



SENTENCIA DE VISTA

1° SALA LABORAL - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 00893-2023-0-1001-JR-LA-01.
MATERIA : DERECHOS LABORALES.
RELATOR : GIOVANNI CASTRO ASCUE.
DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO.
DEMANDANTE : AYDE TINCO HUAMAN.
Ponente : ROMÁN GIL.

Resolución N° 8.

Cusco, 7 de setiembre de 2023.

La Primera Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia del Cusco, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA DE VISTA

VISTO: El presente proceso venido en apelación.

I. RESOLUCIÓN MATERIA DE IMPUGNACIÓN

Es materia de apelación la sentencia de fecha 26 de junio de 2023, contenida en la Resolución N.º 04, en el extremo que declaró:

*“**IMPROCEDENTE** el pedido de caducidad invocado por la Abogada delegada de la Procuradora de la Municipalidad Provincial del Cusco en la etapa de alegatos finales de la audiencia de juzgamiento; **FUNDADA en parte** la demanda presentada por **AYDE TINCO HUAMAN** con **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO**, con el siguiente petitório: Pago de indemnización de daños y perjuicios (daño patrimonial) por concepto de lucro cesante generado durante el cese inconstitucional a partir de mi despido arbitrario e ilegal, por el menoscabo sufrido en la esfera jurídica patrimonial de la recurrente, mas intereses legales a liquidarse en etapa de ejecución de sentencia; e, **INFUNDADA** respecto del monto en el que fue cuantificada la pretensión en la demanda; **Consecuentemente,***

1.- ORDENO a la Municipalidad Provincial del Cusco representada por su Alcalde **pague** a la actora por la pretensión amparada la suma de **S/ 4,500.00 soles** más intereses legales que serán liquidados en la etapa de ejecución de sentencia.

*Una vez quede consentida o ejecutoriada la presente.- Sin costas y sin costos.- **Tómese razón y Hágase saber.**”*



II. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA:

2.1. La **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUSCO** representado por su Procurador Público Municipal **KAREM HEIKEM ROJAS ARROYO**, mediante escrito presentado en fecha 04 de julio de 2023, impugna la sentencia materia de grado, pretendiendo su revocatoria en el extremo que declara fundada en parte la demanda, debiendo ser declarado INFUNDADO la demanda, alegando los siguientes hechos:

- 2.1.1. Debe tenerse en cuenta que la demandante fue repuesta judicialmente con una medida cautelar el 01 de octubre de 2018 bajo el Decreto Legislativo N° 728 y actualmente labora en la Municipalidad de Cusco, como se constata en el Informe de Recursos Humanos N° 0416-UFATN/ORH/OGA/MPC-2023.
- 2.1.2. No procede el pago de las remuneraciones y beneficios económicos por el periodo no laborado como consecuencia del despido arbitrario, cuando el trabajador ha sido repuesto judicialmente.
- 2.1.3. La Ley N° 27321 establece el plazo de prescripción de cuatro años, al haberse extinguido el vínculo laboral en diciembre del 2018 el plazo para interponer la demanda ha prescrito.
- 2.1.4. No se ha demostrado el daño o perjuicio, y daño personal, y familiar.
- 2.1.5. Se ha realizado una indebida interpretación del artículo 1332 del Código Civil.
- 2.1.6. Debe ampararse la cuantificación del lucro cesante en la mitad de la remuneración básica, pues el tiempo que una persona demora en encontrar trabajo conforme un estudio del BCR es de 3 meses.

III. ANTECEDENTES

3.1. Fundamentos de la demanda: Se sostiene lo siguiente:

1.- La demandante ingreso a laborar para la demandada el 8 de Agosto del 2017 en calidad de obrera agente de seguridad ciudadana de la Sub Gerencia de seguridad ciudadana y servicios, fue despedida el 31 de diciembre del 2017, ha iniciado el proceso judicial tramitado en el expediente N° 017-2018 en el que se declara fundada la demanda y ordena su reposición, fue reincorporada el 1 de octubre del 2018; el despido del que fue víctima le ha generado lucro cesante el que debe ser cuantificado en función a la suma de S/ 850.00 soles.

