señala la competencia de los jueces de trabajo por las demandas de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de trabajo, causados por el trabajador al empleador; luego integrando en el literal «c», imputa competencia para conocer sobre demandas de incumplimiento de disposiciones y normas laborales, cualquiera sea su naturaleza; es de aquí que se puede interpretar, que los jueces laborales son competentes para conocer las demandas de indemnización de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales; 6) La carga probatoria, que es un tema muy interesante y conflictivo; sin duda, será tocado en otra oportunidad.

III. CONCLUSIONES

1. El hecho de contratar el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo por parte del empleador, no impide al trabajador, que por la producción de un riesgo creado por el incumplimiento de las obligaciones laborales (contractuales y/o legales) por parte de su patrón, a reclamar una indemnización daños y perjuicios derivados de tal hecho, por tanto que son de naturaleza diferente, la primera ubicado en el campo de la Seguridad social y la segunda ubicada en el Derecho Laboral.

2. El empleador es responsable en el ámbito Administrativo, Penal, Civil y Laboral, por el incumplimiento de las obligaciones laborales, contractuales y/o legales, contra el trabajador. Con respecto a éste, tiene que existir una relación directa entre el acto dañoso y el daño, atribuible al modo y/o forma de la actividad que realizaba, a la protección del dependiente (seguridad, salud e higiene), al lugar de trabajo, etc.

3. Es responsable el empleador, cuando de su conducta cree un riesgo objetivamente imputable a éste, apreciando que no incurra en los elementos atenuantes y excluyentes de la responsabilidad como son: la concausa y los eximentes de imputabilidad.

⁴² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 49-50.

⁴³ Conclusión Plenaria, 2008: «El Juez Laboral es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo».

4. En los procesos de indemnización de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional, se demanda el daño emergente y el lucro cesante; dejando para la acción civil, el daño moral, por la naturaleza de la pretensión.

5. Creemos importante, que por los criterios dispersos en jurisprudencia y en normas laborales, la unificación de éstas sobre la materia tratada, por hacerse indispensable para la solución de los conflictos suscitados en la última década, aplicando los principios protectores y de la seguridad social.

IV. BIBLIOGRAFÍA

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. 2, Astrea, Bs. Aires, 1999.

ROMERO MONTES, Francisco, «la Competencia y Los Riesgos Laborales», en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*.

PAVESE-GIANIBELLI, *Enfermedades Profesionales en la Medicina del Trabajo y en el Derecho Laboral*, Universidad Bs. Aires, 1989.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Enfermedades y Accidentes de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

VELÁSQUEZ VILLAMAR, Gastón, *Aspectos Jurídicos sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, 2004.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003.

LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de la Responsabilidad*, Fontamara, México, D.F., 2000 (Fragmento de la Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Manuel ATIENZA).

GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *Derecho del Trabajo*, San Marcos, Lima, 2007.

MANTERO ELÍAS, Mantero, «Responsabilidad Patrimonial derivados del Incumplimiento de las Obligaciones Laborales», en *Trabajo y Seguridad Social, Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008.

CÁNOVA TALLEDO, Karla, «Implementación de los Registros en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», en *Soluciones Laborales Feb.-2008*.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *El contrato de Trabajo*, t. 1, San Marcos, Lima, 2000.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual*, 5ª ed., Lima, 2000.

CAMPOS TORRES, Sara, Protección Constitucional y Laboral de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Sentencia del TC. Exp. 6612-2005-AA/TC, Cuadro N° 02 de la Ley 26790 y D.S. 003-98-SA, Gaceta Constitucional, Análisis y Crítica, Jurisprudencia Laboral y Previsional.

ELÍAS MANTERO, Fernando, *Criterios Uniformes de Valoración de Daños en Materia Civil, Penal y Laboral*.

MAZA, Alberto José *et al.*, *Daños por Accidentes y enfermedades de Trabajo*, Rubizal-Culzoni, Bs. Aires, 1999.

DE DIEGO, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, LexisNexis, Bs. Aires, 2002, p. 859.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliastra, Bs. Aires, 1999.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 28 de Junio del 2008.

Ley N° 26790, *de Modernización de la Seguridad Social en Salud*.

D.S. N° 009-2005-TR, *Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo*, f.p. 29/09/2005.

Decreto Ley N° 18846, *del Seguro Social Obrero*.

Decreto Legislativo N° 910, *Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador*.

Decreto Supremo N° 019-2006-TR, *Reglamento de la Ley General de Inspecciones del Trabajo*.

Decreto Supremo N° 003-98-SA, *Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*.

Código Civil Peruano de 1984.

Código Penal Peruano de 1991.

Constitución Política del Perú de 1993.

Código del Trabajo de Ecuador de 1997.

Código civil de Ecuador de 2005.