

SENTENCIA DE VISTA

1° SALA LABORAL - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 01402-2023-0-1001-JR-LA-04.
MATERIA : INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.
RELATOR : GIOVANNI CASTRO ASCUE
DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO
DEMANDANTE : VILLAFUERTE FERNANDEZ, YAKELIN.
Ponente : ROMÁN GIL.

Resolución N° 10.

Cusco, 21 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 21 de junio de 2023, contenida en la Resolución N° 6, en el extremo que declaró:

“FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por **YAKELIN VILLAFUERTE FERNANDEZ**, contra la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO**, representado por su Alcalde, con Citación de su Procurador Público, consecuentemente:

- **ORDENO** a la demandada **cumpla** con pagar a la demandante por concepto de lucro cesante la suma de **S/ 9,407.00 (NUEVE MIL CUATROCIENTOS SIETE CON 00/100 SOLES)**; más intereses que se calcularán en ejecución de sentencia.

INFUNDADA respecto de las siguientes pretensiones: 1. Indemnización por daño emergente, daño moral y daños punitivos. Sin costas y sin costos.- **Tómese razón y Hágase saber..”**

II. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

2.1. **La PROCURADORA PÚBLICA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO** representada por la Procuradora Pública Abogada **KAREM HEIKEM ROJAS ARROYO**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia antes enunciada, con la pretensión impugnatoria de que la misma sea REVOCADA se declare INFUNDADA la demanda en todos sus extremos, en mérito a los siguientes fundamentos:

- ✓ No procede el pago de remuneraciones por el periodo no trabajado.
- ✓ No se ha demostrado el perjuicio o daño personal y familiar causado a la demandante.
- ✓ Nos encontramos ante un enriquecimiento indebido por parte de la demandante.
- ✓ Debe tenerse en cuenta la carga de la prueba, así como lo dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil.
- ✓ La sentencia carece de motivación.
- ✓ No se ha evaluado la cuantificación del daño, y tampoco el daño patrimonial.
- ✓ Asimismo, se debe considerar la mitad de la remuneración básica para cuantificar el monto del lucro cesante conforme el informe del BCR el tiempo que una persona demora en encontrar trabajo sería de tres meses.
- ✓ La demandada al ser una entidad pública se encuentra exenta de ser condenada al pago de costos procesales.

III. ANTECEDENTES

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

- Viene trabajando para la demandada desarrollando labores como personal obrero con contrato a plazo indeterminado, repuesta judicial expediente N° 1188-2017-0-1001-JR-LA-01.
- Precisa que la fecha de su despido fue el 31 de enero del 2017 y repuesta el 31 de enero del 2018, por tal motivo no pudo laborar en otra institución resultado de un perjuicio para su familia.
- De acuerdo a la Sentencia de Vista del SIJ, se tiene que su despido fue arbitrario, siendo una conducta dañosa. La conducta antes descrita y se resume en un cese de funciones por despido es totalmente injusta para luego dilatar su reposición incluso mediante una oposición.
- Sobre el daño emergente señala que es el despido sufrido y su efectivo reparo con un proceso judicial, teniendo un gasto directo para efectuar dicho proceso de reposición y el actual proceso, además de sufrir un inmediato corte de pago, quedando sin dinero para poder cubrir las

necesidades básicas de alimentación, mucho más que para conseguir un trabajo toma un tiempo prudente.

- El despido le causó daño emocional en el cual incluso su familia se vio perjudicada por no poder cumplir sus obligaciones normales, de educación, alimentación, vivienda y otros; quedando acongojada en su esfera interior, frente a su familia y la sociedad. Siendo una afectación psicológica, mucho más duro bastante su reposición, por tal motivo frente a todos estos motivos se calcula un monto básico de S/5000 soles (monto que sería el pago de un psicólogo en el mercado laboral).
- Sostiene que en el presente caso, el daño producido se sustenta en la responsabilidad objetiva por referirse a una entidad estatal, la antijuridicidad la acredita cuando existe la reposición judicial conforme a parámetros de normativa vigente.

