

La aplicación del artículo 12 de la ley N° 26790 en el cálculo de subsidios por incapacidad de los trabajadores pesqueros y la transgresión del derecho a la seguridad social

por Kevin Ronald SEVILLANO ADANAQUE

Fecha de entrega: 25-may-2026 01:29p. m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 2969300765

Nombre del archivo: INFORME_FINAL_-_SEVILLANO_SANTILLAN_1_.pdf (1.88M)

Total de palabras: 42681

Total de caracteres: 236621

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS



UNS
UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SANTA

La aplicación del artículo 12 de la ley N° 26790 en el artículo de subsidios por incapacidad
de los trabajadores pesqueros y la transgresión del derecho a la seguridad social

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

Investigadores

Camila Santillan Morales

CÓDIGO ORCID: 0009-0001-2962-3063

Kevin Ronald Sevillano Adanaqué

CÓDIGO ORCID: 0009-0006-2195-135X

Asesor

Ms. Carlos Grover Huerta Alcántara

CÓDIGO ORCID:

DNI:

HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR

La presente tesis titulada **“LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 26790 EN EL CÁLCULO DE SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD DE LOS TRABAJADORES PESQUEROS Y LA TRANSGRESIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL”** ha sido elaborada según el Reglamento General de Grados y Títulos, publicada el 18 de abril del 2024, por tal motivo, suscribo la presente tesis en mi calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanatural Virtual N° 019-2021-UNS-DFEH, de fecha 10 de marzo de 2021.

Ms. Carlos Grover Huerta Alcántara

CÓDIGO ORCID:

Asesor

DNI:

1
HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO

ACTA DE SUSTENTACIÓN



ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD

Yo, **Carlos Grover Huerta Alcántara** asesor de la investigación de la

Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
Departamento Académico	Derecho y Ciencias Políticas					
Escuela de Posgrado	Maestría:		Doctorado			
Programa:						
De la Universidad Nacional del Santa. Asesor / Unidad de Investigación revisora del trabajo de Investigación titulado:						
“LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 26790 EN EL CÁLCULO DE SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD DE LOS TRABAJADORES PESQUEROS Y LA TRANSGRESIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL”						
De lo estudiantes: Camila Santillán Morales y Kevin Ronald Sevillano Adanaqué						
De la escuela / departamento académico: Derecho y Ciencias Políticas						
Constato que la investigación presentada tiene un porcentaje de similitud del XX% el cual se verifica con el reporte de originalidad de la aplicación Turnitin adjunto. Quién suscribe la presente, declaro el haber analizado dicho reporte y concluyo que las coincidencias detectadas no se conforman como plagio. A mi claro saber y entender, la investigación cumple con las normas de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional del Santa.						
Nuevo Chimbote, XX de Mayo de 2026						
Firma:						
Nombres y Apellidos del Asesor: Carlos Grover Huerta Alcántara						
DNI:						



DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA

Yo, Camila Santillán Morales, estudiante de la facultad de

Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
-----------	----------	--	-----------	---	------------	--

Escuela Profesional:	Derecho y Ciencias Políticas					
----------------------	------------------------------	--	--	--	--	--

Departamento Académico:	Derecho y Ciencias Políticas					
-------------------------	------------------------------	--	--	--	--	--

Escuela de Posgrado	Maestría		Doctorado	
---------------------	----------	--	-----------	--

Programa:

De la Universidad Nacional del Santa; declaro que el trabajo de investigación titulado:

“LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 26790 EN EL CÁLCULO DE SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD DE LOS TRABAJADORES PESQUEROS Y LA TRANSGRESIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL”

presentado en XX folios, para la obtención del Grado académico: ()

Título profesional: (X) Investigación anual: ()

- He citado todas las fuentes empleadas, no he utilizado otra fuente distinta a las declaradas en el presente trabajo.
- Este trabajo de investigación no ha sido presentado con anterioridad ni completa ni parcialmente para la obtención de grado académico o título profesional.
- Comprendo que el trabajo de investigación será público y por lo tanto sujeto a ser revisado electrónicamente para la detección de plagio por el VRIN.
- De encontrarse uso de material intelectual sin el reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinan el proceso disciplinario.

Nuevo Chimbote, xx de mayo de 2026

Firma:

Nombres y Apellidos: Camila Santillán Morales

DNI: 73891449



DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA

Yo, Kevin Ronald Sevillano Adanaqué, estudiante de la facultad de

Facultad:	Ciencias		Educación	X	Ingeniería	
-----------	----------	--	-----------	---	------------	--

Escuela Profesional:	Derecho y Ciencias Políticas					
----------------------	------------------------------	--	--	--	--	--

Departamento Académico:	Derecho y Ciencias Políticas					
-------------------------	------------------------------	--	--	--	--	--

Escuela de Posgrado	Maestría		Doctorado	
---------------------	----------	--	-----------	--

Programa:

De la Universidad Nacional del Santa; declaro que el trabajo de investigación titulado:

“LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 26790 EN EL CÁLCULO DE SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD DE LOS TRABAJADORES PESQUEROS Y LA TRANSGRESIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL”

presentado en XX folios, para la obtención del Grado académico:	()
---	-----

Título profesional:	(X)	Investigación anual:	()
---------------------	-----	----------------------	-----

- He citado todas las fuentes empleadas, no he utilizado otra fuente distinta a las declaradas en el presente trabajo.
- Este trabajo de investigación no ha sido presentado con anterioridad ni completa ni parcialmente para la obtención de grado académico o título profesional.
- Comprendo que el trabajo de investigación será público y por lo tanto sujeto a ser revisado electrónicamente para la detección de plagio por el VRIN.
- De encontrarse uso de material intelectual sin el reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinan el proceso disciplinario.

Nuevo Chimbote, xx de mayo de 2026

Firma:

Nombres y Apellidos: Kevin Ronald Sevillano Adanaqué

RECIBO TURNITIN

VIII

REPORTE PORCENTUAL DE TURNITIN

DEDICATORIA

A nuestra familia, a mis seres queridos y a todos aquellos que contribuyeron con un granito de arena para impulsar el desarrollo de esta tesis. En especial, al perito de peritos CS, quien tuvo la audacia de identificar y proponer la controversia que hoy sustenta esta tesis.

Los autores.

AGRADECIMIENTO

Primero, agradecemos a Dios por darnos sabiduría, fortaleza y perseverancia a lo largo de nuestra etapa universitaria y durante la realización de este trabajo.

A nuestros padres, por su paciencia y compromiso; por su entendimiento, ya que pese ¹ a las dificultades que se presentan en el camino, siguieron apoyándonos.

1 INDICE GENERAL

CARÁTULA.....	1
HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR.....	2
HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO.....	3
ACTA DE SUSTENTACIÓN.....	4
ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD.....	5
DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA.....	6
RECIBO TURNITIN.....	8
REPORTE PORCENTUAL DE TURNITIN.....	9
DEDICATORIA.....	10
AGRADECIMIENTO.....	11
ÍNDICE GENERAL.....	12
RESUMEN.....	14
ABSTRACT.....	15
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	16
1.1. DESCRIPCIÓN Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	21
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	21
2.1.1 Antecedentes internacionales.....	21
2.1.2. Antecedentes nacionales.....	22
2.2. BASES TEÓRICAS.....	24
2.2.1. Naturaleza resarcitoria del subsidio.....	24
2.2.2. Principio pro homine.....	26
2.2.3. Principio de progresividad y no regresividad de la seguridad social.....	29
2.2.4. Teoría de la interpretación sistemática constitucional.....	31
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	35
2.3.1. Aparición de la seguridad social.....	35
2.3.2. El riesgo social y las contingencias.....	38
2.3.3. Los sistemas de reparto y de capitalización.....	40
2.3.4. La seguridad social en el Perú.....	41
2.3.5. Seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR).....	48
2.3.6. Principios de la seguridad social.....	49
2.3.7. Los subsidios por incapacidad temporal.....	62
2.3.8. Los contratos intermitentes en el Perú.....	72
2.3.9. Ley N° 26790.....	91

2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.....	117
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	119
3.1. DE ACUERDO AL ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN.....	119
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	119
3.2.1. Según su aplicabilidad- básica.....	119
3.2.2. Según su profundidad- descriptiva.....	120
3.2.3. De acuerdo a su enfoque- cualitativa.....	120
3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	121
3.3.1. Método de investigación general.....	121
3.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN APLICADOS AL DERECHO.....	122
3.4.1. Método Dogmático.....	122
3.4.2. Método Hermenéutico :.....	122
3.4.3. Método descriptivo.....	123
3.5. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	123
3.6. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	124
3.6.1. Diseño descriptivo simple.....	124
3.7. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	125
3.7.1. Población.....	125
3.7.2. Muestra.....	125
3.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	126
3.9.1. Técnicas.....	126
3.9.2. Instrumentos.....	128
4. TÉCNICAS DE ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	131
4.1. Análisis documental de datos.....	131
4.2. Técnica de corte y clasificación.....	131
CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIONES.....	133
4.1. Resultados.....	133
4.2. Discusión de resultados.....	170
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	189
5.1. CONCLUSIONES.....	189
5.1.1. Conclusión general.....	189
5.1.2. Conclusiones específicas.....	189
5.2. RECOMENDACIONES.....	191
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	192
VII. ANEXOS.....	198

³ **RESUMEN**

La presente investigación tuvo como objetivo determinar si la interpretación del artículo 12 de la Ley N.º 26790 respecto al cálculo de los subsidios por incapacidad temporal de los trabajadores pesqueros sujetos a contrato intermitente debe realizarse en base a los meses efectivamente laborados, ¹ a fin de garantizar el derecho a la seguridad social. La investigación fue de enfoque cualitativo, empleándose métodos jurídicos dogmático, hermenéutico y descriptivo. La problemática surgió debido a que la regulación vigente calcula los subsidios considerando ¹⁰ los últimos doce meses calendario anteriores a la contingencia, sin tomar en cuenta la naturaleza intermitente de la actividad pesquera y los periodos de veda, ocasionando una reducción del monto del subsidio y afectando su finalidad resarcitoria. Se concluyó que el cálculo de los subsidios debe efectuarse considerando únicamente los meses efectivamente laborados, garantizando una protección adecuada del derecho constitucional ²⁰ a la seguridad social.

Palabras clave: meses calendario, subsidios, seguridad social, trabajadores pesqueros.

LOS AUTORES

Camila Santillán Morales Kevin Ronald Sevillano Adanaqué Carlos Grover Huerta Alcántara
DNI: 73891449 DNI: 72672575 DNI:

The purpose of this research was to determine whether the interpretation of Article 12 of Law No. 26790 regarding the calculation of temporary disability subsidies for fishing workers subject to intermittent contracts should be based on the months actually worked, in order to guarantee the right to social security. The research adopted a qualitative approach, applying dogmatic, hermeneutic, and descriptive legal methods. The issue arose because the current regulation calculates subsidies based on the twelve calendar months preceding the contingency, without considering the intermittent nature of fishing activities and closed fishing seasons, resulting in reduced subsidy amounts and affecting the compensatory purpose of this economic benefit. It was concluded that the calculation of subsidies should be carried out considering only the months actually worked, thereby guaranteeing adequate protection of the constitutional right to social security.

Keywords: calendar months, subsidies, social security, fishing workers.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A efectos de explicar la problemática en la que se basa la presente investigación, es importante empezar señalando que, el subsidio es la suma en dinero al que tiene derecho que se le otorgue al asegurado regular que se encuentre activo, que ha sufrido un accidente y que como consecuencia de ello, se encuentre en periodo de incapacidad; es decir, al trabajador ² que a la fecha de la ocurrencia de la contingencia mantenga una ¹⁰ relación laboral; así como a la fecha del inicio del período de incapacidad y mientras dure el tiempo materia de subsidio, con la finalidad de resarcir el detrimento de carácter económico producto de la incapacidad para desempeñar sus labores en virtud al desmedro o deterioro en su salud.

Ahora, tenemos claro que el subsidio es un pago que se realiza al trabajador que se encuentra en un período de incapacidad y que tiene naturaleza resarcitoria, a efectos de la satisfacción de sus necesidades y la de su familia durante el tiempo que dure su incapacidad y deje de percibir sus ingresos, pero, cabe preguntarse: ¿Cómo se encuentra regulado ⁶ en nuestro ordenamiento jurídico este concepto?, a efectos de responder la interrogante, tenemos ³ que la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud N° 26790, en su Artículo 12 inciso a.2) de ⁸ modificada por la Ley N° 28791, regulado ¹ en el artículo 1° se señala:

El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia. Si el total de los meses de

afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado.

En virtud a ello, se corrobora que el ordenamiento jurídico vigente reconoce ¹ el derecho del trabajador al subsidio y la forma en que se realiza el cálculo del mismo, en el que se indica que para calcular el monto que le corresponde al trabajador por concepto de subsidios por incapacidad, este se realiza ²⁸ en base al promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses calendarios. Este modo de regular y aplicar los subsidios, se le aplica en el supuesto general, es decir en el supuesto que se trate ⁶ de un contrato de naturaleza indeterminada; sin embargo, es de conocimiento público que los trabajadores pertenecientes al régimen pesquero como tales, tienen periodos de intermitencia, puesto que su trabajo no es de forma continuada. Esto es así debido a los periodos de veda en las que se suspende oficialmente la pesca, y es por eso que la mayoría de los trabajadores pesqueros, se encuentran sujetos a contratos modales de intermitencia, en este contrato el trabajador cubre las necesidades de una empresa que, si bien sus labores por su naturaleza son permanentes, estas no son continuas en el tiempo.

Respecto a los anteriormente señalado, la remuneración que perciben los trabajadores del régimen pesquero, es el resultado del cálculo de la sumatoria de la remuneración más los beneficios compensatorios y sociales que le corresponden (gratificación y CTS) y dichos beneficios sociales se calculan en base al tiempo realmente laborado. Es decir, la remuneración de los trabajadores de este sector es solo por los periodos efectivamente laborados, entonces si ³ el Artículo 12° de la Ley N° 26790, en su Artículo 12 inciso a.2) de modificada por la Ley N° 28791, señala que el cálculo se

haga en base ³ al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, al hacer el cálculo del monto a otorgar por concepto de subsidios a los trabajadores de este sector, hay meses en el que para el cálculo del promedio diario se consideraría S/0 soles por no haber percibido remuneración durante dicho mes, por cuanto se encuentra en periodo de veda y por la naturaleza de su contratación (contratos intermitentes), resultando que el monto a otorgar por los subsidios es irrisorio.

Entonces, si el trabajador del régimen pesquero con contrato de naturaleza intermitente tiene periodos de ⁷ suspensión de sus actividades laborales por el periodo de veda y los beneficios sociales se calculan en base al tiempo de labores efectivamente realizados, por qué razón la forma del cálculo de los subsidios se realiza teniendo como base a los doce meses calendarios, si tomamos en cuenta que, ¹⁶ la finalidad de la institución jurídica de los subsidios es indemnizatoria, y tiene por objetivo reemplazar los ingresos que el trabajador deja de recibir por algún accidente de trabajo o enfermedad común adquirida durante la prestación de sus servicios.

La aplicación estricta ¹² del artículo 12° de la Ley N° 26790, para los trabajadores del régimen pesquero que se encuentren sujetos a un contrato de intermitencia, le genera un detrimento de naturaleza económica y ¹⁵ vulnera su Derecho a la Seguridad Social, en virtud a que, al realizar el cálculo basado en los meses calendarios conforme lo establecido en la normatividad vigente, el monto promediado de subsidios daría una cantidad inferior, cuando al estar un trabajador del régimen pesquero sujeto a contrato de intermitencia, corresponde realizar el cálculo en base a los meses efectivamente prestados, ya que el período en el que existe suspensión de sus labores

no percibe ninguna remuneración; similar a la forma de determinar el total de beneficios sociales ³⁰ que le corresponde al trabajador sujeto al mismo régimen laboral del ³⁰ que se da cuenta a lo largo de la presente descripción; es decir, solo teniendo en consideración los servicios efectivamente prestados.

En esa misma línea de investigación, se planteó el siguiente problema: ¿De qué manera la interpretación ¹ del artículo 12° de la Ley N° 26790 para el cálculo de los subsidios por ¹² incapacidad temporal de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes transgrede el derecho a la seguridad social?

Asimismo, se tuvo ⁴ como objetivo general: ⁴ La interpretación del artículo 12 de la Ley N.° 26790 ⁴ que considera para el cálculo de los subsidios por incapacidad temporal los doce meses calendario anteriores a la contingencia transgrede ²⁴ el derecho a la seguridad social de los trabajadores pesqueros ²⁴ sujetos a contratos intermitentes, debido a que incorpora períodos sin percepción efectiva de remuneraciones y reduce el monto de la prestación económica y desglosando como objetivos específicos: Describir la naturaleza jurídica ⁴ de los contratos intermitentes de los trabajadores del sector pesquero y su regulación en la normativa vigente; analizar haciendo uso de la doctrina, el sentido y alcance de los subsidios y el ¹¹ derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú y su relevancia en el cálculo de los subsidios por incapacidad y Proponer ⁴ que la interpretación del artículo 12 de la Ley N° 26790 se realice en el sentido que para realizar el cálculo de los subsidios por incapacidad en los trabajadores del sector pesquero con contrato intermitente se realice en base a los meses efectivamente laborados.

Se tuvo como hipótesis la siguiente: La interpretación ⁴ del artículo 12 de la Ley N° 26790 que considera para ⁴ el cálculo de los subsidios por incapacidad temporal ¹³ los doce meses calendario ⁹ anteriores a la contingencia transgrede el derecho a la seguridad social de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes, al incorporar periodos sin remuneración efectiva y reducir injustificadamente el monto de la prestación económica.

Finalmente, se realizó la presente investigación justificada, en la práctica, en primer lugar, porque el resultado de lo investigado en el presente, posibilitará a los magistrados adecuar ¹⁴ la aplicación de los criterios y su interpretación, teniendo como ¹⁸ parámetro a la Constitución Política del Perú, y los principios, Derechos y garantías ²⁵ que en su contenido se esbozan; partiendo de que, la defensa de la persona y el respeto por su dignidad son el fin supremo del Estado; segundo, de manera indirecta este estudio contribuye a mejorar las decisiones en las sentencias de carácter laboral, expedidas en las judicaturas del Santa, referente a la forma del cálculo para otorgar los subsidios por incapacidad del trabajador en virtud a los meses en las que efectivamente se prestó servicios por parte del trabajador pesquero que cuente con un contrato de naturaleza de intermitencia, permitiendo al *A quo* o *Ad quem* realizar una fundamentación y motivación basándose en la doctrina y haciendo una interpretación sistemática para resolver las causas.

Asimismo, la justificación social radica en la prevención de continuar el detrimento de carácter económico y social de los trabajadores que en un periodo de incapacidad dejan de percibir la remuneración con la que contaban cuando realizaban sus actividades laborales, en el sentido que, las resoluciones judiciales, en este caso, es

decir ¹ en las sentencias en materia laboral respecto al pago de subsidios para los trabajadores pesqueros sujetos a contratos modales de intermitencia expedidas por los jueces de nuestro Distrito Judicial, al realizar el cálculo conforme a la normatividad vigente, ocasiona a los trabajadores un perjuicio de tal forma que el monto de subsidios otorgados, es un monto inferior, esto en virtud a que realizan ¹¹ una interpretación errónea y no sistemática de las normas en el ámbito laboral, por lo que la presente investigación coadyuvaría a través de recomendaciones a que los magistrados apliquen e interpreten ¹⁶ el artículo 12° de la Ley N° 26790, tomando en cuenta el Derecho ⁶ a la Seguridad Social de los trabajadores del sector pesqueros y sus familias, y se realice ¹¹ el cálculo de los subsidios en base a los meses efectivamente laborados, por los motivos que se expondrán a lo largo de la presente investigación y que giran en torno a garantizar el ¹⁰ Derecho a la Seguridad Social anteriormente señalado. Asimismo, se cumpliría con la finalidad de los subsidios, que por su naturaleza son resarcitorias, y que teniendo en cuenta su propósito reemplaza ³³ los ingresos dejados de percibir por algún detrimento en su estado de salud, por lo que tendría que satisfacer las necesidades del trabajador y su familia.

⁴⁰

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1 Antecedentes internacionales

- La autora Cornejo (2009) en su tesis titulada: “Evolución del sistema de subsidios por incapacidad en Chile con especial énfasis en el sistema de licencias medidas”, “trabajo para obtener el grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales, describe los fundamentos para la obtención al derecho a cobro de los subsidios por incapacidad laboral. Indica que estos requisitos legales son copulativos, por lo

que para accionar el derecho se debe tener “06 meses de afiliado; como mínimo, y 03 meses de aportes comprendidos dentro de lo referido; es decir, seis meses” anteriores en que se emitió la licencia médica, caso contrario, en los trabajadores independientes no basta solo con estos requisitos, sino también, debe probarse fehacientemente que el trabajador independiente haya acreditado realizar actividades o labores que le genere ingresos, de allí que la naturaleza del subsidio sea la de reemplazar la renta que se dejó de percibir debido a una enfermedad.

- El autor Jaramillo (2013), en su tesis titulada: “La estabilidad laboral del trabajador incapacitado temporalmente”, “trabajo para obtener el grado de aspirante a magíster en derecho del trabajo”, nos muestra qué se entiende por incapacidad laboral, entendiéndola debido a que, por la salud del trabajador, este se encuentra impedido de realizar las actividades para la cual fue contratado, debido a una enfermedad o accidente, cuyo origen puede ser común o también profesional. Posee un elemento que la delimita y es la temporalidad, puede resultar temporal o permanente, es decir, según su duración. En conclusión, al trabajador le corresponde el derecho a percibir prestación de carácter económico y asistencial, siendo que el primero de ellos tiene por fin suplir la remuneración que está impedido de percibir el trabajador, y el segundo de ellos cubre todas las asistencias médicas necesarias para la recuperación del trabajador.
- El autor Lafuente (2016), en su tesis titulada: “La incapacidad temporal en el régimen general de la seguridad social”, “trabajo para obtener el grado académico de Doctor en derecho, explica que la causa generadora de la incapacidad temporal”, en tanto la distinción de gozar de una mejorada atención económica,

proviene de una contingencia relacionada a la actividad laboral. El sistema de valoración de la incapacidad temporal, surge producto del avance natural del sistema de seguridad social, debido a que son diversas contingencias las que lo originan. Razón por la cual, hacer tratamientos diferentes por el legislador no vulnera preceptos constitucionales, debido a que ocasionan contingencias diferentes.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Las autoras Rodríguez Reyes C. y Rodríguez Reyes S. (2018) , en su tesis titulada “Subsidio por incapacidad temporal no tramitado del personal de ESSALUD y su repercusión económica en la red asistencial Lambayeque”, “trabajo para obtener el grado maestra en gestión pública, nos manifiesta que el empleador está impedido de suspender el pago de la remuneración a sus trabajadores, en atención de que Essalud, como empleador, y como entidad que va asumir con posterioridad el pago de subsidios, debería proporcionar el pago promediando los 20 primeros días no trabajados, y es a partir del vigésimo primer día de ocurrido el accidente, que la prestación económica es asumida también por” Essalud, en atención al derecho de los trabajadores derivado de su aporte mensual.

- La autora Tejada (2018) en su tesis titulada: “Alcances y deficiencias sobre la regulación de la extinción automática del contrato de trabajo por invalidez absoluta permanente en el ordenamiento peruano”, para obtener el grado académico de magíster en derecho de la empresa, nos explica que la condición de inválido, según la ley de la materia, se adquiere una vez transcurrido el plazo máximo de periodos por subsidios, por tanto, según lo regulado para el contrato

de trabajo, la invalidez absoluta permanente no extingue de forma automática el vínculo laboral que subyace del contrato de trabajo.

- Las autoras Rodríguez y Sabana (2021) en su tesis titulada: “Transgresión de la Ley N° 26790 sobre plazo prescriptivo del subsidio por incapacidad temporal en el régimen pesquero por las sentencias laborales del distrito judicial del santa”, trabajo ³ para lograr el título profesional de abogado, precisan ⁸ que en plazo para que opere la prescripción para el pago de subsidios es de 6 meses, según la Ley N° 26790 , y no de 4 años según la Ley N° 27321 y como vienen aplicando los jueces del distrito judicial del santa. La relación jurídica entre trabajador y empleador, no da nacimiento al pago de subsidios, sino solo al ¹¹ pago de beneficios sociales. Lo que origina el pago de subsidios es la ocurrencia de un evento que produce el impedimento al trabajador y cuya naturaleza jurídica busca compensar en forma dineraria los días en que el trabajador se ve imposibilitado de realizar actividad remunerada.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. Naturaleza resarcitoria del subsidio

¹ El subsidio por incapacidad temporal constituye una prestación económica propia del sistema de seguridad social, cuya finalidad principal es compensar o reemplazar ² los ingresos que el trabajador deja de percibir como consecuencia de una contingencia que afecta temporalmente su capacidad laboral. En ese sentido, su naturaleza jurídica es eminentemente resarcitoria, debido a que busca reparar el detrimento económico producido por la

imposibilidad del trabajador de continuar realizando sus labores habituales mientras dure su incapacidad.

¹ La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud – Ley N.º 26790 – reconoce esta finalidad protectora al establecer ¹ que el subsidio por incapacidad temporal es una prestación económica otorgada al trabajador asegurado que se encuentra imposibilitado de laborar debido al deterioro de su salud. Asimismo, el ¹³ Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-97-SA, señala expresamente que el subsidio se otorga “con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad, derivadas de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud”.

³ De esta manera, la finalidad del subsidio no es otorgar un beneficio arbitrario o asistencialista, sino sustituir temporalmente la remuneración dejada de percibir por el trabajador incapacitado. Por ello, la doctrina sostiene que el subsidio forma parte de la acción protectora de ¹⁰ la seguridad social frente a contingencias que disminuyen o suspenden la capacidad productiva de la persona trabajadora.

En el mismo sentido, la incapacidad temporal constituye una contingencia protegida por la seguridad social, cuya finalidad es compensar económicamente al trabajador durante el período en que no puede desarrollar actividades remuneradas debido a una afectación en su salud.

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que el subsidio por incapacidad temporal tiene una finalidad resarcitoria y protectora, en tanto busca cubrir ¹⁰ las pérdidas económicas derivadas de la incapacidad laboral ocasionada por una contingencia de salud.

Por ende, la naturaleza resarcitoria del subsidio adquiere especial relevancia ¹ en el caso de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes. Ello se debe a que las características propias de la actividad pesquera determinan la existencia de períodos de suspensión de labores ocasionados por la veda, durante los cuales el trabajador no percibe remuneración alguna. En consecuencia, si para calcular el subsidio se consideran meses calendario completos donde no existió prestación efectiva de servicios ni percepción remunerativa, el monto final del subsidio se reduce considerablemente, desnaturalizando su finalidad compensatoria.

En efecto, ¹⁵ aplicar de manera estricta el artículo 12 de la Ley N.º 26790 considerando los doce meses calendario anteriores a la contingencia implica incorporar períodos donde el trabajador no generó ingresos debido a la propia naturaleza intermitente de la actividad pesquera. Como resultado, el subsidio termina siendo calculado sobre bases económicas irreales, produciendo una protección insuficiente frente a la contingencia sufrida.

Desde una interpretación sistemática y constitucional ¹³ del derecho a la seguridad social, resulta razonable sostener que el cálculo del subsidio para trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes debe realizarse

considerando únicamente los meses efectivamente laborados. Solo de esa manera el subsidio cumple verdaderamente su función resarcitoria, sustituyendo los ingresos reales dejados de percibir por el trabajador durante el periodo de incapacidad.

2.2.2. Principio pro homine

El principio pro homine, también denominado principio pro persona, constituye uno de los criterios hermenéuticos más importantes dentro del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Su finalidad consiste en garantizar la máxima protección posible ² de los derechos fundamentales de la persona humana, exigiendo que, frente a diversas interpretaciones de una norma, se prefiera aquella que favorezca de manera más amplia el ejercicio y protección de tales derechos.

Este principio tiene sustento en diversos instrumentos ⁵ internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia constitucional y supranacional, constituyéndose en un parámetro obligatorio de interpretación para los órganos jurisdiccionales y administrativos. La doctrina sostiene que el principio pro homine obliga a realizar interpretaciones extensivas cuando se trata del reconocimiento de derechos y restrictivas cuando se trate de limitarlos o restringirlos.

En el ordenamiento jurídico peruano, ⁶ el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente la aplicación del principio pro homine ³⁵ en materia de derechos fundamentales, especialmente en los ámbitos laboral y de

seguridad social. Así, ha señalado que dicho principio impone la obligación de optar por la interpretación que otorgue una protección más efectiva y favorable a la persona humana.

⁸ En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en materia pensionaria y de seguridad social, debe procurarse la obtención del mayor beneficio posible para el asegurado, atendiendo precisamente al principio pro homine y ⁵ a la naturaleza protectora de los derechos sociales.

Asimismo, la Corte Suprema y la doctrina laboral peruana han vinculado este principio ⁶ con el principio de favorabilidad e in dubio pro operario, estableciendo que, cuando exista duda respecto al sentido y alcance de una norma laboral o de seguridad social, debe prevalecer la interpretación más beneficiosa para el trabajador.