3.2. De la contestación a la demanda:

La parte demandada Municipalidad Provincial de Cusco una vez emplazada, no contesta la demanda, así como tampoco asiste a la audiencia de conciliación, por lo que incurre en rebeldía automática.

IV. CUESTIONES PREVIAS

- 4.1. El demandante fue despedido el 31 de diciembre de 2017, inició un proceso de reposición tramitado en el expediente judicial N° 017-2018, en el que declara fundada la demanda y ordena su reposición siendo reincorporado el 01 de octubre de 2018.

V. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

Sobre el principio de congruencia recursal

- 5.1. De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Así, acorde a la aplicación del principio contenido en el aforismo latino “*tantum devolutum quantum appellatum*” -el cual deriva del denominado **principio de congruencia procesal**, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

VI. ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Sobre la excepción de prescripción extintiva

- 6.1. En principio para que opere el efecto extintivo propio de la prescripción debe ser requerido voluntariamente por quien pretende favorecerse con ella. En este sentido, una vez vencido el plazo legal, de acuerdo al artículo 2002 del Código Civil y en función a los tipos de situaciones jurídicas tuteladas en el artículo 2001, no basta con que el tiempo haya transcurrido, sino que es imprescindible que esta

prescripción ganada sea alegada por la parte interesada para que la extinción misma opere. De este modo, la prescripción opera de una manera especial, configurando un fenómeno sustancial que se perfecciona a nivel procesal.

- 6.2.** Sobre el particular, la prescripción se encuentra regulada en la Ley N° 27321, en la cual se regula que la prescripción es de 4 años y que se cuenta desde el día siguiente de haberse culminado el vínculo laboral.
- 6.3.** Conforme al recurso de apelación, se indica que los derechos laborales habrían prescrito al haber la demandante ha dejado de laborar desde en diciembre del 2018 al haberse la demanda formulado el 20 de febrero del 2023 por lo que hubiera transcurrido más de 4 años por tanto ha prescrito la acción.

- 6.4.** Al respecto en la sentencia la Jueza del proceso señala lo siguiente:

“(...) 1.4. La Abogada delegada señala que el derecho ha caducado por que ha transcurrido más de 4 años luego señala una norma que no es clara por la forma en la que lo ha enunciado. Sin embargo, con este argumento debe referirse a la ley N° 27321 que regula el plazo de prescripción de 4 años en materia laboral. Ahora, si lo que quiso decir la Abogada delegada era que el derecho de acción habría prescrito, esta defensa debió proponerla mediante la “excepción de prescripción” en el escrito de contestación, al no hacerlo, ha decidido no cuestionar el derecho de acción por efecto de la prescripción, con lo cual, ya no es posible invocarla. La prescripción solo opera a iniciativa de parte y no de oficio y debe ser propuesta en el escrito de contestación (...)”

- 6.5.** “En el campo del Derecho del Trabajo, la verdadera significación de la figura de la prescripción es de carácter extintivo, consistiendo en la pérdida de los derechos nacidos de un contrato de trabajo o relación de trabajo. De lo expuesto se colige que los requisitos para que opere la prescripción extintiva, en el ordenamiento laboral, son los siguientes:
- a) Existencia de un derecho que puede ejercitarse, por quien ostenta la titularidad del mismo;
 - b) No ejercicio de ese derecho por su titular; y,
 - c) Transcurso del tiempo fijado en la ley, en relación con el derecho que se trata”. (énfasis agregado)
- 6.6.** Respecto al transcurso del tiempo, esto es, el plazo para que opere la prescripción, se debe señalar que:

“(…) El plazo de prescripción fijado por la ley habrá de correr a partir del día en que expire el contrato con vencimiento señalado; o en que termine la prestación efectiva de los servicios, cuando el plazo no haya sido estipulado previamente por las partes, salvo en el caso de convenio por tiempo indeterminado; entonces, como en el de tiempo determinado y tácitamente prorrogado, el plazo de prescripción se inicia en el momento de la cesación real de los servicios (...)”.