3.2. **De la contestación a la demanda:**

- La indemnización por la ruptura de relación laboral se sujeta a que el actor sustente y acredite con medios probatorios que el despido arbitrario le ha ocasionado perjuicio durante el periodo no laborado, para ello se debe considerar que no corresponde en el caso en concreto el lucro cesante puesto que no se puede pagar por labor no efectuada.
- Asimismo, el lucro cesante corresponde por lo dejado de percibir sin embargo durante dicho periodo el trabajador pudo acceder a otras labores y percibir ingresos por las mismas, sobre el particular debo precisar que ninguno de estos fundamentos son congruentes ni valederos.
- El lucro cesante no puede ser entendido como las remuneraciones y todo ingreso dejado de percibir por el trabajador, “toda vez que constituiría enriquecimiento indebido” según la Casación Laboral 7625-2016-Callao, a lo expresado considera que sea cuantificado la mitad de la remuneración mínima vital.
- Sobre el factor de cálculo, se solicita la última remuneración, siendo eso indebido, pues contraviene el criterio de la Casación N° 2677-2012-LIMA que establece y utiliza como término de cuantificación la remuneración mínima vital al momento del despido, agrega además que lo solicitado por el demandante demuestra sus intenciones de aprovechamiento económico, puesto que solicitar las remuneraciones no canceladas y agregar a ello beneficios sociales, constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada.

- Sobre la indemnización por daño moral se debe considerar que los argumentos del demandante carecen de motivación y congruencia, puesto que no ha probado de manera fehaciente el daño moral ni a la persona causado, en tanto ni el patrimonial ni extra patrimonial, no pudiendo fundar su daño únicamente señalando la supuesta existencia de daño, sino correspondiendo la probanza del mismo.

IV. CUESTIONES PREVIAS

- 4.1. La demandante fue despedida el 01 de febrero del 2017, inició un proceso de reposición tramitado en el expediente judicial N° 1188-2017, en el que declara fundada la demanda y ordena su reposición siendo reincorporado el 03 de enero del 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.

- 6.1. En principio revisada la sentencia apelada, para declarar fundada en parte la demanda sobre los elementos de la responsabilidad, en específico sobre la conducta antijurídica señala lo siguiente:

“La relación laboral fue disuelta sin que medie causa justa, relacionada con la conducta o capacidad de la actora, conforme se desprende de la sentencia contenida en la resolución N° 03 de fecha 21 de junio del 2017, la misma que fue confirmada mediante resolución N° 08 de fecha

17 de octubre del 2017, emitida en el proceso N° 1188-2017, vulnerándose sus derechos constitucionales como el derecho al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, como se identificó en el proceso de reposición.

Por tanto, queda acreditada la conducta antijurídica en la que incurrió la demandada al despedir a la actora sin que medie causa justa afectando derechos constitucionales (...)"

- 6.2. 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 incausadamente, y habría sido posteriormente amparada su demanda de reposición, corresponde la indemnización de daños y perjuicios, que debe darse en función de lo previsto por el artículo 1332 del Código Civil.
- 6.3. 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 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.”¹

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

¹ Casación Laboral N° 17779-2017 Lima.

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° 1188-2017.

- 6.4. 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, (...).”

Sobre la indemnización por Lucro Cesante.-

- 6.5. 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 (...).”