En el ámbito de la seguridad social, el principio pro homine adquiere especial relevancia debido a que este derecho tiene naturaleza fundamental y se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, la subsistencia y la protección frente a contingencias sociales. En consecuencia, toda interpretación normativa debe orientarse a garantizar una tutela efectiva y suficiente de los trabajadores asegurados.

Aplicando este principio al caso de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes, podemos advertir que existen dos posibles interpretaciones respecto ⁸ del artículo 12 de la Ley N.º 26790:

1. Una interpretación literal, consistente en calcular el subsidio considerando los últimos doce meses calendario anteriores a la contingencia, incluyendo periodos de veda donde el trabajador no percibió remuneración.
2. Una interpretación sistemática y constitucional, consistente en calcular el subsidio únicamente sobre los meses efectivamente laborados, considerando la naturaleza intermitente de la actividad pesquera.

Frente a ello, el principio pro homine obliga a preferir la segunda interpretación, debido a que resulta más favorable para la protección del derecho a la seguridad social y permite garantizar la finalidad resarcitoria del subsidio por incapacidad temporal. Interpretar la norma tomando en consideración meses donde no existió actividad laboral ni percepción remunerativa genera una reducción injustificada del subsidio y vacía de contenido la protección económica que busca brindar el sistema de seguridad social.

2.2.3. Principio de progresividad y no regresividad de la seguridad social

El principio de progresividad y no regresividad constituye uno de los pilares fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social. Este principio implica que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas orientadas al desarrollo progresivo y constante de la protección de tales derechos,

evitando disposiciones o interpretaciones que disminuyan injustificadamente el nivel de tutela previamente alcanzado.

En el ámbito internacional, el principio de progresividad encuentra en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales establecen el deber de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales mediante medidas legislativas y administrativas adecuadas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el desarrollo progresivo de los derechos sociales supone un deber correlativo de no regresividad, entendido como la prohibición de adoptar medidas que impliquen un retroceso injustificado en el nivel de protección alcanzado respecto de derechos como la seguridad social y las pensiones.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el principio de progresividad y no regresividad obliga al Estado a mejorar gradualmente las condiciones de satisfacción de los derechos sociales, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y conforme al modelo de Estado Constitucional y Social de Derecho.

En materia de seguridad social, la progresividad implica que las prestaciones económicas y de salud deben interpretarse de forma expansiva y favorable a la protección de la persona humana, garantizando una cobertura adecuada

frente a contingencias que afecten la capacidad laboral y el nivel de vida del trabajador.

En esa misma línea, la doctrina sostiene que la prohibición de regresividad actúa como un límite frente a interpretaciones o medidas que restrinjan derechos sociales previamente reconocidos o disminuyan injustificadamente los beneficios otorgados por el sistema de seguridad social.

Aplicando este principio al caso de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes, se advierte ⁸ que la interpretación estrictamente literal del artículo 12 de la Ley N.º 26790 genera una afectación al ⁹ derecho a la seguridad social, debido a que el cálculo del subsidio por incapacidad temporal considera períodos de veda donde el trabajador no percibió remuneración alguna. Como consecuencia, el promedio remunerativo disminuye artificialmente y el subsidio otorgado resulta insuficiente para cumplir su finalidad resarcitoria.

En efecto, incluir dentro del cálculo meses donde no existió prestación efectiva de servicios ni percepción de ingresos ocasiona una disminución real de ³⁷ la protección económica brindada por el sistema de seguridad social, configurándose una interpretación regresiva del derecho social reconocido en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú.

Debe tenerse presente que los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes poseen una realidad laboral especial derivada de la naturaleza discontinua de la actividad pesquera y de los períodos de veda establecidos

por el Estado. Por ello, interpretar el artículo 12 de la Ley N.º 26790 sin considerar dicha particularidad implica aplicar una regla aparentemente igualitaria que, en la práctica, produce una situación de desigualdad material y una protección deficiente frente a la contingencia de incapacidad temporal.

2.2.4. Teoría de la interpretación sistemática constitucional

Esta teoría sostiene que las normas jurídicas no deben interpretarse de manera aislada o exclusivamente literal, sino en armonía con el conjunto del ordenamiento jurídico, especialmente con los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución Política.

La interpretación sistemática parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico constituye un sistema unitario y coherente, en el cual las normas se encuentran interrelacionadas entre sí. Por ello, el sentido y alcance de una disposición legal no puede determinarse únicamente mediante el análisis gramatical de su texto, sino atendiendo también a su compatibilidad con la Constitución y con los derechos fundamentales reconocidos en ella.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que las normas constitucionales no pueden ser entendidas como disposiciones aisladas, sino como parte de una estructura integral y armónica orientada a la protección de la persona humana y la realización del Estado Social y Democrático de Derecho.

La doctrina constitucional sostiene que la interpretación sistemática exige analizar cada norma jurídica en relación ⁵ con:

- los principios constitucionales,
- los derechos fundamentales,
- la finalidad ^{de} la norma,
- y ^{la} coherencia del sistema jurídico en su conjunto.

Por ello, este método interpretativo supera el formalismo jurídico tradicional y otorga prevalencia a los valores constitucionales sobre interpretaciones meramente literales o restrictivas.

⁵ Asimismo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado diversos principios ^{de} interpretación constitucional vinculados a esta teoría, entre ellos; el principio ⁵ de unidad de la Constitución, concordancia práctica, fuerza normativa de la Constitución, función integradora, y ¹⁷ el principio pro homine.

Particularmente, el principio de unidad ^{de la} Constitución implica que todas las normas del ordenamiento jurídico deben interpretarse de forma compatible con la Constitución, evitando contradicciones que afecten derechos fundamentales. Del mismo modo, ⁵ el principio de concordancia práctica exige ⁵ armonizar los bienes y derechos constitucionales involucrados, evitando interpretaciones ^{que} vacíen de contenido alguno de ellos.

En materia de derechos sociales, la interpretación sistemática constitucional adquiere especial relevancia debido a que estos derechos poseen una dimensión protectora vinculada a la dignidad humana y al principio de Estado Social. En consecuencia, las normas relacionadas con seguridad social, salud y prestaciones económicas deben interpretarse de manera compatible con la finalidad protectora que la Constitución reconoce a dichos derechos.

¹⁶ El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que el derecho a la seguridad social posee protección constitucional y debe garantizarse de manera efectiva frente a contingencias que afecten la subsistencia y ⁵ calidad de vida de las personas.

Aplicando esta teoría al caso de la presente investigación, se advierte ⁸ que el artículo 12 de la Ley N.º 26790 no puede interpretarse únicamente desde una perspectiva literal, es decir, limitándose a considerar ³⁰ el promedio de remuneraciones de los últimos doce meses calendario anteriores a la contingencia. Ello debido a que una interpretación estrictamente gramatical desconoce la naturaleza especial de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes.

En efecto, la actividad pesquera se caracteriza por la existencia de períodos de veda donde el trabajador no presta servicios ni percibe remuneración, situación que deriva de la propia naturaleza jurídica de la contratación intermitente. Por ello, si dentro del cálculo del subsidio se incluyen meses

donde no existió actividad laboral efectiva, el promedio remunerativo disminuye artificialmente y el subsidio otorgado resulta insuficiente para cumplir su finalidad resarcitoria.

Desde una interpretación sistemática constitucional, el artículo 12 de la Ley N.º 26790 debe analizarse conjuntamente con; el artículo 10 de la Constitución Política del Perú, los principios de protección de la seguridad social, el principio pro homine, el principio protector del Derecho Laboral y la finalidad resarcitoria del subsidio por incapacidad temporal.

Bajo esa perspectiva, la interpretación más compatible con la Constitución es aquella que permite garantizar efectivamente el derecho a la seguridad social del trabajador pesquero incapacitado, realizando el cálculo del subsidio en base únicamente a los meses efectivamente laborados.

De lo contrario, la aplicación rígida y literal de la norma produciría una afectación desproporcionada al derecho a la seguridad social, debido a que el trabajador recibiría una prestación económica reducida que no reemplaza adecuadamente los ingresos dejados de percibir durante su incapacidad temporal.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. Aparición de la seguridad social

a. Sistema soviético

En el año 1917, se realizaron las primeras incorporaciones de decretos que instauraba un conjunto de seguros sociales, las cuales buscaban proteger a

toda la población frente a riesgos de enfermedad, maternidad, viudez, vejez, orfandad y desempleo. Es para el año 1937 que ya se había limitado de forma precisa los caracteres de la seguridad social.

En primer lugar, la seguridad social es conceptualizada como un sistema integral para toda la población, con la finalidad de hacer frente a riesgos sociales, también que la seguridad social forma parte del plan económico y social que rige al país, y por último, que son los seguros sociales los que otorgan prestaciones económicas a los trabajadores, teniendo como base su remuneración, es decir, a cada uno según su capacidad y según su trabajo.

b. Seguridad social en estados unidos

En el año 1935 se crea la Ley de seguridad social, la cual fue creada para eliminar la miseria, y tenía como objetivos; establecer medidas contra la desocupación, estableciendo subsidios a los Estados Federales, para que estos sean transferidos a los trabajadores desempleados; por otro lado, se buscaba instaurar una política de asistencia para que beneficie a las personas que tenían menos ingresos, cuya prioridad eran ancianos, viudos y personas indigentes. También se establecía un seguro de vejez y de muerte para todos los asalariados.

c. Seguridad social en nueva zelanda

La ley de 1938 se fundamenta en dos ideas básicas, según Anacleto (2010): “(...) traslada el centro de atención del trabajador a toda la sociedad, cumpliendo, para ello el concepto de asistencia pública.” (p.57)

Y la segunda era de que todas las personas gozaban de una subvención alimentaria que cada persona podía accionar si sus ingresos disminuían.

d. Informe beveridge en inglaterra

Sir William Beveridge tuvo la misión de emprender un estudio sobre los sistemas existentes de seguro social y afines, con la finalidad de formular recomendaciones. Fue entonces que el 20 de noviembre de 1942 publicó su informe llamado, seguridad social y servicios afines. En este plan, Beveridge establecía un conjunto de presupuestos, métodos y principios.

Dentro de los presupuestos establecía que se debían otorgar asignaciones para los niños hasta los 15 años de edad, y hasta los 16 si seguían estudiando. También servicios de salud y rehabilitación, continuidad de empleo para erradicar el desempleo de forma masiva.

Además, con los métodos estableció un seguro social para las necesidades básicas, asistencia de carácter nacional para casos especiales y un seguro voluntario para la mejora de los beneficios básicos.

Por otro lado, como principio indicó que debía regirse una tasa igual de beneficios, cualquiera sea el monto de las remuneraciones, haciendo la excepción en casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. También una tasa de contribuciones igualitaria. Propugnaba la creación de un ministerio de la seguridad social, con el objetivo de unificar la responsabilidad administrativa. Y siendo el más destacado, un seguro único para todas las personas, sin importar su trabajo o ingresos.

Este plan de Beveridge estableció las bases de la seguridad social, sobre todo en los países europeos, que, junto con la llegada de la industrialización, consideraron ¹³ a la seguridad social como un derecho económico y social.

e. Plan francés de la seguridad social

Este plan fue expuesto por Pierre Laroque, el cual proponía que se debía extender la protección contra los riesgos sociales a toda la población, dotándola de un carácter universal. Y, por otro lado, confiar la gestión de la seguridad social a un único ente, lo que se puede asemejar al principio de unidad. Es necesario mencionar que la Constitución de 1958, ³³ en lo que respecta a la seguridad social, hace mención de que la nación aseguraba al individuo y a las familias las condiciones necesarias para su desarrollo, y para aquellos que se encuentren en incapacidad de trabajar, tienen el derecho de obtener de la colectividad los medios necesarios para su existencia.

2.3.2. El riesgo social y las contingencias

a. El riesgo social

Podetti (1997) nos explica que cuando ciertos eventos son catalogados como sociales, obtienen esta calificación porque es la sociedad quien asume su protección, de ahí que en estas situaciones confluyen ⁹ dos factores, uno de carácter valorativo y otro de factibilidad. En cuanto al primero, hace referencia a la aspiración de las personas de recibir tutela, sin importar que hecho origine la contingencia. En virtud del segundo, se sostiene que mientras un país es más pobre, y por ende, mayor necesidad de apoyarse de un sistema de seguridad social, más difícil resulta establecerlo.

Por otro lado, podemos concluir entonces, que el riesgo es la contingencia, o dicho de otro modo, la proximidad de un daño.

b. Las contingencias sociales

Las contingencias, se sustentan en razón de que la vida del hombre, como un ser social que interactúa con su medio, así como también en el ámbito espiritual, existen circunstancias que son capaces de afectar su existencia. Estas contingencias pueden disminuir o eliminar las posibilidades de vida de una persona.

Las contingencias sociales, según Anacleto (2012) tienen 3 características, la primera es su individualidad, en relación a cada persona, la segunda es la personalidad, puesto que afectan a las personas sujetas a ellas, mas no afectan su patrimonio, y por último, su naturaleza económica, en el sentido que generan una reducción de los recursos económicos que percibe la persona antes de que sucede la contingencia.

Es en ese sentido, que se configura una contingencia social, que origina la protección de la seguridad social, cuando el efecto de este suceso, afecta el nivel de vida de la persona o sus miembros, en tanto se ven disminuidos sus ingresos. Por ende, una vez que se hayan verificado los eventos y que como consecuencia creen una situación de necesidad, que incide directamente de forma desfavorable, en el nivel de vida de las personas, esta debe ser soportada por la seguridad social.

Por otro lado, Vázquez (1982) sostiene:

Las contingencias sociales son eventos que dan lugar a específicos estados de necesidad, frente a los cuales el instrumento político, también específico, es la seguridad social. Entre ambas hay una relación de antecedente a consecuente, ya que, a modo de una primera aproximación, la seguridad social, como lo ha explicado Alonso de Olea, es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre que exista la presencia de riesgo, y una situación corregible y quizás evitable de siniestro. (p.527)

También, hemos de advertir que las contingencias sociales también reúnen dos factores, uno de carácter valorativo, en el sentido de que las personas aspiran la protección del evento que cause la contingencia, y la conciencia social sea quien otorgue dicho amparo. En cuanto al segundo factor, que es de factibilidad, en virtud del cual se establece la evolución de la seguridad social, como la tendencia de otorgar una integralidad de la protección.

2.3.3. Los sistemas de reparto y de capitalización

a. Sistema de reparto

Este sistema se sustenta, entre otros, principalmente en el principio de solidaridad, debido a que el ser humano, al vivir en sociedad y ser un ser social, no puede aislarse de ella, puesto que lo une un pacto social, que en el caso de la seguridad social representa una solidaridad intergeneracional. En este sentido, el sistema de reparto tiene la premisa de que las aportaciones de los trabajadores activos, sirven como sustento para aquellos trabajadores inactivos, lo que genera una cadena socioeconómica interminable, ya que son los trabajadores activos quienes están en mejor posición de asumir esta

carga. Al realizar las aportaciones, el aportante adquiere un derecho de carácter expectatio para recibir los beneficios, una vez ocurra algún riesgo social. Concluimos entonces, que el sistema de reparto descansa en la premisa de que grupos cada vez más mayoritarios sigan aportando, lo que hace que se sustenten las prestaciones de aquellos cuya actividad laboral se ha visto interrumpida.

b. Sistema de capitalización

Este sistema es lo opuesto al sistema de reparto, ya que las aportaciones que se realizan no se derivan en un fondo común, sino en un fondo individual a cada aportante, la cual será repartida cuando ocurra un riesgo social. Por otro lado, al extinguirse el fondo de aportaciones, también se extingue el derecho beneficio, situación que se considera una desventaja de este sistema, ya que podría colocar en la indefensión absoluta al terminarse los fondos aportados.

Cada aportante, tiene una Cuenta Individual de Capitalización, la cual se incrementa mes a mes con las aportaciones y con la rentabilidad que ofrece el sistema, solo por mandato expreso se podrá disponer de dichos aportes, pero hasta entonces, solo se podrá observar cómo los fondos incrementan o disminuyen, dependiendo también de las condiciones del mercado en el que son invertidos.

Gómez (2012) destaca como principal característica de este sistema que cada persona aporta para sí las cotizaciones sociales de carácter previsional, por lo que es ella quien asume el riesgo y los futuros beneficios hasta que

ocurra el otorgamiento del derecho. Por otro lado, en este sistema, no opera el principio de solidaridad, puesto que el fondo funciona *per cápita* por cada asegurado.

⁹ 2.3.4. La seguridad social en el Perú

Partamos de que ²⁴ la seguridad social es un derecho humano reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo texto dice:

Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

En el pacto internacional de derecho económicos, sociales y culturales, adoptado por la Naciones Unidas en 1966, en su artículo 9, dice:

Artículo 9: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

⁶ La declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1969, en su artículo 11, nos explica:

⁹ Artículo 11: (a) La provisión de sistemas amplios de seguridad social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de

sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad, invalidez o vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida a estas personas, a sus familias y a quienes estén a su cargo.

También podemos encontrarlo en el Convenio N° 102 de la OIT, el cual abarca 1) ⁹ asistencia médica; 2) prestaciones monetarias de enfermedad; 3) prestaciones de desempleo; 4) prestaciones de vejez; 5) prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional; 6) prestaciones familiares; 7) prestaciones por maternidad; 8) prestaciones por invalidez; y 9) prestaciones para sobrevivientes. La importancia de este convenio radica en que los Estados que quieran ratificar este convenio deben aceptar tres ramas como mínimo.

Por su parte, la seguridad social se encuentra regulada en los artículos 10 y 11 de nuestra Constitución Política de 1993, en donde taxativamente se señala:

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

Nuestra Constitución hace denotar el mecanismo de ²⁹ protección que significa la seguridad social frente a situaciones que puedan ocasionar un detrimento en la capacidad de trabajar o en casos más extremos, la imposibilidad de

seguir realizando una actividad. Por ende, la seguridad social también procura elevar el nivel de vida para garantizar el respeto y la dignidad humana, todo ello con la redistribución de la renta.

Anacleto (2002) nos explica que, para entender la seguridad social, debemos partir de que es un sistema de protección, en razón de que la componen normas y entidades que se encargan de su administración y control. También cubren las contingencias humanas, entendiéndolas como sucesos imprevistos que se presentan en la vida de cada individuo, lo cual puede disminuir o extinguir su capacidad de trabajar. Del mismo modo, la seguridad social procura elevar el nivel de vida de aquellas personas que sufren alguna contingencia, con la finalidad de no verse afectado por la disminución de su estatus social y económico; y por último, mediante la redistribución de renta, a través ⁶ de las aportaciones que realizan los trabajadores en actividad.

En el sentido exegético de los alcances de la seguridad social recogidos en nuestra Constitución, hemos de advertir que, en la anterior Constitución de 1979, el verbo rector era el de “*garantizar*”, mientras que ahora es “*reconocer*”, pero este cambio no significa ⁶ una situación perjudicial para los pensionistas.

De igual manera, la actual constitución, propugna a la seguridad social como un derecho universal, en el sentido de que se reconoce su existencia a favor de todos los ciudadanos, pero haciendo hincapié en que tal protección se

realizará de manera progresiva y gradual. Por lo que el Estado asegura que cada uno de los ciudadanos pueda disfrutar de este derecho con el tiempo.

Remontándonos a ⁶ la evolución histórica de la seguridad social, al principio, debemos advertir que esta no alcanzaba a todos los trabajadores, y existía una discusión en torno a la idea de que se ⁶ debía beneficiar a todos los asalariados o solo a aquellos que eran trabajadores del Estado, de igual manera si tal protección alcanzaría a los independientes o a sus familiares.

No fue hasta 1950 que se extendió una corriente universalista, la cual tenía como núcleo central la consigna de que todas las personas debían gozar del acceso de la seguridad social, sin ninguna distinción. Pero como es notorio, esta política no podría ser implementada por ningún país, puesto que supondría un alto coste. Es por ello que concluimos ⁶ que el acceso a la seguridad social es universal, puesto que como derecho humano alcanza a todas las personas, pero a su vez es progresivo, lo que significa que su aplicación dependerá directamente de la situación económica del país.

Por otro lado, nuestra constitución señala también que las personas estarán protegidas ¹ frente a las contingencias que precise la Ley. Esto quiere decir, en primer lugar, que las contingencias quedan conceptualizadas como eventos o situaciones que suceden ⁶ en la vida de cada persona y que puedan disminuir o inclusive eliminar la capacidad de trabajo de una persona, como sucede en los casos de vejez, la muerte, enfermedades, accidentes, desempleo, etc.

Además de esto, la seguridad social busca lograr que ante el acontecimiento de un evento que disminuya o extinga la capacidad de trabajo de una

persona, este ⁶ pueda mantener el estatus en que se encontraba antes de que ocurra el evento, lo que hace que su calidad de vida no decaiga.

En ese sentido, Abanto (2003) nos explica que la seguridad social ⁵ se rige por los principios de: (i) universalidad, que significa la extensión del ámbito de los beneficiarios a todas las personas; (ii) integridad, que le permite cubrir todas las contingencias sociales mediante acciones de prevención, reparación y recuperación; (iii) solidaridad, que obliga a la colectividad a cooperar con el cumplimiento de sus objetivos, abonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios; (iv) la unidad en sentido orgánico y estructural; (v) y la intencionalidad referida a la adecuación a un sistema unitario de carácter internacional.

Por su parte, debemos señalar lo esbozado en el artículo 11 de nuestra Constitución, el cual nos dice:

Artículo 11: “El estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La Ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.”

En ese sentido, para terminar de entender cómo está estructurada la seguridad social en nuestro país, debemos analizar las prestaciones de la seguridad social, la cual aparece en las primeras líneas del artículo 11. Para que se haga efectiva la atención de las contingencias que pueda sufrir una

persona y lograr el mantenimiento de su calidad de vida, nuestra ley distingue ¹ dos tipos de prestaciones, y son las siguientes:

1. Prestaciones de salud, las cuales están constituidas por la atención médica y económica, en este caso, los subsidios.
2. Prestaciones económicas, las cuales se materializan en pagos de dinero de forma mensual, como en el caso de la pensión, y cuyo otorgamiento se configura reuniendo los requisitos que establece la Ley, en sus diversas variantes como la jubilación, cesantía, invalidez, etc.

En cuanto a la participación privada, la anterior ¹⁸ Constitución de 1979, establecía en su artículo 14 ⁶ que podían coexistir otras entidades, pudiendo ser de naturaleza pública o privada, pero supeditados a ⁶ que las prestaciones fueran mejores o adicionales y con el consentimiento de los asegurados. Por el contrario, la actual Constitución ⁶ no establece este requisito para la participación privada, lo que permitió un crecimiento vertiginoso en el desarrollo de esta actividad en materia pensionaria.

Podemos concluir también, que de acuerdo al corte de libre mercado que inspiró la actual Constitución, el Estado busca ⁶ garantizar el libre acceso a las prestaciones de salud y su rol es supervisar su eficaz funcionamiento, son perjuicio de que también puede optar participar en estos servicios, ya sea a través de entidades públicas o en forma conjunta con capital privado.

En ese sentido, autores como Zúñiga (1980) han definido a la seguridad social como el conjunto de medidas que buscan garantizar a los ciudadanos

de un país, los recursos económicos para la consecución de las condiciones mínimas de salud, educación y recreación necesarios, a su vez, las providencias contra riesgos inherentes a la vida actual, como el desempleo, enfermedad profesional, invalidez total o parcial, la vejez, etc.

Por otro lado, la OIT (Organismo Internacional del Trabajo) define a la seguridad social como la protección que la sociedad le brinda a todos sus miembros a través de medidas de carácter público, contra las desavenencias que reducen los ingresos económicos que nacen de la ocurrencia de una enfermedad, maternidad, accidente o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, así como la asistencia médica y de ayuda con los miembros de la familia.

2.3.5. Seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR)

Este seguro fue creado mediante la Ley N° 26790, la cual se rige por las normas técnicas del Decreto Supremo N° 003-98-SA. Este seguro brinda prestaciones económicas y de salud por accidentes de trabajo y ¹⁸ enfermedades profesionales a los trabajadores dependientes o independientes que tengan la condición de afiliado regular del Seguro Social de Salud, además de desarrollar actividades que se consideran de riesgo según la Ley. Según el anexo 5 de esta Ley, la pesca está categorizada como una actividad de riesgo, por lo que los empleadores deberán contar con el SCTR para asegurar a sus trabajadores.

Gómez (2012) sostiene que el nacimiento de este seguro, fue crear una distinción entre el seguro regular, el cual es propio de las empresas que realizan actividades económicas normales o comunes, es decir, que no conllevan riesgo para los trabajadores; y de otro lado, un seguro que se encargue de velar por las contingencias que ocurran en un trabajo de riesgo.

Por tal razón, ¹ se encuentra regulado en el Artículo 32, de la mencionada Ley, una cobertura especial para aquellos trabajadores que laboren en una empresa que realiza alguna actividad económica catalogada como riesgosa según el anexo 5, en virtud de ello, gozaran de un tratamiento de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, y será obligatorio para el empleador, contratar a entidades de salud, particulares o privadas, según el Artículo 33.

Frente a ello, en el caso de que un trabajador sufra una contingencia que lo imposibilite de seguir trabajando, según ¹ la entidad prestadora que atiende las coberturas de salud, las entidades privadas o públicas, deberán abonarles ¹⁰ a los trabajadores los subsidios por incapacidad temporal haciendo el cálculo según lo estipulado en la Ley. Además, la Ley ³⁶ establece, en su artículo 39 que es de carácter ²⁶ obligatorio registrar el siniestro que originó el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, para que de esta forma se pueda identificar el tipo de actividad por la cual se va proceder a realizar la cobertura, aunque no estén comprendidos en el anexo 5 de la Ley.

2.3.6. Principios ²⁴ de la seguridad social

a. Principio de la solidaridad

Este principio se basa en la idea de que la sociedad en su conjunto tiene la responsabilidad de proteger y apoyar a sus miembros más vulnerables en momentos de necesidad, a través de mecanismos colectivos de redistribución de recursos.

En ese sentido, ³⁷ los sistemas de seguridad social funcionan mediante la redistribución de recursos financieros entre los miembros de la sociedad. Esto significa que aquellos que están en una posición más favorable (población económicamente activa) contribuyen con una parte de sus ingresos para financiar los beneficios y servicios sociales que reciben aquellos que enfrentan situaciones de vulnerabilidad, como la incapacidad laboral, el desempleo o la vejez.

Por otro lado, este principio implica que la protección social debe estar disponible para todos los miembros de la sociedad, independientemente de su situación socioeconómica o laboral. Esto significa que los beneficios y servicios de seguridad social no deben estar limitados solo a ciertos grupos privilegiados, sino que deben ser accesibles para toda la población, garantizando así una protección equitativa y justa para todos. Anacleto (2002) concluye: “quien aporte más, en tiempo o cantidad, colaborará con el otorgamiento de prestaciones a favor de quienes aportaron menos” (p. 420).

Anacleto (2010) sostiene:

(...) Esa redistribución de rentas es esencial para que los que menos tienen puedan obtener satisfacción de sus necesidades gracias a las aportaciones de los que más tienen. Si no existe relación sinalagmática entre lo aportado y lo recibido, entonces el sistema financiero que tiene que aplicarse necesariamente es el de reparto, es decir, las aportaciones actuales son las que financian las prestaciones actuales. O, dicho de otro modo, los actuales activos son los que se hacen cargo de los actuales pasivos. Se trata de una solidaridad intergeneracional. (p.88)

Por tal razón,³⁶ el principio de solidaridad en la seguridad social también implica un sentido de responsabilidad colectiva y apoyo mutuo entre los miembros de la sociedad. Esto se manifiesta en la idea de que todos contribuyen según su capacidad y reciben según su necesidad, lo que crea un⁵ sistema de protección social basado en la colaboración y la ayuda mutua.

Martínez de Pisón (1998) sostiene⁵ que el principio de solidaridad está estrechamente relacionado con la idea de dignidad humana, ya que el acto solidario implica que consideramos a nuestros prójimos como similares a nosotros y como individuos que merecen contar con condiciones básicas para vivir con dignidad.

Este principio no solo se trata de proteger a los individuos en situaciones de vulnerabilidad, sino también de promover el bienestar general y el desarrollo socioeconómico de la sociedad en su conjunto. Al garantizar que todos los miembros tengan acceso a servicios de salud, pensiones dignas, seguro de

desempleo y otros beneficios sociales, se contribuye al fortalecimiento del tejido social y al aumento del capital humano y social.

b. Principio de universalidad

El principio de universalidad en la seguridad social es un concepto central en el ³⁴ diseño y la implementación de los sistemas de protección social en todo el mundo. Este principio establece que los beneficios y servicios de seguridad social deben estar disponibles para todas las personas de una sociedad, sin discriminación de ningún tipo y sin importar su situación socioeconómica, laboral, género, edad o cualquier otra índole. En esencia, la universalidad busca garantizar que todos los individuos tengan acceso equitativo a la protección social, contribuyendo así a la construcción de sociedades más justas e inclusivas.

