

(VOTO PONENTE)

1° SALA LABORAL - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 02964-2022-0-1001-JR-LA-06
MATERIA : INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO Y OTROS
JUEZ : BARRIGA MORON ELVIA
ESPECIALISTA : SURCO VARGAS ERIKA - TRAMITE
DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CUSCO ,
PROCURADOR PUBLICO DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUSCO ,
DEMANDANTE : LIMACHI HUAYHUA, PAULINA
Ponente : CACERES PEREZ.

Resolución N° 07.

Cusco, 19 de junio 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 resolución N° 04, de fecha 22 de marzo de 2023, , en el extremo que resuelve:

“1. FUNDADA EN PARTE la demanda presentada por **PAULINA LIMACHI HUAYHUA**, contra la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUSCO**, representada por su Alcalde, con citación de su Procurador Público, con el siguiente petitorio: **primera pretensión principal: Pago de indemnización por lucro cesante el cual asciende a S/. 6,750.00; segunda pretensión principal: Pago de indemnización por daño moral ocasionado como consecuencia del despido;** en consecuencia:

- A. **ORDENO** a la Municipalidad Provincial del Cusco, cumpla con pagar a la actora por indemnización por lucro cesante y daño moral, en la suma de **S/. 7,750.00;** más intereses legales laborales que serán calculados en etapa de ejecución de sentencia.

(...)

II. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

La defensa de **la Municipalidad Provincial del Cusco**, interpuso recurso de apelación contra la resolución antes enunciada, con la pretensión impugnatoria de que la misma sea REVOCADA, en base a los siguientes fundamentos:

Fundamentos de los errores de hecho y de derecho incurridos.

- Respecto de la indemnización por lucro cesante no se ha demostrado que el actor haya sido perjudicado.
- No se ha demostrado la existencia del daño.
- El cálculo realizado por el Juez de primera instancia denota un enriquecimiento ilícito.
- Existe falta de diligencia en la reposición provisional realizada por el actor, ya que en el expediente N° 3087-2013 se emitió la sentencia en fecha 31 de enero de 2014 donde la actora tenía expedito su derecho para formular una medida cautelar de reposición provisional.
- A criterio de la Corte Suprema establece que no puede utilizarse como parámetro indemnizatorio las remuneraciones dejadas de percibir por el demandante.
- El periodo dejado de laborar debe computarse en meses y en días.
- Para la cuantificación de lucro cesante debe ser considerada la mitad de la remuneración básica.

III. ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA

3.1.1. El presente expediente contiene el escrito de demanda presentada por **PAULINA LIMACHI HUAYHUA**, contra la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUSCO**, representada por su Alcalde, con citación de su Procurador Público, con la siguiente pretensión:

- *Primera pretensión principal: Pago de indemnización por lucro cesante el cual asciende a S/. 6,750.00.*
- *Segunda pretensión principal: Pago de indemnización por daño moral ocasionado como consecuencia del despido, ascendente a la suma de S/. 1,000.00.*
- *Pretensión accesoria a la primera y segunda pretensión principal: La condena del pago indemnización por daño punitivos a favor del actor por el despido incausado del que fui víctima que asciende a S/. 877.5.*

Fundamenta estas pretensiones en lo siguiente:

3.1.2. Que, la demandada en forma unilateral y arbitraria, extinguió la relación laboral, el 01 de octubre de 2013, razón por la cual interpuso demanda laboral en el Expediente N° 3087-2013, a

razón del cual se ordenó su reposición que se ejecutó en fecha 01 de julio de 2014.

