



EXPEDIENTE	07346-2019-0-1706-JR-LA-02
DEMANDANTE	[REDACTED]
DEMANDADO	SEGURO SOCIAL DE SALUD
MATERIA	ENFERMEDAD PROFESIONAL
JUEZ	RICARDO NUEZ LAREATEGUI
ESPECIALISTA	ELSA CECILIA LABRIN ROMERO

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: CUATRO

Chiclayo, VEINTINUEVE de enero

Del dos mil veintiuno.–

I. ASUNTO

Es materia del presente proceso la demanda interpuesta por don [REDACTED] [REDACTED] contra **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD** sobre **INDEMNIZACIÓN POR ENFERMEDAD OCUPACIONAL Y OTROS**

II. ANTECEDENTES

a. Demanda:

Con fecha 04.12.2019, el accionante interpone demanda de INDEMNIZACIÓN POR ENFERMEDAD OCUPACIONAL Y COMO PRETENSION ACCESORIA SE LE CANCELE EL PAGO DE LOS VEINTE DIAS DESCANSO AL AÑO Y UNA INDEMNIZACION POR DAÑOS PUNITIVOS contra SEGURO SOCIAL DE SALUD- ESSALUD, expresando los siguientes fundamentos de hecho: **i)** Que, indica que ingresó a laborar para la demandada el 01 de diciembre de Mil Novecientos Noventa y ocho, habiéndole detectado la enfermedad de leucemia por la actividad realizada como tecnólogo médico el 25 de marzo del dos mil cuatro, teniendo como récord laboral veinte años, nueve meses y trece días. **ii)** con el fin de ostentar la culminación de su carrera, es que con fecha 01.12.1996 al 30.11.1997, efectuó sus SERUMS, el mismo que lo desempeñó en ESSALUD en el Hospital Integrado de Tarapoto, advirtiendo que en el examen médico de fecha 19.10.1996 se establece que gozaba de buena salud. **iii)** Que, con fecha 04.12.1998 mediante Resolución Directoral N° 164-98/UDESS7HP, se inicia su relación laboral con su actual empleadora como Tecnólogo Médico Nivel IV en el centro de Trabajo Hospital Nacional Sureste Essalud Cusco hasta el 04.02.2014, luego por problemas de salud por casi 02 años, retorna a sus labores con fecha 01.09.2006, siendo trasladado a laborar al Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo-Lambayeque lugar donde se encuentra laborando hasta la actualidad. **iv)** Que, el suscrito ingresó a laborar desde el año 1998, gozando de buena salud, al iniciar sus labores, acreditándose el estado de salud con el certificado médico que adjunta, el cual permite establecer que no ha ingresado enfermo o con síntomas sobre la enfermedad ocupacional sobrevenida, siendo que desde el inicio de su relación



laboral como tecnólogo médico en el área de radiología lo ha desempeñado en Hospitales de Essalud. **v)** Que, al iniciar su labor en los equipos en los cuales se brindaba el Servicio Rayos X, el IPEN (Instituto Peruano de Energía Nuclear) no daba mantenimiento, ni control de calidad, tanto para los pacientes como para el operador, pues al no darle supervisión los equipos se permanecían descalibrados y sobre éste extremo se tiene asidero técnico en el Informe de Instituto Peruano de Energía Nuclear de fecha 13 de julio del dos mil diecisiete, dicho informe está dado en relación al período de 1998 al 2006; es decir, durante el período de 8 años continuos; solo se ha desplegado una inspección en el año 2005 en el mes de octubre y en el año 2006 en dos oportunidades en los meses de octubre y noviembre de dicho año; así mismo dicho informe menciona que los márgenes de radiactividad eran por encima de los que la ley estipula como acordes en un año, la pregunta que se efectúa es, si supuestamente cuando se ha llegado a establecer medidas de radiactividad muy por encima después de la salida del recurrente, cuánta radiactividad ha podido recibir durante todos los 06 años continuos antes de contraer la enfermedad ocupacional y estar expuesto constantemente a la actividad radiactiva. **vi)** asimismo los implementos de seguridad para el desarrollo de sus labores eran nulos o insuficientes, ya que no existía los implementos necesarios de seguridad para protección de los trabajadores en una sala rayos x, pues existía deficiencia del collarín, mandiles y lentes para efectuar este tipo de trabajos. **vii)** Que, en el 2004 a la edad de 33 años el demandante mediante formato de referencia de fecha 25.03.2004, el Área del Hospital Nacional Sureste Essalud Cuzco se le diagnostica D/C Leucemia, teniendo como antecedentes de dicha enfermedad: paciente estuvo trabajando en la unidad de radiología de este hospital”, como puede apreciarse por culpa de su empleadora de no llevar a cabo las medidas de seguridad que el propio Estado establece (área energía nuclear) indicaba. Situación que derivó en su rotación al Hospital Nacional Adolfo Guevara Velasco de la Red Asistencial Cuzco, por lo que en el año 2006 solicitó por Unidad Familiar su traslado al Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de la Red Asistencia de Lambayeque, laborando hasta la actualidad. **viii)** Que, el recurrente está dentro del alcance de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783 que establece que dentro de los principios rectores de la seguridad y salud en el trabajo, el principio de responsabilidad el mismo que está integrado al principio de atención integral de salud. **ix)** Que, al demandante se le debe reconocer la enfermedad que padece como una enfermedad ocupacional, debido a que las causas externas, la irresponsabilidad de su empleador en la falta de salvaguardar la exposición ocupacional que percibía por la actividad que ejercía y a la falta de inspección durante los seis años continuos de labor a esta sobreexposición han devenido desconocer la seguridad radiológica con que debería contar, ocasionando el mismo un daño radiológico, y como es sabido en una lesión corporal que se ha manifestado en una leucemia. **x)** Que, su aseguradora MAPFRE/PERU VIDA mediante carta dirigida al recurrente con fecha 26.09.2019, ha establecido después de un examen integral de su salud mediante el Informe de Evaluación Integral de Incapacidad, el menoscabo global de la persona en un porcentaje de 77.3%, es decir, al recurrente solo le resta un tiempo de vida del 22.7 %, concluyendo que existe una invalidez total y permanente. **xi)** Que, pretende una indemnización por daños y perjuicios por la enfermedad ocupacional que padece, y que ha sido producido por el dolo y la culpa inexcusable de su empleador. **xii)** Que, como daño emergente indica el demandante que se ha



establecido un perjuicio en sus ingresos económicos desde el año 2004 hasta la actualidad pues como se verá constantemente sigue comprando medicamentos que no son expedidos por su empleadora y a la vez prestadora de salud, aunado a ello, se ha efectuado préstamos con la intención de poder cubrir gastos por esta enfermedad, indicando como monto la suma de S/. 63, 586.00. **xiii)** Que, como lucro cesante se ha establecido que no puede trabajar un cien por ciento de su capacidad profesional desde el 2004 en adelante, su estado de salud deteriorado le imposibilita trabajar en otras entidades particulares, el cual se podría establecer un ingreso a su hogar, que por motivos de enfermedad ocupacional no lo puede realizar a diferencia de sus otros colegas sanos que si tienen esa posibilidad y además la aseguradora MAPFRE, lo ha evaluado y se le ha indicado una incapacidad permanente de 77.3 %, por lo que se exige el cese definitivo del suscrito y una pensión vitalicia, es decir hasta su deceso, indicando como monto el de 1' 413, 291.40 Soles. **xiv)** Que, para el daño moral es necesario tomar en cuenta el diagnóstico psicológico de fecha 01 de julio del 2019, en el cual se evidencia el poco ánimo para realizar actividades propias de su edad, sentimiento de desamparo, desesperanza lo que genera habitual apatía y dificultad para tomar decisiones, asimismo expresa abatimiento, tristeza y desesperación y preocupación a través de la voz, el gesto y la expresión mínima, además presenta déficit neuropsicológicos provocados por la depresión, indicando como monto la suma de /. 500.000 Soles. **xv)** Que, solicita también el pago de 20 días de descanso al año, de los años por trabajo de tecnólogo médico, por cuanto al demandante se le ha restringido diferentes derechos no solo en materia de seguridad y salud en el trabajo, que eran inherentes a la relación laboral, sino que esto ha sobrepasado esferas mucho mayores, pues no teniendo en cuenta los avatares que su enfermedad ocupacional de leucemia mieloide crónica que es incurable, se le prohibía acceder a un derecho netamente comprendido en la Ley N° 28456, por lo tanto indica que requiere del monto de 95, 393.00 Soles, monto que debió obligatoriamente percibir, por descanso de ley en relación a la función en la cual se desempeñaba. **xvi)** Que, respecto a los daños punitivos es de indica el hecho de que en contra del recurrente no se ha tomado la debida delicadeza y sobre todo ponderación en relación a la enfermedad ocupacional, que hasta la actualidad no ha sido reconocida, por lo tanto solicita como monto la suma de S/. 700.000.00 Soles. **xvii)** Que, además requiere el pago de intereses legales.

b. Admisión de demanda y audiencia de conciliación

Por Resolución número UNO de fecha 05.12.2019 y de folios 692 a 694, se admite a trámite la demanda, programándose fecha para la Audiencia Única, la misma que se llevó a cabo en la fecha programada, en la misma se corrige la resolución número uno, en el sentido que se había admitido a trámite en proceso Abreviado siendo lo correcto tramitarse en la vía de proceso Ordinario, suspendiéndose la misma audiencia y mediante resolución número dos se reprograma la audiencia para el día 17.08.2020, dicha audiencia se lleva a cabo en el día y hora programada con asistencia de la parte demandante y de su abogado defensor, así como de la asistencia de la abogada y apoderada de la parte demandada, se da frustrada la etapa conciliatoria debido a que la parte emplazada no desea llevar a cabo una propuesta conciliatoria. Ante ello, el Juzgador procedió a precisar las pretensiones materia de juicio, las mismas que constan en la grabación correspondiente. Acto seguido mediante resolución número tres de



tiene por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios y se citó a las partes procesales para la Audiencia de Juzgamiento en fecha próxima.