La universalidad en la seguridad social se basa en varios fundamentos teóricos y prácticos. Desde un enfoque teórico, se sustenta en los principios de igualdad y derechos humanos. La igualdad implica que todas las personas deben tener las mismas oportunidades y derechos, incluido el acceso a la protección social, independientemente de su posición en la sociedad. Los derechos humanos, por su parte, establecen que todas las personas tienen derechos inherentes e inalienables que deben ser respetados y protegidos, incluido el ²⁰ derecho a la seguridad social como parte integral de un nivel de vida adecuado.

Desde una perspectiva práctica, la universalidad en la ³⁴ seguridad social se traduce en la cobertura universal de los riesgos sociales más importantes,

como la enfermedad, la discapacidad, el desempleo, la vejez y la maternidad. La universalidad también implica la eliminación de barreras de acceso, como requisitos de afiliación, contribuciones previas o exclusiones basadas en características personales.

Así también lo ha señalado Monereo (2014), cuando nos dice que el principio de universalidad se orienta a proteger a toda la población, reconociendo a todos los individuos, sin limitaciones de ninguna clase, su protección. De esta forma, en su evolución histórica, la seguridad social es superior a los seguros sociales que solo dotaban de protección a determinado sector de la población.

Anacleto (2010) destaca dos vertientes de este principio, la universalidad subjetiva, la cual se erige como derecho fundamental, y reconoce la protección a todas las personas, sin necesidad de que sean trabajadores o no, y sin ningún tipo de restricción. Por otro lado, la universalidad objetiva, que busca cubrir la totalidad de contingencias y cubrir las prestaciones independientemente de la naturaleza que cause los daños.

Por lo tanto, la implementación efectiva del principio de universalidad en la seguridad social requiere un compromiso político y social sólido, así como recursos adecuados para garantizar la sostenibilidad financiera de los programas y servicios. En ese sentido, la esencia de este principio es la tendencia a proteger a toda la población, no haciendo distinciones de ningún tipo, ya que ²⁰ el derecho a la seguridad social debe reconocerse a todas las

personas, sin importar ninguna condición,² tal como lo establece el artículo 10 de nuestra Constitución Política.

c. Principio de eficiencia

Este principio es fundamental para garantizar que los recursos limitados se utilicen de manera óptima para lograr los objetivos de protección social. La eficiencia se refiere a la capacidad de un sistema de seguridad social para alcanzar sus metas utilizando la menor cantidad posible de recursos, ya sea en términos de tiempo, dinero o esfuerzo humano. En el contexto de la seguridad social, la eficiencia implica maximizar el impacto de los programas y servicios sociales en la mejora del bienestar y la calidad de vida de los beneficiarios, al tiempo que se minimizan los costos y se reducen las deficiencias.

Es por ello que una de las formas en que se puede lograr la eficiencia en la seguridad social es mediante la optimización de los procesos administrativos y la simplificación de los trámites burocráticos. Esto implica eliminar la duplicación de esfuerzos, reducir la carga administrativa para los beneficiarios y agilizar los procedimientos de solicitud y entrega de beneficios.

Al simplificar los procesos administrativos, se puede reducir el tiempo y los recursos necesarios para la gestión de los programas de seguridad social, lo que aumenta la eficiencia del sistema en su conjunto.

En esa línea, Venturi (1994) nos explica que cuando se habla de seguridad social, ineludiblemente necesitamos abordar la gestión pública, en el sentido de que el principio de eficiencia se va ver reflejado en la medida que exista un solo organismo público el cual concentra la responsabilidad administrativa y todas las vertientes para su funcionamiento, en aras de maximizar la eficiencia del sistema.

Además, la eficiencia en la seguridad social también se puede mejorar mediante la implementación de mecanismos de monitoreo y evaluación efectivos. Estos mecanismos permiten identificar áreas de mejora y realizar ajustes en los programas y políticas sociales para garantizar que estén alcanzando sus objetivos de manera efectiva y eficiente.

Al monitorear de cerca el desempeño de los programas de seguridad social, se pueden identificar posibles problemas o áreas de ineficiencia y abordarlos de manera oportuna para mejorar el funcionamiento del sistema en general.

Otro aspecto importante es la asignación adecuada de recursos financieros. Esto implica garantizar que los fondos destinados a la seguridad social se utilicen de manera eficaz y se distribuyan equitativamente entre los diferentes programas y beneficiarios. La asignación eficiente de recursos también implica identificar y priorizar las áreas de mayor necesidad y asignar recursos en consecuencia para maximizar el impacto en la reducción de la pobreza, la promoción del empleo y la protección de los derechos sociales.

Además, la eficiencia en la seguridad social también se puede mejorar mediante la promoción de la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los programas y recursos sociales. Esto implica garantizar que las decisiones relacionadas con la asignación de recursos y la implementación de políticas sociales se tomen de manera transparente y se comuniquen claramente a los beneficiarios y al público en general. Al promover la transparencia y la rendición de cuentas, se pueden prevenir la corrupción y el mal uso de los fondos públicos, lo que contribuye a mejorar la eficiencia y la efectividad de los programas de seguridad social.

Podemos concluir que el principio de eficiencia en la seguridad social se refiere a la capacidad de un sistema de protección social para alcanzar sus objetivos utilizando de manera óptima los recursos disponibles. Esto implica optimizar los procesos administrativos, implementar mecanismos de monitoreo y evaluación, asignar recursos financieros de manera adecuada y promover la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los programas sociales.

d. Principio de unidad

Este principio reconoce la interconexión y la interdependencia entre los diversos aspectos de la seguridad social, y promueve la coherencia y la eficiencia en su diseño, implementación y administración.

En primer lugar, el principio de unidad implica que la seguridad social debe ser concebida y gestionada como un sistema integral, en lugar de una serie

de programas y beneficios independientes. Esto significa que los diferentes componentes de la seguridad social, como la atención médica, las pensiones, el seguro de desempleo y los subsidios por incapacidad, deben estar interrelacionados y coordinados para garantizar una cobertura integral y una protección efectiva para garantizar la eficacia del sistema.

Además, el principio de unidad reconoce la importancia de la coherencia y la armonización en la legislación y las políticas relacionadas con la seguridad social. Esto implica que las diferentes leyes y regulaciones que rigen la seguridad social deben ser coherentes entre sí y estar alineadas con los objetivos y principios generales del sistema de protección social.

De esta manera, se evitan vacíos legales y se garantiza una aplicación uniforme y equitativa de las normas de seguridad social. Anacleto (2002) nos explica que: “el principio de unidad busca integrar los aspectos jurídicos, políticos y económicos de la seguridad social” (p. 421).

Además, el principio de unidad también reconoce la importancia de la integración de la seguridad social con otros aspectos del desarrollo social y económico. Esto incluye la coordinación con políticas y programas relacionados con el empleo, la educación, la salud y la vivienda, entre otros. Al integrar la seguridad social con otras áreas de políticas públicas, se pueden maximizar los beneficios sociales y promover un desarrollo más equitativo y sostenible a largo plazo.

Del mismo modo, Rendon (1985) sostiene que el principio de unidad debe manifestarse en el sentido de que las prestaciones de la seguridad social deben ser administradas por un solo sistema o una sola entidad, del mismo modo que deben estar enlazadas jerárquicamente y vinculadas a un sistema único de financiamiento.

De esta forma, el principio de unidad en la seguridad social aboga por la integración y coordinación de los diferentes elementos y programas que conforman un sistema de protección social. Al reconocer la interconexión y la interdependencia entre estos elementos, este principio busca garantizar una cobertura integral, una administración eficiente y una protección efectiva para los individuos y las familias.

e. Principio de la subsidiariedad

Este principio establece que las funciones y responsabilidades deben ser llevadas a cabo por la instancia o nivel más adecuado y cercano a los individuos afectados, en lugar de ser asumidas por instancias superiores, como el Estado.

En el contexto de la seguridad social, el principio de subsidiariedad implica que la provisión de beneficios y servicios sociales debe ser descentralizada y adaptada a las necesidades específicas de los individuos, siempre que sea posible, y debe ser el Estado, en última instancia quien deba proveerlas.

Tal como afirma Cancado (2001), la colectividad es quien debe ser responsable de la seguridad social, no el ente que administra un determinado sistema.

Lastra (1994) sostiene que los integrantes de la sociedad son los que se benefician de la cooperación ajena, es decir, la sociedad es quien debe tomar las medidas preventivas para solucionar sus problemas, y solo cuando no puedan resolverlos por sí solos, deberían acudir a los beneficios que son otorgados por la seguridad social, todo ello, sin perjuicio de seguir realizando los aportes mensuales.

En razón de ello, podemos concluir que el Estado debe abstenerse de realizar aquello que los individuos pueden y deben realizar

f. Principio de equidad

Este principio es esencial para garantizar que todos los individuos tengan acceso justo y adecuado a los beneficios y servicios sociales, independientemente de su situación socioeconómica, género, edad, origen étnico u otras características personales. La equidad se basa en el principio de justicia distributiva, que busca asegurar que los recursos y las oportunidades se distribuyan de manera justa y proporcional para ³⁵promover la igualdad de oportunidades y reducir las brechas sociales.

En ese sentido, la equidad se manifiesta de varias formas. En primer lugar, implica proporcionar una cobertura universal e igualitaria para todos los miembros de la sociedad, sin discriminación ni exclusiones injustas. Esto

significa que los programas y servicios de seguridad social deben estar disponibles para todas las personas que los necesiten, independientemente de su situación económica o laboral. Además, la equidad también implica garantizar que los beneficios y servicios sociales sean proporcionales a las necesidades individuales de cada persona, de manera que aquellos que enfrenten mayores dificultades reciban un apoyo más sustancial.

Podemos concluir que el principio de equidad en la seguridad social busca garantizar que todos los individuos tengan acceso justo y adecuado a los beneficios y servicios sociales, independientemente de su situación socioeconómica u otras características personales.

g. Principio de progresividad

Este principio establece que los beneficios y garantías proporcionados por el sistema de seguridad social deben ser progresivos, es decir, deben estar orientados a mejorar y ampliarse con el tiempo, en lugar de retroceder o disminuir. En otras palabras, implica que las prestaciones sociales deben ser cada vez más amplias y efectivas para proteger adecuadamente a los trabajadores y sus familias en situaciones de riesgo o necesidad.

Abramovich (2014) sostiene que:

(...) este principio se configura de un modo más general, en el sentido de que la progresividad consiste en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos humanos y, por tanto, de los derechos sociales. Y es de esta obligación estatal de

implementación progresiva de los derechos de la que se deriva, en sentido inverso, la obligación de no regresividad, es decir, “la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de realizarse el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva. (p. 93-94)

De modo que este principio se fundamenta en la idea de que el desarrollo social y económico de una sociedad debe reflejarse en un mejoramiento continuo de las condiciones de vida de sus ciudadanos, especialmente en lo que respecta a su bienestar y seguridad laboral. Por lo tanto, la seguridad social no puede considerarse estática, sino que debe evolucionar de acuerdo con las necesidades cambiantes de la sociedad y las condiciones económicas.

Por lo tanto, podemos concluir que el principio de progresividad en la seguridad social implica varios aspectos:

En primer lugar, el sistema de seguridad social debe buscar incluir a la mayor cantidad posible de personas dentro de su ámbito de protección. Esto implica ampliar la cobertura tanto en términos de la cantidad de personas cubiertas como en la variedad de riesgos y situaciones contempladas.

También debe implicar la mejora en la calidad de las prestaciones, por lo que no es suficiente con proporcionar beneficios básicos; es necesario que

estos sean adecuados y suficientes para garantizar un nivel de vida digno. Esto incluye el acceso a servicios de salud de calidad, pensiones justas, subsidios por incapacidad y otras prestaciones sociales.

Además, debe ser adaptativo a las necesidades cambiantes, ello en razón de que la sociedad y la economía evolucionan constantemente, y el sistema de seguridad social debe ser flexible y capaz de adaptarse a estos cambios. Esto implica la revisión periódica de las políticas y programas existentes, así como la implementación de nuevas medidas cuando sea necesario.

Y, por último, debe primar una garantía de no regresión, ya que el principio de progresividad también implica que una vez que se han establecido ciertos niveles de protección social, estos no deben disminuirse. Esto se conoce como la garantía de no regresión y es fundamental para asegurar que los avances logrados en materia de seguridad social se mantengan a lo largo del tiempo.

2.3.7. Los subsidios por incapacidad temporal

a. ¿Qué son los subsidios?

Las prestaciones que otorga la seguridad social, son prestaciones de salud, y por otro lado, prestaciones económicas, y es dentro de estas prestaciones en que clasificamos a los subsidios.

El autor Bernuy (2012) nos dice que los subsidios por incapacidad temporal son otorgados en dinero, y tienen como objetivo principal resarcir las

pérdidas de carácter económico de los afiliados, producto de una contingencia que ha ocasionado el deterioro de su salud.

Para una mejor definición, tenemos que revisar lo concerniente al Reglamento de la Ley N° 26790, Decreto Supremo N° 009-97-SA, por lo cual podemos esbozar que los subsidios tienen una duración determinada, y se otorga para reemplazar las pérdidas que sufren los trabajadores que se encuentran en una situación de incapacidad temporal, maternidad y lactancia y las prestaciones por sepelio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 del mismo cuerpo legal.

b. Clasificación de los subsidios

Según el reglamento de la Ley N° 26790, los subsidios son:

- Subsidios por incapacidad temporal.
- Subsidio por maternidad.
- Subsidio por lactancia.
- Prestación por sepelio.

Cada uno de estos, tienen su propio cálculo y se otorgan según lo establece la Ley. En este sentido, según el Acuerdo de Gerencia N° 58- 14 -ESSALUD-2011, Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas, los subsidios por incapacidad temporal y los subsidios por maternidad, son otorgados por el empleador. Pero este tiene la facultad de realizar la solicitud de reembolso a Essalud. Por otro lado, los subsidios por lactancia y

prestaciones por sepelio son pagados de forma directa a aquellos que son señalados como beneficiarios.

b.1. Subsidio por incapacidad temporal para el trabajo

Este subsidio por incapacidad temporal se otorga en dinero y se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad, con un plazo máximo de 11 meses y 10 días, siempre y cuando no se realice trabajo remunerado. Además, la norma establece que durante los primeros veinte días, sea el empleador quien continúe obligado al pago de su remuneración. Los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo se dan el mes en que inicia la incapacidad. Además, la norma también señala que los días de incapacidad deberán estar sustentados en los certificados de incapacidad temporal para el trabajo (CITT).

b.2. Subsidio por maternidad

Es pago que le corresponde a la asegurada titular en actividad durante los noventa y ocho días de goce, del descanso por alumbramiento, con el objetivo de resarcir el lucro cesante como consecuencia del parto. A su vez, la norma regula que pueda extenderse por 30 días en caso de nacimiento múltiple, o cuando existan niños con discapacidad. El mes en que se otorga este subsidio es el mes en que se da inicio al periodo de descanso.

b.3. SUBSIDIO POR LACTANCIA

A tenor de lo dispuesto en el Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas, este beneficio es otorgado por Essalud a la madre del hijo recién nacido vivo, con la finalidad de ayudar en su cuidado. A su vez, la norma específica que este subsidio será otorgado por cada recién nacido vivo, en caso de parto múltiple. El mes en que se otorga este subsidio, es el mes de nacimiento del hijo (a) del asegurado titular.

b.4. Prestación por sepelio

Según el Decreto Supremo N°013-2019-TR, Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la Ley N° 26790, serán beneficios de las prestaciones por sepelio, los familiares directos del asegurado, en el siguiente orden: conyugue o concubino (a) registrado en Essalud, hijos mayores de edad, padre o madre o hermano mayores de edad o terceros que realicen los gastos de los servicios funerarios, además se exige que estos gastos estén debidamente acreditados con los comprobantes de pago respectivos. El mes en que se otorga la prestación económica es el mes del fallecimiento del asegurado titular.

c. Incapacidad temporal en el régimen pesquero

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) clasifica la pesca como una de las ocupaciones más peligrosas debido a las condiciones

extremadamente difíciles de trabajo y a los constantes riesgos a los que se enfrentan los trabajadores en las embarcaciones pesqueras. Estas situaciones pueden provocar accidentes que resulten en incapacidades temporales para el trabajador, (aspecto en el que se centrará nuestra investigación), incapacidades permanentes e incluso la muerte. La Incapacidad Temporal para el Trabajo se define como la situación en la que un trabajador, a causa de una enfermedad o accidente, sufre una disminución de las capacidades necesarias para realizar su labor en condiciones óptimas, durante un período de tiempo determinado.

En conclusión, la incapacidad temporal, al ser una condición del trabajador que le impide laborar durante un período de tiempo y, en consecuencia, le impide generar ingresos económicos para cubrir sus necesidades básicas, obliga al Estado a proporcionarle la protección adecuada a través de EsSalud, la entidad principal de la Seguridad Social en el país.

d. Causas para la obtención de subsidios

d.1. Los accidentes de trabajo

Según el propio reglamento de la Ley N° 26790, clasifica al accidente de trabajo, como toda lesión corporal producida en el centro de trabajo, o por aquellas laborales que el trabajador realice y que sean de forma fortuita, por una fuerza externa, repentina y violenta sobre la persona, que esté ajeno a su voluntad y que pueda ser determinada por un médico de forma cierta.

Por otro lado, Bernuy (2012) establece que es considerado como accidente de trabajo, a toda lesión orgánica o perturbación funcional, la cual es causada en el centro de labores o producto del trabajo. Además, es considerado también aquellas que se realicen durante la ejecución de una orden por parte del empleador, incluso si esta fuese fuera del centro de labores y fuera de la jornada laboral.

d.2. Enfermedad profesional

Según Bernuy (2012) es todo estado de índole patológica que ocasione una incapacidad temporal al trabajador, o de forma permanente o incluso la muerte, además, esta enfermedad debe ser consecuencia directa de las funciones que desempeña el trabajador. También incluye el medio en el cual se ha obligado a trabajar.

e. Trámites para la obtención de subsidios

Los requisitos para la obtención del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, según el portal del estado, son los siguientes:

- Formulario N° 1040, debidamente llenado y firmado.
- DNI o carnet de extranjería del solicitante beneficiario
- Formato de Política de privacidad para el tratamiento de datos personales. Es obligatorio en el primer trámite que se realice.

- Contar con el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT), otorgado al trabajador.
- Mostrar el documento de identidad del asegurado(a) en caso de pago directo o del representante legal de la entidad empleadora, que suscribe la solicitud de reembolso (salvo que cuente con registro de firmas en EsSalud).

En ese sentido, según lo dispuesto por la Directiva N° 08-GG-ESSALUD-2012, Normas Complementarias al Reglamento de pago de Prestaciones Económicas, en el apartado 7.1.1 subsidios por incapacidad temporal, se señala que, en el caso de los trabajadores pesqueros, sujetos a la Ley N° 28320, para determinar el importe y los días que serán subsidiados, se deberá presentar:

- a. Copias de las boletas de pago y/o contrato de trabajo, firmadas por el trabajador y el representante legal o funcionario autorizado de la entidad empleadora de los últimos cuatro meses anteriores al inicio de la contingencia.
- b. Copia de los Partes de Arribo que consigne la fecha de Zarpe de la Nave donde se produjo el accidente, en la fecha de producida la ocurrencia,
- c. Copia de los partes de Arribo que consigne la fecha de Zarpe de la nave incura, por las faenas de pesca posteriores en que ocurrió el accidente del trabajador

f. Acreditación para los subsidios (CITT)

Según el Decreto Supremo N°013-2019-TR, Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la Ley N° 26790, el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo, es el documento oficial que constata el tipo de contingencia y que establece la duración del periodo de incapacidad temporal para el trabajo. Este certificado es otorgado al titular acreditado, y es expedido por el médico que realiza la atención de la contingencia, siendo que la norma señala que, en algunas patologías, este documento podrá ser expedido por un odontólogo u obstetra. Además, esta información debe quedar registrada en la historia clínica del asegurado. Contar con este certificado es uno de los requisitos para solicitar el reembolso a los empleadores.

Bernuy (2012) sostiene que el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo, tiene una triple connotación, por un lado desde la perspectiva de salud, en el sentido que sustenta el reposo físico prescrito por el doctor, una connotación laboral, puesto que sustenta la ausencia laboral producto de la ocurrencia de una contingencia, y por último, uno de carácter económico, puesto que este Certificado constituye un requisito para el pago del subsidio por incapacidad temporal, según corresponda.

g. Oportunidad de pago y prescripción

Según el Decreto Supremo N° 013-2019-TR, en su artículo 38, se establece lo siguiente:

Artículo 38. - Oportunidad de solicitud de prestación:

El subsidio de Incapacidad Temporal para el Trabajo se solicita una vez vencido el plazo que dure el descanso médico establecido en el CITT. El plazo máximo para solicitar el subsidio es de seis (6) meses contados a partir de la fecha en que cesa el período de incapacidad del asegurado (...).

En ese sentido, la oportunidad de pago se realiza una vez que termine el plazo del descanso médico consignado en los Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo, teniendo 6 meses como plazo máximo para solicitarlo, por lo que debemos advertir que la norma establece un plazo prescriptorio para dotar de seguridad jurídica a nuestro sistema.

h. Forma de cálculo

El cálculo de los subsidios está regulado en la Ley N° 26790, en el artículo 12, inciso a.1, el cual taxativamente señala:

a.2) El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado.

Aquí se encuentra la disyuntiva de la tesis en cuanto al cálculo de los subsidios, puesto que la Ley, establece que son 12 meses calendario, sustento por el cual los jueces hacen el cálculo incluido los meses en que no

hay trabajo, reduciendo el promedio diario de los trabajadores pesqueros puesto que al aplicar la fórmula y al hacer la división, si se consideran meses en blanco en los cuales no hubo remuneración, resulta perjudicial para el trabajador al verse reducido los subsidios que le serán otorgados.

Por otro lado, en el reglamento de la Ley, en el Decreto Supremo N° 009-97-SA, en su artículo 15, señala:

Artículo 15.- Subsidio por Incapacidad Temporal: (...) Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, multiplicado por el número de días de goce de la prestación. Si el total de los meses de afiliación es menor a doce, el promedio se determinará en función al tiempo de aportación del afiliado regular.

Aquí se hace la distinción y se establece, que el cálculo será el promedio de las doce remuneraciones inmediatamente anteriores, razón por la cual, en el caso de pensiones la norma no señala expresamente si son meses calendarios, lo que sirve como sustento para que el cálculo incluya solo los meses efectivamente laborados, por lo que, con mayor razón debería adoptarse el mismo criterio al realizar el cálculo de los subsidios.

i. Tope para la otorgación de los subsidios

Los subsidios se otorgan por un máximo de 11 meses y 10 días.

j. Extinción de los subsidios

La extinción de los subsidios por incapacidad laboral, se encuentra regulado en Decreto Supremo N° 013-2019-TR, que aprueba el Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la Ley N° 26790, en el artículo 39, el cual nos dice:

Artículo 39.- Extinción del subsidio

El derecho al subsidio de Incapacidad Temporal para el Trabajo se extingue o pierde, cuando se presente cualquiera de los siguientes hechos:

1. Cese del vínculo laboral del asegurado, toda vez que éste ya no cumpliría la condición de asegurado regular activo conforme lo exige el artículo 7 del Reglamento de la Ley 26790, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA, y sus modificatorias.
2. Recuperación de la salud, toda vez que el asegurado ya no se encuentra incapacitado, con lo cual desaparece la condición imprescindible para otorgar el subsidio, establecida en el artículo 15 del Reglamento de la Ley 26790, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA, y sus modificatorias.
3. Informe Médico de Calificación de la Incapacidad que determine naturaleza No Temporal.
4. Realización de labor remunerada durante el periodo del subsidio con la Entidad Empleadora a la que aplica la Incapacidad Temporal para el Trabajo.

En ese sentido, queda claro que los subsidios subsisten en la medida de que el trabajador se vea imposibilitado de realizar una prestación de servicios, de

ahí que la naturaleza jurídica de los subsidios sea de carácter indemnizatoria.

Queda claro entonces, que para que se extingan los subsidios, en primer lugar, debe extinguirse la relación laboral, cuando opere una labor remunerada durante el periodo que se otorgue los subsidios, además, si se recupera la salud y si no se cumple o abandona las prescripciones médicas.

2.3.8. Los contratos intermitentes en el Perú

a. El contrato laboral

El contrato laboral, según nuestra legislación, es aquel acuerdo voluntario entre el empleador y trabajador, en virtud del cual el trabajador pone a disposición su trabajo a cambio de recibir una remuneración. Este contrato configura el nacimiento del vínculo laboral, por el cual nacen derechos y obligaciones entre las partes, por otro lado, también nacen determinadas condiciones en que se desarrollará la relación laboral.

Toyama (2003) conceptúa al contrato de trabajo como un acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual una persona presta sus servicios por cuenta a otra, bajo su dependencia a cambio de una retribución económica.

Para determinar la existencia de un contrato de trabajo, es necesario que estén presentes 3 elementos esenciales: la prestación personal de servicio, subordinación y la remuneración. En ese sentido, el primer elemento origina que el trabajador preste sus servicios de forma directa y personal. Por otro lado, la subordinación se entiende que los servicios que presta el trabajador

lo hacen bajo la dirección y mandato del empleador, el cual tiene facultades para normar las labores, dictar órdenes para la normal ejecución de las mismas e incluso, para imponer sanciones disciplinarias, todo ello dentro de los límites de la razonabilidad. Y, por último, la remuneración implica el integro de lo que el empleador le paga al trabajador, ya sea en dinero o especie, siempre y cuando sea de su libre disposición.

El nacimiento de un contrato laboral, también da origen a ciertos beneficios de carácter laboral, en nuestra legislación, se presume, salvo prueba en contrario que toda prestación de servicios que sean remunerados y bajo subordinación, demanda la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Estos contratos, también pueden estar sujetos a modalidad, en cuyo caso deben seguir los requisitos formales establecidos en la Ley.

a.1. Caracteres del contrato de trabajo

EL contrato de trabajo tiene los siguientes caracteres:

En primer lugar, es un *contrato bilateral*, en ese sentido, un contrato de trabajo necesariamente va a constar de dos partes, por una parte, el trabajador y por otro lado el empleador.

Es *consensual*, puesto que su perfeccionamiento nace con el simple consentimiento y desde ese momento, surgen derechos y obligaciones para cada una de las partes. Por ende, los contratos de trabajo de forma indeterminada, pueden ser celebrados de forma escrita o verbal, mientras que los contratos modales, deben seguir la formalidad establecida por Ley.

Es *oneroso*, puesto que ambas partes se benefician, por un lado, el empleador con los servicios del trabajador, y el trabajador, con la remuneración que le otorga el empleador.

Es un contrato *sinalagmático*, en el sentido de que se establecen obligaciones recíprocas, desde el nacimiento del vínculo contractual, cada una de las partes se obliga a una contraprestación, el trabajador se obliga a prestar sus servicios, y el empresario a retribuirlo con una remuneración. Cabe mencionar que esta sinergia tiene excepciones, como en los casos en los que el trabajador no presta sus servicios, pero sigue recibiendo su salario, por ejemplo, en vacaciones.

Es un *contrato personal*, puesto que es quien forma parte del vínculo contractual quien debe cumplir con las funciones a la cual se obliga, siendo que la misma ley establece que los servicios prestados son de carácter personal y directa, es decir, *intuitu personae*, por ende, realizados por el trabajador como personal natural.

Es *conmutativo*, en el sentido de que las prestaciones son determinadas y ciertas, puesto que se tiene claro la labor que va realizar el trabajador y cuánto será la remuneración.

Es de *tracto sucesivo*, porque existe un periodo determinado o indeterminado en el cual el trabajador se obliga a prestar los servicios al empleador.

Es un *contrato típico y normado*, debido a que se encuentra previsto en nuestra legislación laboral.

a.2. Elementos esenciales del contrato de trabajo

Como lo hemos mencionado anteriormente, son tres los elementos esenciales para que pueda existir un contrato de naturaleza laboral.

Según Anacleto (2012) los servicios que presta el trabajador deben ser de carácter personal, es decir, esta obligación es personalísima. Por otro lado, los servicios deben ser prestados de forma directa solo por el trabajador en su condición de persona natural, sin perjuicio de que puedan ser ayudados por familiares directos que dependan de él, siempre y cuando no afecte la naturaleza de las funciones que realice. Además, el objeto del contrato laboral, es la actividad prestada por el trabajador. Esta exigencia de carácter legal, es la que confirma que el contrato de trabajo es *intuitu personae*. Este elemento se encuentra regulado por el artículo 5 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Por la *subordinación*, el trabajador se obliga a la dirección, control y fiscalización por parte del empleador. Sanguinetti (1998) nos indica:

Entendida en su sentido jurídico estricto, la subordinación es un vínculo jurídico del cual se derivan un derecho y una

obligación: el derecho del empleador de dictar al trabajador los lineamientos, instrucciones u órdenes que estime convenientes para la obtención de los fines o el provecho que espera lograr con la actividad del trabajador; y la obligación del trabajador de acatar esas disposiciones en la prestación de su actividad. (p. 158-159)

Por otro lado, la subordinación obedece a un límite de la autonomía del trabajador, esto incide directamente en las prestaciones que va realizar el trabajador y por las cuales el empleador tiene la potestad de dirigir su actividad.