- 3.1.3.** Al ser despedida se le ha limitado el derecho a percibir sus remuneraciones, ya que antes de su despido la demandada le pagaba la suma de S/. 750.00, importe que hubiera recibido si continuaba laborando durante el periodo del despido hasta su reincorporación.
 - 3.1.4.** El despido del que fue objeto ha tenido repercusión psicológica y emocional, perturbación en su fuero interno, por haber dejado de laborar y por los efectos colaterales, que la abrupta situación de desempleo y de no contar con ingresos económicos necesarios para solventar los gastos de casa, le generó aflicción y dolor emocional, sensación de remordimiento y preocupación por tener que privar su economía para su subsistencia.
 - 3.1.5.** Que, ha dejado de aportar a la ONP en el periodo de despido, por lo tanto, se le debe pagar daños punitivos.
- 3.2. Por **Resolución N° 04** se admite a trámite la demanda, se cita a Audiencia de Conciliación, se emplace a la demandada y dispone que se notifique, además, al Procurador Público de la Municipalidad Provincial del Cusco con la demanda y sus anexos.
- 3.3. La **Audiencia de Conciliación Virtual**, se lleva a cabo el día 23 de enero de 2023, asisten las partes, la parte demandada no ofrece propuesta conciliadora, se enuncia las pretensiones, se entrega a la parte demandante copias del escrito de contestación de demanda y anexos mediante su correo electrónico y se fija fecha para la audiencia de juzgamiento.
- 3.4. La **Procuradora Pública de la Municipalidad Provincial del Cusco**, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos con el siguiente fundamento:
- 3.4.1.** El demandante pretende el pago de lucro cesante por 9 meses, sin embargo, no debe perderse de vista, la sentencia en el proceso de reposición Exp. 3087-2013-0-1001-JR-LA-01 con Resolución N° 04 de fecha 31 enero del 2014, fecha donde la demandante tenía expedito su derecho a solicitar la medida cautelar de reposición, empero la Medida Cautelar en fecha 01 de julio del 2014, denotando falta de diligencia de la actora para solicitar su reposición desde la sentencia favorable.

- 3.4.2. Se debe tener en cuenta la Casación N° 2677-2012-LIMA que establece y utiliza como término de cuantificación la remuneración mínima vital al momento del despido, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1332° del Código Civil; dicho monto para la Corte Suprema representa una cantidad proporcional entre lo que se ganaba y lo que se dejó de percibir.
- 3.4.3. La demandante conocía formalmente que se encontraba sujeto a una contratación de naturaleza temporal como se acredita en el informe de recursos humanos y conocía el riesgo de que su extinción era latente.
- 3.4.4. La figura de daños punitivos no se encuentra regulada por nuestro ordenamiento legal, en consecuencia, no es producto de un acto legislativo.

IV. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO.

Sobre el principio de congruencia recursal

- 4.1. 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 Aquo, 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.

V. PRECISIÓN PREVIA.

- 5.1. Al presente proceso le antecede el proceso seguido en el expediente N° 3087-2013-0-1001-JR-LA, en materia de reposición, reconociendo la reincorporación de la demandante en el régimen laboral N° 728, por sentencia contenida en la resolución N° 04 de fecha 01 de enero de 2014.
- 5.2. La actora ha sido repuesta en fecha de junio de 2014 conforme se advierte del acta de reposición que obra en autos. Siendo así que, el

tiempo que estuvo sin trabajar, como consecuencia del despido equivale a nueve meses.

VI. PRONUNCIAMIENTO DEL CASO EN CONCRETO.

6.1. La defensa de la Municipalidad Provincial de Cusco apela el extremo fundado por la Juez de primera instancia, considerando que la indemnización por lucro cesante no ha sido probada, así también considera que el monto factor de cálculo debe ser en base a la mitad de la remuneración mínima vital, y respecto al periodo ya que debe considerarse hasta la emisión de la sentencia de primera instancia del proceso de reposición en el expediente 3087-2013.

6.2. De la indemnización de lucro cesante y daño moral.

Del lucro cesante:

6.3. Debemos pronunciarnos sobre el lucro cesante. El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, realizado en la ciudad de Tacna, en el tema 01; llegó a la conclusión siguiente:

“El daño patrimonial invocado a título de lucro cesante debe de ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como remuneraciones dejadas de percibir, y cuya existencia real y objetiva deberán ser acreditadas a fin de determinar la cuantificación que se sustentará en un parámetro temporal referido al tiempo de duración del cese; un parámetro cuantitativo referido al importe de los ingresos ciertos que hubiera dejado de percibir; y cualquier otra circunstancia que tuviera incidencia directa en dicha cuantificación; deduciéndose los ingresos que hubiere obtenido el demandante por servicios realizados en dicho periodo de cese y los gastos que hubiera efectuado en el caso de continuar laborando, para la obtención de sus remuneraciones.”

6.4. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia¹ ha determinado lo siguiente:

“**Décimo:** Que, en ese sentido, este Tribunal Supremo concluye señalando: (i) que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una “falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima”, quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; (ii) que el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada; (iii) que siendo ello así es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (dispositivo que ha sido expresamente ignorado por la Sala Superior), norma que

¹ CAS. 2677-2012-LIMA.

expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa; (iv) que dicha valoración equitativa no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada, utilizando para ello algunos parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontando ello con los hechos sucedidos...”.