- 6.7.** Así pues, si la prescripción es una figura jurídica cuya finalidad es hacer respetar entre las partes los límites de tiempo para accionar establecidos por ley en obediencia a que el acreedor debe mostrarse diligente en el ejercicio de su derecho y el deudor no puede quedar supeditado al mismo per vitam¹, se debe observar qué es lo que ordena la ley para efectos de prescripción en materia laboral.
- 6.8.** En el ordenamiento jurídico peruano, el artículo único de la Ley 27321 de 22 de julio de 2000, establece que las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los cuatro años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.
- 6.9.** Así, sin más, dicha norma se limita a establecer el plazo para la prescripción de las acciones laborales y el inicio de la misma (a partir del día siguiente de extinguida la relación laboral), entonces, mientras el vínculo laboral se encuentre vigente no es posible pretender la prescripción de derechos laborales.
- 6.10.** En el presente caso, el actor ha impugnado la extinción de vínculo laboral en el proceso judicial N° 00017-2018-0-1001-JR-LA-01, en la que se advierte conforme al SIJ, el proceso ha concluido en fecha **03 de enero del 2020** por lo que a la fecha de la interposición de la presente demanda no ha operado el plazo prescriptorio esto es el 20 de febrero del 2023.

Sobre la indemnización por Lucro Cesante.-

- 6.11.** Con relación al elemento de la conducta antijurídica en los casos que exista un proceso previo de reposición a causa de un despido incausado lo que viabiliza la presente demanda, en ese entender en la sentencia sobre la conducta antijurídica se ha señalado lo siguiente:

¹ **FRESCURA Y CANDIA**, Luis: Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social, Tercera Edición, Editorial El Foro, Asunción – Paraguay, 1986, p. 805. Citado en la Casación Laboral N° 6763-2017-Moquegua.

“2.2.1. La actora ha iniciado el proceso judicial tramitado en el expediente N° 00017-2018 en el que se ha ordenado su reposición. De la Sentencia dictada en este proceso, concluye que la actora estuvo sujeta a un contrato de trabajo indeterminado (fundamento 2.7. de Sentencia), además que fue víctima de un despido incausado (fundamento 3.2.2. y 3.2.3. de la sentencia).

2.2.2. Despedir a la actora mediante un despido incausado es un proceder contrario a derecho, por tanto, se ha probado que la demandada incurre en una conducta antijurídica.”

6.12. Lo señalado por el Juez del proceso resulta ser concordante con lo determinado por la Corte Suprema en jurisprudencia laboral en relación a los trabajadores que han sido despedidos sin ninguna causa que lo justifique, y habría sido posteriormente amparada su demanda de reposición, corresponde en esos casos la indemnización de daños y perjuicios, que debe darse en función de lo previsto por el artículo 1332 del Código Civil.

6.13. En ese sentido en la Casación Laboral N° 17779-2017 Lima, concluye la Corte Suprema en cuanto al pago de la indemnización por lucro cesante en los supuestos de despido arbitrario se dispone lo siguiente:

*“**Sexto:** (...) Al respecto, se advierte de fojas tres a cinco, la Sentencia de vista recaída en el expediente número 21889-2011 de fecha siete de marzo de dos mil trece, mediante el cual se ampara en segunda instancia la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando, quedando la sentencia firme y ejecutoriada pasando a la autoridad de cosa juzgada. Por lo que el accionar de la demandada se puede tipificar como antijurídico conforme a la sentencia de reposición antes mencionada, ocasionando con ello al demandante un perjuicio económico, haciendo que dejara de percibir ingresos económicos proveniente de sus remuneraciones, encontrándose por lo tanto la entidad demandada en la obligación de indemnizarla por los daños ocasionados. **Séptimo:** En tal sentido, el despido arbitrario efectuado al demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, configurándose éste como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, el que no puede asimilarse a las remuneraciones devengadas, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada.”²*

² Casación Laboral N° 17779-2017 Lima.