- 6.6. 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. En esa medida, en el presente caso no se reclama el pago de remuneraciones por lo que no se puede argumentar que en la sentencia el cálculo se haya efectuado en función de la remuneración que la demandante percibía antes del despido, de ser así se hubiera amparado el monto de S/1.100.00 soles por lucro cesante (boleta de pago de la demandante) por cada mes dejado de laborar mientras duró el despido, sino este constituye un elemento más como medio probatorio del daño para determinar el monto a fijarse por lucro cesante, al tener una naturaleza indemnizatoria mas no retributiva como se ha establecido conforme la jurisprudencia antes citada.
- 6.7. Sin perjuicio de lo señalado, la indemnización por lucro cesante, no puede ser otorgada en función a los ingresos brutos como se ha señalado que percibiría la demandante 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.
- 6.8. 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/850.00 soles mensual por once meses y dos días del 01 de febrero del 2017 al 03 de enero del 2018 (tiempo que duro el despido) haciendo un total de S/ 9,407.00 (Nueve Mil Cuatrocientos Siete con 00/100 soles).
- 6.9. 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 los conceptos que debería descontarse al monto determinado por el Juez del proceso sin adjuntar alguna liquidación o propuesta o qué factores hacen denotar el error en el cálculo de los S/850.00 soles determinado por el lucro cesante en la sentencia, solo señala que deba ser la mitad de la Remuneración Mínima Vital por el lucro cesante.
- 6.10. 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.

- 6.11. Pues conforme la actual jurisprudencia se ha señalado que para que el monto del lucro cesante sea reducido en los meses dejados de laborar debe tenerse en cuenta que el daño quedo minorizado si se acredita que la persona estuvo laborando en el periodo que duró el despido², lo que no ocurre en el caso al no haberse demostrado que la demandante laboro en otra institución mientras duro el despido.
- 6.12. Se concluye entonces que lo resuelto en la sentencia no se calculó en función de la remuneración que percibía la demandante antes del despido, sino dicho cálculo se efectuó en el monto de S/850.00 soles considerando que la demandante no ha generado gastos que origina la asistencia al trabajo, no podría establecerse un monto por lucro cesante en función de la remuneración percibida, sino el Juez ha valorado el tiempo dejado de laborar desde 01 de febrero del 2017 al 03 de enero del 2018, y al no contar con aportaciones a la SUNAT, ESSALUD demuestra que por este periodo que duró el despido no laboró para otra Entidad.
- 6.13. En ese sentido el Juzgado para el cálculo del lucro cesante no aplicó el monto de S/1,100.00 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 determinó la suma de S/850.00 soles mensuales por lucro cesante desde el 01 de febrero del 2017 al 03 de enero del 2018, por tanto, haciendo un total equivalente a la suma de S/9,407.00 (Nueve Mil Cuatrocientos Siete con 00/100 soles).
- 6.14. Resulta por tanto correcto que se haya fijado el cálculo y el monto por lucro cesante tomando en cuenta el tiempo dejado de laborar mientras duró el despido en el monto de S/850.00 soles máxime si la parte demandada no explica el error en el monto calculado o especifica cual sería el monto por el lucro cesante conforme lo establecido por el artículo 1332 del Código Civil, y la jurisprudencia antes citada.

² CASACIÓN LABORAL N° 08960-2018: En tal sentido; si se encuentra acreditado que los ingresos dejados de percibir ocasionados por el despido, desaparecieron en alguna medida al haberse demostrado fehacientemente que el actor ha obtenido ingresos al prestar servicios en otra entidad; como ocurrió en el presente caso, es entendible que el daño ocasionado por el despido se haya visto reducido, siendo un elemento objetivo para establecer el quantum indemnizatorio del lucro cesante el haberse acreditado que el agraviado obtuvo ingresos en el tiempo que estuvo despedido.

- 6.15. Finalmente, la parte demandada apela sobre el pago de costos procesales, sin embargo, en la sentencia apelada la demandada ha sido exonerada del pago de costas y costos procesales, por lo que se recomienda a la parte demandada realizar un mejor estudio de autos al formular su recurso impugnatorio.
- 6.16. No habiendo apelado la parte demandante en cuanto al pronunciamiento del daño emergente, daño moral y daños punitivos ha quedado consentido, siendo ello así corresponde se confirme la sentencia apelada.