Del análisis de la jurisprudencia suprema, así como del Pleno Jurisdiccional citados, se concluye que, la indemnización por lucro cesante derivada del despido de un trabajador es generada como consecuencia de no haber podido laborar para la entidad demandada y, en ese sentido, no se tuvieron los ingresos esperados, en consecuencia, la falta de ingresos de la demandante, como consecuencia del despido del que fue objeto se evidencia, de manera que corresponde indemnizar.

En ese entender, sobre el cálculo del lucro cesante –y conforme lo señala la entidad demandada- **no se puede confundir con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por el periodo que duró la suspensión de labor**; ello porque el lucro cesante es entendido como “la frustración de una garantía, utilidad o rédito futuro y cierto”². En otras palabras, es la ganancia neta dejada de percibir por el trabajador.

- 6.5. A este punto , es importante referir que el artículo 1332 del Código Civil establece lo siguiente:

“Valoración del resarcimiento

Artículo 1332.-Si el resarcimiento del daño no pudiera ser aprobado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

- 6.6. En base a dicha disposición, el Juez, tiene el deber de realizar un adecuado cálculo para poder otorgar una indemnización adecuada que se ajuste a ley y sobre todo a la discrecionalidad y equidad.
- 6.7. En efecto, el Juez de primera instancia utilizó como factor de cálculo la suma de **S/. 750.00 soles**, por el lapso comprendido desde **30 de septiembre de 2013 (fecha de despido) al 30 de junio de 2014** (fecha del acta de reposición) por lo que ha considerado un periodo de 9 meses.
- 6.8. De la revisión de las boletas de pago de la actora, se advierte que la remuneración pagada era de s/750.00 soles mensuales, en consecuencia, realizarle el pago total por el periodo laborado sería

² OSSOLA, F. Responsabilidad Civil. Editorial Abeledo-Perrot, 2016, Buenos Aires-Argentina.

considerado como un enriquecimiento ilícito, por lo que el monto otorgado debe ser disminuido en aplicación al artículo 1332 del Código Civil, ya que se debe fijar un monto con valoración discrecional.

- 6.9. Entonces, teniendo en consideración que su remuneración es de s/750.00 soles, a este monto se debe descontar los gastos que son necesarios como el transporte, alimentación y ropa para el desarrollo de su labor, en tanto consideramos que un factor promedio y adecuado es de s/500.00 soles, que constituye el lucro cesante a considerar por los 9 meses se dejó de trabajar la actora.
- 6.10. Ahora respecto al periodo, la Municipalidad considera que la actora actuó negligentemente ya que, para la fecha de enero de 2014, pudo solicitar su reposición provisional, aunado a ello sostiene que, de acorde al informe de SUNAT, la actora habría laborado en los meses indicados, por lo que no le corresponde el pago de indemnización por lucro cesante.
- 6.11. Sin embargo, conforme ha quedado acreditado en autos, en el proceso N° 3087-2013 se ha emitido sentencia mediante resolución N° 04 de fecha 31 de enero de 2014, siendo este objeto de apelación por la Municipalidad, es decir que la propia municipalidad alargo el tramite del proceso.
- 6.12. Ahora bien, de la revisión del sistema se advierte que la actora si ha formulado su medida cautelar de reposición provisional en fecha 21 de mayo de 2014, por lo que se ha realizado la ejecución de dicha medida cautelar conforme obra en el acta en la que:

*“El Jefe de la Oficina y/o directora la abogada Nélide Josefina Arriola Concha dispuso la reincorporación de Paulina Limachi Huayhua en el cargo de obrera de la Gerencia de Medio Ambiente, área de parques y jardines de la Municipalidad de cusco, y que la demandante empezara a **laborar el primer día hábil del mes de julio.** (...)”*

Ello quiere decir que la propia Municipalidad no cumplió con la reposición el 21 de mayo de 2014, sino hasta el primer día de julio de aquel año. Por tanto, no se puede atribuir la demora de reincorporación a la actora.

- 6.13. Otro aspecto apelado por la Municipalidad es el oficio emitido por la SUNAT ya que considera que la actora ha laborado en otras entidades y que este periodo debe ser recortado.