En ese sentido, es producto de la subordinación que nacen los poderes del empleador, estos con la finalidad de dirigir de la mejor forma la prestación de servicios que va realizar el trabajador. Estos poderes son tres, el poder de dirección, el cual se materializa por medio de instrucciones u órdenes, el segundo es el poder de fiscalización, en virtud del cual se controla la ejecución de la prestación de servicios, y por último el poder disciplinario, por medio del cual el empleador, ante la verificación de la inobservancia de las obligaciones que contrajo el trabajador, el empleador sancionar dicho incumplimiento.

Toyama (2003) nos manifiesta que es este elemento el que distingue a un contrato de naturaleza laboral, de un contrato de

locación de servicios, a su vez, se encuentra regulado en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Para concluir, la *remuneración* viene a ser el íntegro de lo que recibe el trabajador por los servicios que realiza dentro del vínculo contractual, siendo además esta remuneración de su libre disposición. En nuestra legislación, el artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece: “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición.”

b. Los contratos sujetos a modalidad

Los contratos sujetos a modalidad son contratos atípicos de naturaleza causal, por el cual, el trabajador se obliga a prestar servicios personales a cambio de una remuneración, con la diferencia que es a un plazo fijo o determinado, el cual se encuentra estipulado en el contrato.

Estos contratos se celebran en virtud de las necesidades del mercado o cuando la empresa, debido a un aumento de producción así lo requiera, además, cuando la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va prestar lo demande, con excepción de los contratos de temporada, que por su naturaleza pueden ser de forma permanente.

Esta forma de contratación, la pueden celebrar tanto las empresas privadas, como el Estado y las Instituciones Públicas, cuyos trabajadores se encuentren comprendidos dentro del régimen laboral de la actividad privada,

sin perjuicio de cumplir con las limitaciones específicas contenidas en la Ley. Por otro lado, aquellos trabajadores que cesen, no podrán volver a ser recontratados bajo ninguna modalidad permitida, salvo que transcurra el periodo de un año desde que ocurrió el cese.

c. Requisitos formales para la validez de los contratos intermitentes

Debemos señalar, que los contratos intermitentes, se encuentran regulados por el artículo 64, 65 y 66 del Decreto Supremo 003-97-TR, los cuales se engloban dentro de la categoría contratos para obra o servicio.

En ese sentido, el artículo 64 señala:

Artículo 64.- Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.

Debemos advertir, que dentro de esta categoría de contratos se encuentran los contratos de los trabajadores pesqueros, puesto que la pesca cubre la necesidad de una empresa, son permanentes, pero también discontinuas, puesto que operan periodos de veda emitidos por la autoridad competente.

A su vez, en el artículo 72 del mismo cuerpo normativo, sobre los requisitos para la validez de los contratos modales, señala:

Artículo 72º: Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Esto quiere decir, que, si no se respeta la formalidad establecida por Ley, estaríamos frente a la figura de desnaturalización de contrato, por ende, el trabajador que sea contratado bajo modalidad, estaría siendo a plazo indeterminado, por lo que debe sustentarse el motivo o la causa de la contratación, así como su duración.

Podemos concluir entonces, que esta modalidad contractual no se limita por el tiempo en que se van a ejecutar las labores, sino por la discontinuidad de su ejecución. Por lo que la aplicación de este contrato, solamente se va encajar en aquellos supuestos en los que los servicios del trabajador contengan periodos de inactividad sin ninguna regularidad, como en el caso de los trabajadores pesqueros. A razón de ello, la misma legislación le confiere un derecho preferente en la contratación al trabajador, la norma no los dota de un carácter indefinido, sino más bien, los contratos temporales celebrados quedan vinculados entre sí.

Para terminar, el derecho preferente que mencionamos opera de forma automática, es decir, que no se requiere la celebración de un nuevo contrato

o su renovación. Por otro lado, en cuanto a los derechos y beneficios sociales de los trabajadores bajo esta modalidad, se determinarán en función al tiempo efectivamente laborado.

d. La causa objetiva de los contratos intermitentes

Para determinar cuál es la causa de los contratos intermitentes, debemos partir de qué se entiende por causa en los contratos en general. Por ende, la causa es el objetivo del negocio. Pongamos un ejemplo para ejemplificar esta definición. Supongamos que Juan vende su automóvil a Pepito, de lo anterior, se advierte que el objetivo de dicho contrato de compra venta es el intercambio del automóvil por un precio. Si nos centramos en la causa de un contrato de trabajo, la causa será realizar el intercambio entre la actividad laboral del trabajador, y la remuneración que proporciona el empleador.

De este modo, podemos definir que la causa objetiva es la función económica que cumple el negocio jurídico. Es por ello que la causa objetiva de los contratos intermitentes regula la actividad permanente, pero discontinua que realiza el trabajador, esto es así, por la naturaleza de la actividad que se realiza, que, en materia de nuestra investigación, es la pesca, ya que existen periodos en los cuales no se realiza ninguna labor efectiva, ya que existen periodos de veda que son decretos por la autoridad correspondiente, operando una suspensión perfecta de labores.

e. Naturaleza jurídica de los contratos intermitentes

Para determinar cuál es la naturaleza de los contratos intermitentes, veamos cómo está establecido este tipo de contratación en nuestra Ley. La regulación de los contratos intermitentes, la encontramos en el Decreto Legislativo N° 728, cuyo texto señala:

Artículo 107.- Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.

La clave entonces para esbozar su naturaleza, la encontramos en el factor temporal o accidental, ya que, sin alguno de estos, no estaríamos frente a un contrato intermitente. Más aún, cuando la duración según la normativa no tiene una duración establecida por Ley, salvo un plazo máximo que en conjunto no debe superar los 5 años Debemos de advertir también que la Ley señala que la renovación de estos contratos es automática, de lo que se desprende que la ejecución de estos contratos no es lineal, dada la naturaleza de la prestación de los servicios.

f. Desnaturalización de los contratos modales

De este modo, los contratos laborales sujetos a modalidad, deben cumplir con las exigencias establecidas por la norma, ya que, de no ser así, se configuraría la desnaturalización del contrato, haciendo el contrato modal que se celebró, uno de naturaleza indeterminada, pues es así como lo prefiere la norma, a fin de salvaguardar la continuidad laboral. Una de las causas de la desnaturalización de los contratos, lo que deviene en su invalidez, es la existencia de fraude o simulación en la contratación.

El artículo 77 del TUO del DL. N° 728, señala:

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

g. Suspensión perfecta del contrato de trabajo

Primero debemos definir qué se entiende por suspensión de contrato de trabajo. Anacleto (2012) nos dice que la suspensión es una figura que va garantizar la duración de la relación de trabajo, frente a situaciones que van a impedir la realización de las obligaciones por parte del trabajador, por ende, cuando opera la suspensión, las partes se exoneran de sus obligaciones, pero el vínculo laboral subsiste.

También, podemos mencionar la definición de Montoya (2002), el cual nos dice que la suspensión es la paralización temporal de las obligaciones y derechos del contrato, que está fundamentada en causas que señala la ley o por acuerdos entre las partes. Además, esta suspensión se opone a la extinción del contrato de trabajo, la cual tiene el carácter de definitiva, sin perjuicio de que aun subsistan algunos deberes propios del contrato de trabajo, como la buena fe por parte del trabajo, que se manifiesta en el secreto de guardar asuntos relacionados al giro del negocio y sobre todo, al proceso de producción de la empresa.

El contrato de trabajo puede suspenderse, y esto se configura cuando cesa la obligación del trabajador de prestar sus servicios, por las causas tipificadas en la Ley, por convenio o en atención a un reglamento interno, pudiendo también ser así, si las partes lo deciden, todo ello sin que se extinga el vínculo laboral. Según el TUO del DL. N° 728, en el artículo 11 se establece la suspensión perfecta:

Artículo 11.- Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

De aquí podemos colegir, que opera la suspensión perfecta del contrato de trabajo cuando cesan las obligaciones de ambas partes de la relación laboral, la del trabajador de prestar servicios y la del empleador de otorgar la remuneración. Por el contrario, la suspensión imperfecta, opera cuando el empleador sigue en la obligación de abonar la remuneración al trabajador, sin que exista la contraprestación efectiva de labores por parte del trabajador, es decir, solo queda obligada una de las partes.

En ese sentido, lo que nos importa son las causas en las que opera la suspensión del contrato de trabajo, regulados en el artículo 12 del mismo cuerpo legal; en donde encontramos que la invalidez temporal configura una suspensión perfecta del contrato de trabajo.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 006-96-TR, en su artículo 1, establece que, en el caso de la veda de extracción y procesamiento de especies hidrobiológicas, la cual es establecida por el Ministerio de Pesquería, facultan a las empresas del sector pesquero, a que, durante la época de veda, opere la suspensión temporal perfecta de los contratos de trabajo.

h. Extinción del contrato sujeto a modalidad

Montoya (2002) nos dice que la relación jurídica de trabajo se encuentra como cualquier otra relación, sujeta al curso del tiempo, en tanto se inicia con la celebración del contrato, se mantiene mientras dure las prestaciones por parte del trabajador y el empleador, y puede acontecer circunstancias mediante las cuales se ponga su fin.

La extinción del contrato de trabajo trae como consecuencia la terminación del vínculo, así, Alonso (2002) nos dice que la ruptura o el cese del contrato de trabajo, no hace posible la reanudación de la relación, salvo exista la celebración de un contrato nuevo, por lo tanto, debemos entender que por la extinción se origina la cesación definitiva de los efectos del contrato, se termina las obligaciones recíprocas del trabajador y empleador.

Por ende, cuando conceptualizamos extinción de contrato de trabajo, hacemos referencia a la terminación del vínculo laboral, lo que trae como consecuencia el cese de las obligaciones del trabajador y el empleador. El artículo 16 del TUO del DL N° 728, establece:

Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;
- c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;

- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
- e) La invalidez absoluta permanente;
- f) La jubilación;
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;
- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.

i. Principios de los contratos intermitentes

i.1. Principio de continuidad

Para entender este principio, debemos partir de la concepción de que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, es decir, que no se agota mediante la realización de ciertos actos, sino que se prolonga en el tiempo. Tal como afirma Pla (1990), la relación laboral no es de corta duración, sino que la existencia del vínculo laboral presupone una vinculación que se prolonga en el tiempo.

Arce (2008) sostiene que el principio de continuidad garantiza al trabajador, que su contratación obedece a uno de naturaleza indeterminada, y que no podrá alterarse mientras no exista una causa que extinga la relación laboral, y sobre todo, mientras la actividad productiva del empleador siga existiendo. De allí nuestra Ley también fundamenta la presunción de laboralidad. Pero existen circunstancias que necesariamente ameritan que los contratos deban celebrarse a plazo temporal. En consecuencia,

esto no reduce la firmeza del principio, por tanto, solo existen dos opciones, o bien que las prestaciones sean temporales o bien permanentes; por lo que la duración del vínculo laboral, ya no viene supeditada a la voluntad del empleador, sino a la necesidad temporal de satisfacer en el ámbito empresarial.

Este principio se ve manifestado con mayor claridad, en los supuestos en que se sustituye al empleador, debido a que pueden existir circunstancias que originen el cambio de las partes del contrato de trabajo, pudiendo estos cambiarse, así como también pueden integrarse nuevos elementos, pero sin que altere la naturaleza o continuidad de la relación laboral primigenia. De ahí que cuando opere una transmisión empresarial, para que esta sea válida, debe conservar y respetar todos los derechos laborales, sean de origen legal o tratador por consenso; que gozaban los trabajadores con el anterior empleador. Por lo que podemos concluir que el principio de continuidad, considera al contrato de trabajo como uno de naturaleza indefinida, por lo cual, lo dota de resistencia frente a las circunstancias cambiantes que pueden alterarlo, por ende, el trabajador, si así lo manifiesta, puede seguir prestando sus servicios en tanto subsista la fuente de trabajo.

i.2. Principio de la causalidad

Según Sanguinetti (1998) el principio de causalidad no busca más que garantizar el vínculo laboral, el tiempo que así lo haya

establecido el contrato, por lo que, según este principio, no solo es necesario la indicación del tipo contractual, así como el tiempo de duración, sino también una exposición clara de los motivos que ha llevado a la empresa a utilizar una determinada figura modal. Es decir, debe existir una explicación detallada de la razón por la que se está recurriendo a un determinado tipo de contrato modal.

Por tanto, según Ávalos (2008), al ser la contratación a plazo fijo una excepción permitida por la legislación, no significa que deba mencionarse de forma genérica la causa que da origen al contrato, sino que debe hacerse de forma detallada y explicarse la razón por la cual se origina la contratación temporal, lo que dota de protección al trabajador al evitar que el empleador use de forma discrecional esta forma de contrato, perjudicando la estabilidad laboral de los trabajadores.

En ese sentido, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), en el apartado 4.1 del Protocolo N° 003-2016-Sunafil/INII, define a la causa como: “la situación prevista por la legislación que justifica la celebración de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, y que debe consignarse explícitamente en el contrato, además de verificarse en la práctica, con la finalidad de cumplir objetivamente el principio de causalidad”.

i.3. Principio de primacía de la realidad

Este principio, según el autor Pla Rodríguez (1990) se fundamenta en que se debe otorgar el privilegio a lo que sucede en la realidad, por encima de lo que está suscrito bajo las manifestaciones de voluntad formales de las partes.

Este principio, se manifiesta como protector del desequilibrio entre las partes del vínculo laboral, pues se basa en la prevalencia de la realidad, como máximo sustento frente a las manifestaciones y formas de las partes. Es por esto que este principio, no solo es parte del derecho laboral, sino de todo el ordenamiento jurídico.

Guerrero (1999) nos dice que, según este principio, prima la verdad de los hechos sobre lo formal, o aquello que se encuentra en acuerdos formales, por ende, lo que interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan establecido en los documentos.

El principio de primacía de la realidad, no busca favorecer a las partes, como sí ocurre, por ejemplo, con el principio *in dubio pro operario*, sino que su sustento es la búsqueda de la verdad real sobre la verdad formal, es decir aquella verdad que se sustenta en los documentos.

Otra definición que hace el maestro Pla Rodríguez (1990) es que el principio de primacía de la realidad entra en acción cuando

ocurre una discrepancia entre lo que ocurre en la práctica, y lo que surge de los documentos, por lo que debe darse preferencia a lo que ocurre en el terreno de los hechos. Por ende, este principio otorga seguridad jurídica, puesto que brinda una verdadera protección al trabajador para que no pueda ser marginado con algunas figuras que traten de disimular lo que ocurre realmente en la realidad de los hechos.

Por otro lado, lo que se establece en un contrato no quiere decir que no tenga relevancia jurídica, ya que estas manifiestan la buena fe de las partes que celebran un contrato. Pero mientras no se demuestre de forma fehaciente con los hechos lo que han deseado estipular las partes, no se puede preponderar un documento escrito sobre los hechos.

Mascaro (1999) nos dice que este principio le da prioridad a la verdad real, sobre la verdad formal, haciendo alusión que de la interpretación del juzgador de los documentos se debe hacer con cuidado, en el sentido de comprobar si el contenido de los documentos está en concordancia con lo que ocurre en los hechos.

Es necesario, determinar qué se entiende por la realidad que el juzgador va determinar, por ende, la realidad se sustenta en la constatación objetiva de los elementos sustanciales del contrato de trabajo, así como se desprende el carácter tuitivo del derecho laboral, que tiene su sustento en la desigualdad de las partes que

celebran el contrato, lo que motiva la intervención estatal en la relaciones laborales con el único propósito de verificar que se cumple el ordenamiento jurídico laboral vigente.

2.3.9. Ley N° 26790

a. Materia de ley

La Ley N° 26790, corresponde a la Ley de Modernización de la Seguridad social en salud, fue promulgada en el año 1997, la cual tuvo como objetivo la universalización y la unión de la cobertura por salud de todos los peruanos, creando un sistema totalmente nuevo y teniendo como pilar el régimen contributivo conformado por el Seguro Social de Salud, a cargo de Essalud, junto con las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) y por otro lado, el Régimen Estatal, de corte no contributivo y a cargo del Ministerio de Salud que está dirigido a las personas de bajos recursos y que no pueden acceder a otros sistemas de salud.

b. Cálculo de subsidios

La forma de cálculo de los subsidios se encuentra establecido en la Ley N° 26790, en donde nos señala taxativamente:

Artículo 12.- DERECHO DE SUBSIDIO

Los subsidios se rigen por las siguientes reglas:

a) Subsidios por incapacidad temporal

(...)

a.2) El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos **12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia**. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado. (resaltado nuestro)

c. Reglamento de la ley N° 26790, Decreto Supremo N° 009-97-SA

c.1. Cálculo de subsidios

ARTÍCULO 15.- SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

El subsidio por incapacidad temporal se otorga en dinero, con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad, derivadas de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud. Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos **doce meses inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia**, multiplicado por el número de días de goce de la prestación. Si el total de los meses de afiliación es menor a doce, el promedio se determinará en función al tiempo de aportación del afiliado regular. (resaltado nuestro)

Como se puede apreciar, la ley y su reglamento, consideran premisas distintas a la hora de regular la fórmula del cálculo de los subsidios. Mientras que la Ley señala que dicha operación debe hacerse en base a meses calendario, el reglamento solo señala meses inmediatamente anteriores en que inicia la contingencia.

d. Naturaleza jurídica de los subsidios

Para analizar cuál es la naturaleza jurídica de los subsidios, debemos partir por determinar en qué norma es contemplada y cuál fue el origen de esta prestación económica, así, en La Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece:

Artículo 2.- EL SEGURO SOCIAL DE SALUD

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. (resaltado nuestro).

Entonces, el subsidio no forma parte del derecho de trabajo, sino más bien, forma parte de la Seguridad Social, en tanto, según la Ley, la finalidad es salvaguardar el derecho a la seguridad social de los trabajadores.

Por otro lado, según el reglamento de pago de prestaciones económicas, regulado por el ACUERDO N° 58-14-ESSALUD-2011, establece:

Artículo 1.- Definiciones

(...)

b. Subsidio: Prestación asistencial de carácter económico y de duración determinada, que se otorga ante una situación de incapacidad temporal, maternidad y lactancia.

c. Subsidio por Incapacidad Temporal: Es el monto en dinero a que tiene derecho el asegurado titular con el objeto de resarcir las pérdidas económicas derivadas de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de la salud.

Es así, que los subsidios tienen una naturaleza indemnizatoria, pues buscan suplir la remuneración que los trabajadores con incapacidad temporal, dejaron de percibir, pues se encuentran imposibilitados de realizar labor efectiva alguna. No debiendo olvidar que esta prestación está a cargo del estado, y su pago corresponde a Essalud. De lo anterior también se desprende el principio de solidaridad, de modo que tal como establece Anacleto (2010), este principio implica que las personas que están en una situación económica más ventajosa (es decir, la población económicamente activa) aportan una parte de sus ingresos para financiar los beneficios y servicios sociales destinados a aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como la incapacidad para trabajar, el desempleo o la vejez.

Podemos aseverar también, que, a raíz de las citadas normas, los subsidios, aunque son pagados por el empleador en muchos casos con cargo a reembolso por parte de Essalud, estos no corresponden ni constituyen

remuneración, esto es, no solo por no tener el elemento central que es la prestación de servicios, sino es producto de la finalidad que persigue el derecho a la Seguridad Social.

Concluimos entonces, citando el ya reiterado artículo de la Ley N° 26790, que estipula que el cálculo de los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo, se realiza en base al promedio diario de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, por lo que podemos esbozar que la base del cálculo se realiza en función del promedio diario de la remuneración, apuntando otra vez, que lo que se busca es resarcir económicamente a quien no está en la posibilidad de realizar trabajo, y por ende, de recibir una remuneración justa y digna para su subsistencia. Es así, que la naturaleza jurídica de los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo corresponde a una de carácter indemnizatorio.

e. Derecho al debido proceso

De la múltiple revisión de la doctrina existente, se advierte que el debido proceso, se clasifica en: el **debido proceso sustantivo**, que tiene la función protectora a favor de los ciudadanos de todas aquellas leyes contrarias a los Derechos Fundamentales, y el **debido proceso adjetivo**, que se refiere a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.

El derecho al debido proceso, es un derecho fundamental que no solo se limita a velar por el aspecto meramente formal o procedimental, (la

observancia del procedimiento, la competencia, la jurisdicción, entre otros), sino que garantizar la protección de este derecho a los ciudadanos, implica la consideración necesaria, del contenido en sí del Derecho, es decir, teniendo en cuenta las implicaciones sustanciales, lo que denota la exigencia de tener en cuenta de forma diligente todos los criterios de justicia y los estándares que sustentan la decisión judicial, todo ello, habiendo realizado un juicio de razonabilidad, de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, y demás criterios, cuya observación es necesaria a efectos de la aplicación del Derecho al Debido Proceso en forma amplia. Zumaeta (2015) señala: “(...) los justiciables tienen el derecho a la defensa, a demandar y contradecir con la misma oportunidad, a ofrecer sus medios probatorios, a impugnar la resoluciones y a ser enterados de las resoluciones que emanen del proceso en las que son parte” (p. 39)

A partir de ello, y teniendo en cuenta las implicancias sociales, el actuar judicial en la comunidad, implica que el juez no sólo debe darle atención a la búsqueda de Tutela Jurisdiccional Efectiva, con celeridad, la celeridad que tanto exigen los justiciables, y que por algunos situaciones problemáticas no se ve reflejada en las actuaciones judiciales, sino que, por encima de ello, el Juez tiene la obligación de suplir los defectos legales, o estrictamente formales en las que pudieran incurrir las partes, sin perjuicio de poder otorgarles un plazo razonable, a efectos de subsanar las omisiones que pudieran ser advertidas por las instancias jurisdiccionales, ello con el fin de no perder la esencia del proceso y en aquellos casos en las que no sea

posible la subsanación de oficio. Asimismo, el derecho al Debido Proceso, les impone a los magistrados la obligación de dar una respuesta a los justiciables, que goce de determinadas características, como la razonabilidad, una respuesta motivada, con coherencia entre lo que se solicita y finalmente se otorga, relación con la materia de litis, con el respeto a las garantías procesales fundamentales y demás.

En ese sentido, es necesario resaltar que, el derecho al debido proceso, en nuestro ordenamiento jurídico interno, se encuentra regulado por la Constitución Política del Perú, en el inciso 3 del artículo 139, que señala:

“La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”

Derecho que, como se ha desarrollado líneas supra, no solo tiene una dimensión estrictamente formal, si no también material. Asimismo, es importante señalar al Debido proceso como un principio jurídico procesal, definido con el derecho a las personas a ciertas garantías mínimas, en las instancias judiciales, que tiene el objetivo de asegurar un resultado justo y equitativo en un proceso judicial, que incluye también el derecho a hacer

valer sus pretensiones fundadas en derecho, es decir legítimas, frente al juez, así como el derecho a ser oído.

Eto Cruz (2011) refiere:

La constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que “es debido”. No se trata, ahora, de un mensaje preventivo dirigido al Estado, ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa: hay una construcción específica que comienza desde la entrada del proceso y continua a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado. (p.55)

La doctrina y la jurisprudencia han llegado al acuerdo que el debido proceso es un derecho fundamental, conforme se ha señalado anteriormente, que tiene toda persona, ya sea natural o jurídica, nacional o extranjera, y no solo está relacionada con las funciones jurisdiccionales, sino también, su ámbito de aplicación y sentido comprende a los justiciables. Así las cosas, el derecho al debido proceso, tiene ese doble carácter de los derechos fundamentales, pues por una parte es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo, pues tiene una dimensión institucional, que impone el deber a todos, de respetarlo, en tanto, contiene implícitamente fines sociales y colectivos de justicia.

A mayor argumentación, el Tribunal Constitucional, en múltiple y reiterados pronunciamientos, ha señalado que el debido proceso, es un derecho continente, por así conceptuarlo, en el sentido que comprende a su vez, otros derechos fundamentales relacionados al orden procesal, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el expediente 7289-2005-PA/TC, en su considerando número 5 refiere:

“Dicho derecho comprende a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo “continente”. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido, comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respecto y protección de todos los derechos que en el pudieran encontrarse comprendidos.”

Por otra parte, el Supremo Tribunal, en la STC 03891-2011-PA/TC, en su fundamento número quince, ha expuesto que:

“En ese sentido, y como también ha sido precisado por este Tribunal, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación de las resoluciones, conforme

se explicará en los fundamentos que a continuación se exponen.”

(subrayado nuestro)

El Debido Proceso, ha visto su incorporación al constitucionalismo latinoamericano fortaleciendo sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo, anteriormente referido, es conceptuada como la necesidad de que las sentencias, emitidas por los juzgadores tengan valores en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo esta referido al cumplimiento de determinadas exigencias formales, de procedimiento y trámite , a efectos de llegar a una respuesta judiciales, al que se define como sentencia.

A modo de conclusión y teniendo en cuenta lo esgrimido líneas supra, el debido proceso es un derecho fundamental, con una doble connotación y que es oponible a todos los poderes del Estado, así como a las personas naturales o jurídicas, extranjeras o nacionales. Estando a ello, si bien, el debido proceso tiene origen estrictamente judicial, sus alcances se han ido expandiendo a otras instancias, como la administrativa, ante las entidades estatales, civiles, militares, parlamentarias, pues este derecho, contiene en sí un conjunto de garantías constitucionales.

f. Debida motivación de las sentencias judiciales

Conforme se ha señalado anteriormente, el debido proceso es un derecho continente, pues tiene como contenido otros derechos, como el derecho a la

motivación de las resoluciones judiciales, así las cosas, el artículo 139. 5 de la Constitución Política del Perú, lo reconoce, en el sentido que sostiene:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el expediente número 1480-2006-AA/TC, ha señalado que: *“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el*

resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.”

Entonces, queda claro que, como en múltiples ocasiones se ha expuesto, en la presente investigación, uno de los contenidos del derecho al debido proceso, es el derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales, a los que se acude en búsqueda de Tutela Jurisdiccional Efectiva, una respuesta que sea razonada, esté motivada y se caracterice por la congruencia, en cualquier clase de procesos, lo que le impone la obligación a los magistrados de justificar sus decisiones, asegurando que su actuación se encuentre sujeta a la Constitución y demás normas de nuestro ordenamiento jurídico, garantizando el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables de manera adecuada, todo ello, ejerciendo su potestad de administrar justicia que les ha conferido la Constitución.

Asimismo, es importante señalar que, la motivación de las resoluciones judiciales tiene una doble connotación, por un lado, es una obligación, es decir, un deber que se le ha impuesto a todos los que administran justicia y por otro lado, es un deber, que implica que los magistrados expidan su resolución que resuelve la controversia, de forma clara, lógica, dotada de razonabilidad, y cuál ha sido el proceso que se ha desarrollado a efectos de llegar a la solución del problema jurídico que se ha planteado ante las

instancias jurisdiccionales. En el mismo sentido, es necesario resaltar que, la debida motivación implica la obligación de que la decisión judicial se sustente en la fundamentación tanto fáctica, como jurídica, que exista congruencia, entre las pretensiones cuyo amparo judicial se solicita y lo finalmente otorgado y que en general exista justificación de la decisión que se adopta.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (Eto, 2011, p. 294)

La motivación de las resoluciones judiciales, es un principio de orden constitucional, que implica la exigencia al magistrado a realizar una fundamentación con coherencia de las decisiones judiciales que adopte. Se puede conceptualizar también como un elemento que controla la razonabilidad al momento de administrar justicia, que garantiza el Estado de Derecho de los justiciables, elemento diferenciador de un Estado democrático. La debida motivación de las resoluciones es una garantía otorgada al justiciable, con el fin de evitar la arbitrariedad en la actuación

judicial. El debido proceso, derecho continente de la debida motivación, implica que haya una justificación tanto externa e interna de las decisiones jurisdiccionales, es decir que haya razones suficientemente coherentes, dotados de objetividad en la resolución. La motivación de las resoluciones judiciales: a) se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, b) es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, c) implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y d) la motivación de decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito.

La Corte Suprema, en la Casación 3290-2014-Lima, sostiene respecto al Derecho a la Debida Motivaciones se refiere a: *“La debida motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber-derecho de las decisiones judiciales. Es un deber porque vincula ineludiblemente a los órganos jurisdiccionales y es un derecho porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de ejercer la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Por ello, se puede decir que estamos ante una debida motivación cuando ésta presenta una argumentación que expresa las justificaciones internas y externas de la decisión.”*

Desde el punto de vista de la lógica, la motivación para ser lógica, debe responder a las referidas leyes que presiden el entendimiento humano. Deberá tener, por lo tanto, las siguientes características: 1)

debe ser coherente, es decir, constituida por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí, formulados sin violar los principios de identidad, de contradicción y del tercero excluido, para ello deben ser congruentes, no contradictorias e inequívocas.

2) la motivación debe ser derivada, es decir, debe respetar el principio de razón suficiente, para lo cual el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en base a ellas se haya determinado, a la vez que de los principios de la psicología y de la experiencia común. 3) Finalmente, la motivación debe ser adecuada a las normas de la psicología y la experiencia común.