c. Contestación de demanda

La parte emplazada **SEGURO SOCIAL DE SALUD** contestó la demanda con fecha 27.12.2019, la cual consta a folios 804 al 809, solicitando se declare infundada la demanda, en mérito a los fundamentos de hecho y derecho que se exponen: **i)** Que, el accionante indica que es servidor del Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de la Red Asistencial Lambayeque, desempeñando el cargo de Radiólogo, hecho que no es verdad por cuanto el actor ostenta el cargo de Tecnólogo Médico, y labora en el servicio de Imagenología. Asimismo, refiere que ha ingresado a la Institución el 01 de diciembre de 1998, al Hospital Nacional Adolfo Guevara Velasco – ESSALUD, del Cuzco, lugar donde adquirió la enfermedad de tuberculosis intestinal, debido a estar expuesto a las diversas intensidades de la radiación y posteriormente adquirió la enfermedad de la leucemia mieloide crónica, proceso por el cual viene recibiendo a la fecha tratamiento médico, conforme así consta de su historia clínica, **ii)** Que, mediante D.S N° 003-98-SA de fecha 14 de abril de 1998, se aprueban las normas técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de riesgo el cual otorga coberturas por accidente de trabajo y enfermedad profesional a los trabajadores empleados y obreros que tienen la calidad de afiliados regulares al Seguro Social de Salud y que laboran en un centro de trabajo en el que la entidad empleadora realiza las actividades descritas en el anexo 5 del D.S 009-97-SA. **iii)** Que, el demandante señala que a la fecha es una persona que se encuentra muy delicada de salud y que adquirió su enfermedad en el centro laboral y que no obstante, ello su empleador viene poniendo en peligro su supervivencia, empeorando su salud, sin embargo, no acreditan con documento alguno sus afirmaciones. **iv)** Que, está acreditado en la Historia Clínica respectiva y por los medios probatorios alcanzados por el demandante, ESSALUD en su calidad de entidad prestadora de servicios de salud, le ha otorgado la correspondiente atención médica, así como los medicamentos respectivos, observándose por consiguiente que no existe abandono en cuanto al estado de salud del paciente, más aún en atención del mismo, está siendo trasladado a sus centros hospitalarios en la ciudad de Lima, donde viene recibiendo las prestaciones asistenciales necesarias, además que su relación laboral con su empleadora continúa en forma normal, hecho que conlleva al pago de sus remuneraciones en forma mensual, así como de las gratificaciones y otros beneficios según corresponda. **v)** Que, el demandante no acredita con documento fehaciente que la enfermedad contraída haya sido consecuencia de la prestación de servicios en ESSALUD, el actor se limita a realizar afirmaciones sin sustentar documentalmente que como consecuencia de realizar su labor de tecnólogo médico haya contraído la enfermedad que menciona. **vi)** Que, en su condición de empleadora, han cumplido con la normatividad vigente al tenerlo no sólo en condición de asegurado bajo los alcances de la Ley N° 26790 y su Reglamento D.S 009-97-SA para el otorgamiento de las prestaciones por enfermedad, sino que agregado a ello están cumpliendo con la cobertura del seguro complementario de trabajo de riesgo, conforme lo acredita con la boleta de pago de remuneraciones, además de contar en los respectivos servicios con las medidas de protección correspondientes a las áreas que manejan radiación. **vii)** Que, con relación al pago de costas y costos del proceso, la entidad por pertenecer



al Estado exonerado del pago de todo gasto procesal con arreglo a la Ley N° 27056 y la Ley 27231 que modifica el Artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

d. Audiencia de Juzgamiento:

Se llevó a cabo en el día y hora programada con la asistencia del demandante y su abogado defensor, asimismo con la asistencia del apoderado y abogado de la parte demandada, registrándose su desarrollo e incidencias en el sistema de audio y video que forma parte de estos autos. Acto seguido se inició el desarrollo de Juzgamiento, con la confrontación de posiciones, se enunciaron los hechos que no necesitan de actuación probatoria, se enunciaron los medios probatorios que se admiten. En ese acto se suspende la audiencia y se induce que se llevará a cabo el día 19 de noviembre del año 2020, misma que se suspende por problemas de audio y se reprograma para el día 23 de noviembre del 2020, misma que se llevó a cabo en el día y hora programado, con la asistencia de la parte demandante y su abogado defensor así como del abogado y apoderado de la parte demandada, acto seguido se actúan los medios probatorios y se vuelve a suspender la audiencia, la misma que se llevó cabo el día 28 de noviembre del 2020, donde las partes finalmente expresan sus alegatos finales, los mismos que quedan registrados en el sistema de audio y video, comunicando su decisión de diferir el fallo de la sentencia, disponiendo con el consentimiento de ambas partes procesales que esta resolución sea notificada en su respectiva casilla electrónica.

III. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

PRIMERO: Que, de conformidad al segundo párrafo del artículo 19 de la Ley 29497 el cual establece que: *“Si el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos son considerados admitidos”*, en la presente causa, resultan ser hechos no necesitados de actuación probatoria (min 40:16 al 40:37 Audiencia de juzgamiento del 30.10.2020), porque no han sido negados por la emplazada, los siguientes:

- ✓ Fecha de Ingreso : 04.12.1998
- ✓ Vínculo laboral : Vigente
- ✓ Cargo : Tecnólogo Médico
- ✓ Contrato laboral : Indeterminado
- ✓ Régimen Laboral : D. Leg. N° 728
- ✓ Fecha en que se detectó la enfermedad: 25.03.2004

SEGUNDO: De la pretensión instaurada por el demandante y a fin de resolver la controversia, este Juzgador considera pertinente pronunciarse sobre las siguientes ***pretensiones materia de juicio:***

1. Pago por concepto de indemnización por la enfermedad ocupacional generada en el trabajo que contempla los conceptos de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, ascendente a S/ 1'976.878.20 Soles.
2. Determinar si corresponde se le cancele los 20 días de descanso al año conforme a la Ley del Tecnólogo Médico, beneficio que no ha gozado y que asciende a la suma de S/ 95,393.33 Soles.
3. Determinar si corresponde que se le indemnice por el concepto de daño punitivo por el monto de S/ 700.000.00 Soles.



TERCERO: Conforme al artículo 138º de la Constitución, los Jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Los Jueces de la jurisdicción ordinaria, están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. En razón a que la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, en sede jurisdiccional, el análisis debe desarrollarse verificándose el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares.

CUARTO: Nuestra Carta Magna determina de manera clara y contundente que, la persona humana y su dignidad, resultan ser los ejes centrales, por el cual, se deben orientar los principios, valores y normas que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, resulta básico promover y fomentar los mecanismos que se destinen a su protección, aquello se puede apreciar en el artículo 1º de dicho cuerpo constitucional, el cual prescribe que: *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”*. Dicha premisa se traduce, a decir del autor nacional Luis Castillo Córdova¹, *“en la posibilidad jurídica y material de que la persona pueda alcanzar su más pleno desarrollo”*. En esa perspectiva, la persona humana se convierte en un centro de imputación jurídica que reviste de una vital trascendencia para el Estado, debido que, lo obliga a desplegar las condiciones necesarias que permitan su existencia digna, para que así, pueda alcanzar su pleno desarrollo, así como una armonía esencial, en su relación con la sociedad. En ese orden de ideas, el profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá² manifiesta que: *“Los derechos fundamentales como atributos de la persona asegurados por el orden constitucional, son exigibles por ella respecto de todos los órganos y autoridades estatales (...)”*. En ese panorama, los derechos fundamentales son innatos a la dignidad del ser humano; por lo que, le son consustanciales, y asimismo, constituyen el fundamento axiológico y trascendente de toda sociedad, máxime que el autor peruano Carlos Mesía Ramírez³ señala que: *“Los derechos fundamentales son derechos inherentes al ser humano, elevados al máximo rango de un ordenamiento jurídico”*. Cabe indicar que, la Carta Magna le otorga al Estado una fuerte responsabilidad a fin que pueda desplegar las fuerzas necesarias para la defensa de tales derechos; en ese horizonte, podemos apreciar que el derecho de trabajo tiene un rango constitucional, conforme se puede verificar del artículo 22º de la *Lex Legum* al señalar que el trabajo *“Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”*, así como, lo expresado en su artículo 23º: *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*.

¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis Alberto. “Comentarios al Código Procesal Constitucional”; ARA Editores E.I.R.L., Lima-Perú, 2004, pág. 481.

² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Elementos de dogmática de los derechos fundamentales: delimitación, regulación, limitaciones, configuración y garantías de los derechos fundamentales”. En: Revista Gaceta Constitucional. Edit. Gaceta Jurídica. Lima – Perú, tomo 03, marzo del 2008, pág. 442.

³ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. “El contenido esencial de los derechos fundamentales. Significado, teorías y jurisprudencia”. En: Revista Gaceta Constitucional. Edit. Gaceta Jurídica. Lima – Perú, tomo 02, febrero del 2008, pág. 19.



QUINTO: Asimismo, Javier Neves Mujica⁴ expresa que: *“el derecho al trabajo se dirige a promover el empleo de quienes no lo tienen y a asegurar el mantenimiento del empleo de los que ya lo poseen”*. En ese orden de ideas, se puede expresar que dentro del marco de la relación laboral, el empleador está obligado a respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, y en especial, lo relacionado con el Derecho al Trabajo. En esa perspectiva, la dignidad de la persona humana se convierte en un centro de imputación jurídica que reviste de vital trascendencia para el Estado, debido que, lo obliga a desplegar las condiciones necesarias que permita su trascendencia, para que así, pueda alcanzar su pleno desarrollo, así como una armonía esencial, en su relación con la sociedad. Así las cosas, la dignidad de la persona como valor central, emana de la justicia, la vida, la libertad, la igualdad y la solidaridad, que son dimensiones básicas de la persona, que se convierten en valores y determinan la existencia y legitimidad de los derechos reconocidos por nuestra Constitución⁵. En ese mismo talante, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 0044-2004-AI⁶, señaló que: *“la dignidad de la persona humana se configura como un principio-derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce”*. Asimismo, dicho tribunal manifestó en la sentencia emitida en el expediente N° 1006-2002-AA⁷ que: *“Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona, no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección adecuada. Cualquiera que fuese el medio en el que se desenvuelva o se desarrolle la persona, no se le puede atropellar en sus derechos esenciales exponiéndola a riesgos o perjuicios innecesariamente ocasionados por las propias personas, por las organizaciones colectivas que los conforman, o por el propio Estado en cualquiera de sus corporaciones”*. Ahora bien, lo expresado por el citado Tribunal hace colegir de manera razonada el elevado grado trascendental que tiene la dignidad humana dentro del marco del sistema constitucional, tal reconocimiento hace que su tutela sea una labor permanente y continua, lo cual conlleva que se debe observar: *“El Principio Dignitatis Humanae”* o *“El Principio de la Dignidad Humana”*, y que a decir de Javier Valle Riestra⁸: *“supone un reconocimiento del valor de la persona dentro del Estado”*; en ese andarivel, se deben adoptar las medidas, acciones e interpretaciones posibles a fin de aplicar aquella que resulte más beneficiosa en salvaguarda la dignidad de la persona.