- 6.14. Al respecto debemos indicar que, conforme se advierte del referido extracto de la SUNAT, la Municipalidad del Cusco es la entidad que ha estado realizado el reporte de rentas, entonces ¿La actora ha sido contratada por la misma Municipalidad del Cusco en el periodo despedido? Ante dicha cuestión, la defensa no ha podido argumentar el por qué se hizo dichas declaraciones de renta, en tanto no se evidencia que la actora haya laborado para otra entidad como refiere la defensa, y menos ha acreditado una recontractación en dicho periodo, por lo que el periodo consignado de 9 meses por el Juez de primera instancia es correcto.
- 6.15. Entonces ahora tenemos que realizar un recalcule como factor imponible de s/ 500.00 soles por el periodo **30 de septiembre de 2013 (fecha de despido) al 30 de junio de 2014 (fecha de reposición)** por lo que la indemnización que debe otorgarse un monto de s/ 4,500.00 soles, resultando fundada la apelación en este extremo.

De la indemnización por daño moral:

- 6.16. En primer lugar, debemos citar textualmente lo referido en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral de Tacna, del año 2019, donde el tema 1 se acordó:

“En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extra patrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, **salvo en los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral;** sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332 del Código Civil.” [el resaltado es nuestro]

- 6.17. Nótese que el propio Pleno Laboral reconoce que, en casos de despido donde se afecte la dignidad de la persona (como son los casos de despido incausado o fraudulento) deberá de presumirse el daño moral, ergo no es necesario actuar prueba sobre ello.
- 6.18. Consiguientemente, atendiendo a que el despido sufrido por la actora vulneró -adicionalmente a los derechos al trabajo- la dignidad de la persona humana; es que esta Sala Superior considera que sí le corresponde aplicar la presunción de que

existió un daño moral, y por ende no se requiere que la parte actora pruebe ello, puesto que con criterio prudente y razonable, este despido le ha generado aflicción, preocupación y miedo a la actora, por el desconocimiento si podría encontrar o no un nuevo trabajo en forma inmediata, así como también le ha generado los sentimientos de preocupación respecto a cómo iba a sustentarse el día a día de manera personal e incluso familiar con posterioridad al despido sumando al hecho que se vio obligada a recurrir al órgano jurisdiccional para presentar su demanda, todo lo que puede ocurrirle a cualquier persona que de manera intempestiva pierde el trabajo, en consecuencia si existió un desgaste emocional en la actora que debe repararse.

- 6.19. Por ello, esta Sala Superior considera que a la demandante si le corresponde la indemnización por daño moral, teniéndose en cuenta que, la aflicción o sufrimiento disminuye con el transcurso del tiempo, ya que la actora ha sido repuesta en julio de 2014 en la misma municipalidad, razón por la que consideramos más que razonable en otorgar el monto de s/ 800.00 soles, conforme lo hizo el juzgado.

- **Sobre la prescripción de la acción:**

- 6.20. La Municipalidad en su escrito de demanda pretende plantear la prescripción de la acción, al respecto a mérito de la Ley 27321 se tiene que según el artículo 19 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la contestación de la demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, así como también debe contener las defensas procesales y de fondo que estime conveniente. Revisada la contestación a la demanda que en su oportunidad presentó la entidad demandada, no se advierte que haya interpuesto excepción de prescripción de la acción. Lo que determina que dicha excepción deviene en extemporánea, no correspondiendo atenderla mediante de recurso de apelación, por lo que debe declararse improcedente.
- 6.21. Finalmente, conforme los argumentos de la presente resolución, se advierte que la sentenciaalzada ha sido debidamente motivada, valorando adecuadamente los medios probatorios, por lo que los agravios expuestos por la defensa de la Municipalidad no son de recibo por este Colegiado.

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**:

- 7.1. **CONFIRMAR EN PARTE**, la resolución de fecha 22 de marzo de 2023, contenida en la Resolución N.º 04, que resuelve:

“FUNDADA EN PARTE la demanda presentada por **PAULINA LIMACHI HUAYHUA**, contra la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUSCO**, representada por su Alcalde, con citación de su Procurador Público, con el siguiente petitorio: **primera pretensión principal: Pago de indemnización por lucro cesante; segunda pretensión principal: Pago de indemnización por daño moral ocasionado como consecuencia del despido**; en consecuencia: (...)

- 7.2. **REVOCAR**, la resolución de fecha 22 de marzo de 2023, contenida en la Resolución N.º 04, **SOLO EN EL EXTREMO** que resuelve:

- B. **ORDENO** a la Municipalidad Provincial del Cusco, cumpla con pagar a la actora por indemnización por lucro cesante y daño moral, en la suma de **S/. 7,750.00**; más intereses legales laborales que serán calculados en etapa de ejecución de sentencia.