Por lo que es posible entender de la lectura de los fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema además de determinar que corresponde el pago de una indemnización de daños y perjuicios por el pago de lucro cesante en caso de despido incausado señala en cuanto una vez dispuesta la reposición está acreditada la antijuricidad, es decir si no hubiera una conducta antijurídica por parte del empleador no se hubiera dispuesto la reposición del demandante en el proceso N° 00017-2018-0-1001-JR-LA-01.

- 6.14.** El V Pleno Supremo en materia Laboral y Previsional, asimismo determinó respecto a que corresponde la indemnización en casos de despido incausado y despidos fraudulentos en los siguientes términos:

“El Pleno acordó por mayoría:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

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

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, (...).”

- 6.15.** Al respecto las pretensiones indemnizatorias por un despido inconstitucional, como el que se materializó en el presente caso, tiene naturaleza indemnizatoria y no contraprestativa; sobre la diferencia de estos dos conceptos, en la Casación Laboral N° 7625-2016-Callao la Corte Suprema hizo una distinción en el siguiente sentido:

“Décimo primero: En mérito a los fundamentos expuestos, se encuentra acreditada la infracción normativa por inaplicación del artículo 1321° del Código Civil, al haberse determinado por esta Sala Suprema, el haber comparado al lucro cesante y las remuneraciones dejadas de percibir, las mismas que tienen

naturaleza jurídica distinta, mientras que el primero, es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; el segundo, son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva de trabajo, tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, lo que implica establecer una diferencia conceptual y de categoría jurídica (...)

- 6.16.** Es así que, el daño patrimonial invocado a título de lucro cesante, debe ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir.
- 6.17.** Sin perjuicio de lo señalado, la indemnización por lucro cesante, no puede ser otorgada en función a los ingresos brutos que percibiría el trabajador en el supuesto de que la relación laboral hubiera seguido vigente; únicamente se debe considerar la utilidad o ganancia (neta) que el trabajador dejó de percibir; es decir los ingresos netos.
- 6.18.** Revisada la sentencia en tanto no se calculó en función de la remuneración que percibía la demandante esto es S/. 850.00 soles antes del despido sino en el monto de S/600.00 soles.
- 6.19.** En ese sentido el Juzgado para el cálculo del lucro cesante no aplicó el monto de S/850.00 soles mensuales que hubiera percibido como remuneración la demandante antes del despido, sino que haciendo uso de la facultad discrecional conferida por el artículo 1332 del Código Civil tomó la suma de S/600.00 soles mensuales, **desde el 01 de enero del 2018 al 15 de agosto del 2018.**
- 6.20.** Por tanto, en el presente caso, el juzgado ha considerado indemnizar por lucro cesante no solo teniendo en cuenta la fecha del despido sino también la fecha de diligencia 15 de agosto de 2018 donde se acuerda que la fecha de reposición sería el 01 de octubre de 2018; la demandada finalmente afirma que no es posible se admita que el actor no laboró durante el periodo del despido tal afirmación resulta ser inconsistente a lo actuado en el proceso, al no haberse acreditado que la parte demandante continuó laborando luego del despido para otra Entidad, siendo esto así y al ser esta última una afirmación sin sustento legal debe confirmarse en cuanto al pago de lucro cesante dispuesta en la sentencia en la suma de S/.600.00 soles.