VI.- 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 21 de junio de 2023, contenida en la Resolución N° 6, en el extremo que declaró:

“FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por **YAKELIN VILLAFUERTE FERNANDEZ**, contra la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO**, representado por su Alcalde, con Citación de su Procurador Público, consecuentemente:

- **ORDENO** a la demandada **cumpla** con pagar a la demandante por concepto de lucro cesante la suma de **S/ 9,407.00 (NUEVE MIL CUATROCIENTOS SIETE CON 00/100 SOLES)**; más intereses que se calcularán en ejecución de sentencia.

INFUNDADA respecto de las siguientes pretensiones: 1. Indemnización por daño emergente, daño moral y daños punitivos. 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.**

S.S.

VELASQUEZ 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 en parte la demanda, amparando la pretensión sobre indemnización por lucro cesante por la suma de S/ 9,407.00; básicamente con el argumento siguiente:

Tratándose del lucro cesante:

*“2.7 Bajo este criterio, **no es posible** considerar como factor de referencia el monto de las remuneraciones **y beneficios dejados de percibir** porque ello genera un enriquecimiento indebido y el pago por una labor no efectuada.*

i) Es lógico afirmar que en el periodo de despido, la actora se ha procurado de ingresos que bien pueden ser eventuales como también pueden ser superiores o menores a los que percibía durante la vigencia del vínculo laboral; por tanto no es razonable afirmar que por el periodo de despido, no haya generado ingreso alguno con el que cubra su alimentación, vestido y vivienda, de la misma forma, no es razonable cuantificar el lucro cesante en una suma idéntica a la percibida durante la vigencia del vínculo, porque durante la vigencia

del vínculo, parte de sus ingresos eran destinados por ejemplo a la movilidad en el centro de trabajo, el refrigerio o alimentación en el centro de trabajo y gastos ordinarios que le genera la asistencia al centro de trabajo, que no se presentaron en el periodo de despido.

*ii) Sobre el factor de referencia o de cálculo, es válido y razonable considerar el monto al que equivale la **Remuneración Mínima vital vigente en el periodo que duró el despido**, porque lo que se trata de hacer con la indemnización es resarcir la falta de ingresos que le ha generado la pérdida de su puesto de trabajo pero que a la vez debe considerarse que no prestó servicios efectivos, por tanto, si el monto de la remuneración mínima vital busca cubrir los gastos esenciales de alimentación, vestido y*

vivienda, es un **monto** que debe ser considerado como referencia.

iii) Respecto a la fecha que debe tenerse en cuenta para el cálculo del quantum indemnizatorio, se tiene **que la actora fue despedida el 01 de febrero del 2017** (según la sentencia del proceso Nro. 1188-2017) siendo **repuesta a partir del 03 de enero del 2018**, ello de acuerdo al Informe N° 0815-2023-UFATN/ORH/OGA/MPC remitido a la Directora de la Oficina de Recursos Humanos de la demandada, mediante la cual se informa la historia laboral de la actora refiriendo que esta fue repuesta judicialmente con medida cautelar a partir del 03 de enero del 2018; asimismo, esta información se corrobora con la boleta de pago de la actora correspondiente al mes de enero del 2018, en la cual se advierte que esta laboró 28 días de ese mes; por lo que el cálculo de la indemnización únicamente podrá realizarse hasta la fecha de verificación de la misma.

2.8 Siendo esto así, en el periodo que dura el despido, es decir del **01 de febrero del 2017 al 03 de enero del 2018**, transcurrió un lapso de 11 meses, 2 días, la remuneración mínima vital en dicho periodo ascendió a S/. 850.00, por lo que la indemnización debe equivaler a lo siguiente: (...) S/. 9.407.00”.

- 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 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-

- 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. 01188-2018-0-1001-JR-LA-01, Cf. SIJ y anexos de la demanda – folio 8 eje); ¿cuáles son los criterios para establecer el factor de cálculo del lucro cesante?; el juez del proceso ha determinado la suma de S/. 850.00 (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 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, 20 de septiembre de 2023

Begonia del Rocío Velásquez Cuentas
Jueza Superior.