(De la Rúa, 1968, p. 180)

El Tribunal Constitucional, en el 08125-2005-PHC/TC, en el fundamento 11, ha esgrimido: *“Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. “La exigencia –dice este Tribunal– de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con*

la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.”

El contenido del Derecho al Debido proceso, que goza de protección constitucional, comprende a su vez, como ya se dijo, un conjunto de garantías, ya sean formales y materiales, que hacen que y una persona que se encuentre en un proceso o procedimiento, tengan la garantía de que haya respeto y protección de sus derechos que pudieran estar comprendidos. Así, Eto (2011) refiere: “la mejor garantía para que las partes en un proceso judicial ejerzan control adecuado de los actos jurisdiccionales a través de la impugnación es que estas resoluciones contengan los fundamentos de hechos y de derecho pertinentes.” (p.56)

Ahora, una de esas garantías es el derecho a la debida motivación de las resoluciones, lo que no es más que la obligación de los jueces de expresar las justificaciones que lo llevan a emitir una decisión específica, de acuerdo al caso que los ocupe. Estas justificaciones, tienen sus orígenes en los fundamentos fácticos que hayan sido debidamente acreditados en el transcurso del proceso judicial y las normas aplicables al caso concreto. Es importante mencionar que, exigir la Tutela del Derecho a la Debida motivación de las resoluciones judiciales ante el Tribunal Constitucional, no debe implicar volver a valorar cuestiones de fondo que ya han sido dilucidadas en la justicia ordinaria. Por ello, cuando se hace un análisis de si

en un determinado proceso se ha vulnerado o no la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales, deben ser a partir de los propios fundamentos que se han expuesto en la resolución materia de controversia, siendo que, los medios de prueba del proceso y demás piezas procesales, no pueden ser objetos de reexamen y valoración, solo pueden ser analizadas para verificar las razones expuestas en la resolución de las que se ha expuesto que se ha violentado el derecho a la debida motivación.

A modo de conclusión, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía constitucional de las que goza el justiciable a efectos de prevenir la arbitrariedad judicial y que la justificación de las resoluciones que se emanen de un proceso no se encuentre sustentadas en el mero capricho de los magistrados, sino que la justificación tenga necesariamente que ser de los hechos acreditados, el ordenamiento jurídico y la objetividad. Empero, no todo ni cualquier error en los que pudiera incurrir una resolución constituye automáticamente la vulneración del contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

En su interpretación, respecto a lo que contiene esta garantía constitucionalmente protegida, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una tipología de supuestos es los que se ha visto vulnerado el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues en el Expediente 03943-2006- PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las hipótesis de vulneración, que a continuación procederemos a desarrollar.

f.1. Inexistencia de motivación o motivación aparente de las resoluciones judiciales

Cuando en una resolución judicial, la motivación es inexistente o aparente, es evidente la vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues no se exponen las razones mínimas por las que se adoptaron determinadas decisiones, o porque no se han dado respuesta a los fundamentos esgrimidos por las parte del procesos, o porque de alguna forma si bien se pretender dar el cumplimiento formal al mandato, se utilizan frase que carecen de sustentos fácticos y jurídicos.

“Esta fuera de toda duda que se violar el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente (...), en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las aleaciones de las partes del proceso (...).” (Zumaeta, 2015, p.295)

f.2. Falta de motivación interna del razonamiento

Este tipo de infracción al Derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales , implica la ausencia de una debida motivación interna del razonamiento, es decir, la existencia de defectos internos de la motivación, el mismo que se presenta con una doble connotación, pues de una lado, el juez no realiza una inferencia de las premisas que previamente a establecido para justificar su decisiones; y, de otro lado, la existencia de un

discurso confuso, carente de transmisión de forma coherente de las razones en las que se ha fundamentado la decisión de juzgador, es decir existe una incoherencia narrativa. En este tipo de infracción, lo que se trata es de establecer la protección constitucional del derecho a la debida motivación, realizando un control de los fundamentos de la decisión emitida en el proceso judicial; ya sea desde el análisis de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

f.3. Deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas

Este tipo de infracción al derecho que estamos analizando, se materializa debido a la carencia de análisis y confrontación las premisas del magistrado respecto a la validez fáctica o jurídica. A efectos de controlar la motivación, de parte, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico interno, del Juez Constitucional, cuando se de este tipo de vulneración, que generalmente sucede en casos complejos, es decir en aquellos, en los que hay dificultad respecto a los medios de prueba o la interpretación y aplicación de la normativa.

La motivación se presenta en este caso, como una garantía para validar las premisas de las que parte del juez o el Tribunal en sus decisiones. Si un juez , al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de una daño; 2)

luego, ha llegado la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X”, en tal supuesto, entonces, estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. (Zumaeta, 2015, p.296)

Controlar la justificación de las premisas, marcando un espacio diferenciador del control de la motivación interna, permite la posibilidad de identificar la inexistencia de corrección lógica de los fundamentos del juez, es decir, da la posibilidad de identificar las razones que argumentan las premisas en las que ha fundamentado su decisión. Este tipo de control, resulta trascendental e implica la obligación del juez a un análisis exhaustivo, y por ende a una fundamentación motivada de su decisión y no dejarse guiar meramente por la simple lógica formal, lo que garantiza al justiciable el derecho a valorar la justicia y razonabilidad de una decisión judicial, teniendo en cuenta su repercusión en la sociedad.

f.4. Motivación insuficiente

Este tipo de infracción, se refiere, al mínimo de motivación que le es exigible a los magistrados, en razón a los fundamentos fácticos y jurídicos relevantes para las decisiones. En términos generales, máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, ha establecido, que no se trata de que el juez responda a cada una de las pretensiones que se ha planteado en el proceso, pues esta insuficiencia solo será relevante, teniendo en cuenta la perspectiva constitucional, si es que la insuficiencia de fundamentos se manifiesta a la luz de lo que se ha decidido.

f.5. Motivación sustancialmente incongruente

Como ya lo hemos expuesto, el Derecho a la debida motivación le impone a los magistrados el deber de resolver las pretensiones de los justiciables, de forma congruente, teniendo en cuenta las pretensiones planteadas por las partes, sin incurrir, en algún tipo de desviación que impliquen la modificación o alteración de alguna forma del debate procesal; básicamente hace referencia a la congruencia de las resoluciones, entre lo que se pide y finalmente se otorga a los justiciables.

g. Motivaciones calificadas

El Tribunal Constitucional, en el expediente 0728-2008-PHC/TC, en su fundamento número siete, ha señalado que resulta una justificación

estrictamente especial, en caso se haya tomado la decisión de rechazar liminarmente la demandada o, por ejemplo, sentencias trascendentales, en la que el fallo judicial implique la pérdida de Derechos Fundamentales, como el Derecho a la libertad. En ese caso, existe un doble mandato de motivación de sentencia, pues la justificación está relacionada al propio derecho que fundamente la decisión y el derecho que el Juez o Tribunal está restringiendo.

h. Vulneración del principio de progresividad de la seguridad social en el cálculo de los subsidios de los trabajadores del régimen pesquero

Nuestra Constitución Política, establece en el artículo 10º, el derecho a la Seguridad Social. En específico, prescribe lo siguiente: *“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”*. En relación con el contenido de este derecho, el Tribunal Constitucional reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental. Al respecto ha dejado establecido: *“[...] el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos’, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado [Sentencia 0008-1996-PI/TC, fundamento 10]”*.

Asimismo, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el artículo 2.1° establece que: “[...] *cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*” (El énfasis es nuestro).

Por su parte, el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que: “Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (El énfasis es nuestro).

En ese sentido, debe tenerse presente que el concepto de progresividad constituye un concepto netamente objetivo y no subjetivo, razón por la cual examinar eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado no pueden ser analizadas a la luz de un grupo de personas de la

situación que afronta el Estado en alguna materia; sin embargo, en el presente caso, nos estamos refiriendo a todo un sector, del que el estado no ha previsto su protección.

i. Restricción al derecho universal de las personas a la seguridad social

El Derecho a la seguridad social, no solo se ha recogido en nuestra constitución, sino también goza de una protección supranacional, pues se encuentra reconocido en múltiples instrumentos de Derechos Humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Universal de Derechos Humanos y es fundamental para garantizar una vida digna., en nuestro caso, de los trabajadores.

A mayor abundamiento, la seguridad social es un Derecho Humano fundamental, un elemento fundamental y esencial para hacer un alto a la discriminación, así mismo tiene una connotación social, que contribuye a la inclusión social, a la reducción de la pobreza y garantiza la seguridad de obtener ingresos y el apoyo en todas las etapas de la vida de sus ciudadanos, prestando especial protección a los más desfavorecidos.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha enumerado los aspectos esenciales del derecho a la seguridad social en todas las situaciones, las que va como sigue:

- **Disponibilidad:** es necesario que la legislación interna contemple un sistema de seguridad social para garantizar que las prestaciones se administran y supervisan eficazmente.
- **Nivel suficiente:** las prestaciones, ya sean en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan ejercer sus derechos a la protección y asistencia familiar, a un nivel de vida adecuado y a la atención de salud.
- **Asequibilidad:** los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.
- **Accesibilidad:** todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación. Las prestaciones también deben ser accesibles.

i.1. Vulnerabilidad jurídica y económica del trabajador

A lo largo de la historia, la vulnerabilidad del trabajador se ha materializado como el incumplimiento de los derechos del trabajador, que, dentro de la relación laboral, se encuentra en evidente desventaja frente a su empleador, pero no solo implica el incumplimiento, sino también, se ha visto reflejado en las condiciones precarias en las que algunas personas desarrollan sus labores. Empero, la vulnerabilidad no solo tiene que ver con lo

anteriormente mencionado, sino también con los aspectos sociales que rodean al trabajador, es decir se ve reflejado dentro de los problemas de pobreza y desigualdad de casa Estado, en tanto, el mercado laboral, está ligado estrechamente a los modelos económicos y sociales, y a los ordenamientos jurídicos internos de cada gobierno.

En ese contexto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dio a conocer en 1999 la primera iniciativa de trabajo decente, el cual se consideró como una de las herramientas fundamentales para la erradicación de la pobreza, donde los países deben tomar en cuenta cuatro objetivos estratégicos: creación de empleo, cumplimiento de los derechos de los trabajadores, protección social y fomento del diálogo social.

A efectos de mejorar las condiciones en las que desarrollan sus labores, existen agendas de políticas públicas, que materialicen los principios del trabajo, decente, en lo que se tome en cuenta la vulnerabilidad de los trabajadores, y para esto, se vio la necesidad de primero, tener claro, la situación del mercado laboral del país, que refleje la vulnerabilidad de los trabajadores en ese mercado laboral.

Así las cosas, existen algunas propuestas a efectos de establecer las condiciones del mercado laboral de los Estados, y la creación de índices de trabajo en condiciones decentes que se han adaptado

en los ordenamientos jurídicos internos en conjunto con las regulaciones internacionales.

La vulnerabilidad de los trabajadores, y de las acciones que se han realizado para contrarrestar, se habla de protección social, que no es más que el derecho de los trabajadores a conservar su salud, a tener un sistema de pensiones, y alguna protección en caso de desempleo, pues se trata de medidas que pueda salvaguardar la integridad contra la vulnerabilidad y sucesos imprevistos. La seguridad social, reconocida en cada ordenamiento jurídico interno, permite la posibilidad de proveer recursos a los trabajadores en caso de desempleo, enfermedad, accidentes laborales, que es el caso que nos ocupa, vejez, pérdida de los medios de subsistencia, entre otros (OIT, 2012).

2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

- a. Subsidio por incapacidad temporal: prestación económica destinada a compensar la pérdida de ingresos del trabajador que, por enfermedad o accidente, no puede laborar; en tu tesis se enfatiza su carácter resarcitorio.
- b. Seguridad social: derecho constitucional que protege a la persona frente a contingencias que afecten su capacidad de trabajo y busca elevar su calidad de vida.
- c. Contrato intermitente: modalidad contractual para actividades permanentes pero discontinuas; en el régimen pesquero se justifica por las épocas de veda y la suspensión de labores.

- d. Trabajador pesquero: persona que presta servicios en una actividad catalogada como de riesgo y cuya labor puede interrumpirse por causas propias de la actividad, como la veda.
- e. Meses efectivamente laborados: periodo real en el que el trabajador prestó servicios y percibió remuneración; en tu investigación es la base que debería emplearse para calcular el subsidio.
- f. Contingencia: hecho o acontecimiento que afecta la salud o la capacidad de trabajo del asegurado y que da lugar a la protección de la seguridad social.
- g. Incapacidad temporal: impedimento transitorio que sufre el trabajador para realizar sus labores a causa de enfermedad o accidente, con derecho a prestaciones económicas y asistenciales.
- h. Remuneración: contraprestación económica que el trabajador recibe por su labor; en el régimen pesquero depende del tiempo efectivamente trabajado y de conceptos sociales vinculados a ese periodo.
- i. Veda: periodo de suspensión oficial de la actividad de pesca que explica la discontinuidad laboral de los trabajadores del sector.
- j. Principio pro homine: principio rector de carácter interpretativo que obliga a preferir la norma o lectura que más favorezca a la persona y la protección de sus derechos.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. DE ACUERDO AL ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

“Esta investigación se orienta a la descripción y comprensión de un hecho que, en contraste con un enfoque cuantitativo, se orienta a la predicción y el control”

(Aranzamendi, 2015, p. 42).

En la presente investigación se hizo uso del enfoque cualitativo, en razón a ello, este estudio se orientó a describir y analizar la posición del carácter problemático referente a la forma del cálculo de subsidios por incapacidad en base a los 12 meses calendarios en los trabajadores del régimen pesquero sujeto a contrato intermitente, en las sentencias laborales emitidas en las judicaturas pertenecientes al Módulo Corporativo Laboral del Distrito Judicial del Santa.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. Según su aplicabilidad- básica

“Este tipo de investigación está enfocada a descubrir las leyes o principios básicos, para analizar los conceptos de una ciencia, examinándola como el punto de partida para estudiar fenómenos o hechos” (Escudero, 2018, p.19). La presente consistió en demostrar cómo se realiza actualmente el cálculo de subsidios del trabajador con incapacidad temporal, del régimen pesquero sujeto a un contrato intermitente y que se aplican también en las judicaturas de nuestro distrito judicial; sin embargo, el análisis se limita a la dogmática laboral, en tanto, la pretensión directa de la presente investigación no es vincular a los magistrados de este Distrito Judicial a adoptar los criterios descritos en la presente investigación respecto a la forma del cálculo del subsidio, en cuanto al ser un trabajador del régimen pesquero sujeto a contrato intermitente se debe realizar en base a los meses efectivamente laborados, sino su objetivo es formular nuevos conocimientos o reformar los principios teóricos ya existentes.

3.2.2. Según su profundidad- descriptiva

Tantaleán (2015) refiere que: "(...) se enfoca en manifestar las características del fenómeno en evaluación. (...) está orientado al conocimiento de la realidad como tal y la forma en la que se desenvuelve en una situación espacio temporal, por el cual, se habla de descripción (p.6). "

Mediante la presente se pretendió poner en conocimiento el concepto de subsidios, su naturaleza jurídica, la incapacidad temporal, el régimen pesquero, el contrato intermitente al que está sujeto el trabajador de este régimen, asimismo el análisis de la Ley N° 26790, su aplicación e interpretación realizada en las sentencias laborales de los años 2018 a 2022 emitidas en uno de los distritos judiciales del Perú, la Corte del Santa.

3.2.3. De acuerdo a su enfoque- cualitativa

La investigación cualitativa se orienta a identificar las cualidades, rasgos y elementos esenciales de un fenómeno con el propósito de reconstruir la realidad analizada por el investigador, valiéndose de diversas técnicas de recopilación de información. En esta investigación se optó por dicho enfoque, ya que nos enfocamos en extraer las descripciones luego de analizar la realidad estudiada (el cálculo de los subsidios)

3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

3.3.1. Método de investigación general

a. Método inductivo

Para realizar la investigación que nos ocupa, utilizamos este método, cuya utilización resulta bastante frecuente en las investigaciones de carácter cualitativas. Según Aranzamendi (2015) señala: "El referido método implica un análisis ordenado, coherente y lógico del problema de investigación, esto a partir de premisas verdaderas. Las conclusiones deben guardar relación con sus premisas, como el todo lo está con las partes, a partir de verdades particulares construye verdades generales" (p. 117).

Indudablemente empleamos el señalado método, puesto que luego de analizar la doctrina, las sentencias laborales referidas anteriormente, respecto a los criterios utilizados y adoptados por los magistrados sobre el cálculo de los subsidios por incapacidad en los trabajadores pesqueros con contratos sujetos a modalidad intermitente, arribamos a los resultados; así como las conclusiones que finalmente configuran los datos obtenidos de manera general.

b. Método analítico

Aranzamendi (2015) en relación a este método nos explicaba que el objetivo de realizar el análisis se alcanza través de la inducción, por tanto, no solo es necesario abstraer, sino que además se tiene que realizar la comparación, de tal forma que la conclusión abarque el inicio, su causa, la ley, y la esencia.

De esta forma, se descompuso los subsidios, su naturaleza jurídica, la comparación con otras instituciones jurídicas, régimen pesquero y contratos intermitentes, y así concluimos la forma del cálculo de subsidios por incapacidad sufridas por los trabajadores sujetos a este régimen.

3.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN APLICADOS AL DERECHO

3.4.1. Método Dogmático

Ramírez (2010), señala que este método es meramente conceptualista, por lo que comprende el problema jurídico desde lo estrictamente formal, por lo que los elementos fácticos o reales quedan excluidos; asimismo, todo aquello relacionado con la institución jurídica (p.513).

Mediante este método comprendimos la doctrina laboral, las teorías desarrolladas en esta área sobre el cálculo del subsidio por incapacidad temporal, las características, su naturaleza jurídica, el régimen pesquero y los contratos de intermitencia. Asimismo, nos permitió analizar nuestro problema desde un punto de vista formalista.

3.4.2. Método Hermenéutico :

Mediante este método se pretende el análisis de la norma, excluyendo la modificación de los códigos y las leyes, se pretende ¹⁶ la correcta aplicación de las normas jurídicas, estableciendo ^{el} sentido y alcance de las mismas, siendo las normas una sección de la legalidad, dándole la hermenéutica alcance y sentido (Ramírez, 2010).

Este método se empleó en la presente, de tal manera que realizar la interpretación de la doctrina, textos ³² de las normas y las resoluciones

judiciales laborales en materia del cálculo de subsidios solicitados por los trabajadores con incapacidad temporal pertenecientes al sector pesquero y que cuenten con contrato modal de intermitencia emitidas en por los despachos judiciales del Módulo Laboral del Santa, se realizó a través de un análisis textual, con la finalidad de dilucidar la interpretación correcta respecto al cálculo de subsidios, realizando el examen y análisis de la ley N° 26790 , así como la naturaleza de la referida prestación.

3.4.3. Método descriptivo

Mediante este método, analizamos las variables de estudio descomponiéndolo, a fin de examinar detalladamente, describiendo las características, naturaleza de los subsidios, de esta forma determinar la forma del cálculo de los subsidios de los dependientes descritos en los puntos precedentes.

En ese sentido Sánchez (1998) manifiesta que a través de este método se toma conocimiento de la esencia de un hecho, con la finalidad de describir cómo presentan sus características y condiciones a medida que dure el estudio.

3.5. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El método exegético se fundamenta en el análisis literal y gramatical de la norma jurídica para desentrañar su sentido original (Coloma, 2022). En este estudio, se empleará dicha metodología con el propósito de examinar e interpretar detalladamente el articulado de los dispositivos legales previamente normados.

3.6. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.6.1. Diseño descriptivo simple

Este diseño tiene tendencia a realizar un análisis de las partes y los rasgos fundamentales de los fenómenos fácticos o formales del Derecho. Así, el aspecto formal comprende entes ideales, siendo la lógica deductiva su método y sus enunciados de carácter analítico. La información resultante es una descripción que explica el problema, trayendo como resultado conocimiento anticipado sobre el problema que se ocupa en la investigación (Arizmendi, 2015).

El presente estudio trató la problemática de la base aceptada en nuestro ordenamiento jurídico para la realización del cálculo de los subsidios de los dependientes que tengan periodos de incapacidad sujetos al régimen pesquero con contratos de intermitencia, el análisis de las sentencias en materia laboral sobre la referida problemática, y los criterios adoptados por los magistrados del **Distrito Judicial del Santa, a fin de evidenciar** que existe un perjuicio económico al calcular los subsidios tomando en cuenta lo establecido en Ley de Modernización de la Seguridad Social en la Salud. Este diseño de investigación permitió estudiar cómo es y la manifestación de este hecho, jurídicamente relevante y sus componentes.

3.7. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.7.1. Población

Procesos de cálculo de subsidios de trabajadores pesqueros por incapacidad y que el cálculo se haya hecho sin tener en cuenta los meses efectivamente laborados.

3.7.2. Muestra

6 expedientes en el que se hayan emitido sentencias por los Juzgados Especializados y por las Salas en materia laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa comprendidas entre los años 2018-2022.

EXPEDIENTES
01092-2021-0-2501-JR-LA-05
01946-2020-0-2501-JR-LA-08
00169-2020-0-2501-JR-LA-02
03130-2018-0-2501-JR-LA-01
02610-2018-0-2501-JR-LA-05
01677-2018-0-2501-JR-LA-02

3.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.9.1. Técnicas

a. Ficha:

“El investigador, para su aprendizaje de un determinado objeto requiere, hacer uso de la Técnica del fichaje, elaborada en una tarjeta que sirve para anotar las recopilaciones (...)” (Ramos, 2007, p.68).

Con esta técnica, alcanzamos a seleccionar los datos sumamente importantes y esenciales para el estudio que nos ocupa. En la presente se utilizó esta técnica, con el objetivo de poder recopilar datos relevantes de la totalidad de material en relación al cual se efectuó la revisión, y lograr con ello la consulta de la fuente más recomendada, lo cual será necesario para la planificación, preparación del marco teórico de la investigación y posterior a ello, elaborar el informe final de nuestra indagación.

b. El estudio de casos:

Esta técnica lo que nos permitió es la obtención de obtener datos, lo que se logra a partir del estudio de las muestras, las cuales serán las sentencias, resoluciones judiciales expedidas en la Corte Superior, pertenecientes a nuestra localidad, en materia de subsidios otorgados por incapacidad en los trabajadores del régimen de la pesca sujetos a contratos de intermitencia, identificando a partir de

los criterios utilizados por los magistrados, la necesidad de plantear y desarrollar la presente investigación.

En opinión de Zelayaran (2002), refiere que: "En la investigación jurídica pueden tomarse como estudio de casos, los expedientes judiciales que versan sobre diversas cuestiones. Esta técnica encierra la idea de tipicidad o representatividad de todos los casos inmersos en el universo social general, de modo que las generalizaciones que se obtengan mediante el análisis individual de los casos, deben considerarse valederos para todos los demás casos" (p.130).

En tal sentido,¹⁷ de la revisión del presente proyecto, se advierte que hemos utilizado la referida técnica.

c. Técnica de acopio documental

Mediante la referida técnica conseguimos hallar información doctrinal, informativa y jurisprudencial respecto a la forma del cálculo de los subsidios por incapacidad temporal en los trabajadores del régimen pesquero sujeto a contrato intermitente, recurriendo para ello a las diversas bibliotecas físicas y virtuales a la que tenemos acceso.

La técnica aplicada, se define según Ramos (2018) como "la recolección de datos de investigación que tiene por finalidad obtener datos e información (...) para ser utilizados dentro de una investigación" (p.58).

d. Técnica de análisis documental

"El análisis del contenido documental es una técnica que permite sistematizar y comprender cualquier tipo de información acumulado (documentos escritos, films, grabaciones, etc.) en datos, respuestas o valores que permitan entender las variables del problema de estudio". (Castro, 2016, p. 98)

A partir de lo esbozado, nosotros utilizamos esta técnica en nuestra investigación para realizar un profundo análisis de la información secundaria referente a la legislación, la doctrina, la jurisprudencia relevante al cálculo de los subsidios, su naturaleza, los trabajadores del régimen pesquero sujetos a contratos de intermitencia y su naturaleza jurídica.

3.9.2. Instrumentos

a. Ficha textual:

Para la presente investigación utilizamos este instrumento para elaborar, y construir el marco teórico y la demás argumentación jurídica. Su objetivo fue fundamentar nuestra posición respecto a la forma en cómo se realiza el cálculo de los subsidios por el periodo de incapacidad de la persona que labora y que pertenece al régimen que se encarga de la extracción de especies marinas, es decir, pesquero; sujeto a contrato intermitente, de lo contrario, nuestra posición carecería de motivación doctrinaria, lo cual no es característico de un trabajo de investigación; asimismo, es importante resaltar que las fichas textuales están en acorde con las

normas APA de séptima edición, en concordancia con Ramos (2018) que refiere que “este tipo de ficha se utiliza para colocar el texto original, siempre entre comillas” (p.6).

b. Fichas de lista de textos empleados:

Ramos (2018) refiere que el fichaje de textos empleados, se orienta a registrar el sitio en el que se encontró el material que se utilizará en la investigación.

Utilizamos este tipo de fichas para recolectar información con contenido relevante y valioso para nuestra investigación, transcribiendo la información con los datos pertinentes de los libros respecto al objeto materia de estudio de la indagación que nos ocupa.

c. Ficha de resumen:

En nuestra investigación se utilizó el referido instrumento para realizar un resumen de ideas y conceptos que son considerados relevantes para nuestra investigación, lo cual se extraerá de un texto de mayor amplitud, parafraseando las ideas del autor.

De esta forma, Ramos (2018) refiere que, la finalidad sustantiva de estas fichas, es sustraer las principales ideas del texto analizado, utilizando similares términos, combinándolas o parafraseándolas, pero sin cambiar sustancialmente el contenido de lo que el autor quiso expresar.

d. Guía de análisis de casos:

Al respecto, Zelayaran (2002) sostiene que, este estudio acepta la edificación de consideraciones globales a partir de algo en particular; asimismo, le dota de conocimiento general a partir del estudio de un caso concreto, dado que trabajar con cuestiones de la realidad, concretas y tangibles, proporcionando una ampliación del conocimiento y la acepción de conceptos.

Mediante este instrumento procederemos a obtener datos sumamente importantes, las cuales se encuentran desarrolladas en las resoluciones judiciales, en este caso sentencias, de primera y segunda instancia, que reflejan los criterios adoptados por los magistrados en materia laboral pertenecientes a la Corte Superior de nuestra localidad, todo ello con el propósito de realizar un análisis ulterior de los datos recabados, para su posterior introducción al presente trabajo.

**¹
e. Bitácora de análisis:**

En el devenir y desarrollo de la presente investigación, se utilizó el mencionado instrumento para seleccionar las anotaciones relevantes sobre el estudio de las variables, así como las opiniones de versados en la materia, a fin de orientar nuestra investigación en concordancia con la hipótesis planteada, siendo necesario realizar las anotaciones de la situación de las variables contenidas en la presente.

4. TÉCNICAS DE ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. Análisis documental de datos

"Implica la recolección y manejo de información cuya fuente reposa en archivos formales respecto de los cuales el investigador no tiene control (...), cuya fuente se remite a un arsenal de archivos que se encuentran fuera del control del investigador" (Solís, 2001, p. 104).

Respecto a esto, lo que se pretende es recopilar información tan relevante, por lo que lo primero es que sea explorada, a fin de descubrir la esencia de los puntos recolectados en la revisión del material consultado, ya sea de manera física o virtual. Esta técnica le confiere significación a la averiguación, a efectos de interpretar, criticar y explicarla información obtenida, todo ello en torno a la problemática que nos ocupa y los objetivos propuestos; de la misma manera, nos posibilitará organizar los puntos y la dispersión de los temas a tratar en cada capítulo, procurando los datos no solo sean meramente incorporados al marco teórico, sino velando que estos se procesen y posterior a ello, sean incorporados en la presente pesquisa que nos ocupa, de acuerdo a la utilidad para con los objetivos planteados.

4.2. Técnica de corte y clasificación

"Con esta técnica se trata de identificar expresiones, pasajes o segmentos que le parecen relevantes al planteamiento, para luego juntarlos conceptualmente (...) Hay diversas técnicas para ello. La más extendida es el método de comparación constante" (Solís, 2001, p. 139). A través de la utilización de esta técnica, se pretende obtener información altamente relevante que

contribuirá a sostener nuestra hipótesis; asimismo, analizar ampliamente la referida información hallada permitirá reconocer las ideas centrales y esenciales de la investigación que nos ocupa, todo ello será sumamente importante para la planificación, elaboración y desarrollo de nuestro marco teórico.

CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIONES

4.1. Resultados

4.1.1. Guía de análisis de casos

Tabla 1: Análisis del expediente N° 01092-2021-0-2501-JR-LA-05

I. DATOS GENERALES	Expediente	01092-2021-0-2501-JR-LA-05
	Demandante	JORGE COLOMBINO LOPEZ BARRENA
	Demandado	PESQUERA HUMACARE La demanda versa sobre pago de subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo, debido a que, con fecha 26 de agosto del 2019 el médico oncológico del Hospital Virgen de la Puerta de Essalud Trujillo, le diagnostica cáncer de próstata, recibiendo radioterapias en noviembre y diciembre de 2019 y tratamiento ambulatorio hasta la fecha, y como consecuencia de dicha enfermedad su médico tratante le otorgó descansos médicos ininterrumpidos. Reconoce que su empleador le canceló los primeros veinte días de incapacidad temporal para el trabajo, sin
II. ANTECEDENTES	DEMANDA	

		embargo, no cumplió con el pago de los subsidios de 340 días de incapacidad temporal para el trabajo. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PESQUERA HUMACARE S.A.. El período de contingencia señalado en los certificados de incapacidad temporal, deben ser concordantes con la temporada de faena de pesca efectiva, de lo contrario, la prestación solicitada deviene en impropcedente. Para el caso del subsidio por el plazo comprendido desde el 15 de septiembre del 2019 al 24 de octubre del 2019 se verificó que por dicho período el demandante no contaba con arribos donde se evidencie que participó en faenas de pesca, lo mismo que en el período que data desde el 25 de octubre hasta el 23 de diciembre de 2019, ello debido a que en dichos periodos ya se había presentado la veda, situación que propició la desestimación de las prestaciones económicas solicitadas al tratarse, además, de una discapacidad no padecida en faena. El cómputo de los últimos doce meses anteriores a la contingencia favorece a los
--	--	---

			trabajadores regulares; sin embargo, en este caso nos encontramos frente a trabajadores pesqueros, donde el cálculo es pertinente respecto a los cuatro meses anteriores de ocurrida la contingencia; entre otros fundamentos que expone.
III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	FALLOS Y CONSIDERANDO RELEVANTES	Respecto los argumentos expuestos por la demandante, en el considerando OCTAVO se indica: <i>“Cabe resaltar que los subsidios permiten suplir aquellos ingresos del trabajador cuando presta servicios, siendo éste el principal objetivo, quedando obligado el empleador al pago de aquellas cantidades de dinero que el trabajador deja de percibir por encontrarse imposibilitado para trabajar; incluso en los días de veda, permitir lo contrario implicaría desproteger al trabajador poniendo en riesgo no solamente su salud sino también su propia vida.”</i> Respecto al cálculo de los subsidios, en el considerando DÉCIMO QUINTO, el A quo argumenta: <i>“Estando a nuevo procedimiento legal establecido en el Decreto Supremo N° 013-2019-TR, que aprueba el Reglamento de</i>	

		Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social de Salud , es el empleador quien debe asumir la responsabilidad del pago de subsidio con cargo a reembolso, conforme lo dispone el artículo 17º de la norma antes acotada, por lo que, estando a las copias de certificados de incapacidad temporal para el trabajo emitido por ESSALUD (...) se advierte que el actor tuvo un total de 360 días de incapacidad temporal, periodo no cuestionado por la demandada, debiéndose tener como días de incapacidad un total de 340 días, en atención, al límite máximo establecido en el acápite a.3) del Artículo 12º de la Ley 26790 (...El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador; hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos.), motivo por el cual se procede a la liquidación del concepto reclamado con el siguiente detalle, teniendo en cuenta los pagos contenidos en las Boletas de Pago (...). Se RESUELVE: FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por JORGE COLOMBINO LOPEZ BARRENA contra PESQUERA HUMACARE SA, sobre PAGO DE SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL; en consecuencia, ORDENO que la demandada PESQUERA HUMACARE SA, cumpla con el pago
--	--	--

		de la suma de S/ 26,022.69 (VEINTISEIS MIL VEINTIDOS Y 69/100 SOLES) por dicho concepto, más los intereses legales y costas del proceso a liquidarse en ejecución de sentencia, fijándose como costos del proceso el 10% de todo concepto que se otorgue en el presente proceso más el 5% de esta última cantidad para el Colegio de Abogados del Santa.
IV. SENTENCIA DE VISTA	FALLOS Y CONSIDERANDOS RELEVANTES	Se resuelve: CONFIRMAR la sentencia contenida en la resolución número tres, de fecha 15 de julio del 2021, que declara fundada en parte la demanda interpuesta por Jorge Colombino López Barrera contra Pesquera Humacare S.A., sobre pago de subsidios por incapacidad temporal; en consecuencia, se ordena que la demandada cumpla con el pago de la suma de S/ 26,022.69 (VEINTISEIS MIL VEINTIDOS Y 69/100 SOLES), por dicho concepto, más los intereses legales y costas del proceso a liquidarse en ejecución de sentencia; fijándose como costos del proceso el 10% de todo concepto que se otorgue en el presente proceso, más el 5% de esta última cantidad para el Colegio de Abogados del Santa, confirmando el criterio aplicado por el juez de primera instancia, al indicar entre otros, que:

		“Que, en cuanto a la liquidación efectuada por el Juzgador, se verifica que ésta se ha realizado teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 12º de la Ley N° 26790 y 15 del Reglamento (citado en los considerandos supra); esto es, en base a los 12 últimos meses anteriores al suceso, conforme también ha sido establecido en el fundamento 3.2. de la Casación Laboral N° 12914-2013-DEL SANTA, en el que se indica lo siguiente: “3.2. En cuanto al subsidio por incapacidad temporal, los artículos 12 de la Ley N° 26790 y 15 del Reglamento, señalan que se otorgan en dinero... (...) Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia...”; por consiguiente, queda claro que el cálculo efectuado en la recurrida es acorde a la normativa legal establecida para estos casos; en tanto, se ha considerado el promedio diario por los días subsidiados; esto es, 340 días (los cuales no han sido materia de cuestionamiento por la demandada); siendo así, lo cuestionado por las partes en dicho extremo no resulta atendible.”
--	--	--

V. ANÁLISIS CRÍTICO

Ni en la sentencia emitida por el ¹² por el Quinto Juzgado Especializado Laboral, ni en la sentencia de vista expedida por la Sala Laboral Transitoria, ambas de la Corte Superior de Justicia del Santa; se ha realizado una debida motivación respecto a lo que el demandante solicitó en su escrito postulatorio; debido a que, para efectos del cálculo del monto de los subsidios, el artículo 12° de la Ley 26790 y el artículo 15° de su reglamento, aprobado por ¹³ Decreto Supremo N° 009-97, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud modificada por el Decreto Supremo N° 020-2006-TR, precisa que: "el subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendarios inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado". Es en virtud a ello que, en su demanda, el demandante presenta su liquidación tomando en cuenta, lo efectivamente percibido en los últimos doce meses; es decir de los últimos doce meses en los realizó laborales y percibió por ello remuneración, omitiendo que para su cálculo se considere los periodos de veda. Siendo así el juzgador de primera instancia, no responde a ese cuestionamiento o por lo menos no argumenta por qué no se tenía que realizar la liquidación conforme la demandante lo ha solicitado, muy por el contrario, de su liquidación realizada, se aprecia que, se le ha tomado en consideración desde junio del 2018, a julio del 2019, siendo que, a modos de ejemplo, para los meses de junio, julio, agosto, setiembre y octubre del 2018, se le ha considerado como remuneración 0 de lo que se entiende que durante ese periodo y por la naturaleza de su contratación, se encontraría en periodos de veda. No se aprecia de la referida sentencia, que haya un análisis de lo pretendido por el demandante. Así las cosas,

inconforme con lo resuelto, tanto la parte demandante, como la demandada, presentan recurso de apelación contra la sentencia de fecha quince de julio del dos mil veintiuno; por lo que, mediante sentencia de vista, la Sala Laboral Transitoria, confirmó la sentencia de primera instancia que declara fundada en parte la demanda interpuesta por Jorge Colombino López Barrera contra Pesquera Humacare SA, sobre pago de subsidios por incapacidad temporal; en consecuencia, ordena que la demandada Pesquera Humacare SA, cumpla con el pago de la suma de S/ 26,022.69 (veintiséis mil veintidós y 69/100 soles) por dicho concepto, más los intereses legales y costas del proceso a liquidarse en ejecución de sentencia, fijándose como costos del proceso el 10% de todo concepto que se otorgue en el presente proceso más el 5% de esta última cantidad para el Colegio de Abogados del Santa. Respecto a lo cuestionado por las partes, en dicha sentencia, en el extremo de la liquidación, en su considerando DÉCIMO PRIMERO, señala, que se ha realizado teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 12° de la Ley N° 26790 y 15 del Reglamento; sin embargo, no responde a los cuestionamientos realizados, solo lo hace someramente, no argumenta porque no podría realizarse la liquidación de subsidios por incapacidad reclamado, conforme lo ha solicitado el demandante.

Fuente: Corte Superior De Justicia Del Santa

Interpretación:

El ordenamiento jurídico vigente, establece que la forma del cálculo de los subsidios de los trabajadores del régimen pesquero sujetos a contratos de naturaleza intermitente es en base al promedio diario de los 12 meses calendarios inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, por lo que se considera meses en los cuales no hubo labor efectiva, producto de las épocas de veda. En ese sentido, el cálculo del promedio diario se reduce al considerarse meses en blanco, razón por la cual, el monto otorgado por conceptos de subsidios resulta irrisorio, no cumpliendo con la finalidad resarcitoria de los subsidios y vulnerando el derecho a la Seguridad Social, en cuanto a la protección frente a las contingencias que precise la Ley y para la elevación de la calidad de vida.

Tabla 2: Análisis del expediente N° 01677-2018-0-2501-JR-LA-02

I. DATOS GENERALES	Expediente	01677-2018-0-2501-JR-LA-02	
	Demandante	SANTOS MARTIN HORNA RISCO	
	Demandado	CFG INVESMENT	
II. ANTECEDENTES	DEMANDA	La demanda versa sobre reintegro de remuneraciones por los primeros 20 días de incapacidad desde el 16 de enero al 04 de febrero del 2017 y reintegro de subsidios por incapacidad temporal para el trabajo (accidente de trabajo) desde el 05 de febrero del 2017 al 10 de enero del 2018, haciendo un total de 360 días.	
	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	CFG INVESMENT	¹² La demandada, en su escrito de contestación de demanda refiere que el demandante tuvo diversos descansos médicos por los cuales se le otorgó incapacidad para el trabajo pagándole los primeros 20 días de remuneración. Respecto del vigésimo primer día de incapacidad temporal para el trabajo de cada contingencia, el pago de subsidio

			recae sobre Essalud que de acuerdo a lo estipulado por el artículo 14 del Acuerdo N.º 58-14-Essalud-2011, su representada efectuó el pago de subsidio correspondiente a los periodos de faenas de pesca, solicitando el reembolso correspondiente a Essalud, por lo que, de existir algún pago pendiente a favor de actor, deberá ser asumido por Essalud.
III. SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	DE FALLOS Y CONSIDERANDO RELEVANTES	Respecto a si se debe realizar el pago de los subsidios en época de veda, en el considerando OCTAVO se indica: “Sobre este punto, se debe indicar que nuestra Constitución Política del Estado señala en su artículo 7º referido a la seguridad social que: “Todos tienen derecho a la protección de la salud, la del medio familiar, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”; por lo cual no puede admitirse que por el hecho de no haberse efectuado labor en época de veda no le correspondería el pago de los	

		subsídios al actor, pues el subsidio es producto de la enfermedad o accidente acaecido y no puede considerarse que al no existir fuente de pesca no se le puede otorgar el pago de subsidio que es un derecho del trabajador de la actividad pesquera al sufrir una enfermedad o accidente y lo que se debe dilucidar es los días considerados para determinar el correcto monto que le corresponde al actor: en tal sentido, el argumento de la demandada que se sostiene que no se puede abonar subsidios en época de veda o suspensión temporal, no tiene sustento alguno, máxime si no ha acreditado tampoco que el demandante haya realizado otras labores o haber estado en la posibilidad de laborar en las épocas de veda, por el contrario el actor ha acreditado fehacientemente que durante las vedas se encontraba imposibilitado para el trabajo que hacen procedente se le reconozca los subsidios que reclama.” (resaltado nuestro) Respecto a la forma del cálculo, en el considerando NOVENO, el A quo argumenta: “En el presente caso la norma a la cual nos ceñimos, que viene a ser el inciso a.2. del artículo 12 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificada por la Ley N° 28791 prescribe de forma clara sin lugar a incertidumbre
--	--	--

	que <u>El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendaria inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia...</u> en tal razón, en el caso en concreto, de la revisión de las copias de las boletas de pago que obran de folios 03 a 47 y del CD presentado por la demandada, se aprecia que el actor percibió remuneraciones durante los últimos 12 meses anteriores a la contingencia, los cuales sirven de base de cálculo para la liquidación de las pretensiones demandadas; cabe mencionar que en autos existen tres pagos efectuados por descanso médico siendo un total de S/ 3,668.00 soles y cuatro pagos efectuados por subsidios por incapacidad temporal para el trabajo siendo un total de S/ 16 690.00 soles (ver boletas contenidas en el CD ROM de folios 142), monto que se deberá deducir en la liquidación respectiva por reintegro de subsidio por incapacidad." Se RESUELVE: FUNDADA en parte la demanda interpuesta por SANTOS MARTIN HORNA RISCO contra CFG INVESTMENT sobre PAGO DE REMUNERACIONES Y OTROS; en consecuencia ORDENO a la demandada cumplir con pagar al demandante en el plazo de CINCO DÍAS la suma ascendente a s/12 645.41 soles (DOCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO Y 41/100	
--	--	--

		SOLES) por reintegro de subsidios por incapacidad temporal para el trabajo del periodo del 5 de febrero de 2017 al 10 de enero de 2018, más intereses legales a liquidarse en ejecución de sentencia. Sin costa por no existir gasto alguno al respecto.
IV. SENTENCIA DE VISTA	FALLOS Y CONSIDERANDOS RELEVANTES	Se resuelve: CONFIRMAR la Sentencia, en el extremo que declara FUNDADA en parte la demanda sobre PAGO DE REMUNERACIONES Y OTROS; y MODIFIQUESE en cuanto al monto, en consecuencia, se ordena a la demandada cumplir con pagar al demandante en el plazo de CINCO DÍAS la suma ascendente a S/. 18,033.13 (DIECIOCHO MIL TREINTA Y TRES Y 13/100 SOLES), por reintegro de subsidios por incapacidad temporal para el trabajo del periodo del 5 de febrero de 2017 al 10 de enero de 2018, más intereses legales a liquidarse en ejecución de sentencia (...), confirmando el criterio aplicado por el juez de primera instancia, al indicar que: <i>“De otro lado, si bien en procesos similares anteriores, la suscrita, para el cálculo de los subsidios, ha aplicado el criterio previsto en la Casación N° 1157-2015-DEL SANTA, que entre otros</i>

		argumentos, estableció, que para el caso de trabajadores que desarrollaban actividades de riesgo resultaba contradictorio e injusto que teniendo derecho a la pensión, la determinación de su remuneración base para obtener el monto de la pensión se tenga en consideración los meses en blanco, esto es, en los que por naturaleza de las labores de pesca no trabajó y por lo tanto no percibió remuneración asegurable, excluyendo los periodos en que no tuvo remuneraciones asegurables; se advierte que las reglas contenidas en dicha casación establecen los parámetros propios para el cálculo de una pensión de invalidez, y no para el cálculo de subsidios; luego con las facultades previstas por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la suscrita se aparta del criterio contenido en decisiones anteriores, precisando que el cálculo de las remuneraciones así como de los subsidios se realizaran tomándose en cuenta lo previsto por el artículo 12° de la Ley 26790 en su acápite a.2), es decir, sobre la base del promedio de los doce meses calendarios anteriores a la fecha de la contingencia. "
--	--	--

V. ANÁLISIS CRÍTICO	En el presente proceso, teniendo en cuenta que en la investigación que nos ocupa, la controversia radica en establecer la forma del cálculo de los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo, de la revisión de la demanda se advierte que, respecto al cálculo, el demandante solicita la extrapolación del criterio de la Corte Suprema sobre el cálculo de la pensión a los trabajadores pesqueros al caso de subsidios, considerando que, estos deben calcularse en función a los meses o semanas efectivas de pesca que registra y no las doce últimas remuneraciones en donde no registra faena de pesca, lo que se conjuga con lo estipulado en el artículo 18.2 de las Normas Técnicas aprobadas por Decreto Supremo N° 003-98-SA; que señala: “Los montos de pensión serán calculados sobre el 100 % de la Remuneración mensual del asegurado, entendida como el promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro (...)”. Por lo que, el accionante sostiene que la pensión debe calcularse en base a los meses o días de labor efectiva y no considerando los doce meses calendarios a la fecha del accidente de trabajo, periodo dentro del cual existieron muchos meses sin haber realizado faena de pesca, porque la actividad pesquera, es aleatoria, discontinua y solo se pesca según la cuota y respetando la veda, por lo que debería ser aplicado también para el cálculo de los subsidios, de acuerdo a la Casación N° 1157-2015-DEL SANTA. Sin embargo, de la revisión de la sentencia de primera instancia se verifica que, no existe un pronunciamiento expreso de parte del juzgador respecto a la aplicación o no aplicación de la Casación N° 1157-2015-DEL SANTA, o porque podrían o no asimilar la forma del cálculo de la pensión por invalidez con la forma del cálculo de los subsidios por incapacidad, limitándose a señalar que el subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio de las
----------------------------	---

remuneraciones de los últimos doce meses calendarios inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, incurriendo claramente en una infracción al Debido Proceso por indebida motivación; siendo este un extremo de la apelación de la parte demandante, en virtud del cual, el superior jerárquico, si bien si se pronuncia respecto a este punto, indicando que en procesos similares anteriores, el juez unipersonal, para el cálculo de los subsidios ha aplicado el criterio establecido en la Casación N° 1157-2015-DEL SANTA, en la que adoptaba el criterio de que para el caso de trabajadores que desarrollaban actividades de riesgo resultaban contradictorio e injusto que teniendo derecho a la pensión, la determinación de su remuneración base para obtener el monto de la pensión se considere los meses en blanco, por la naturaleza de sus labores y esta se aplicaba de forma similar al cálculo de subsidios por incapacidad; sin embargo, el juez, en virtud al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial se aparta de dicho criterio, indicando que, la citada casación señala que esa forma de cálculo es para la pensión, mas no para el cálculo de los subsidios, puesto que el cálculo de las remuneraciones así como de los subsidios se realizaran tomándose en cuenta lo previsto por el artículo 12° de la Ley 26790 en su acápite a.2), es decir, sobre la base del promedio de los doce meses calendarios anteriores a la fecha de la contingencia.

De lo cual, a nuestro parecer, nos resulta incongruente con lo solicitado, más aún si, el magistrado no explica cuál es el motivo del porque se aparta del criterio señalado en la Casación N° 1157-2015-DEL SANTA, resultando una vulneración al Debido Proceso, tanto más si en primera instancia no se pronuncian respecto a este extremo y lo hace recién en la segunda instancia, respondiendo a los argumentos de la apelación de la parte demandante.

Interpretación:

¹⁷ El artículo 64 del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece que los contratos de naturaleza intermitente son contratos modales de duración determinada, celebrado con el objeto de cubrir necesidades de las actividades de la empresa, que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas ⁷ en el tiempo, en tanto la actividad se ve interrumpida por factores propios de su naturaleza. Para la validez de los contratos intermitentes es fundamental que se establezca correctamente la causa objetiva de contratación. El régimen pesquero es una actividad de naturaleza intermitente, pues está sujeta a la suspensión perfecta de labores, debido a las épocas de veda decretadas por el Gobierno.

Tabla 3: Análisis del expediente N° 02610-2018-0-2501-JR-LA-05

I. DATOS GENERALES	Expediente	02610-2018-0-2501-JR-LA-05
	Demandante	CESAR VICTOR NAVARRO ROJAS
	Demandado	CORPORACIÓN PERQUERA INCA SAC La demanda versa sobre pago de subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo por los accidentes ocurridos el día 29 de marzo del 2017, siendo el periodo incapacidad del 29 de marzo del 2017 al 27 de abril del 2017 (30 días) y el día 31 de julio del 2017, siendo el periodo de incapacidad del 01 de agosto del 2017 al 15 de febrero del 2018 (199 días).
II. ANTECEDENTES	DEMANDA	
	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	La demandada, en su escrito de contestación de demanda refiere que LA OBLIGACION AL PAGO DE SUBSIDIOS RECAE SOBRE Essalud conforme lo determinado por la Ley N° 26790, los trabajadores pesqueros son asegurados regulares, asimismo, la no procedencia de pago de subsidios en periodos de veda, puesto que el subsidios por

		incapacidad temporal se otorga con el objeto de resarcir las pérdidas económicas que sufren los afiliados regulares en actividad, como consecuencia de una incapacidad temporal para el trabajo por el deterioro de la salud mientras dure la condición en, en tanto no realice trabajo remunerados, asimismo el pago con cargo a reembolso a Essalud; entre otros argumentos que se expone en su contestación de demanda.
III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	FALLOS Y CONSIDERANDO RELEVANTES	Respecto los argumentos expuestos por la demandante, en el considerando DÉCIMO TERCERO se indica: “ (...) de los medios probatorios presentados al proceso se tiene que don CÉSAR VÍCTOR NAVARRO ROJAS, se desempeñó como Tripulante (Cocinero) actividad que es considerada por el Decreto Supremo N° 003-98-SA como riesgosa, correspondiendo por tanto a la empleadora, como una de sus obligaciones que nace con motivo del contrato especial de trabajo pesquero, contratar el seguro complementario de trabajo de riesgo con el firme propósito de cubrir aquellas contingencias que se susciten en la ejecución del trabajo que por su propia naturaleza lleva consigo el riesgo de

producir un daño físico al trabajador; más si la labor desarrollada por el demandante no ha sido desvirtuada por la empleadora (quien además no cuestionó que se trata de un accidente de trabajo), y si bien no existe la acreditación que haya contratado con un tercero la cobertura del subsidio como una extensión a la cobertura de invalidez, el empleador asume el pago no solo de las remuneraciones sino del subsidio por el acuerdo de consejo directivo referido precedentemente."

Respecto al primer accidente y segundo accidente, en el considerando DÉCIMO QUINTO, el A quo argumenta:

"De la revisión del medio probatorio consistente en el certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo de folios 04, se verifica que el accionante contó con un primer periodo de incapacidad que culminó el 27 de abril de 2017; sin embargo, de la copia de la boleta de pago de folios 05 se desprende que la demandada canceló los conceptos de descansos médicos y subsidios por accidente de trabajo hasta la fecha 24 de abril de 2017, reconociendo la demandada en audiencia de juzgamiento (minuto 17'56'') que no se habría cancelado el subsidio por accidente de trabajo hasta el 27 de abril de 2017; en tal sentido, corresponde a la demandada cancelar la suma de S/1,593.00 Soles por los días 25, 26 y 27 de abril de

2017 en el concepto de subsidio por accidente por accidente de trabajo, cantidad que a decir de la demanda correspondería a los tres días de subsidios reclamados (minuto 08'03''), debiendo ampararse este extremo de la reclamación. "

Respecto al segundo accidente, en el considerando DÉCIMO SÉTIMO, el A quo argumenta:

"Resulta importante precisar que de la revisión de los **Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo** de folios 07 al 24, se tiene que por el segundo accidente de trabajo el demandante contó con 199 días de incapacidad; sin embargo en la audiencia de juzgamiento (minuto 10'13'') la parte demandante precisó que de los 199 días pretendidos deberán descontarse los primeros 20 días de descanso médico, teniendo en cuenta que lo que se solicita son subsidios; en tal sentido, se reclama el **reíntegro de subsidios por incapacidad temporal por el trabajo** en total de 179 días, de los cuales la parte demandada señala que existirían pagos por el concepto reclamado, contenidos en las **boletas de pago obrantes en el CD ROM de folios 81**, verificándose que de las boletas correspondientes a las semanas 35 de 2017 y semana 06 de 2018, existen pagos en las cantidades respectivas de S/.2,637.00 Soles y S/.7,887.00 Soles los mismos que deberán ser descontados,

procediéndose al cálculo de los subsidios pretendidos por este segundo accidente de trabajo (...).

Se RESUELVE:

FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por **CÉSAR VÍCTOR NAVARRO ROJAS**, contra **CORPORACIÓN PESQUERA INCA SAC**, sobre **REINTEGRO DE SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO**, en consecuencia, **ORDENO** a la demandada cumplir con pagar al actor la suma de **S/45,250.10 (CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y 10/100 SOLES)**, por la incapacidad temporal para el trabajo por los días 25, 26 y 27 de abril de 2017 y por el periodo comprendido desde el 01 de agosto de 2017 al 15 de febrero de 2018 (179 días), más los intereses legales, y costas del proceso. Fijándose como costos del proceso el 15% de todo concepto que se otorgue en el presente proceso más el 5% de esta última cantidad para el Colegio de Abogados del Santa.

IV. SENTENCIA DE VISTA	FALLOS Y CONSIDERANDOS RELEVANTES	11 Se resuelve: CONFIRMAR la sentencia contenida en la resolución número cuatro de fecha trece de diciembre del dos mil dieciocho, que declaró Fundada en parte la demanda interpuesta por CÉSAR VÍCTOR NAVARRO ROJAS, contra CORPORACIÓN PESQUERA INCA SAC, sobre reintegro de subsidios por incapacidad temporal para el trabajo; en consecuencia, MODIFIQUESE en cuanto al monto, que la entidad demandada en el plazo de tres días cumpla con abonar a favor del actor la suma de S/25,387.42 Soles (VEINTICINCO MIL TRECIENTOS OCHENTA Y SIETE SOLES CON 42/100 CÉNTIMOS), por la incapacidad temporal para el trabajo por los días 25, 26 y 27 de abril de 2017 y por el periodo comprendido desde el 01 de agosto de 2017 al 15 de febrero de 2018 (179 días), más los intereses legales, y costas del proceso; y MODIFICANDO los costos del proceso en la suma de S/ 2,538.74 soles, más la suma de S/ 126.93 soles que equivalen el 5% para el Colegio de Abogados del Santa, confirmando el criterio aplicado por el juez de primera instancia, al indicar entre otros, que: <i>*Respecto al cuestionamiento acerca de que debe hacerse el cálculo de los subsidios sin considerar la época de veda y sólo respecto a días de pesca efectiva; si bien es cierto que, el subsidio por incapacidad temporal se encuentra regulado en el inciso a) del artículo 12° de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que señala "a.1) : Tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal los afiliados regulares en</i>
-------------------------------	--	--

		actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 10°, señalándose además (a.2) equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos cuatro meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia y si el total de los meses de afiliación es menor a cuatro, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado”, también lo es que luego fue modificado por la Ley N° 28791, estableciendo que “a.2) El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia...”, así, teniendo en cuenta que el cuestionamiento radica en el hecho que al actor no le corresponde el indicado subsidio respecto de aquellos periodos en los cuales no ha realizado labor efectiva, es pertinente precisar, que como se tiene de la norma antes citada, el legislador ha señalado que el cálculo para el concepto de subsidios se realiza en mérito a los últimos doce meses anteriores al suceso accidental, no discriminando suspensión de labor alguna, aún más, la norma señala que dicho cálculo se realizará en mérito a los meses calendarios, y no a semanas efectivas, en tal razón, a su vez, su otorgamiento corresponde efectuarlo bajo el mismo parámetro; en consecuencia, estas alegaciones deben ser desestimadas. ”
--	--	--

V. ANÁLISIS CRÍTICO	La parte pertinente para la presente investigación es la forma de la base del cálculo para el otorgamiento de los subsidios por incapacidad temporal, procederemos a enfocarnos solo en este extremo respecto a lo discutido a lo largo del proceso judicial invocado, siendo así, del escrito postulatorio, se advierte que el demandante ha señalado que tratándose que los trabajadores pescadores perciben una remuneración variable e imprecisa en forma semanal y sobre la base porcentual de la pesca, para efectos de calcular su remuneración mensual promedio y luego el promedio diario, deberá calcularse en función de las remuneraciones efectivamente percibidas en los 12 meses anteriores al accidente, y los adicionales percibidos cualquiera sea la denominación que se le dé, pero que constituyan derechos remunerativos y sean de libre disposición del trabajador. Que, el concepto de "remuneración", previsto en el Art. 6 del TUO del D. Leg. N° 728, ley de Productividad y Competitividad Laboral, indica: "Constituye remuneración para todo efecto válido legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o la denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. (...)"; de lo que se infiere que únicamente constituye remuneración lo efectivamente percibido por el trabajador a cambio de su trabajo realizado, si no hay trabajo realizado entonces no hay remuneración, y, es por esto que, solicita que la base para determinar el promedio diario para el otorgamiento de subsidios es el total de las sumas efectivamente recibidas y no los vacíos que no reflejan cifra alguna, por lo que no pueden ser computables los periodos no laborados, por razón de una suspensión perfecta del contrato de trabajo. A pesar de ello, en la sentencia de primera instancia, se ha limitado a citar el artículo 12° de la Ley N° 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que señala que "Los subsidios se rigen
----------------------------	--

	por las siguientes reglas: a) Subsidios por incapacidad temporal: a.1) Tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal los afiliados regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del Art.10°. a.2) El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendarios inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia; empero . no hace un análisis conienzudo de si en realidad, la remuneración es solo lo efectivamente laborado, puesto que si no hay trabajo, no hay remuneración, por lo que el promedio diario para otorgar subsidios por incapacidad deberá calcularse en función a las remuneraciones efectivamente percibidas, es decir no hay una respuesta expresa a lo esgrimido por la demandante en su escrito postulatorio. Continuando con la secuela del proceso, el <i>Ad Quem</i> , emite pronunciamiento, en virtud al recurso de apelación interpuesto por ambas partes, donde confirma el criterio de primera instancia, pues sostiene que, lo correcto a liquidar son los reintegros de remuneraciones y reintegro de subsidios en base a los <u>últimos 12 meses</u> calendarios inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia.
--	--

Interpretación:

El subsidio por incapacidad temporal para el trabajo está delimitado por el derecho a la Seguridad Social, en tanto, la Constitución dota de protección a los trabajadores frente a las contingencias ocurridas, pues los subsidios tienen como finalidad resarcir la pérdida de ingresos producto del deterioro de salud del trabajador, por lo que el cálculo de los subsidios para el trabajador del régimen pesquero sujeto a contratos de naturaleza intermitente, debe realizarse considerando los meses efectivamente laborados. El reconocimiento constitucional no es meramente declarativo, sino que impone la obligación de interpretar las normas legales bajo los

parámetros del principio “PRO HOMINE”.