SEXTO: La temática de la indemnización por daños y perjuicios resulta ser apasionante dada la singular naturaleza de esta institución jurídica que proviene del Derecho de la Responsabilidad Civil, el cual resulta ser propio de los predios del Derecho Civil, que surge a fin de reparar el daño causado, y es por éste motivo, que es recogido por el

-
- ⁴ NEVES MUJICA, Javier. “Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica”. En: Revista Asesoría Laboral. N° 142, octubre del 2002, pág. 12.
- ⁵ BROUWER DE KONING, Alfredo “El concepto de dignidad humana y su recepción normativa”. En: <http://www.monografias.com/trabajos17/dignidad-humana/dignidad-humana.shtml>
- ⁶ Expediente N° 0044-2004-AI, proceso seguido por Yonhy Lescano Ancieta, en representación de 34 congresistas contra el Congreso de la República, sobre acción de inconstitucionalidad. Sentencia obtenida en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00044-2004-AI.html>
- ⁷ Expediente N° 1006-2002-AA, proceso seguido por Nelly Ninfa Yolanda Febres Polanco de Román contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A., sobre acción de amparo. Sentencia obtenida en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01006-2002-AA.html>
- ⁸ VALLE RIESTRA, Javier, CARRUITERO LECCA, Francisco y ÁNGELES GONZALES, Fernando. “Código Procesal Constitucional”. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 2006, página 119.



Derecho del Trabajo; en esa coyuntura, cabe indicar que el contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral en el que ambas partes asumen obligaciones, y que, si en su ejecución se generan daños por que afecten a una de las partes, la acción indemnizatoria por enfermedad profesional, corresponde que sea conocido por el Juez Especializado en la materia de Trabajo. Ahora bien, es importante como antecedente el Decreto Ley N° 18846, de 1971, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-72-TR, de 1972. Esta norma se aplicaba a los obreros para coberturar las contingencias no solo de accidentes de trabajo, sino también de **enfermedades profesionales**, el que era de carácter público y cubría también las prestaciones de salud como la renta vitalicia proveniente de la contingencia producida, accidente o **enfermedad profesional**.

SÉPTIMO: Según el citado Decreto Ley N° 18846, era posible demandar una indemnización por daños y perjuicios en el fuero común en el caso que el accidente de trabajo o **enfermedad profesional** se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del empleador. Así, la Primera Disposición General del Reglamento del Decreto Ley N° 18846 establecía que: *“El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente Reglamento por parte de la Caja Nacional de Seguro Social exonera al empleador de toda otra indemnización por causa del mismo accidente o **enfermedad profesional**. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del empleador o sus representantes, o de un tercero, la Caja Nacional de Seguro Social procederá a demandar el pago del monto de las prestaciones otorgadas. Asimismo, la víctima o sus causa-habientes podrán instaurar las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización por perjuicios”* (el subrayado y negreado es mío).

OCTAVO: Nuestra actual normatividad jurídica en materia de aseguramiento por enfermedades profesionales se encuentra establecida en la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, en cuanto que su artículo 2° prescribe lo siguiente: *“El Seguro Social de Salud otorga cobertura a sus asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y **enfermedades profesionales**”* (el subrayado y negreado es mío); y de manera específica, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-TR, en cuanto el literal n) de su artículo 2°, considera como enfermedad profesional a: *“todo estado patológico que ocasione incapacidad temporal, permanente o muerte y que sobrevenga como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador”*. Posteriormente, se dictó el Decreto Supremo N° 003-98-SA, que regula las prestaciones previsionales de las contingencias en **enfermedad profesional** o accidentes de trabajo de los trabajadores aquellos empresas que realizan labores de alto riesgo, así dicha normatividad jurídica considera como enfermedad profesional: *“todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o de medio en que se ha visto obligado a trabajar”*.

NOVENO: En cuanto a la posibilidad del trabajador de demandar daños y perjuicios por responsabilidad civil por enfermedad profesional, el artículo 88° del Reglamento de la Ley N° 26790, modificado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 003-98-SA, es-



establece que en los casos que una empresa, que realiza actividades de riesgo, no se inscribe en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o no contrata el SCTR para la totalidad de trabajadores o contrate coberturas insuficientes, asumirá el costo de las prestaciones que las entidades estatales (EsSalud y ONP) brindarán al trabajador *“independientemente de la responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios irrogados”*. Vale decir, es posible demandar la indemnización cuando exista cobertura insuficiente del seguro contratado. De otro lado, tratándose de empleadores que no desarrollan actividades de riesgo, se establece que si los mismos incumplen con abonar las cotizaciones del Seguro Social de Salud (que en este caso cubre los accidentes de trabajo), EsSalud otorgará las prestaciones y repetirá el pago contra el empleador contractual. Joel Cáceres Paredes⁹ menciona que en materia del derecho común, nuestro actual Código Civil de 1984 establece, de forma general, dos criterios de responsabilidad, según sea esta de carácter contractual y extracontractual. En la responsabilidad contractual el artículo 1321° de la citada norma jurídica establece que el criterio de imputación es subjetivo indicando que: *“queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”*. Mientras que, en la responsabilidad extracontractual, además de imputación subjetiva, establece, por vez primera y positiva, la responsabilidad por riesgo, estableciendo en el artículo 1970° de dicho cuerpo jurídico que: *“aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”*.

DÉCIMO: De igual forma, existe normatividad en materia de seguridad y salud en el trabajo de forma general para todos los trabajadores, la cual se encuentra recogida en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Así, uno de los principios que inspiran las disposiciones de la citada norma jurídica, es el de responsabilidad, mediante el cual: *“El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o **enfermedad** que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes”* (el subrayado y negreado es mío). Asimismo, el artículo 53° de dicha norma legal establece lo siguiente: *“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 caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva”* (el subrayado y negreado es mío). De modo complementario, el artículo 94° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, precisa que para afrontar la indemnización señalada en el precepto antes citado, debe existir una relación de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento de empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Así, su artículo 94° establece que: *“Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo”*.

⁹ CÁCERES PAREDES, Joel. Obra citada, página 16.



ANÁLISIS DEL CASO

- &. **PRIMER PUNTO EN CONTROVERSIA:** Pago por concepto de indemnización por la enfermedad ocupacional generada en el trabajo que contempla los conceptos de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, ascendente a S/ 1'976.878.20 Soles.

DÉCIMO PRIMERO: Cabe precisar que, en el nuevo proceso laboral se permite la competencia de los Juzgados Especializados Laborales para conocer dicha materia; siendo así, es valioso el literal b) del artículo 2° de la Ley N° 29497, el cual prescribe que: *“Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) b) **La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial**, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio”*, es más se establecen las cargas probatorias en el artículo 23°, así tenemos: *“23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) c) **La existencia del daño alegado**. 23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, **el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad**. b) La existencia de un **motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado**. 23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan **presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo, por cierto**, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*. Así las cosas, corresponde probar al actor la existencia de los daños alegados y a la demandada, que ha cumplido con todas las obligaciones legales destinados a la protección de la seguridad y salud en el trabajo; esto con el fin de establecer técnicamente si corresponde otorgar alguna indemnización a favor de la parte accionante.

DÉCIMO SEGUNDO: La indemnización pretendida por el demandante corresponde ser analizada desde el punto de vista de la Responsabilidad Contractual llamada también *“Responsabilidad Civil Obligatoria”* para determinar el incumplimiento que se sostiene, dado que ésta se encuentra referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (*principalmente contractual*), y de faltamiento al deber específico denominado *“relación jurídica obligatoria”*. Siendo así, tomando en cuenta que la vinculación entre las partes litigantes nace de una relación laboral formalizada a través de un Contrato de Trabajo, en virtud del cual el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, quien determina sólo los derechos y deberes de las partes en sus aspectos generales y típicos, en tanto, su ejecución se sujeta además, a las disposiciones emanadas por normas legales, y que en el momento en que el empleador empieza a hacer uso de esta fuerza, es decir, en el instante en que el contrato comienza a ejecutarse, todas las fases del cumplimiento mutuo se rigen por dichas normas imperativas y por ende éstas resultan de obligatorio e ineludible cumplimiento, es que procederemos a establecer los elementos que integran la responsabilidad civil, a saber: *La Responsabilidad o Imputabilidad*,



Antijuridicidad o Ilícitud, Relación de Causalidad, Factor de Atribución y el Daño; marco sobre el que se desarrollará la sustentación de la presente sentencia.

DÉCIMO TERCERO: Sobre ello, la Corte Suprema ha establecido en su Sentencia Casatoria N° 3127-2003, lo siguiente:

*“(...) Para que exista responsabilidad civil, se requiere la concurrencia de cuatro requisitos: **la antijuridicidad del hecho imputado**, es decir, la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla genérica que impone el deber de actuar de tal manera que no se cause daño a los demás; **la existencia del daño**, que puede consistir en un daño emergente, el lucro cesante y el daño moral; **la relación de causalidad entre el hecho y el daño**, es decir, debe existir una relación de causalidad adecuada que permita atribuir el resultado; y los factores de atribución que pueden ser subjetivos como el dolo o la culpa, u objetivos como en el caso de la responsabilidad objetiva”.*

En cuanto a este último requisito debemos indicar que nuestro ordenamiento jurídico acoge la teoría de la causalidad, tal como se observa de la lectura del Art. 1985 del Código Civil. Al respecto nuestra Corte Suprema ha establecido en su Sentencia Casatoria N° 2590-98-Lima:

“Según la teoría de causalidad adecuada, no todas las condiciones son equivalentes, pues aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, es la causa y las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente factores concurrentes”¹⁰.