- 6.21.** La demandada alega que el lucro cesante no debe ser calculado en el monto de la remuneración mínima vital sino debería ser la mitad, sin antes señalar por qué resulta errado el monto determinado por el Juez del proceso al calcular el lucro cesante en el monto de S/600.00 soles mensual; si bien es cierto no es la mitad de la RMV, resulta ser un monto menor de la remuneración mínima vital del año 2018 que fue el monto de S/930.00 soles, teniendo además en cuenta que en la sentencia se considera para efectos del cálculo el periodo que duró el despido desde el 01 de enero del 2018 al 15 de agosto del 2018.
- 6.22.** También señala que esta debió ampararse solo por los tres primeros meses esto conforme el informe técnico emitido por el BCR, pues sería el tiempo en que demora una persona en conseguir trabajo, descontando el monto de movilidad o transporte, como es posible advertir la parte demandada no define explícitamente cual sería el monto que debería otorgarse por el lucro cesante o qué factores hacen denotar el error en el cálculo de los S/600.00 soles determinado por el lucro cesante en la sentencia.
- 6.23.** Siendo esto así, la parte apelante no explica por qué resultaría errada la interpretación del Juez respecto a la jurisprudencia y normas legales citadas en la sentencia como es la Casación N° 2677-2012-LIMA y lo prescrito por el artículo 1332 del Código Civil para fines de cuantificar el lucro cesante, y respecto a la conclusión arribada en la sentencia en tanto a la forma de cálculo del lucro cesante afirmando el Juez que no es posible considerar como factor de cálculo el monto de las remuneraciones dejadas de percibir lo que generaría un enriquecimiento indebido y el pago por una labor no efectuada, postura jurisprudencial que comparte este Tribunal.
- 6.24.** No habiendo apelado la parte demandante, siendo ello así no existiendo mayores argumentos en la apelación corresponde se confirme la sentencia en todos sus extremos.

VII. PARTE RESOLUTIVA. –

Por estas consideraciones y con las facultades conferidas a esta Sala por el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, se **RESUELVE**:

CONFIRMAR la sentencia de fecha 26 de junio de 2023, contenida en la Resolución N.º 04, en el extremo que declaró:

“IMPROCEDENTE el pedido de caducidad invocado por la Abogada delegada de la Procuradora de la Municipalidad Provincial del Cusco en la etapa de alegatos finales de la audiencia de juzgamiento; **FUNDADA**



en parte** la demanda presentada por **AYDE TINCO HUAMAN** con **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO**, con el siguiente petitorio: Pago de indemnización de daños y perjuicios (daño patrimonial) por concepto de lucro cesante generado durante el cese inconstitucional a partir de mi despido arbitrario e ilegal, por el menoscabo sufrido en la esfera jurídica patrimonial de la recurrente, mas intereses legales a liquidarse en etapa de ejecución de sentencia; e, **INFUNDADA** respecto del monto en el que fue cuantificada la pretensión en la demanda; **Consecuentemente,

***1.- ORDENO** a la Municipalidad Provincial del Cusco representada por su Alcalde **pague** a la actora por la pretensión amparada la suma de **S/ 4,500.00 soles** más intereses legales que serán liquidados en la etapa de ejecución de sentencia.*

*Una vez quede consentida o ejecutoriada la presente.- Sin costas y sin costos.- **Tómese razón y Hágase saber.***

Sin costos procesales en esta instancia

Consentida que quede la presente lo devolvieron **T.R. y H.S.**

SS.

VELÁSQUEZ CUENTAS
PRESIDENTA
(VOTO SINGULAR)

CORNEJO SANCHEZ
JUEZ SUPERIOR

ROMÁN GIL
JUEZ SUPERIOR

VOTO SINGULAR

Con el debido respeto a mis colegas, la Jueza Superior que suscribe, va a emitir un **VOTO SINGULAR** con relación al voto emitido por el Magistrado señor Carlos Román Gil, suscrito a su vez por la Magistrada señora Mariliana Cornejo Sánchez; únicamente con relación a la pretensión de indemnización por lucro cesante; voto que sustentó en los fundamentos siguientes:

I. FUNDAMENTOS:

- 3.1. La sentencia apelada, ha resuelto declarar fundada la demanda, la pretensión sobre indemnización por lucro cesante por la suma de S/ 4,500.00; básicamente con el argumento siguiente:

Tratándose del lucro cesante:

*“2.3.1.4. **En conclusión**, por la naturaleza jurídica del lucro cesante así como la jurisprudencia antes citada, el lucro cesante debe ser cuantificado sobre la base del art. 1332° del Código Civil, y no puede ser cuantificada en función al monto de las remuneraciones dejadas de percibir, los beneficios sociales dejados de percibir, ni la remuneración mínima vital.*

2.3.1.5. Sobre la cuantificación del lucro cesante.

- a) La actora fue despedida el 31 de diciembre del 2017, fue reincorporada el 1 de octubre del 2018.*
- b) La diligencia de reposición se verifica el 15 de agosto del 2018, en la diligencia acuerdan que la fecha de reposición efectiva será el 1 de octubre del 2018. Al existir acuerdo de partes sobre la fecha efectiva de reposición, el lucro cesante debe ser cuantificado hasta el 15 de agosto del 2018.*
- c) En la demanda, no ha señalado el monto de sus remuneraciones percibidas, lo que señala es que de acuerdo a la Casación N° 2677-2012-LIMA debe considerarse como referencia para el monto de la indemnización la suma de S/ 850.00 soles (DS. N° 005-2016-TR). Como se ha señalado precedentemente, el lucro cesante no puede ser cuantificado en función al monto de la remuneración dejada de percibir ni en función a la remuneración mínima vital, por tanto, no es posible utilizar*

como factor de cálculo la remuneración mínima vital. Siendo esto así, bajo el marco del art. 1312 del Código Civil debe considerarse como factor de cálculo la suma de S/ 600.00 soles.

d) Por lo antes desarrollado, el lucro cesante debe ser cuantificado en base al factor de cálculo de S/ 600.00 soles mensuales y por el periodo 1 de enero del 2018 al 15 de agosto del 2018.

*2.3.1.6. Por lo desarrollado, el lucro cesante debe ser resarcido con la suma de **S/ 4,500.00 soles**".*

- 3.2. Nótese que esta decisión ha sido apelada por la parte demandada; cuyos argumentos han sido debidamente resumidos en el voto ponente.
- 3.3. Aunque concordamos con la decisión de confirmar la sentencia en cuanto a esta pretensión; no compartimos en su totalidad el razonamiento que contiene el voto ponente, como a continuación lo vamos a precisar.
- 3.4. En principio, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara fundada la demanda con la **pretensión de indemnización por lucro cesante**, considerando que, si bien el monto de cálculo por este concepto, no puede equipararse a las remuneraciones dejadas de percibir, debiendo responder el mismo a un criterio de utilidad (entre otros criterios como la frustración de un rédito o una ganancia); el argumento que se expone en la apelación de la demandada, no tiene un sustento objetivo, en tanto y en cuanto, al momento de determinar el monto a ser indemnizado, no se ha considerado el monto total de las remuneraciones dejadas de percibir, sino uno distinto; pero obviamente, tomando en cuenta -como referencia-, dichas remuneraciones, pues, la jurisprudencia reiterada ha señalado que el lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones devengadas.
- 3.5. Ahora bien, para abordar el propósito que nos motiva, recordemos que Fernández Cruz señala que el lucro cesante,

"(...) no es otra cosa que la pérdida de una ganancia que presumiblemente se iba a obtener, la prueba de este tipo de daño depende de que se acredite que, en el decurso lógico de los hechos, se ha impedido que se perciba una determinada ganancia, desde que el lucro cesante representa todo aquello que se deja de ganar

como consecuencia del acto dañoso. (...) En consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina comparada del derecho continental es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que este se delimite por un juicio de probabilidad, en donde la certeza nunca está referida a la falta de ganancia en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin de que tal lucro se produzca”³.

El mismo autor más adelante señala:

El lucro cesante “representa la pérdida de una utilidad que el damnificado razonablemente conseguiría de no haberse producido el evento dañoso. En otras palabras, afecta una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño, pero que, bajo un juicio de probabilidad, se habría obtenido de no haber sucedido el evento dañoso”⁴.