Tabla 4: Análisis del expediente N° 03130-2018-0-2501-JR-LA-01

I. DATOS GENERALES	Expediente	03130-2018-0-2501-JR-LA-01
	Demandante	LAURENCIO JUSTO SOTO MORA
	Demandado	ESSALUD, PESQUERA DIAMANTE.
II. ANTECEDENTES	DEMANDA	La demanda versa sobre reintegro de incapacidad temporal para el trabajo por y de los 21 días siguientes hasta el término del descanso médico (subsídios), más los intereses y costos del proceso. Señala que con fecha 12 de julio del 2016, sufrió un golpe en la cabeza, pierna y espalda, cuando realizaba sus labores dado que la panga se volteó, para luego ser atendido en la Clínica Robles, donde le dieron Descanso medico inicial desde el 12 de julio del 2016 hasta el 10 de mayo del 2018.
	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	ESSALUD PESQUERA DIAMANTE
	La codemandada ESSALUD sostiene que según el Acuerdo N° 56-22-ESSALUD-2011, establece un procedimiento del reembolso, siempre y cuando exista una remuneración dejada de	

		percibir, esto quiere decir que solamente en los subsidios son pagados en época de actividad pesquera, más no en el periodo de veda o baja temporada, refiere que no puede determinar si la empresa está en época de veda o de pesca, porque no existe medio probatorio alguno, también argumenta en razón del artículo 15 del Acuerdo del Consejo Directivo n° 58-14-ESSALUD-2011, establece que el pago se hace vía efectiva al trabajador y posteriormente es reembolsado a través de un procedimiento administrativo, en razón de ello sostiene que si no ha existido dicho reembolso a favor del trabajador ESSALUD no podrá reembolsar a la empresa, en ese sentido la demanda deviene en infundado. Por su parte la codemandada PESQUERA DIAMANTE, alega que aclare la parte demandante respecto la fecha en que sucedió el accidente de trabajo, estableciéndose el 12
--	--	---

			de julio del 2016, en éste caso sobre pago de subsidios, el caso corresponde revisar la norma pertinente, la obligada al pago del subsidio es Essalud, si la demandada está en la posibilidad o facultad de modificar una norma, de rango legal a través de acuerdo, directiva o cartas circulares, es así que la demandada si ha cumplido con el pago de los 20 primeros días que obliga pagar a la empresa empleadora, el tema central es que primero la demandada debe pagar y luego pedir el reembolso, es así que si se es del criterio de que se aplique los acuerdos o directivas internas de ESSALUD, en todo caso se debe aplicar en todo su dimensión, siendo un hecho recurrente que existe la liquidación de la sentencia se efectúa de acuerdo a ley, respecto las últimas doce remuneraciones, sin embargo los acuerdos internos de ESSALUD indican que son cuatro meses, entonces se está dejando de aplicar una ley, por un acuerdo interno de
--	--	--	---

			ESSALUD, siendo algo contradictorio, entonces el monto que se ha pagado y se va demostrar la suma de S/ 1,045.80 soles y en relación a subsidios se le ha pagado la suma de S/ 15,511.17 soles.
III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	FALLOS Y CONSIDERANDO RELEVANTES	Respecto al cálculo solo en la faena de pesca, en el considerando DÉCIMO SÉPTIMO se indica: <i>“Respecto al cuestionamiento de la demandada acerca de que el Gobierno mediante resoluciones ministeriales decreta los inicios de temporada de pesca industrial y en la que una vez concluida estas se suspende el contrato de trabajo y por lo tanto el trabajador pescador se encuentra en baja temporal y por ende no le corresponde el pago de subsidios por dichos días; Al respecto, si bien es cierto que, el subsidio por incapacidad temporal se encuentra regulado en el inciso a) del artículo 12 de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que señala “a.1). Tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal los afiliados regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 10, señalándose además (a.2) equivale al promedio diario de las remuneraciones de</i>	

		los últimos cuatro meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia y si el total de los meses de afiliación es menor a cuatro, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado”, también lo es que luego fue modificado por la Ley N° 28791, estableciendo que “a.2) El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia...”; es pertinente precisar, que como se tiene de la norma antes citada, el legislador ha señalado que el cálculo para el concepto de subsidios se realiza en mérito a los últimos doce meses anteriores al suceso accidental, no discriminando suspensión de labor alguna, aún más, la norma señala que dicho cálculo se realizará en mérito a los meses calendarios, y no a semanas efectivas, en tal razón, a su vez, su otorgamiento corresponde efectuarlo bajo el mismo parámetro, en consecuencia, las delegaciones de la demandada deben ser desestimadas en este extremo.” Respecto al cálculo, en el considerando DÉCIMO OCTAVO, el A quo argumenta: “Para efectos del cálculo, se debe tener en cuenta la modificación por la Ley N° 28791 que señala; “(...)El subsidio por incapacidad
--	--	--

		temporal equivale al promedio de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia (...); esto es que conforme a la norma antes citada, el legislador ha señalado que el cálculo para el concepto de subsidios se realiza en mérito a los últimos doce meses anteriores al suceso accidental, no discriminando suspensión de labor alguna, aún más, la norma señala que dicho cálculo se realizará en mérito a los meses calendarios, y no a semanas efectivas, en tal razón, el cálculo debe efectuarse bajo el mismo parámetro. Asimismo, se debe de tener en cuenta para dicho cálculo, únicamente las remuneraciones otorgadas al demandante por el trabajo realizado, esto es, el concepto de participación de pesca, por ser dichos conceptos remunerativos.” Se RESUELVE: Declarar INFUNDADA la demanda interpuesta por SOTO MORA LAURENCIO JUSTO contra PESQUERA DIAMANTE sobre pago de reintegro por descanso medio y subsidios. Declarar IMPROCEDENTE la demanda respecto a ESSALUD.
--	--	---

IV. SENTENCIA DE VISTA	FALLOS Y CONSIDERANDOS RELEVANTES	Se resuelve: CONFIRMAR la sentencia contenida en la resolución número cuatro de fecha veintisiete de febrero del año dos mil diecinueve que declara infundada la demanda interpuesta por LAURENCIO JUSTO SOTO MORA contra PESQUERA DIAMANTE S.A. sobre pago de reintegro por descanso medio y subsidios. Improcedente la demanda respecto a ESSALUD, confirmando el criterio aplicado por el juez de primera instancia, al indicar entre otros, que: <i>*Del escrito de apelación del demandante, tenemos que el cuestionamiento de la liquidación se basa respecto a las remuneraciones que allí se precisan, pues refiere que, no se han consignado todas las que realmente ha percibido, conforme a la Constancia de Remuneraciones que adjunta. Al respecto, es de precisar que revisada la liquidación efectuada en la venida en grado, no se advierte error alguno en cuanto a las remuneraciones que allí se precisan, pues los montos consignados son los que aparecen en las boletas de pago que adjuntó el demandante a su escrito de demanda (fs. 03 a10), asimismo, son los que aparecen en el Reporte de Record de Pesca Detallado que ha sido presentado por la parte demandada en CD-ROM de folios 82, y si bien, dentro de la Constancia de Remuneraciones que ha presentado el actor,</i>
--------------------------------------	---	---

		<i>aparecen remuneraciones en los meses en los cuales dentro de la liquidación se han consignado con monto 00, cabe precisar que ello es así puesto que, la demandada a la Aseguradora MAPFRE, ha informado respecto a las remuneraciones percibidas por el actor no solo tomando la participación de pesca, sino también otros conceptos, como son los las vacaciones, gratificaciones y otros beneficios sociales. "</i> En virtud del cual, confirman la sentencia en sus propios términos, no habiendo modificación en la liquidación, es decir, comparte el criterio asumido por la primera instancia respecto a la base del cálculo de los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo y concluye que no hay monto por reintegrar al accionante.
V. ANÁLISIS CRÍTICO		Es evidente que, ambas instancias comparten el criterio respecto a la aplicación estricta de la norma, es decir, teniendo en cuenta la modificación por la Ley N° 28791 que señala el <i>subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia</i>, indicando que en ese supuesto el legislador no prevé la suspensión de labor alguna, aún más, la norma señala que dicho cálculo se realizará en mérito a los meses calendarios, y no a semanas efectivas, en tal razón, el cálculo debe efectuarse bajo el mismo parámetro. En la misma línea, comparten el análisis que, se debe de tener en cuenta para el cálculo de los subsidios, únicamente las remuneraciones otorgadas al demandante por el trabajo realizado, esto es, el concepto de participación de pesca, por ser dichos conceptos

remunerativos. Empero, si bien la norma no discrimina la suspensión de labores, debemos tener en cuenta que, por la naturaleza de las actividades pesqueras, estas se encuentran interrumpidas por períodos de veda, por lo que tendría que hacerse una interpretación extensiva de la norma, y estricta; asimismo, el juzgador tiene la posibilidad de realizar una interpretación y aplicación sistemática de la norma, lo que evidentemente garantizaría al justiciable el respeto y defensa de su dignidad, por cuanto estos son el fin supremo del Estado.

Interpretación:

El artículo 12 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificada por el Artículo 1 de la Ley N° 28791, debe interpretarse acorde con los parámetros constitucionales, lo que se denomina interpretación conforme a la Constitución, la cual parte del reconocimiento de que la Constitución es la norma jurídica primaria y fundamental, por lo que el cálculo de los subsidios para el trabajador del régimen pesquero sujeto a contratos de naturaleza intermitente, debe realizarse considerando los meses efectivamente laborados.

4.2. Discusión de resultados

4.1.1. Discusión de resultados N° 1

El debido proceso, en el ámbito jurisdiccional, supone la posibilidad para los justiciables de obtener una resolución judicial motivada, es decir, que sea razonable y fundada a derecho, lo que no ocurre en el expediente señalado en las líneas supra, esto debido a que, el analizado pronunciamiento resuelve declarar fundada la demanda, sin meritar los argumentos de la defensa del demandante y desconociendo que el demandante invocando el artículo 15° del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97, modificada por el Decreto Supremo N° 020-2006-TR solicita que el cálculo de los subsidios por el período reclamado se desarrolle en base a los meses efectivamente laborados; sin embargo, en la sentencia no se da respuesta a sus fundamentos de demanda, o al menos no se argumenta por qué no corresponde que se realice el cálculo conforme a lo demandado y muy por el contrario, realiza un cálculo sin observar el criterio del período efectivamente laborado que corresponde para el cálculo de los subsidios de los trabajadores pesqueros.

El Derecho a la debida motivación, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra regulado en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú; en ese sentido, el Tribunal Constitucional a través de diversas jurisprudencias, a través de su STC 03891-2011-PA/TC, en su fundamento quince, señaló que "el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación de las resoluciones, conforme se explicará en los fundamentos que a continuación se exponen."

Siendo así, es importante señalar que sobre la infracción al deber de fundamentación, la múltiple jurisprudencia expresa que cuando se contraviene el principio de la motivación de las resoluciones judiciales se

pueden presentar cualquiera de los siguientes llamados errores in cogitando: (i) falta de motivación, son aquellos en los que la resolución no hay ninguna motivación; (ii) motivación aparente, se refiere a aquellas decisiones que formalmente si bien se presentan como resoluciones fundamentadas, pero que si se profundizan y adentran en la racionalidad y razonabilidad de su contenido, se advierte que, en realidad no tienen fundamento alguno; (iii) Motivación insuficiente, son aquellos vicios de la motivación, se ve reflejado en aquellas resoluciones judiciales, en las que el razonamiento efectuado por el magistrado vulnera el conocido principio lógico de razón suficiente o las reglas de la experiencia; y, (iv) Motivación defectuosa en sentido estricto, cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia”; entre otros.

En ese sentido, ninguna sentencia debería de adolecer de dichos errores, situación de la que, como lo hemos venido desarrollando, no son ajenas las resoluciones analizadas, ¹¹ pues tanto la sentencia de primera instancia, como la sentencia de vista, ¹² adolece de motivación aparente, con respecto a que el cálculo de los subsidios se debe realizar ¹³ en base a los meses efectivamente laborados y no a los doce meses calendarios, como los magistrados en el señalado expediente han resuelto; así las cosas, ¹⁴ el Tribunal constitucional, en el expediente N° 0896-2009-PHC/TC ha dejado claro que, ¹⁵ el Derecho a la Debida Motivación de las resoluciones implica la obligación de ¹⁶ los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente en ¹⁷ los términos en que vengán planteadas, es decir, conforme a su teoría del caso, ¹⁸ sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal, lo que se conoce como incongruencia activa.

¹⁹ Ahora, si tenemos que, en el presente caso, el artículo 12 de la Ley N° 26790, Ley de la Modernización en la Seguridad Social en la Salud, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28791, señala: “El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de

los últimos **12 meses calendario** inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, ⁴ el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado". Ahora, el artículo 15 del Reglamento de la señalada ley, modificado por el Artículo 4 del Decreto Supremo N° 020-2006-TR, publicada el 28 diciembre 2006, establece: "El subsidio por incapacidad temporal se otorga en dinero, con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad, derivadas de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud. Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos **doce meses inmediatamente** anteriores al mes en que se inicia la contingencia, multiplicado por el número de días de goce de la prestación. Si el total de los meses de afiliación es menor a doce, el promedio se determinará en función al tiempo de aportación del afiliado regular (...)."

Así las cosas, se advierte que existe una seria contradicción entre lo que regula la ley y lo que establece su reglamento, pues mientras en uno señala que el cálculo del subsidio se hace en base a ¹ los últimos doce meses calendarios ¹ inmediatamente anteriores al que se inicia la contingencia, el reglamento refiere que los subsidios equivalen al promedio diario de las remuneraciones de los últimos ¹ doce meses inmediatamente anteriores. Consideramos ¹³ que este último supuesto, le otorga al demandante la posibilidad de solicitar ² que el cálculo se haga en base a los doce últimos meses en los que sí hubo remuneración; es decir, ² a los meses efectivamente laborados; y es en virtud ¹³ a ello que el demandante solicita se le haga el cálculo de los subsidios por haber sufrido de una enfermedad en los periodos en lo que solicita judicialmente, se le realice el pago.

⁵ Es pertinente traer a colación la Constitución Política del Perú, que en el artículo 10° ⁵ reconoce, el derecho a la Seguridad Social. En específico, prescribe lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de

vida”. En relación con el contenido de este derecho, el Tribunal Constitucional reconoce a la seguridad social como un derecho humano fundamental. Al respecto ha dejado establecido: “[...] el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos’, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado [Sentencia 0008-1996-PI/TC, fundamento 10]”.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el artículo 2.1° establece que: “[...] cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En tal sentido, debe tenerse presente, que de haber realizado la liquidación, en referencia al caso concreto, tomando en cuenta la postura del demandante, obviamente los montos percibidos hubieran sido mayores y atendiendo a que la finalidad de los subsidios es garantizar que goce de su remuneración, puesto que se configura como un resarcimiento por el detrimentos de su salud, en el caso concreto, por haber sido diagnosticado con Cáncer, enfermedad relativamente grave, se hubiera garantizado el Derecho a la Seguridad Social, pues a modo de muestra, de la liquidación realizada por el juzgador de Segunda instancia, se advierte que va como sigue:

PESQUERA HUMACARE S.A			
LOPEZ BARRENA JORGE COLOMBINO			
EXPEDTE.:	1092-2021-JL05.		
FECHA DE INGRESO:	2/04/2004		
FECHA DE ACCIDENTE:	26/08/2019		
OCUPACION:	TRIPULANTE		
EMBARCACION PESQUERA :	JORGITO		
PERIODO INCAPACIDAD-SUBSIDIOS	15/09/2019	19/08/2020	
DIAS DE INCAPACIDAD:	360		
TOPE SUBSIDIO:	340		
PAGOS :	NO HAY		

CASO 1 - DE ACUERDO A LOS 12 ULTIMOS MESES CALENDARIOS

PERIODO	PARTICIP PESCA		
2019			
JUNIO	SEMANA 23		
	SEMANA 24		
JULIO	SEMANA 27		
AGOSTO	SEMANA 32		
SEPTIEMBRE	SEMANA 39		
OCTUBRE	SEMANA 40		
NOVIEMBRE	SEMANA 47	4,194.33	
	SEMANA 48	2,324.40	
DECIEMBRE	SEMANA 49	2,240.39	
	SEMANA 50	3,054.14	
	SEMANA 51		
2019			
ENERO	SEMANA 02		
FEBRERO	SEMANA 09		
MARZO	SEMANA 10		
ABRIL	SEMANA 18	1,283.39	
MAYO	SEMANA 19	2,505.99	
	SEMANA 20	895.16	
	SEMANA 21	1,299.44	
	SEMANA 22	3,347.39	
JUNIO	SEMANA 23	1,432.75	
	SEMANA 24	1,093.33	
	SEMANA 25	776.89	
	SEMANA 26	2,163.05	
	SEMANA 27	934.75	
JULIO	SEMANA 28		
ULTIMOS 12 MESES			

LIQUIDACION REINTEGRO DE SUBSIDIOS

REMUNER. COMP. ULTIMOS 12 MESES		27,553.44
MESES TRABAJADOS	12	360
PROMEDIO DIARIO		76.54
DIAS POR INCAPACIDAD	340	26,022.69
TOTAL PAGADOS (-)		-
TOTAL REINTEGRO SUBSIDIOS		26,022.69
TOTAL REINTEGRO		26,022.69

Sin embargo, si la liquidación se hubiera realizado en base a los meses efectivamente laborados, se verifica que, el monto otorgado por concepto de subsidios, hubiese sido más, tal como se puede apreciar de la siguiente imagen:

PERIODO	PARTICIP PESCA		TOTAL REMUNERAC.
2018			
JUNIO	SEMANA 23		-
	SEMANA 24		-
JULIO	SEMANA 27		-
AGOSTO	SEMANA 32		-
SEPTIEMBRE	SEMANA 39		-
OCTUBRE	SEMANA 40		-
NOVIEMBRE	SEMANA 47	4,194.33	4,194.33
	SEMANA 48	2,324.40	2,324.40
DICIEMBRE	SEMANA 49	2,240.39	2,240.39
	SEMANA 50	3,054.14	3,054.14
	SEMANA 51		-
2019			
ENERO	SEMANA 02		-
FEBRERO	SEMANA 09		-
MARZO	SEMANA 10		-
ABRIL	SEMANA 19	1,283.89	1,283.89
MAYO	SEMANA 19	2,909.59	2,909.59
	SEMANA 20	836.16	836.16
	SEMANA 21	1,299.44	1,299.44
	SEMANA 22	3,347.39	3,347.39
JUNIO	SEMANA 23	1,492.79	1,492.79
	SEMANA 24	1,093.33	1,093.33
	SEMANA 25	778.89	778.89
	SEMANA 26	2,163.95	2,163.95
	SEMANA 27	534.75	534.75
JULIO	SEMANA 28		-
ULTIMOS 12 MESES			27,553.44

LIQUIDACION REINTEGRO DE SUBSIDIOS			
REMUNER. COMP. ULTIMOS 12 MESES			27,553.44
MESES TRABAJADOS	5		150
PROMEDIO DIARIO			183.69
DIAS POR INCAPACIDAD	340		62,454.46
TOTAL PAGADOS (-)			-
TOTAL REINTEGRO SUBSIDIOS			62,454.46
TOTAL REINTEGRO			62,454.46

En ese sentido, existe una clara diferencia si se realiza la liquidación haciendo una interpretación literal de la norma, el monto que le corresponde pagar a la demandada es la suma de S/ 26,022.69 (veintiséis mil veintidós con 69/100 soles); sin embargo, si se realiza una interpretación conforme a la Constitución y se liquida tomando en cuenta los meses efectivamente laborados, el monto que le corresponde pagar a la demandada es la suma de S/ 62,454.46 (Sesenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro con 46/100 soles), existiendo una diferencia considerable de S/ 36,431.77 (Treinta y seis mil cuatrocientos treinta y uno con 77/100 soles).

4.1.1. Discusión de resultados N° 2

Es importante ⁸ señalar que, los contratos intermitentes, son contratos modales que se definen como atípicos, por su naturaleza temporal, en tanto son a plazo determinado; ahora, partiendo del punto que se encuentra dentro de los contratos atípicos, se advierte que este grupo de contratos se configuran sobre la base de las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio a prestar o de la obra que se ha de realizar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada; que es el caso que nos ocupa, ¹² que por su naturaleza puedan ser permanentes, pero discontinuas en el tiempo. Las características más relevantes de los contratos modales, regulados en nuestro ordenamiento jurídico laboral, son que, el contrato a plazo fijo les garantiza a los trabajadores tener acceso a todos los derechos y beneficios sociales que se encuentran previstos para todos los trabajadores que son contratados a plazo indefinidos (tanto derechos individuales como derechos colectivos.); sobre los contratos atípicos en general, que es el grupo donde pertenecen los contratos intermitentes, hay que indicar que, no solo debe invocarse correctamente la causa objetiva de contratación, sino que la señalada causa debe haberse realizado la configuración para que proceda la contratación determinada, o por lo menos, se debe encontrar en el

supuesto legal para contratar personal temporal; en cuanto al plazo máximo, cada modalidad tiene una duración en función de la existencia de la causa temporal. Asimismo, es importante entender que, es posible renovar los contratos a plazo fijo.

Teniendo así, que los contratos de intermitencia son contratos modales, específicamente la contratación sujeta a modalidad de intermitencia es aquel negocio jurídico que celebrada entre las partes de una relación laboral, es decir, el trabajador y el empleador, ello con el objeto de cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza si bien son permanentes, empero son discontinuas en el tiempo, la actividad laboral se ve interrumpida por factores propios de su naturaleza. Como la pesca, por ejemplo, que es el sector que nos ocupa en la presente investigación, en la que se refleja que son actividades permanentes porque se realizan durante las temporadas de pesca que se dan a lo largo de un año, pero tienen periodos de interrupción, en el que las actividades se encuentran suspendidas por las vedas decretadas por las autoridades correspondientes. Ahora, hay que tener claro que, esta modalidad de contratación, no puede ser confundida con la labor intermitente de un trabajador, pues, la labor intermitente sucede cuando la jornada tiene importantes lapsos de inactividad con prestaciones de servicios discontinuas, esto es, no se realiza un trabajo activo en forma permanente.

El artículo 64 del D.S. N° 003-97-TR señala: “Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación”.

Los múltiples pronunciamientos de las instancias jurisdiccionales, tales como La Casación Laboral N° 13816-2017- Del Santa, de fecha 28 de

noviembre del 2019, en la cual en su fundamento séptimo señala: “Séptimo: Es necesario precisar, que esta modalidad no puede ser confundida con la labor intermitente de un trabajador; pues, este último supuesto ocurre cuando la jornada tiene importantes lapsos de inactividad con prestaciones de servicios discontinuas, esto es, no se realiza un trabajo activo en forma permanente. Este tipo de labor se puede observar en contratos de trabajo a plazo indeterminado o contratos sujetos a modalidad. Bajo esa premisa, el contrato intermitente está relacionado directamente al objeto del contrato (ejemplo: los pescadores interrumpen la prestación de sus servicios por los periodos de veda), mientras que la labor intermitente, a la jornada propiamente, a fin de que no proceda el pago de horas extras”; asimismo, en su fundamento octavo estableció: “(...). Es así, que los contratos de trabajo intermitentes son celebrados para cubrir actividades permanentes pero discontinuas; en consecuencia, al no realizar el trabajador la prestación efectiva de servicios de manera ininterrumpida y continua, pues, está sujeta a plazos de suspensión perfecta, observando para tal efecto los requisitos específicos previstos en el artículo 64° y siguientes del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, no se encuentra sujeto a los plazos máximo de contratación (cinco años), previstos en el artículo 74° de la norma en referencia. Este criterio se encuentra concordado con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 01209-2011-PA/TC”.

Así las cosas, ⁸ la validez de los contratos sujetos a modalidad, se ciñen estrictamente a lo dispuesto en el artículo 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; por lo cual, la norma establece ¹⁸ las formalidades que deben cumplir estrictamente los ⁷ contratos laborales sujetos a modalidad, lo cuales son, que los contratos deben constar por escrito y por triplicado, debiendo señalarse en forma expresa su duración y las causas objetivas, que deberán estar claramente

descritas y precisadas, debiendo estar debidamente justificadas, los mismos, que a través de documentos suficientes deberán demostrar las razones por las cuales se contrató bajo un contrato modal y no una a plazo indeterminado, como la regla general así lo ha expresado; ⁸ pues, de lo contrario los empleadores podrían incurrir en un abuso para la contratación de trabajadores bajo las modalidades previstas en la Ley.

A mayor argumentación, ¹ en la Casación Laboral N° 17454-2017- Del Santa, en su sétimo considerando, respecto a los contratos intermitentes, señala: “(...) Para perfeccionar estos contratos sujetos a modalidad, y en aras de no vulnerar el derecho del trabajador sobre el acceso al empleo, es necesario que el contrato sea de manera escrita y no verbal; además , **de consignar dentro de sus cláusulas de forma clara y precisa las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato (...)**”. Asimismo, en su considerando noveno señala: “La validez de los contratos sujetos a modalidad, se ciñen a lo dispuesto en el artículo 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo cual, corresponde establecer las formalidades de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, entre los cuales, se encuentre constar por escrito y por triplicado los contratos, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas, las mismas que deberán estar descritas de manera clara y precisa y, deberán estar debidamente justificadas, a través de documentos suficientes que demuestren las razones por las cuales se contrató bajo un contrato modal y no una a plazo indeterminado; pues, de lo contrario los empleadores podrían incurrir en un abuso para la contratación de trabajadores bajo las modalidades previstas en el Texto único Ordenado del Decreto Ley N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-7-TR.”

De este modo, y trayendo a colación ⁸ el caso concreto, se verifica que el accionante lo que ⁴¹ pretende respecto al extremo del cálculo de los subsidios, es que se extrapole el criterio de la Casación N° 1157-2015-DEL SANTA, puesto que el tripulante pesquero en el año tiene solo algunos meses efectivos de pesca porque está sujeto a un contrato de trabajo intermitente, el cual ya ha sido analizado líneas arriba y a lo largo de la presente investigación, ⁴¹ el mismo que se encuentra regulado en el artículo 64 del Decreto Supremo N° 003-97-TR; ² en tal sentido, bajo esta modalidad se permite contratar a personal bajo la modalidad de trabajo intermitente para que preste servicios en el giro de la empresa, pero que es discontinua, pues la labor para la que es contratado el trabajador dependerá de otros factores para que se pueda llevar a cabo, como por ejemplo, en el sector pesquero, las vedas y la cuota de pesca asignada por PRODUCE, quedando claro, que la labor intermitente se refiere a labores permanentes, pero discontinuas en el tiempo.