DÉCIMO CUARTO: En ese sentido, la parte demandante solicita indemnización por daños y perjuicios, por lo que siendo esto así, seguidamente pasamos analizar el caso concreto, para lo cual se debe precisar que según nuestra **Jurisprudencia Nacional**, *“la responsabilidad civil puede configurarse cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada o por el incumplimiento de un deber jurídico genérico de no causar daño a los demás; (...) consecuentemente, sólo nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro mediante una conducta reprimida por el derecho, dado que se ha contravenido una norma de carácter imperativo o en su caso los principios que conforman el orden público y las buenas costumbres. En ese sentido constituyen supuestos de la responsabilidad civil la existencia del daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución; que, el daño jurídicamente indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial.*

En tal sentido respecto al primero serán daños patrimoniales las lesiones a los derechos patrimoniales y serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por lo tanto merecedores de una tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral (...) en lo relativo a los factores de atribución estos pueden ser subjetivos (dolo o culpa del autor) y objetivos, los cuales tienen diversas expresiones ya sea se trate de un caso de responsabilidad contractual o de la responsabilidad

¹⁰ Sentencia publicada el 19.08.1999. en el Diario Oficial “El Peruano”.



extracontractual. En consecuencia, en los procesos de indemnización se debe verificar la concurrencia de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad, como es el factor de atribución (el dolo o la culpa), la imputabilidad, la antijuridicidad, el daño causado y la relación de causalidad o nexo causal, siendo que la ausencia de alguno de estos elementos conlleva necesariamente a desestimar la pretensión demandada”¹¹.

Antijuridicidad del hecho imputado. -

DÉCIMO QUINTO: Que, efectuando la verificación del elemento constitutivo de “***ilicitud***” o “***antijuridicidad***”, se puede decir, que este elemento viene a ser la disconformidad que existe entre la conducta o el hecho y el ordenamiento jurídico y la ley, hecho *que supone la verificación de una conducta contraria a derecho, que da origen a una responsabilidad indemnizatoria.* Bajo esta premisa Lizardo Taboada Córdova¹² manifiesta que una conducta es antijurídica: “*no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico*”. Juan Espinoza Espinoza reserva el término *ilicitud* para indicar contrariedad del acto humano a los valores jurídicos. Aunque, en ambos casos convergen en una misma esencia, en la noción de *contrariedad a la norma*, y que para el caso de autos, se encuentra en la vulneración del Decreto Supremo N° 009-2005-TR - Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual según su artículo 2° es aplicable a todos los sectores económicos y comprende a todos los empleadores y trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio Peruano, por el ***Principio de Prevención*** el empleador garantizará, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, ***incluso*** de aquellos que no teniendo vínculo laboral presten servicios o se encuentren dentro del ámbito del centro de labores; por el ***Principio de Responsabilidad:*** el empleador asumirá las implicancias económicas, legales y de cualquiera otra índole, como consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes. Asimismo, de conformidad con el artículo 40° del mismo dispositivo, el empleador debe aplicar entre otras, las siguientes ***medidas de prevención:*** gestionar riesgos, sin excepción, eliminándolos de su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar, el diseño de puestos de trabajo, ambientes de trabajo, la selección de equipos y métodos de trabajo, y además se ha vulnerado el artículo IX del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual indica que: “*un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua*”.

DÉCIMO SEXTO: Ahora bien, en el caso de autos, el accionante solicita una indemnización por daños y perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, como consecuencia de enfermedad ocupacional, al habersele diagnosticado en el 2004 a la edad de 33 años D/C Leucemia Mieloide Crónica, ello como ocasión de la prestación de sus servicios laborales en el cargo de

¹¹ Casación N° 3235-2010-Lima. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, El Peruano. 31-08-2012. Pág. 36822.

¹² TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Elementos de Responsabilidad Civil”, editorial GRILEY S.A., Lima, 2001, pág. 27.



Tecnólogo Médico Nivel IV en el Hospital Nacional Sur este Essalud- Cuzco. En referencia a ello tenemos que conforme lo hemos desarrollado en el considerando primero de la presente resolución se tiene como hechos que no requiere de actuación probatoria: i) la fecha de ingreso del actor a la entidad demandada el 04 de diciembre de 1998, ii) el vínculo laboral se encuentra vigente, iii) el cargo de Tecnólogo Médico, iv) el contrato de trabajo a plazo indeterminado bajo el régimen laboral de la actividad privada – Decreto Legislativo 728, v) la fecha en que se diagnosticó la enfermedad de Leucemia Mieloide Crónica el 25 de marzo del 2004. Asimismo, se debe dejar constancia que conforme se observa de la RESOLUCIÓN DE GERENCIA CENTRAL N° 1761-GCGP-ESSALUD-2014 de fecha 25 de noviembre del 2014, el accionante desde el 14.09.2006 fue desplazado temporalmente del Hospital Nacional Adolfo Guevara Velasco de la Red Asistencial de Cuzco para laborar en el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de la Red Asistencial de Lambayeque y a partir del 01 de enero del 2015 se AUTORIZA SU DESPLAZAMIENTO DEFINITIVO al Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo al servicio de diagnóstico por imágenes y Medicina Nuclear (ver folios 555 a 556, 723 a 724).

DÉCIMO SÉPTIMO: Conforme lo hemos desarrollado en el considerando precedente, el accionante ostenta el el cargo de Tecnólogo Médico y conforme se verifica del Informe Médico, de fecha 27 de mayo del 2013 y de fecha 09 de abril del 2015 obrante en el folio 04 y 05, en el que se describe *“paciente, con antecedente de importancia trabajador de EsSalud en el área de Radiología cuando se le diagnostico la Leucemia”* y con el Informe Médico Ocupacional, emitido por el Dr. Julio Maticorena Agramonte de folios 568 a 569, el cual concluye que *“Los controles de Higiene Industrial y Salud Ocupacional no se cumplieron de manera regular para los trabajadores expuestos a radiación ionizante según normativa vigente, concluyendo que el señor [REDACTED] [REDACTED] tiene Leucemia Mieloide Crónica causada por las radiaciones recibidas en el lugar de trabajo.* (subrayado nuestro).

Estando a lo indicado, no cabe duda que el actor ostenta la profesión y cargo de Tecnólogo Médico y labora en el servicio de radiología, por tanto, para el presente caso se debe tener en cuenta el Reglamento de Seguridad Radiológica, el cual fue aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-EM¹³ y en cuyos artículos se señala:

- Artículo 30. Los trabajadores que realicen su trabajo normal u ocasional en áreas controladas y puedan recibir exposición ocupacional significativa, deben estar sometidos a vigilancia radiológica individual obligatoria, mediante sistemas acreditados y en conformidad con las disposiciones específicas de la Autoridad Nacional (...).
- Artículo 32. La vigilancia radiológica operativa será efectuada mediante equipamiento adecuado al tipo de exposición o contaminación a medir, el mismo que deberá ser calibrado a frecuencias que se determinen específicamente y a través de un laboratorio de calibración dosimétrica acreditado por la Autoridad Nacional (...).

¹³ https://faest.cayetano.edu.pe/images/stories/upcyd/sgc-sae/normas_sae/Reglamento_de_seguridad_radiologica.pdf



- Artículo 33. Los trabajadores sometidos a exposición ocupacional deberán ser sometidos a un programa de vigilancia médica basado en los principios de la salud ocupacional, para evaluar su aptitud inicial y permanente para las tareas asignadas. La vigilancia médica es una condición previa a la ocupación de tareas con radiaciones ionizantes.

Asimismo, el Anexo I de dicho Reglamento establece los límites de dosis, a la que puede estar expuesta una persona, así indica: 1. Las dosis de los trabajadores expuestos ocupacionalmente deben limitarse de modo que no excedan:

- a. 20 mSv de dosis efectiva en un año, como promedio, en un período de 5 años consecutivos.
- b. 50 mSv de dosis efectiva en un año, siempre que no sobrepase 100 mSv en 5 años consecutivos.
- c. 150 mSv de dosis equivalente en un año, en el cristalino
- d. 500 mSv de dosis equivalente en un año, para la piel y extremidades

Ahora bien, de dicha normatividad jurídica se aprecia que se establecen acciones de protección a los trabajadores, mediante la prevención de riesgos del trabajo, que comprende la vigilancia radiológica individual, la misma que será efectuada mediante equipos adecuado al tipo de exposición, asimismo, deberán ser sometidos a un programa de vigilancia médica basado en los principios de la salud ocupacional y todo aquello que condicione riesgo de la salud de los trabajadores, entendiéndose dichas obligaciones como cláusulas normativas que regulan los contratos de trabajo, así no se hayan indicado expresamente.

DÉCIMO OCTAVO: En el caso de autos, El actor manifiesta que con fecha 25.03.2004 se le diagnosticó la enfermedad de Leucemia Mieloide Crónica y que ha prestado servicios laborales en el cargo de Tecnólogo Médico y labora en el servicio de diagnóstico por imágenes y Medicina Nuclear a favor de la demandada (ver considerando primero – puntos no controvertidos), por lo tanto, el trabajador estuvo realizando una **actividad riesgosa** en su centro de labores, y que le ocasionó que contraiga la enfermedad Leucemia Mieloide Crónica, conforme se verifica del Informe Médico, de fecha 27 de mayo del 2013 y de fecha 09 de abril del 2015 obrante en el folio 04 y 05, en el que se describe *“paciente, con antecedente de importancia trabajador de EsSalud en el área de Radiología cuando se le diagnostico la Leucemia”* y con el Informe Médico Ocupacional, emitido por el Dr. Julio Maticorena Agramonte de folios 568 a 569, el cual concluye que *“Los controles de Higiene Industrial y Salud Ocupacional no se cumplieron de manera regular para los trabajadores expuestos a radiación ionizante según normativa vigente, concluyendo que el señor [REDACTED] tiene Leucemia Mieloide Crónica causada por las radiaciones recibidas en el lugar de trabajo.* Conclusión basada en la norma técnica que establece el listado de enfermedades 480-2008-MINSA”. Informe médico que fue ratificado por el galeno en la Audiencia de Juzgamiento de fecha 23 de noviembre del 2020 a **min.11:09 a 11:34** y además explicó que *“habiendo el demandante trabajado como técnico en Rayos X, pertenece al grupo de lo que se llama en la medicina ocupacional, grupo de exposición similar de radiaciones ionizantes, en ese sentido se tiene la Resolución Ministerial N° 480 del Ministerio de Salud que es la Norma Técnica de Salud que establece el listado de todas las enfermedades*



profesionales, de la cual por ejemplo los agentes físicos comprendidos como lo que es las radiaciones, por ejemplo las enfermedades provocadas por radiaciones ionizantes, está tipificada con la clasificación internacional de enfermedades T-66 y dentro de la relación de síntomas y patologías menciona la leucemia y dentro de las principales actividades son las de exposición similar a rayos X".