- 7.3. **REFORMANDOLO DE LA SIGUIENTE FORMA**:

- B. **ORDENO** a la Municipalidad Provincial del Cusco, cumpla con pagar a la actora por indemnización por lucro cesante la suma de s/4,500.00 y daño moral la suma de s/800.00, haciendo un total de **S/. 5,300.00**; que la demandada deberá cancelar en favor de la demandante más intereses legales laborales que serán calculados en etapa de ejecución de sentencia.

- 7.4. Sin costas y sin costos procesales en esta instancia.
Y lo devolvieron. **T.R. y H.S.**
SS.JJ.SS.

VELASQUEZ CUENTAS

CORNEJO SANCHEZ

CACERES PEREZ

Expediente : 02964-2022-0-1001-JR-LA-06
Demandante : Limachi Huayhua, Paulina.
Demandado : Municipalidad Provincial del Cusco.
Materia : Indemnización.
Procede : Sexto Juzgado de Trabajo de Cusco.
Juez Superior : **Velásquez Cuentas.**

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 la Magistrada señora Rocío Cáceres Pérez, suscrito a su vez por la Magistrada señora Mariliana Cornejo Sánchez; únicamente con relación a la pretensión de indemnización por lucro cesante; voto que sustento en los fundamentos siguientes:

I. FUNDAMENTOS:

- 3.1. La sentencia apelada, ha resuelto declarar fundada la demanda, entre otras que no son materia de este pronunciamiento, la pretensión sobre indemnización por lucro cesante por la suma de S/ 6,750.00; básicamente con el argumento siguiente:

Tratándose del lucro cesante:

“Es natural afirmar que en el periodo que dura el despido, un trabajador se procure de ingresos que le permitan cubrir su subsistencia y la de su familia que si bien pueden ser eventuales como también pueden ser superiores o menores a los que percibía durante la vigencia del vínculo laboral. Lo que no es razonable es que, en el periodo de despido, la actora no haya generado ingreso alguno con el que cubra su alimentación, vestido y vivienda. ¿Cómo pudo subsistir en este periodo? entonces es razonable afirmar que tuvo ingresos producto de su trabajo o similares.

“Adicionalmente, 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 son destinados por ejemplo a la movilidad al centro de trabajo, vestido, el refrigerio o alimentación en el centro de trabajo y gastos ordinarios que le genera la asistencia al centro de trabajo, estos gastos no se presentan en el periodo en el que el ex trabajador no asiste a trabajar, de tal forma que un escenario en el que el vínculo se encuentra vigente no

es el mismo que uno en el que el vínculo no se encuentra vigente.

“Es de precisar que en la Casación nada se ha dicho sobre los beneficios sociales o ingresos adicionales que percibía el trabajador y que ha dejado de percibir como consecuencia del despido, por lo que es válido considerar como parte del lucro cesante o factor de referencia los montos que percibe por beneficios sociales calculados en función a un factor de cálculo, la citada Casación, solo hace mención a que no debe considerarse el monto de la remuneración percibida al cese, nada dice sobre los beneficios sociales, de tal forma que no existe impedimento para considerar como factor de cálculo o referencia en la cuantificación del lucro cesante los beneficios sociales que dejado de percibir, con mayor razón si estos no son percibidos por una conducta exclusiva del empleador.

*Como ha establecido la Casación antes citada, no puede considerarse como factor de referencia la remuneración percibida al cese sino un parámetro que permita restablecer la situación a los límites anteriores al daño (despido). Antes del despido la actora percibía la suma de S/. 750.00 conforme se tiene de la boleta de pago del mes de setiembre de 2013 adjuntada en la demanda; por tanto, considerando como factor de referencia el periodo de despido esto es del 30 de setiembre de 2013 (fundamento 4.1. de la sentencia emitida en el Exp. N° 3087-2014) al 30 de junio de 2014 (un día antes de la fecha de reposición, según acta de ejecución de medida cautelar), el lucro cesante equivale a la suma de **S/. 6,750.00 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 estas pretensiones; 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

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-

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. 03087-2013-0-1001-JR-LA-01); ¿cuáles son los criterios para establecer el factor de cálculo del lucro cesante?; el juez del proceso ha determinado la suma de S/. 750.00 (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.



3.9. Son estos los fundamentos del voto singular, y que en caso de haber emitido un criterio distinto en votos anteriores, debe asumirse a partir de este, lo expuesto precedentemente.

Cusco, 19 de junio de 2023

Begonia del Rocío Velásquez Cuentas
Jueza Superior.