Ahora, de la Casación N° 1157-2015-DEL SANTA, se examina que el Supremo Tribunal ha esbozado que: ² *“La Sala Superior determina que el cálculo de la pensión debe realizarse con las remuneraciones asegurables de los doce meses anteriores al siniestro, esto es en base a doce meses calendarios por cuanto refiere que el segundo párrafo del artículo 18.2 del Decreto Supremo N° 003-98-SA señala que: “Los montos de pensión serán calculados sobre el 100 % de la “Remuneración mensual” del asegurado, entendida como el promedio de las remuneraciones asegurables de los doce meses anteriores al siniestro (...); sin embargo, la correcta interpretación de las normas legales, deben hacerse acorde con los parámetros constitucionales, lo que se denomina INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN, la cual parte del reconocimiento de que la Constitución es la norma jurídica primaria y fundamental, y que esta no solo contiene principios y valores abstractos, sino que posee eficacia normativa. Bajo esta premisa, tenemos que el eje de toda la estructura de derechos contenidos en nuestra Carta Magna es la persona*

humana y la defensa de su dignidad, tal como lo estipula en su artículo 1°: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y el Estado”; mientras que, en sus artículo 11° y 12 ° se reconoce y garantiza el derecho a una pensión digna y al eficaz funcionamiento del sistema pensionario. Este reconocimiento constitucional no es meramente declarativo, sino que posee connotación práctica al momento de interpretar las normas legales, lo cual debe hacerse bajo los parámetros de los principios de equidad y del mayor favor y optimización del plexo de derechos, los que bien podrían contenerse en el principio “PRO HOMINE”. (negrita y subrayado nuestro)

De lo anteriormente expuesto, se concluye que, la Corte Suprema rechaza la interpretación literal y en agravio del trabajador, porque reconoce que el tripulante o pescador no trabaja los doce meses del año como en los demás regímenes y por ello se debe respetar la especialidad que caracteriza al régimen pesquero en todas sus aristas, por lo que donde la ley no es clara, debe realizarse una interpretación según los parámetros de nuestra Constitución Política y teniendo en cuenta el Principio Pro Homine. Asimismo, compartimos la posición adoptada por la Corte Suprema, en el extremo que indica que resulta contradictorio e injusto que teniendo derecho a la pensión, la determinación de su remuneración base para obtener el monto de la pensión tenga en consideración los meses en blanco, esto es, en los que por la naturaleza de las labores de pesca no existió trabajo y por lo tanto, no percibió remuneraciones, es decir, “cero aportes”, cuando lo justo es que debieran considerarse para la determinación del importe pensionario, las doce remuneraciones asegurables que generó con el trabajo efectivo, excluyendo los periodos en que no tuvo remuneraciones asegurables. Teniendo en cuenta ello, esa interpretación debe hacerse efectiva al cálculo de los subsidios, puesto que tiene similar naturaleza, o por lo menos debe argumentarse porque habría impedimento en asimilar la forma del cálculo de los subsidios por incapacidad temporal con la determinación de la remuneración base para obtener el monto de la

pensión.

4.1.1. Discusión de resultados N° 3

Respecto a los subsidios, es pertinente traer a colación el artículo 84° del Decreto Supremo Número 009-97-SA, de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud – Ley N° 26790, así como en su artículo 82° que prescribe: “*El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional por accidente de trabajo y enfermedades profesionales a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud. Es obligatorio y por cuenta de las entidades empleadoras que desarrollan las actividades de alto riesgo señaladas en el anexo 5. (...) Comprenden las siguientes coberturas:* **a)** Cobertura de Salud por trabajo de riesgo; **b)** Cobertura de Invalidez y sepelio por trabajo de riesgo. Son asegurados obligatorios del seguro complementario de trabajo de riesgo, la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades previstas en el anexo 5, así como todos los demás trabajadores de la empresa...”; asimismo, el artículo 83° señala: “*La cobertura de salud por trabajo de riesgo comprende prestaciones de asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional; atención médica; rehabilitación y readaptación laboral cualquiera sea su nivel de complejidad. No comprende los subsidios económicos que son por cuenta del Seguro Social de Salud según lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del presente reglamento. Esta cobertura podrá ser contratada libremente con el IPSS o con la EPS elegida conforme al artículo 15 de la Ley N° 26790 o, cuando no existiera EPS elegida, con cualquier otra...*”; así también, el artículo 87° de la norma citada establece: “*Las entidades empleadoras que desarrollen actividades de alto riesgo deben inscribirse como tales en el Registro que para el efecto administra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, entidad que supervisará el cumplimiento de la obligación de contratar seguro complementario de trabajo de riesgo, aplicándoles sanciones administrativas correspondientes*”, finalmente el artículo 88° prescribe: “*Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Entidad*

Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo anterior o con la contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligado o que contrate coberturas insuficientes será responsable frente al IPSS y la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán, en caso de siniestro al trabajador afectado; independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios irrogados”.

En la misma línea, teniendo en cuenta la legislación, de conformidad con lo normado por el artículo 12° de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, “*Los subsidios se rigen por las siguientes reglas: a) Subsidios por incapacidad temporal: a.1) Tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal los afiliados regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del Art. 10°. a.2) El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anterior al mes en que se inicia la contingencia*”¹. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado”². “a.3) El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. **Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año. El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos**”. Asimismo, el artículo 15° del Decreto Supremo Número 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece que “**El subsidio por incapacidad**

¹ CASACIÓN N° 14906-2015 DEL SANTA "...DÉCIMO PRIMERO: El cálculo del derecho de subsidio se realizó en mérito al promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses calendario anteriores al suceso accidental del actor, es decir la Sala Superior cumplió con efectuar el cálculo en base a meses calendarios y no a semanas efectivas, conforme lo establece el artículo 12° inciso a.2) de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificado por la Ley N° 28791...".

² Literal modificado por el artículo 1° de la Ley Número 28791, publicada el 21 de julio 2006, la misma que de conformidad con su artículo 2° entrará en vigencia a los 120 días de su publicación.

temporal se otorga en dinero, con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad, derivadas de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud. Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, multiplicado por el número de días de goce de la prestación. Si el total de los meses de afiliación es menor a doce, el promedio se determinará en función al tiempo de aportación del afiliado regular. El derecho a subsidio por cuenta del Seguro Social de Salud se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad, la entidad empleadora continúa obligada al pago de la remuneración o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año calendario. El subsidio se otorgará mientras dure la incapacidad del trabajador y en tanto no realice trabajo remunerado, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos, con sujeción a los requisitos y procedimientos que señale EsSalud”.

Asimismo, el ¹Acuerdo de Consejo Directivo Número 58-14-EsSalud-2011, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha veintiocho de julio del año dos mil once (28.07.2011), se alude también respecto al procedimiento de pago con cargo a reembolso por parte de dicha entidad, al especificarse en su artículo 11 que: “Las prestaciones económicas serán pagadas directamente por **EsSalud o por la entidad empleadora**. En este último caso, EsSalud reembolsará dichos montos según lo establecido en los Títulos II y III del presente Reglamento”; por otro lado, en su artículo 14° establece: “**Prestaciones económicas con cargo a reembolso por parte de EsSalud**. Las entidades empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios, pagarán directamente a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores, con excepción de los indicados en los incisos a), b) y c) del artículo 12° de la presente norma, los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal y maternidad, en la misma forma y oportunidad en que el trabajador o socio percibe sus

remuneraciones o ingresos...EsSalud reembolsará lo efectivamente abonado...”.

Teniendo en cuenta la regulación de subsidios en nuestra legislación, y de conformidad con lo esgrimido en el proceso citado en el presente resultado, la labor intermitente al que está sujeto el demandante por ser un trabajador del régimen pesquero, tiene como resultado que percibe una remuneración variable e imprecisa en forma semanal y sobre la base porcentual de la pesca, por lo que para efectos de calcular su remuneración mensual promedio y luego el promedio diario, deberá calcularse en función de las remuneraciones efectivamente percibidas en los 12 meses anteriores al accidente, puesto que el concepto que se le asigna a remuneración en nuestra legislación es que solo se considera remuneración a lo efectivamente percibido.

Tomando en consideración lo señalado precedentemente, que la interpretación de las normas se tiene que hacer teniendo en cuenta nuestra constitución, y el Principio Pro Homine, siendo así, es importante resaltar lo establecido en nuestra Carta Magna, que en su artículo 10, regula: “*El Estado reconoce el Derecho Universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida*”.

De lo cual, queda claro que existe un reconocimiento constitucional de protección frente a las contingencias, por lo que teniendo en cuenta que el pago de subsidios es un resarcimiento al trabajador por el detrimento en su salud derivado de un accidente laboral o una enfermedad, resulta una vulneración a la Seguridad Social, que se realice la liquidación del cálculo de los subsidios teniendo en cuenta meses en blanco, todo por la aplicación estricta de la norma, sin tomar en cuenta la Constitución Política del Estado, que finalmente contiene una protección expresa frente a las contingencias, más aún, si el Derecho a la Seguridad Social, significa un mecanismo de protección frente a situaciones que de alguna forma pudieran ocasionar el

deterioro en la capacidad de trabajar o más extremo aunque existe una imposibilidad de seguir laborando, por lo que, la Seguridad Social, también procura elevar el nivel de vida, a efectos de garantizar el respeto de la dignidad humana, todo ello con la redistribución de la renta, que podría materializarse si se realizará el cálculo de lo a subsidios en base a los meses efectivamente laborados, los mismos que garantizan el Derecho a la Seguridad Social.

4.1.1. Discusión de resultados N° 4

¹ Si bien es cierto, el subsidio por incapacidad temporal se encuentra regulado en el inciso a) del artículo 12 de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que señala “a.1). Tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal los afiliados regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 10, señalándose además (a.2) equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos cuatro meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia y si el total de los meses de afiliación es menor a cuatro, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado”. Posteriormente, el presente artículo fue modificado por la Ley N° 28791, estableciendo que “a.2) **El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia...**”.

De lo que se advierte que claramente no señala o discrimina la forma del cálculo de los subsidios para los trabajadores con contratos sujetos a intermitencia, pues se entendería que esta forma del cálculo es para trabajadores pertenecientes al régimen común, que tienen ingresos durante todo el año, por lo que no habría perjuicio; sin embargo, los trabajadores que, como es el caso del régimen pesquero, se encuentran en suspensión perfecta de labores, resultaría injusto, que para calcular el promedio de las remuneraciones de los últimos 12 meses calendarios inmediatamente anteriores a la contingencia se consideren meses en blanco, es decir durante

los periodos que se encuentran en suspensión de labores, ello debido a las temporadas de veda decretadas por el gobierno.

Así las cosas, si tenemos en cuenta que el reglamento de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, define al subsidio por incapacidad temporal como el monto que se otorga en dinero, que tiene como objeto el resarcimiento de las pérdidas económicas productos de la incapacidad para seguir trabajando, como consecuencia del deterioro de la salud del trabajador, indicando que el cálculo de los subsidios equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos doce meses inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, es decir, no establece que se hace en base a los doce meses calendarios, sino determina claramente que es en base a las remuneraciones de los últimos doce meses. Supuesto en el cual, cabría nuestra posición, en el entendido que solo en base a las remuneraciones, ósea meses donde hay remuneraciones, no donde el mismo se encuentra en blanco por periodos de interrupción de la actividad pesquera, por lo que, lo reglamentado podría ser de aplicación para el caso de los trabajadores del sector pesquero con un contrato de trabajo de trabajo sujeto a modalidad intermitente, tanto más, si conforme ya hemos advertido, al no estar regulado la forma del cálculo de los subsidios por invalidez temporal en los servicios prestados bajo contratos de intermitencia, el artículo 12, inciso a.2 de la ley N° 26790 se debe interpretar conforme a la Constitución Política del Perú, en tanto, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo del estado.

A partir de ello, Ayala (1986), refiere, "(...) la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también debemos encontrarlos en los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación indubio pro homine correcta" (p. 15).

El Estado tiene el deber y el derecho de garantizar la dignidad de las personas, incluso por grave que pudiera ser la afectación al Orden Jurídico y a la Seguridad Nacional. Estando a ello, no cabe admitir que el Estado pueda ejercer su poder sin tener en cuenta limitación alguna, o que las autoridades realicen sus actividades al libre albedrío, sin considerar una interpretación *indubio Pro Homine* correcta, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana, puesto que es el Estado quien tiene que garantizarlo. Siendo que, además, todos estamos obligados a actuar en función de la dignidad de la persona humana y con mayor responsabilidad pública; aquellos que ocupan un cargo en la función pública, en virtud de lo cual es relevante elaborar las funciones constitucionales que se deben cumplir a través de la dignidad, situación que no se ha cumplido en el expediente analizado, puesto que se ha concluido que no hay monto por reintegrar al demandante, la misma que ha sido confirmado por la Sala Superior, alcanzando así la calidad de cosa juzgada.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

5.1.1. Conclusión general

- a. El ordenamiento jurídico vigente, establece que, la forma del cálculo de los subsidios de los trabajadores del régimen pesquero sujetos a contratos de naturaleza intermitente es en base al promedio diario de los 12 meses calendarios inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, por lo que se considera meses en los cuales no hubo labor efectiva, producto de las épocas de veda, por la cual, el monto otorgado por conceptos de subsidios resulta irrisorio, vulnerando el derecho a la Seguridad Social, en cuanto a la protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de la calidad de vida.

5.1.2. Conclusiones específicas

- a. Los contratos de naturaleza intermitente en el régimen pesquero son contratos modales de duración determinada, celebrados con el objeto de cubrir necesidades de las actividades de la empresa, que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas en el tiempo, en tanto la actividad se ve interrumpida por la suspensión perfecta de labores, debido a las épocas de veda decretadas por el Gobierno.
- b. El subsidio por incapacidad temporal constituye una manifestación del derecho fundamental a la seguridad social y tiene por finalidad resarcir la pérdida de ingresos derivada de la incapacidad laboral; por ello, en aplicación del principio pro homine, su cálculo respecto de los

trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes debe garantizar una protección efectiva frente a las contingencias que afectan su capacidad de trabajo.

- c. La regulación normativa vigente respecto al subsidio por incapacidad, debe interpretarse acorde con los parámetros constitucionales, lo que se denomina interpretación conforme a la Constitución, la cual parte del reconocimiento de que la Constitución es la norma jurídica primaria y fundamental, por lo que el cálculo de los subsidios para el trabajador del régimen pesquero sujeto a contratos de naturaleza intermitente, debe realizarse considerando los meses efectivamente laborados.

5.2. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los jueces adoptar criterios interpretativos que eviten la disminución del ¹⁰ monto de los subsidios por incapacidad temporal de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes, considerando para su cálculo únicamente los meses efectivamente laborados, a fin de garantizar una tutela efectiva ²⁰ del derecho a la seguridad social.
2. Se recomienda a los jueces considerar la naturaleza jurídica de los contratos intermitentes y las particularidades de la actividad pesquera, caracterizada por periodos de suspensión perfecta derivados de las vedas, al momento de resolver controversias vinculadas a ¹⁸ los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores.
3. Se recomienda a los jueces interpretar las normas reguladoras del subsidio por incapacidad temporal conforme a su finalidad resarcitoria y al principio pro homine, garantizando una protección efectiva ¹³ del derecho a la seguridad social.
4. Se recomienda ⁴ que, en los procesos judiciales relacionados con subsidios por incapacidad temporal, el artículo 12 de la Ley N° 26790 sea interpretado conforme a la Constitución y al principio pro homine, excluyendo del cálculo aquellos periodos en los que el trabajador no percibió remuneraciones debido a las vedas propias de la actividad pesquera.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7. 1. LIBROS EN FÍSICOS

- Abanto Revilla, C. (2005). El derecho universal y progresivo a la seguridad social. En W. Gutierrez (Dir.), *La Constitución comentada* (Vol. 1, pp 431-438). Gaceta Jurídica.
- Abanto Revilla, C., y Paitán Martínez, J. (2019). *Los regímenes de pensiones de la seguridad social en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2014). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Alonso Olea, M., & Tortuero Plaza, J. L. (2001). *Instituciones de seguridad social* (17ª ed.). Civitas.
- Anacleto Guerrero, V. A. (2010). *Manual de la seguridad social* (3.ª ed.). Juristas Editores E.I.R.L.
- Anacleto Guerrero, V. A. (2012). *Manual de derecho del trabajo*. Grijley.
- Aranzamendi Ninacondor, L. (2015). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Grijley.
- Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores.
- Ávalos Jara, V. (2008). *Contratos de trabajo temporal*. Grijley.
- Campos Torres, S. (2009). *Regímenes laborales especiales*. Gaceta Jurídica.
- Cançado Trindade, A. A. (2001). *Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile.
- Castillo Freyre, J., Belleza, M., Coloma, E., Reid, R., & Vagar, T. (2010). *Compendio de derecho laboral peruano*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Cribillero, M. (2001). *Teoría general de la seguridad social*. Ediciones Luis Alfredo.

- De la Rúa, F. (1968). *El recurso de casación*. Editorial Víctor P. de Zavalía.
- Dolorier Torres, J. (2010). *Tratado práctico de derecho laboral*. Gaceta Jurídica.
- Eto Cruz, G. (2011). *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Adrus.
- Gil y Gil, J. L. (2003). *Principio de buena fe y poderes del empresario*. Mergablum.
- Gómez Valdez, F. (2012). *Derecho previsional y de la seguridad social*. Editorial San Marcos.
- González Hunt, C. (2017). *El sistema privado de pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Igartua Miró, M. T. (2008). *Sistema de prevención de riesgos laborales*. Tecnos.
- Jiménez, L., Hurtado, G., Atahumán, C., & Hilario, A. (2014). *Manual de los regímenes laborales especiales*. Pacífico Editores.
- Lastra Lastra, J. M. (1994). *Fundamentos de derecho*. McGraw-Hill.
- Martínez de Pisón Cervero, J. (1998). *Políticas de bienestar: Un estudio sobre los derechos sociales*. Tecnos.
- Mascaro Nascimento, A. (1999). *Teoría general del derecho del trabajo*. LTr.
- Molfese, G. (2005). *Prescrizione e decadenza in materia civile*. Giuffrè.
- Monereo Pérez, J. L. (2014). *Manual de seguridad social*. Tecnos.
- Neves Mujica, J. (2012). *Introducción al derecho del trabajo*. Depalma.
- Pasco Cosmópolis, M. (2001). *Contrato de trabajo típico y contratos atípicos*. Gaceta Jurídica.
- Plá Rodríguez, A. (1990). *Los principios del derecho del trabajo* (10ª ed.). Ediciones de Palma.
- Podetti, L. (1997). *Los riesgos sociales en instituciones de derecho del trabajo*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- Ramos Núñez, C. (2018). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lex & Iuris.
- Rendón Vásquez, J. (1985). *Derecho de la seguridad social*. Ediciones Tarpuy.
- Romero Montes, F. (2006). *Riesgos profesionales y responsabilidad de la empresa*. Gaceta Jurídica.
- Romero, H., Palacios, J., & Ñaupas, H. (2018). *Metodología de la investigación jurídica: Una brújula para investigar y redactar la tesis*. Grijley.
- Sanguinetti Raymond, W. (1998). *El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*. Cultural Cuzco Editores.
- Solis Espinoza, A. (2001). *Metodología de la investigación jurídica social*. McGraw-Hill.
- Toyama Miyagusuku, J. (2003). *Guía laboral*. Gaceta Jurídica.
- Valderrama Valderrama, L. (2020). El principio de causalidad en los contratos de trabajo sujetos a modalidad. En M. Muro Rojas (Dir.), *Diálogo con la Jurisprudencia* (pp. 267–275). Biblioteca de la Academia de la Magistratura “Juan José Calle Yábar”.
- Valderrama Valderrama, L., y Tarazona, M. (2018). *Régimen laboral explicado 2019*. Gaceta Jurídica.
- Vásquez Vialard, A. (1982). *Tratado de derecho del trabajo*. Astrea.
- Venturi, A. (1994). *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Zelayarán Durand, M. (2002). *Metodología de la investigación jurídica*. Ediciones Jurídicas.
- Zumaeta Muñoz, P. (2015). *Temas de derecho procesal civil: Teoría general del proceso, proceso de conocimiento, proceso abreviado y proceso sumarísimo*. Jurista Editores.
- Zúñiga Cisneros, M. (1980). *Seguridad social y su historia*. Universidad del Zulia.

7.2. LIBROS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Dávalos, J. (2016). *El Constituyente laboral*. Biblioteca Constitucional INEHRM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4458/21.pdf>

Gamarra Gómez, S. F. D. (2004). *Lógica jurídica: principio de razón suficiente*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/filosofia/logica_juridica/contenido.htm

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la investigación*. (6ª ed.). McGraw-Hill Education.

https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/metodologia_de_la_investigacion_-_roberto_hernandez_sampieri.pdf

Monje Álvarez, C. A. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa: Guía didáctica*. Universidad Surcolombiana.

<https://www.uv.mx/rmipe/files/2017/02/Guia-didactica-metodologia-de-la-investigacion.pdf>

7.3. ARCHIVOS PDF

Carbajal, J. y Francke, P. (2000). *La Seguridad Social en salud: situación y posibilidades* [Archivo PDF].

<https://files.pucp.education/departamento/economia/DDD187.pdf>

Rodríguez Serpa, F. A. (2014). *La investigación jurídica básica y la investigación jurídica aplicada*. Editorial Simón Bolívar [Archivo PDF].

<http://www.scielo.org.co/pdf/just/n25/n25a01.pdf>

Valero-Pacheco, I. (2020). *La incapacidad temporal y la enfermedad relacionada con el trabajo en la seguridad social: Una aproximación a partir de la revisión de literatura*. [Archivo PDF].

https://www.researchgate.net/publication/345685782_La_Incapacidad_Temporal_y_la_Enfermedad_Relacionada_con_el_Trabajo_en_la_Una_aproximacion_a_partir_de_la_revision_de_literatura_1

7.4. ARTÍCULOS DE REVISTAS EN LA WEB

Angarita, J. (2016). El principio in dubio pro operario en el proceso laboral venezolano. *Revista Gaceta Laboral*, 22(1), 40-66.

<https://www.redalyc.org/pdf/336/33646908003.pdf>

Bustamante Zamudio, G. (2008). Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar?. *Revista Facultad de Humanidades*, (27), 24-30.

<http://www.scielo.org.co/pdf/fohos/n27/n27a03.pdf>

Guzmán Estrada, L. A. (2018). Costos en el Sistema de Prestaciones Económicas de EsSalud: subsidios a cargo del Empleador. *Revista Derecho & Sociedad*, (50), 115-123.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/20377/20313>

Vidal Coronado, R. M. (2020). Problemas en torno a las Prestaciones Económicas en Salud: ¿quién se encuentra a cargo?. *Ius Inkarrí*, 9(9), 461-490.

<https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v9n9.3695>

Zegarra, M. H. (2018). Incapacidad por enfermedad, uso de descansos médicos y la buena fe laboral. *Forseti. Revista de Derecho*, 6(8), 144-161.
<https://doi.org/10.21678/forseti.v0i8>

7.5. LEGISLACIÓN

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 10. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
Decreto Legislativo N° 728 de 1991 [D.L.728]. Ley de Fomento del Empleo. 08 de noviembre de 1991 (Perú).
Decreto Supremo N° 003-97-TR de 1993 [D.S. 003-97-TR]. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 27 de marzo de 1997 (Perú).
Decreto Supremo N° 009-97-SA de 1997 [D.S. 009-97-SA]. Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. 09 de septiembre de 1997 (Perú).
Ley N° 26790 de 1997. Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. 15 de mayo de 1997 (Perú)

ANEXO N° 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

FORULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	HIPÓTESIS	METODOLOGÍA	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
¿De qué manera la interpretación del artículo 12° de la Ley N° 26790 para el cálculo de los subsidios por incapacidad temporal de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes transgrede el derecho a la seguridad social?	OBJETIVO GENERAL La interpretación del artículo 12 de la Ley N.º 26790 que otorga para el cálculo de los subsidios por incapacidad temporal los doce meses calendario anteriores a la contingencia transgrede el derecho a la seguridad social de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes, debido a que incorpora períodos sin percepción efectiva de remuneraciones y reduce el monto de la prestación económica. OBJETIVOS ESPECÍFICOS a. Describir la naturaleza jurídica de los contratos intermitentes de los trabajadores del sector pesquero y su regulación en la normativa vigente.	Vx: El cálculo de subsidios por incapacidad de los trabajadores pesqueros sujetos a un contrato intermitente Vy: Transgresión del Derecho a la Seguridad Social.	La interpretación del artículo 12 de la Ley N° 26790 que confiere para el cálculo de los subsidios por incapacidad temporal los doce meses calendario anteriores a la contingencia transgrede el derecho a la seguridad social de los trabajadores pesqueros sujetos a contratos intermitentes, al incorporar períodos sin remuneración efectiva y reducir injustificadamente el monto de la prestación económica.	TIPO DE INVESTIGACIÓN Según su propósito: Básica. Según su naturaleza: Descriptiva. Según el tipo de investigación jurídica: Dogmática Según el enfoque: Cualitativa DISEÑO DE INVESTIGACIÓN Descriptivo Simple POBLACIÓN Doctrina: Nacional y comparada. Jurisprudencia: Seis expedientes en el que se haya emitido sentencias	TÉCNICAS - Fichaje - Estudio de casos documental. - Técnica de acopio documental. - Técnica análisis documental. INSTRUMENTOS - Fichas bibliográficas. - Fichas de resumen. - Fichas textuales. - Guía de análisis de contenido o estudio de casos. - Diario o Bitácora de Análisis.

		b. Analizar haciendo uso de la doctrina, el sentido y alcance de los subsidios y el derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú y su relevancia en el cálculo de los subsidios por incapacidad. c. Proponer 2 que la interpretación del artículo 12 de la Ley N° 26790 se realice en el sentido que para realizar el cálculo de los subsidios por incapacidad en los trabajadores del sector pesquero con contrato intermitente se realice en base a los meses efectivamente laborados.			por los Juzgados Especializados y 17 las Salas en materia laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa comprendidas entre los años 2018-2022. MUESTRA Jurisprudencia: Los expedientes N° 01092-2021-0-2501-JR-LA-05 N° 01946-2020-0-2501-JR-LA-08 N° 00169-2020-0-2501-JR-LA-02 N° 03130-2018-0-2501-JR-LA-01	
--	--	---	--	--	--	--

1

ANEXO N° 2: FORMATO DE FICHA DE INVESTIGACIÓN

TIPO DE FICHA	FECHA DE CONSULTA
EPIGRAFE (Tema o título del contenido) CONTENIDO	
AUTOR, referencia de la obra, página (s) de donde se extrajo la información.	
	NÚMERO DE FICHA

ANEXO N° 3: FORMATO DE GUÍA DE ANÁLISIS DEL CASO

Caso N°:

Expediente N°:

Demandante:

Demandado:

I. ANTECEDENTES

- DEMANDA
- CONTESTACIÓN DE DEMANDA

II. SENTENCIA DE 1° INSTANCIA (CONSIDERANDOS RELEVANTES Y FALLO)

III. SENTENCIA DE 2° INSTANCIA (CONSIDERANDOS RELEVANTES Y FALLO)

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

La aplicación del artículo 12 de la ley N° 26790 en el cálculo de subsidios por incapacidad de los trabajadores pesqueros y la transgresión del derecho a la seguridad social

INFORME DE ORIGINALIDAD

12%

INDICE DE SIMILITUD

11%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

repositorio.uns.edu.pe

Fuente de Internet

3%

2

gacetalaboral.com

Fuente de Internet

2%

3

repositorio.uladech.edu.pe

Fuente de Internet

1%

4

repositorio.usanpedro.edu.pe

Fuente de Internet

1%

5

qdoc.tips

Fuente de Internet

1%

6

idoc.pub

Fuente de Internet

<1%

7

actualidadlaboral.com

Fuente de Internet

<1%

8

busquedas.elperuano.pe

Fuente de Internet

<1%

9

Submitted to Universidad Católica de Santa
María

Trabajo del estudiante

<1%

10

repositorio.upn.edu.pe

Fuente de Internet

<1%

11

www.scribd.com

Fuente de Internet

<1%

12

legis.pe

Fuente de Internet

<1%

13

ebin.pub

Fuente de Internet

<1%

14

doku.pub

Fuente de Internet

<1%

15	jurisprudenciacivil.com Fuente de Internet	<1 %
16	vbook.pub Fuente de Internet	<1 %
17	www.munizlaw.com Fuente de Internet	<1 %
18	hdl.handle.net Fuente de Internet	<1 %
19	César Landa. "Dignidad de la persona humana", Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 2002 Publicación	<1 %
20	"Tendencias en la investigación universitaria. Una visión desde Latinoamérica. Volumen XIII", Alianza de Investigadores Internacionales SAS, 2020 Publicación	<1 %
21	Elvio Tintaya Zegarra, Yony Farfan Robles, Antonio Coronel Molina, Rosa Evangelina Lizarraga Valer et al. "Desarrollo fonológico en el lenguaje de niños de 5 años", Editora Científica Digital, 2024 Publicación	<1 %
22	Submitted to Universidad Nacional del Santa Trabajo del estudiante	<1 %
23	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	<1 %
24	Verónica Lidia Martínez Martínez. "Contenido esencial y justiciabilidad de la seguridad social", Díkaion, 2022 Publicación	<1 %
25	Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote Trabajo del estudiante	<1 %
26	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	<1 %
27	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %

28	www.indecopi.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
29	blog.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
30	docs.com Fuente de Internet	<1 %
31	aele.com Fuente de Internet	<1 %
32	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 26 (2010)", Brill, 2014 Publicación	<1 %
33	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 34 (2018)", Brill, 2019 Publicación	<1 %
34	Ursula Kulke. "Cometido presente y futuro de las normas de la OIT en la materialización del derecho a la seguridad social", La Revista Internacional de Seguridad Social, 4/2007 Publicación	<1 %
35	cdn.www.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
36	www.revista-actualidadlaboral.com Fuente de Internet	<1 %
37	Luis Ernesto Alemán Madrigal. "Vejez, remuneración y ley: la inmutabilidad del derecho pensional ante el Código de Familia nicaragüense", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), 2024 Publicación	<1 %
38	Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante	<1 %
39	Submitted to Universidad Nacional de Cajamarca Trabajo del estudiante	<1 %
40	Submitted to Universidad Privada San Juan Bautista Trabajo del estudiante	<1 %

41

Submitted to usmp

Trabajo del estudiante

<1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 15 words

Excluir bibliografía

Activo