También, se debe tener en cuenta que la Ley del Trabajo del Profesional de la Salud Tecnólogo Médico LEY N° 28456, en el Artículo 11.- Derechos: El Tecnólogo Médico tiene derecho a: b) Desarrollar su labor en ambiente adecuado para su salud física y mental e integridad personal, así como contar con los recursos materiales y equipamiento necesario para brindar un servicio de calidad. Asimismo, de conformidad con el Reglamento de la Ley N° 28456 - DECRETO SUPREMO N° 012-2008-SA, en cuyo Artículo 13 literal c) señala, son DERECHOS del Tecnólogo Médico, c. Desarrollar su labor en un ambiente adecuado para su salud física y mental e integridad personal, permitiéndose de esta forma controlar la exposición a contaminantes, agentes físicos y sustancias tóxicas; así como, contar con los recursos materiales, equipamiento necesario y condiciones de bioseguridad y protección radiológica de acuerdo al área en que desarrolla sus actividades. Asimismo, el Reglamento de Seguridad Radiológica que fue aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-EM, el cual establece los requisitos fundamentales para la protección contra la exposición a la radiación ionizante y para la seguridad de las fuentes de radiación, con la finalidad de garantizar la protección del personal trabajador, público y medio, indicando además que en los lugares y puestos de trabajo se establecerá un programa de vigilancia radiológica el cual evaluará las condiciones radiológicas, la exposición de las zonas controladas y supervisadas y examinará la clasificación de las áreas controladas y supervisadas

Por ende y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1321° del Código Civil, que establece "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (...)", en el caso de autos, al ser fundamento de la demanda del actor que padece de enfermedad profesional de Leucemia Mieloide Crónica, atribuyendo a la emplazada la responsabilidad de haber contraído dicha enfermedad por haber incumplido con sus obligaciones, emanadas del contrato de trabajo, de suministrar los elementos necesarios para la prestación de sus servicios, plasmadas en las normas precitadas, tales como la entrega de equipamiento necesario, condiciones de bioseguridad y protección radiológica; advirtiendo, que es obligación del empleador el otorgar los equipos de bioseguridad y protección a sus trabajadores, además de cumplir con todas las prescripciones legales y reglamentarias establecidas, así como con todas las recomendaciones técnicas y con todas las medidas que la prudencia exija o que la experiencia aconseje; al efecto, siendo la actividad de la demandada la de brindar servicios de salud y verificándose que se ha acreditado en autos que el actor prestó servicios en las instalaciones de la demandada **ESSALUD**, se establece en el presente proceso que la emplazada no ha cumplido en la forma debida la normatividad inherente a las obligaciones antes anotadas, máxime que no ha aportado prueba alguna que acredite que le haya entregado los equipamientos necesarios de bioseguridad y protección radiológica al actor, que hubiera reducido al máximo el riesgo creado; dado que se debe ponderar el riesgo laboral, sumado a ello que en la Audiencia de Juzgamiento de fecha 23 de noviembre del año 2020 a **min.**



31:58 a 32:28 a una pregunta del abogado patrocinador durante la declaración de parte el actor manifestó que no se le realizaban ningún examen médico ocupacional; asimismo manifestó que no se le habían brindado equipos especiales para realizar su función, afirmaciones que no han sido refutadas por la emplazada. De tal modo que, el requisito de Ilícitud o Antijuricidad si se cumple.

Relación de Causalidad. -

DÉCIMO NOVENO: Respecto al elemento constitutivo de "***relación o nexa causal***", es decir, "*la relación de causalidad entre el acto demandado y el resultado dañoso producido (...)*", dicho en otras palabras, es la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido. En nuestro Código Civil se consagran dos teorías para analizar éste elemento de responsabilidad, así veamos: i) Causa Próxima, según Jorge Bustamante Alsina¹⁴ para esta teoría se le llama causa a: "*aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a este, las otras son simplemente condiciones*"; y, ii) Causa Adecuada, según Salvi¹⁵ hay causalidad adecuada: "*entre un acto o actividad y un daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá*". Ahora bien, en el presente caso, una relación laboral se fundamenta en la existencia de un contrato de trabajo, el cual es un negocio jurídico bilateral que vincula tanto al empleador como al trabajador, y donde van a surgir una serie de derechos y deberes para cada uno de ellos, por lo que, el quebrantamiento de dichas obligaciones van a generar la violación del Principio *Pacta Sunt Servanda* (el contrato es ley entre las partes), lo cual implica que la relación se vea afectada y, que el contrato entre en una situación de crisis o aún peor, se extinga, lo que supone una responsabilidad de índole contractual.

Así las cosas, al haber ocurrido una relación jurídica de *causa a efecto* entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, se puede señalar que concurre plenamente por cuanto ***ha quedado probado la conducta antijurídica*** de la emplazada, al haberse ocasionado la enfermedad de Leucemia Mieloide Crónica conforme se verifica del Informe Médico, de fecha 27 de mayo del 2013 y de fecha 09 de abril del 2015 obrante en el folio 04 y 05, en el que se describe "*paciente, con antecedente de importancia trabajador de EsSalud en el área de Radiología cuando se le diagnostico la Leucemia*" y con el Informe Médico Ocupacional, emitido por el Dr. Julio Maticorena Agramonte de folios 568 a 569 y al no haber evitado los **riesgos laborales** contra el cuerpo y la salud del accionante, quien padece de la citada enfermedad como consecuencia del trabajo desempeñado. Siendo así, la ***Relación de Causalidad*** está probada, pues no existe controversia entre los sujetos procesales respecto a la existencia de la relación laboral **entre las partes**; máxime que el actor prestó labores como Tecnólogo Médico en el servicio de diagnóstico por imágenes y Medicina Nuclear a favor de la demandada (ver considerando décimo séptimo) y que por lo tanto, se encontró expuesto a radiaciones ionizantes, ya que desde el inicio de su relación laboral (1998) se desempeñó en los servicios de Rayos X, exámenes simples y contrastados, en fluroscopía, mamografía; Por lo tanto, queda **determinado que la emplazada incurrió en**

¹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, pág. 268.

¹⁵ SALVI, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., pág. 185.



inejecución de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo en relación a la falta de provisión de equipos especiales (bioseguridad y protección radiológica) para realizar su función, constituyendo dicho incumplimiento una conducta antijurídica capaz y suficiente de generar el daño acreditado por el actor, la enfermedad de Leucemia Mieloide Crónica que padece, en tanto, se trata de enfermedad profesional y adquirida producto de su relación laboral con la demandada.

Factor de Atribución. -

VIGÉSIMO: Así mismo, en referencia al elemento constitutivo de "**criterio de imputación o factor atributivo**" (dolo o culpa), se debe precisar que es la conducta dolosa y/o negligente por parte de la demandada. Dicho en otras palabras, es el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto; en nuestro ordenamiento existen los factores de atribución subjetivos y los objetivos, los primeros se dividen en la culpa y el dolo. Según Juan Espinoza Espinoza¹⁶ la culpa: "*debe ser entendida como una ruptura a un standard de conducta, es la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas*". Se clasifica en culpa objetiva (es la culpa por violación de leyes) y culpa subjetiva (se basa en las características personales del agente). De acuerdo a nuestro Código Civil, en la responsabilidad contractual existen diversos grados de culpa: i) Culpa Inexcusable o Grave, es el no uso de la diligencia que es propio de la mayoría de las personas, está prevista en el artículo 1319º del Código Civil; ii) Culpa Leve, es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media, está regulado en el artículo 1320º del Código Civil; y, iii) El Dolo es la voluntad del sujeto de causar daño. Los factores de atribución objetivos, son aquellos que se basan en criterios objetivos, así tenemos la teoría del riesgo, la cual parte de la fórmula que "*quien con su actividad crea las condiciones de un riesgo, debe soportar las consecuencias*", esto es la creación de un peligro.

Para el presente caso, nos encontramos ante una Culpa Inexcusable, por cuanto la demandada, no obstante tener pleno conocimiento del marco normativo y del peligro que significaban las labores del trabajador accionante, no cumplió con otorgarle los equipos especiales de bioseguridad y protección radiológica para poder realizar su función y garantizar la protección del personal trabajador, máxime si existía un riesgo en la labor que desempeñaba el accionante. Sumado a ello, que la emplazada tampoco ha cumplido con acreditar haber realizado las gestiones pertinentes para que se realice las supervisiones adecuadas en las áreas de radiaciones ionizantes, así como que a los trabajadores de dichas áreas se cumplieran con realizarles chequeos médicos profundos de manera periódica (conforme el artículo 33º del Reglamento de Seguridad Radiológica, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-EM).