Por su parte, León Hilario⁵ efectúa las siguientes precisiones:

“Lucro”, como es evidente, no equivale a “ingreso”. El “lucro” es el ingreso menos los gastos. Los gastos a los que nos referimos son aquellos que se requiere abonar, precisamente, para mantener la fuente del ingreso y para producir el ingreso. “Lucro” es sinónimo de “rédito” o “utilidad”. Si se resarce con el “ingreso”, se incurre en el error de considerar que dicho “ingreso” se produce inevitablemente para el damnificado, sin necesidad de que éste contribuya a generarlo (mediante su trabajo, por ejemplo)”.

- 3.6. En ese escenario, si estamos ante un daño resarcible, porque antecede a esta pretensión un despido arbitrario *injustamente sufrido*, como se ha demostrado en el proceso judicial en el que se dispuso su reposición (Exp. 000017-2018-0-1001-JR-LA-01, Cf. SIJ y anexos); ¿cuáles son los criterios para establecer el factor de cálculo del lucro cesante?; el juez del proceso ha determinado la suma de S/. 600.00 (que no ha cuestionada por el demandante, pero, eventualmente podría representar una suma mayor en atención a la remuneración percibida), únicamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil, lo que a

³ Fernández Cruz, Gastón. Introducción a la Responsabilidad Civil. Lecciones Universitarias. Fondo Editorial PUCP. Colección “Lo Esencial del Derecho” N° 46. Lima. 2019. P. 65

⁴ Idem. 97

⁵ León Hilario, Leysser. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. AMAG. Lima 2016. P. 60-

criterio nuestro, no es correcto, al representar el lucro cesante una forma de daño patrimonial, y como tal no sujeto a estimación (y por tanto al criterio discrecional del juez), sino a una determinación objetiva, por ser perfectamente valuable, en la que sí es posible la cuantificación de los daños.

- 3.7. Así, teniendo como premisa los conceptos contenidos en la doctrina citada, corresponde efectuar un juicio de probabilidad a fin de determinar la frecuencia o probabilidad de que el actor hubiera tenido para percibir una remuneración igual o similar a la que percibía antes de su despido, durante el tiempo por el cual solicita este tipo de resarcimiento. En el proceso, no se ha acreditado una situación distinta a aquella situación en la que el actor, de no ser despedido, hubiera continuado percibiendo una remuneración (por ejemplo, un procedimiento por falta grave o uno similar); por tanto, existe la probabilidad de que sí hubiera percibido dicha remuneración. No obstante, si estamos a que el lucro cesante, *representa la pérdida de una utilidad que el damnificado razonablemente conseguiría de no haberse producido el evento dañoso*; y que, debe tomarse en cuenta *aquellos gastos que se requiere abonar, precisamente, para mantener la fuente del ingreso y para producir el ingreso*; el factor de cálculo, no es la remuneración mínimo vital, ni una suma determinada discrecionalmente, sino una que represente una razón objetiva, como por ejemplo la remuneración neta, frente a la remuneración bruta que percibe un trabajador, ya que ésta última es precisamente la que se recibe antes de que se retiren todas las retenciones o impuestos (téngase presente que el actor ha sido repuesto como trabajador a plazo indeterminado bajo los alcances del D. Leg. 728, y por tanto, este es un dato comprobable).

Será entonces a partir de una determinación objetiva que recién se efectuará el cálculo por el período a ser indemnizado.

- 3.8. En el presente caso, no efectuamos dicho cálculo, pues, al no haber sido apelado el factor de cálculo por el apelante, debe confirmarse tal como ha sido determinado, en tanto y en cuanto, los argumentos de la apelación, al no tener sustento objetivo, no tienen asidero.

Cusco, 6 de septiembre de 2023

Begonia del Rocío Velásquez Cuentas
Jueza Superior.