Ahora bien, el actor señaló que padece de la *enfermedad profesional de leucemia mieloide crónica* todo ello con ocasión de la prestación de sus servicios laborales en el cargo de Tecnólogo Médico. Vale decir, el trabajador estuvo realizando una actividad riesgosa en su centro de labores, en el que la demandada tiene plena experiencia o

¹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Derecho de la Responsabilidad Civil", Editorial Gaceta Jurídica S.A., cuarta edición, Lima, página 136.



conocimiento de este tipo de actividad y que es conocedora de los patrones o reglas de conducta sobre el resguardo de la seguridad y salubridad en el trabajo, pero que no cumplió en forma debida respecto a la actividad laboral del demandante acreditándose el factor de atribución, más aun que el demandante padece de la enfermedad de **leucemia mieloide crónica** conforme se verifica del Informe Médico N° 30-JSMR-DMII-GC-HNAAA-RAL-ESSALUD-2017, de fecha OCTUBRE DEL 2017, obrante en el folio 06. Esto es, la enfermedad profesional se produjo con ocasión de las labores realizadas por el actor; descartándose que dicha enfermedad sea congénita, ya que como manifestó el Doctor Julio Maticorena Agramonte en la audiencia de juzgamiento de fecha 23 de noviembre del 2020 a **min.17:22 a 18:34**, hay que analizar la exposición que tuvo el trabajador durante su periodo de vida laboral y es un trabajador que por naturaleza realiza labores como la toma de rayos X, ecografías, tomografías y la exposición a las radiaciones ionizantes hace que el trabajador esté incluido dentro del grupo de exposición similar a radiaciones ionizantes, para lo cual hay controles médicos, hay medidas de seguridad, descansos por radiación los cuales no se han evidenciado correctamente y lógicamente sin un antecedente previo de él y sus familiares se concluye que esta enfermedad de leucemia en este trabajador ha sido producida por las radiaciones ionizantes. Cabe señalar que, el trabajo se presta conforme a las instrucciones que da el empresario con sometimiento a sus directrices en cuanto al modo, intensidad, tiempo y lugar, integrándose al trabajador a un todo organizado que no controla, encontrándose impedido por sí mismo las medidas de seguridad necesarias para llevar a cabo su trabajo, por lo que estas descansan en el empresario.

Como ya se ha manifestado, el actor estuvo realizando labores que implicaban un **riesgo** para su bienestar físico, psíquico y psicológico, prueba de ello es que la enfermedad profesional de **leucemia mieloide crónica** ocurrió justamente cuando realizaba su trabajo como Tecnólogo Médico. En efecto, la obligación patronal de seguridad y salud en el trabajo es además una obligación de resultados, más no de medios, de tal manera, que si bien es cierto que, el empleador debe acreditar que actuó con diligencia en un proceso judicial, dicho actuar no se agota en acreditar la simple diligencia ordinaria, sino que dicho deber debe ser cumplido según el resultado esperado, aquello se sustenta en el principio-deber de protección patronal de seguridad y salud en el trabajo previsto en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la cual se encuentra encaminada a garantizar: *“un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua”*; esto es, no resulta aceptable que los trabajadores sufran de enfermedades en el desempeño y como consecuencia de sus labores, máxime que toda parte patronal tiene siempre un provecho, especialmente económico de la fuerza de trabajo realizada por sus trabajadores, en la medida que en toda relación laboral *existe un trabajo por cuenta ajena*, todo esto máxime si el mismo Reglamento de Seguridad Radiológica, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-EM, en su artículo 125° indica: “Los titulares de registros o licencias, así como los empleadores, serán responsables por los daños radiológicos y nucleares a personas, medio ambiente y/o propiedad, que puedan producirse como consecuencia de la utilización de las fuentes de radiaciones a su cargo”, asimismo en su artículo 126° se indica: “Los titulares de registros o licencias, y los empleadores, deberán establecer los recaudos necesarios para el pago de indemnizaciones y coberturas por daños radiológicos y nucleares causadas



por las fuentes de radiaciones a su cargo, en conformidad con las disposiciones legales vigentes al respecto”.

Ahora bien, el actor señaló que padece de la *enfermedad profesional de leucemia mieloide crónica*, todo ello con ocasión de la prestación de sus servicios laborales en el cargo de Tecnólogo Médico. Vale decir, el trabajador estuvo realizando una **actividad riesgosa** en su centro de labores, en el que la demandada tiene plena experiencia o conocimiento de este tipo de actividad y que es conocedora de los patrones o reglas de conducta sobre el resguardo de la seguridad y salubridad en el trabajo, pero que no cumplió en forma debida respecto a la actividad laboral del demandante acreditándose el factor de atribución, más aun que el demandante padece de la enfermedad de **leucemia mieloide crónica** conforme se verifica del Informe Médico N° 30-JSMR-DMII-GC-HNAAA-RAL-ESSALUD-2017, de fecha OCTUBRE DEL 2017, obrante en el folio 06. Esto es, la enfermedad profesional se produjo con ocasión de las labores realizadas por el actor; descartándose que dicha enfermedad sea congénita, ya que como manifestó el Médico Julio Maticorena Agramonte en la audiencia de juzgamiento de fecha 23 de noviembre del 2020 a **min.17:22 a 18:34**, hay que analizar la exposición que tuvo el trabajador durante su periodo de vida laboral y es un trabajador que por naturaleza realiza labores como la toma de rayos X, ecografías, tomografías y la exposición a las radiaciones ionizantes hace que el trabajador esté incluido dentro del grupo de exposición similar a radiaciones ionizantes, para lo cual hay controles médicos, hay medidas de seguridad, descansos por radiación los cuales no se han evidenciado correctamente y lógicamente sin un antecedente previo de él y sus familiares se concluye que esta enfermedad de leucemia en este trabajador ha sido producida por las radiaciones ionizantes. Cabe señalar que, el trabajo se presta conforme a las instrucciones que da el empresario con sometimiento a sus directrices en cuanto al modo, intensidad, tiempo y lugar, integrándose al trabajador a un todo organizado que no controla, encontrándose impedido por sí mismo las medidas de seguridad necesarias para llevar a cabo su trabajo, por lo que estas descansan en el empresario.

Como ya se ha manifestado, el actor estuvo realizando labores que implicaban un **riesgo** para su bienestar físico, psíquico y psicológico, prueba de ello es que la enfermedad profesional de **leucemia mieloide crónica** ocurrió justamente cuando realizaba su trabajo como Tecnólogo Médico. En efecto, la obligación patronal de seguridad y salud en el trabajo es además una obligación de resultados, más no de medios, de tal manera, que si bien es cierto que, el empleador debe acreditar que actuó con diligencia en un proceso judicial, dicho actuar no se agota en acreditar la simple diligencia ordinaria, sino que dicho deber debe ser cumplido según el resultado esperado, aquello se sustenta en el principio-deber de protección patronal de seguridad y salud en el trabajo previsto en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la cual se encuentra encaminada a garantizar: *“un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua”*; esto es, no resulta aceptable que los trabajadores sufran de enfermedades en el desempeño y como consecuencia de sus labores, máxime que toda parte patronal tiene siempre un provecho, especialmente económico de la fuerza de trabajo realizada por sus trabajadores, en la medida que en toda relación laboral *existe un trabajo por cuenta ajena*, todo esto máxime si el mismo Reglamento de Seguridad Radiológica, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-EM, en su artículo



125° indica: “Los titulares de registros o licencias, así como los empleadores, serán responsables por los daños radiológicos y nucleares a personas, medio ambiente y/o propiedad, que puedan producirse como consecuencia de la utilización de las fuentes de radiaciones a su cargo”, asimismo en su artículo 126° se indica: “Los titulares de registros o licencias, y los empleadores, deberán establecer los recaudos necesarios para el pago de indemnizaciones y coberturas por daños radiológicos y nucleares causadas por las fuentes de radiaciones a su cargo, en conformidad con las disposiciones legales vigentes al respecto”.

Existencia del daño causado. -

VIGÉSIMO PRIMERO: La “existencia del daño causado”, para efectos ilustrativos se puede decir que “el daño no es otra cosa que la lesión, el menoscabo o la pérdida de un bien jurídico tutelado, tales como la integridad física, la libertad, el honor, el patrimonio, los derechos de crédito y otros derechos civiles, de allí que en la dogmática de la responsabilidad civil se asume que el daño está comprendido en el concepto de antijuridicidad, puesto que nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades concedidas por el derecho”, así, “(…) por daños patrimoniales se entienden los causados en bienes que tienen un valor económico, porque jurídicamente, los bienes que componen el patrimonio de una persona son aquellos que permiten una tasación en dinero (...)”.

Comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado. En nuestro ordenamiento jurídico se regulan los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales; en el primer caso, se encuentran el daño emergente y el lucro cesante, los cuales son definidos, como el valor de la pérdida sufrida, y el valor de la utilidad dejada de percibir, respectivamente. En el caso de los daños extrapatrimoniales tenemos el daño moral y el daño a la persona, el primero alude al padecimiento, dolor, angustia, aflicción física o espiritual, causados bien por lesiones o ataques al honor de una persona, a su privacidad, libertad individual, salud, integridad psicofísica, etc. De otro lado, el daño a la persona se centra básicamente en la existencia de hipótesis lesivas que en su manifestación patrimonial o extrapatrimonial comprometen la existencia, plenitud o dignidad de la persona humana. Según Juan Espinoza Espinoza, este tipo de daño comparte con el daño moral la naturaleza extrapatrimonial, difiere de éste, pues ambos se encuentran en relación de género a especie. El daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona se encuentran regulados en el artículo 1985º de nuestro Código Civil, cuando se trata de responsabilidad extracontractual, mientras que, en el caso, de la responsabilidad contractual, el daño emergente y el lucro cesante están previstos en el artículo 1321º de cuerpo legal antes señalado, y el daño moral está regulado en el artículo 1322º de dicho texto.

Ahora bien, resulta evidente que el actor padece de la enfermedad de **leucemia mieloide crónica** conforme se verifica del Informe Médico, de fecha 27 de mayo del 2013 y de fecha 09 de abril del 2015 obrante en el folio 04 y 05, en el que se describe “paciente, con antecedente de importancia trabajador de EsSalud en el área de Radiología cuando se le diagnostico la Leucemia” y con el Informe Médico Ocupacional,



emitido por el Dr. Julio Maticorena Agramonte de folios 568 a 569, el cual concluye que *“Los controles de Higiene Industrial y Salud Ocupacional no se cumplieron de manera regular para los trabajadores expuestos a radiación ionizante según normativa vigente, concluyendo que el señor [REDACTED] tiene Leucemia Mieloide Crónica causada por las radiaciones recibidas en el lugar de trabajo. Siendo así, es evidente que la demandada ESSALUD incumplió con sus obligaciones laborales de facilitar los implementos de seguridad necesarios al trabajador (conducta antijurídica), que el accionante contrajo la enfermedad de **leucemia mieloide crónica** (daño causado) y que esta enfermedad se origina como producto de la actividad laboral desarrollada por el trabajador como Tecnólogo Médico en interior de las instalaciones de la demandada ESSALUD, al estar expuesto a contaminación radiológica (relación de causalidad), sino que se acredita que las demandada a pesar de ser una institución formal del estado que brinda servicios de salud, con experiencia en este tipo de actividades y de tener pleno conocimiento de la normatividad que rige esta actividad, debe conocer que por disposición legal puede ser objeto de supervisión y control por la autoridad de Salud, no mantuvieron una conducta de regular y permanente cumplimiento de sus obligaciones laborales y legales en materia de protección radiológica a través de la entrega de equipos necesarios de bioseguridad y al actor, denotando negligencia inexcusable (factor de atribución).*

VIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, en el caso de autos, el actor pretende el pago de indemnización por la enfermedad ocupacional generada en el trabajo que contempla los conceptos de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, ascendente a S/ 1'976.878.20 Soles. Así tenemos:

& LUCRO CESANTE:

VIGÉSIMO TERCERO: Se debe considerar como la frustración de las ventajas económicas esperadas, lo que implica la pérdida del enriquecimiento patrimonial previsto y de lo actuado en el proceso se traduce en el no incremento del patrimonio, lo que habría dejado de percibir el trabajador demandante por la conducta antijurídica de la emplazada.

Ahora bien, el demandante solicita lucro cesante alegando dos supuestos (folios 654, 662): i) que su estado de salud lo imposibilita a trabajar en otras entidades particulares en el desempeño de sus labores a diferencia de sus otros colegas sanos; ii) Por otro lado, manifiesta que en la actualidad existe un trámite que ha iniciado en la ASEGURADORA MAFRE, mediante el seguro complementario de trabajo y riesgo (SCTR) en el cual se le ha evaluado y se le ha dado una incapacidad permanente de 77.3%, por lo que se exige el cese definitivo del suscrito y una pensión vitalicia, lo que conllevaría a que le recorten el 30% de su sueldo.

- En cuanto al primer supuesto, la imposibilidad de poder trabajar de manera externa, bajo su profesión como lo realizan otros colegas, como es el caso de su colega CARRAZCO GANZAGA LUIS WILMER, quien presta sus servicios como Tecnólogo Médico en la Clínica del Pacífico, llegando a percibir adicionalmente a su sueldo un ingreso de S/ 1,200.00 (un mil doscientos y 00/100 soles)



mensuales. Al respecto tenemos que dicha afirmación se corrobora con los Recibos por Honorarios de don CARRAZCO GANZAGA LUIS WILMER que obran a folios 573 y 574 en los que se consigna la suma de S/ 1,200.00 soles por concepto de ATENCION EN EL SERVICIO DE RAYOS X durante el mes de octubre del 2019; sin embargo, el accionante no ha cumplido con acreditar que haya venido realizando labores en entidades particulares y que como consecuencia del diagnóstico de la enfermedad haya tenido que dejar de laborar en alguna clínica particular u otra entidad; razón por la cual dicha pretensión debe declararse infundada.

- En cuanto al segundo supuesto, que la ASEGURADORA MAFRE, le ha evaluado y se le ha dado una incapacidad permanente de 77.3%, por lo que se exige el cese definitivo del suscrito y una pensión vitalicia, lo que conllevaría a que le recorten el 30% de su sueldo. Al respecto, tenemos que lo manifestado por el actor resulta ser un hecho incierto, esto en la medida que a la fecha de interposición de demanda no se ha materializado el cese definitivo donde el accionante pueda acreditar que efectivamente le están recortando el 30% de su sueldo, razón por la cual dicha pretensión deviene en infundada.

&. DAÑO EMERGENTE:

VIGÉSIMO CUARTO: Este representa el empobrecimiento o disminución patrimonial actual, concreta, real y efectiva sufrida por el sujeto afectado como consecuencia del incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito.

En cuanto a esta pretensión, el demandante sustenta el daño emergente en los gastos de atención médica, hospitalización, cirugía, medicinas, pasajes, entre otros, asimismo, manifiesta que desde el 2004 hasta la actualidad constantemente viene comprando medicamentos que no son expedidos por su empleadora, así como gastos de traslado desde su hogar hasta los centros médicos (ver folios 653). Al respecto tenemos que a folios 577 obran dos (2) boletas de venta a nombre del accionante ambas por la suma de S/ 164.00 soles conforme la ha indicado el actor en su demanda postulada y que no ha sido cuestionado por la emplazada (folios 666), a través de las cuales se observa que el accionante ha invertido en la compra de medicamentos para paliar los efectos de su enfermedad. Ahora bien, se debe tener en cuenta que el daño emergente no necesariamente tiene que ser probado con medios probatorios directos, sino también con indirectos, porque la Seguridad Social no siempre da una atención adecuada, presumiéndose que el trabajador genera y va generar gastos en compra de algunas medicinas para su tratamiento, teniendo en cuenta la gravedad de su estado de salud y dado que la enfermedad que lo embarga es una enfermedad degenerativa tanto pulmonar, en el sistema óseo y digestivo, por lo tanto el demandante tiene que suministrarse vitaminas, lácteos adecuados, frutos secos para fortalecer su sistema inmunológico al recibir periódicamente las quimioterapias para el tratamiento de su enfermedad, siendo éstos gastos constantes y permanentes, ya que el seguro sólo los suministra a pacientes internados, no siendo el caso del demandante; además se debe tener en cuenta que, por la cultura del trabajador, no solicita y menos guarda los recibos y/o boletas de pago, sumado a ello que el accionante en la audiencia de



juzgamiento de fecha 23.11.20 a **min. 35:48 a 36:27**, manifiesta que compra algunos medicamentos con su propio peculio, afirmación que no fue contradicha por la emplazada.

Siendo esto así, y atendiendo a que tenemos como un hecho no controvertido que la enfermedad que padece el accionante se detectó el 25 de marzo del 2004 y a la fecha de emisión de la presente sentencia han transcurrido aproximadamente 15 años y 10 meses, resulta lógico y razonable concluir que el accionante durante este periodo ha realizado gastos en la compra de algunas medicinas para su tratamiento; razón por la cual este juzgador considera que el monto razonable y estimado por daño emergente la suma de S/ 20,000.00 (VEINTE MIL y 00/100 SOLES).

&. DAÑO MORAL:

VIGÉSIMO QUINTO: Se deja constancia que si bien el accionante como petitorio solicita el daño moral y daño a la persona (ver punto 2.1.2 del petitorio – folios 631), sin embargo, en su fundamentación fáctica solo fundamenta el daño moral (ver folios 655 y 669); por lo tanto, solo nos pronunciaremos por el daño moral.

Estando a la aclaración, tenemos que en lo que se refiere al **daño moral (daño psicológico)** del trabajador, al tratarse de daño extrapatrimonial, inmaterial o moral, no es susceptible de medirse en dinero; sin embargo, se precisa de su valuación económica para procurar algunas satisfacciones que de alguna forma incidan en el valor moral dañado en la esfera psicológica. Al respecto tenemos que, el artículo 1984 del Código Civil, de aplicación también al ámbito de la responsabilidad contractual, en materia de daño moral establece que “...es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.”. Respecto a los criterios atendibles para establecer el monto indemnizatorio del daño moral, tenemos que estos no pueden estar supeditados a una base de cálculo como es el caso del daño biológico y las circunstancias o situaciones a evaluar son diversas y variables, no siendo factible en este caso establecer una indemnización tasada, y con prudencia y razonabilidad se determinará un monto por este tipo de daños; siendo necesario para tal fin tener en cuenta una serie de criterios para su valuación, los cuales se pueden resumir en: a) la magnitud o gravedad del daño producido; b) La calidad del elemento subjetivo que se le atribuye al agresor; c) La situación y características de la víctima; d) Las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso; e) La situación y características del agresor; y f) La vinculación entre víctima y agresor.

VIGÉSIMO SEXTO: En el caso de autos, debe considerarse que el actor a la fecha de la interposición de la demanda tenía 49 años de edad y que viene padeciendo la enfermedad desde el 25.03.2004, hace aproximadamente 15 años, 8 meses y 9 días (hasta el 04.12.2019 – fecha de interposición de demanda), es decir, el actor no sólo adquirió la enfermedad de leucemia meiloide crónica con motivo de la prestación de sus servicios en el centro laboral de la demandada, labores que viene desarrollando desde el 04 de diciembre de 1998 (punto no controvertido) aproximadamente **21 años** (hasta la interposición de demanda); sino que adquirió dicha enfermedad cuando el actor tenía 33 años de edad y teniendo en cuenta la edad del actor, quien a sus **49 años**



de edad ya padece de esta enfermedad profesional incurable, se entiende que, desde el año en que contrajo la enfermedad, ha tenido que afrontar las afecciones derivadas de la leucemia meiloide crónica dentro de su entorno familiar, exponiéndose como una persona que no goza de buena salud, lo que evidentemente genera una aflicción no sólo en el trabajador sino también en su entorno familiar, además de considerar que a la actualidad el actor se encuentra con un dictamen de la ASEGURADORA MAFRE, quien después de haber evaluado al accionante se le ha determinado un grado de invalidez del 77.3%, por lo que se encuentra bajo la cobertura de una invalidez permanente total, correspondiéndole percibir una PENSION VITALICIA equivalente al 70 % del promedio de sus remuneraciones percibidas durante los 12 meses anteriores a la ocurrencia del accidente de trabajo (folios 563 a 564), de donde se infiere que el accionante se encuentra incapacitado para ejercer labores en las que se especializó y ejecutó durante su tiempo de servicios, teniendo en cuenta lo avanzado de su enfermedad al tener un alto grado de incapacidad, además de tener que orientar su ritmo de vida a atender primordialmente su salud; sumado a ello que a folios 570 a 571 obra el INFORME PSICOLOGICO -documento que no ha sido cuestionado por la emplazada-, el cual concluye que el paciente expresa abatimiento, tristeza, desesperación y preocupación a través de la voz, el gesto y la expresión mínima, por otro lado se están presentando déficits neuropsicológicos provocados por la depresión (...). De lo indicado, queda claro que toda persona que padece de limitaciones físicas tiende a sufrir, en tal sentido, este juzgador considera adecuado y razonable otorgarle al actor por daño moral la suma de S/ 400,000.00 (CUATROCIENTOS MIL y 00/100 SOLES).

&. RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde se le cancele los 20 días de descanso al año conforme a la Ley del Tecnólogo Médico, beneficio que no ha gozado y que asciende a la suma de S/ 95,393.33 Soles.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que conforme a la TERCERA DISPOSICION TRANSITORIA, COMPLEMENTARIA Y FINAL de la Ley del Trabajo del Profesional de la Salud Tecnólogo Médico LEY N° 28456 que establece: “Sobre descansos especiales, los profesionales de la salud Tecnólogos Médicos que laboran expuestos a radiaciones y sustancias radiactivas gozarán, además de su período vacacional, de un descanso semestral adicional de diez (10) días, durante el cual no deben exponerse a los riesgos mencionados”.

Asimismo, el artículo 38 del Reglamento de la Ley N° 28456 – aprobado con el DECRETO SUPREMO N° 012-2008-SA, prescribe: “Descanso de personal por medidas de seguridad Los Tecnólogos Médicos que laboran expuestos a radiaciones y sustancias radioactivas reconocidas por el IPEN gozarán, además de su período vacacional, de un descanso semestral de diez (10) días, durante el cual no deberán exponerse a los riesgos mencionados. Dichos descansos no serán acumulables. Es responsabilidad de la Unidad Orgánica, según corresponda, en coordinación con la Oficina de Personal dar cumplimiento a esta disposición.

VIGÉSIMO OCTAVO: Atendiendo a lo expuesto en el considerando precedente y teniendo en consideración que constituye un hecho no controvertido el cargo del actor de Tecnólogo Médico (ver considerando primero) y conforme a lo manifestado por el



Doctor Julio Maticorena Agramonte en la audiencia de juzgamiento de fecha 23 de noviembre del 2020 a **min.17:22 a 18:34**, cuando indica que hay que analizar la exposición que tuvo el trabajador durante su periodo de vida laboral y es un trabajador que por naturaleza realiza labores como la toma de rayos X, ecografías, tomografías y la exposición a las radiaciones ionizantes hace que el trabajador esté incluido dentro del grupo de exposición similar a radiaciones ionizantes (...). Siendo esto así, queda claro que el accionante ostenta el cargo de Tecnólogo Médico y labora en Rayos X; por lo tanto, se encuentra expuesto a radiaciones y sustancias radiactivas; razón por la cual corresponde amparar esta pretensión, debiendo otorgársele los 20 días de descanso al año en merito a las normas indicadas en el considerando precedente, máxime si la emplazada no ha cumplido con acreditar que al accionante ya se le haya reconocido dicho beneficio.

En cuanto, al monto a tener en cuenta a efectos de realizar la liquidación de este beneficio tenemos, que al haber incumplido la entidad emplazada en otorgarle el descanso semestral de diez (10) días (20 días anuales) que por ley le corresponde, se debe tener en cuenta la última remuneración que viene percibiendo el accionante S/ 6,980.00 conforme a la boleta de pago del mes de ABRIL del 2019 y que obra a folios 578.

En cuanto al récord, atendiendo a que el actor ingreso a laborar para la emplazada el 04.12.1998 y a la fecha de emisión interposición de demanda 04.12.2019 (folios 696), hacen un récord de 21 años.

VIGÉSIMO NOVENO: Ahora bien, realizando la operación matemática tenemos:

$S/ 6,980.00 / 30 \text{ días} * 20 \text{ días de descanso al año} =$	S/ 4,653.33 soles	
$S/ 4,653.33 * 21 \text{ años que no gozo el beneficio} =$	97,720.00 soles	
	TOTAL A PAGAR S/	S/ 97,720.00 soles

&. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que se le indemnice por el concepto de daño punitivo por el monto de S/ 700.000.00 Soles.

TRIGÉSIMO: En cuanto a esta pretensión, el accionante la sustenta argumentando en el hecho que la emplazada se haya negado a brindarle todo tipo de auxilio inmediato por el infortunio laboral padecido, pese a conocer y tener la plena seguridad de la enfermedad ocupacional. Al respecto, tenemos que de conformidad con el **V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL** celebrado en la ciudad de Lima el 19 de octubre del 2016 y cuyos acuerdos fueron publicados en el Diario Oficial "El Peruano", edición del cuatro de agosto del 2017; al tratarse el tema III. INDEMNIZACIÓN Y REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LOS CASOS DE DESPIDO FRAUDULENTO Y DESPIDO INCAUSADO, el Pleno acordó por mayoría:

"En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular



simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda." (Subrayado nuestro).

Estando a lo expuesto, se tiene que el DAÑO PUNITIVO conforme al V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios derivado del despido incausado o fraudulento, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, los mismos que están constituidos por los aportes para el Sistema Pensionario al cual estaba afiliado el trabajador. Siendo esto así, la pretensión del accionante deviene en infundada en la medida que esta pretensión (daño punitivo) que solicita deviene de la enfermedad ocupacional que padece, figura muy diferente al daño punitivo desarrollado en el V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, sumados los conceptos amparados en los considerandos precedentes, se obtiene la sumatoria final ascendente a **S/ 517,720.00 (QUINIENTOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS VEINTE y 00/100 SOLES)**, monto, que la emplezada debe cancelar al accionante, así tenemos:

DAÑO MORAL	S/ 400,000.00
DAÑO EMERGENTE	S/ 20,000.00
20 días de descanso al año conforme a la Ley del Tecnólogo Médico.	S/ 97,720.00
TOTAL SOLES S/	S/ 517,720.00

&. PAGO DE INTERESES LEGALES, COSTAS Y COSTOS

TRIGÉSIMO SEGUNDO: De conformidad con el Artículo 31 parte in fine de la LEY N° 29497 establece el pago de los **intereses legales** no requieren ser demandados, por ende, este beneficio debe otorgársele a la actora, conforme al artículo 1° del Decreto Ley N° 25920, el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter laboral, es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. Según lo dispuesto por el artículo 3° de la norma citada, los intereses se devengan a partir del siguiente de aquél en que se produjo el incumplimiento y hasta el día de su pago efectivo, debiendo liquidarse en ejecución de sentencia.

TRIGÉSIMO TERCERO: En cuanto al **PAGO DE COSTAS** Se debe mencionar que no corresponde el reconocimiento de dicho derecho, dado que la entidad demandada se encuentra **exenta**, conforme a lo prescrito en el artículo 413° del Código Procesal Civil,



el cual prescribe que: “*Están exentos de la condena de costas (...) los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales*”. Vale decir, existe una expresa exoneración legal respecto al pago de las Costas procesales a favor de determinadas entidades estatales como es la demandada.

En cuanto al **PAGO DE COSTOS**: De conformidad con el Artículo 31 parte infine de la LEY N° 29497, parte infine, establece el pago de los **Costos** tampoco requieren ser demandados, por ende, este beneficio debe otorgársele a la actora, haciéndose la precisión que dicho concepto se encuentra íntimamente relacionados con los honorarios profesionales, dado que ello se desprende de una lectura ponderada del artículo 411° del Código Procesal Civil, en cuanto prescribe que: “*Son costos del proceso el **honorario del Abogado de la parte vencedora**, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial*”. Asimismo, a la parte accionante le corresponde dicho derecho al ser la ganadora del presente proceso; siendo que la determinación de los Honorarios Profesionales deben obedecer a la estimación razonable del conjunto de factores y parámetros legales y fácticos que lo rodean, tales como la duración, la naturaleza y su complejidad, el importe ordenado a pagar por el órgano jurisdiccional (sumas liquidadas o liquidables), teniéndose muy en cuenta la calidad de la defensa en la estructuración de la teoría del caso y de la forma en que ésta ha sido traducida en las actuaciones procesales, pero también en la calidad de la litigación del abogado en el marco del nuevo proceso laboral. Ahora bien, en el nuevo proceso laboral, también se determina en merito a la calidad de la defensa letrada, es decir, el nuevo proceso laboral tiende a *premiar* el buen desempeño del abogado en la defensa de los intereses de su patrocinado con el objetivo de incentivar las defensas de alta calidad en el nuevo proceso laboral, objetivo que puede alcanzarse asociándolo con una justa y ponderada apreciación de los costos del proceso que son en esencia, los honorarios profesionales del abogado defensor.

En este caso, se observa que: i) La demanda fue presentada el 04.12.2019, empero por el estado de emergencia por el COVID-19 la audiencia de conciliación recién se llevó a cabo el 17.08.2020 y la audiencia de juzgamiento en 4 fechas distintas, esto por fallas en el sistema virtual—retardo no atribuible al juzgado-, ii) En el desarrollo del proceso no se han suscitado circunstancias o articulaciones (cuestiones probatorias, nulidades, excepciones, etc.) que hayan complejizado la controversia y que haya requerido de una labor adicional por parte de la defensa de la actora, iii) En conclusión el Abogado del actor no ha tenido mayor intervención en el desarrollo del presente proceso. En esa coyuntura, los costos del proceso deben ser determinados en la suma de **S/ 2,500.00 (DOS MIL QUINIENTOS Y 00/100 SOLES)**, más el **5%** de este monto para el Colegio de Abogados de Lambayeque, esto es, la suma de **S/ 125.00soles**.

Por estos fundamentos, el **SEGUNDO JUZGADO DE TRABAJO DE CHICLAYO** al amparo de lo que dispone la Constitución Política del Perú; Ley Orgánica del Poder Judicial; Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo y demás normas pertinentes, impartiendo Justicia a nombre de la Nación, **RESUELVE**:



1. **DECLARAR FUNDADA en parte** la demanda interpuesta por [REDACTED] contra el **SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD** sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADO DE ENFERMEDAD OCUPACIONAL**, en consecuencia:
2. **ORDENO** a la emplazada **SEGURO SOCIAL DE SALUD** cumpla con pagar a favor del accionante la suma de **S/ 517,720.00 (QUINIENTOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS VEINTE y 00/100 SOLES)** por los conceptos desarrollados en el considerando trigésimo primero. Sin costas, más intereses legales los que se liquidaran en ejecución de sentencia.
3. **INFUNDADAS** las pretensiones de Lucro cesante y daño punitivo.
4. **FÍJESE** como costos del proceso a favor del accionante en la suma de **S/ 2,500.00 (DOS MIL QUINIENTOS y 00/100 SOLES)**, más el **5%** de este monto para el Colegio de Abogados de Lambayeque, esto es, la suma de **S/ 125.00 soles**.

Consentida o ejecutoriada que sea la presente, **CÚMPLASE** con lo **ORDENADO** y archívese del modo y forma de ley. **NOTIFÍQUESE.-**

Lpderecho.pe