

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

*“El resarcimiento por lucro cesante como protección
accesoria para los despidos inconstitucionales donde se
haya optado por la reposición”.*

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

Autor:

Mayra Andrea Zambrano García

Asesor:

Manuel Gonzalo de Lama Laura.

Lima, 2021

RESUMEN:

El objeto del presente trabajo de investigación, fue determinar los criterios que se deben tener en consideración al momento de efectuar el quantum indemnizatorio por lucro cesante en los casos donde se haya producido un despido incausado o fraudulento y se haya optado por la reposición en el centro de trabajo, como indemnización por daños y perjuicios

El análisis efectuado para elaborar el presente trabajo de investigación fue cualitativo, toda vez que, fue desarrollado tomando lo establecido la jurisprudencia laboral en la materia, en relación a la determinación del lucro cesante en procesos sobre indemnización por daños y perjuicios generados en despidos incausados y fraudulentos. En ese sentido, esta investigación fue de tipo no experimental por cuanto no se efectuó manipulación alguna de variables que conforman las hipótesis planteadas en esta investigación, fue solo desarrollado bajo parámetros interpretativos, tomando como base un trabajo de investigación previo y de mi autoría para profundizar y especificar la materia de estudio.

Con los resultados obtenidos se ha concluido que los criterios asumidos por la Corte Suprema al momento de efectuar el quantum por lucro cesante siguen siendo dispares, equiparando en muchos casos el lucro cesante con las remuneraciones devengadas, cuando el correcto cálculo para determinar el monto a indemnizar por este daño sufrido debe tener en cuenta otras incidencias que afectan la percepción de la ganancia dejada de percibir.

Palabras clave: despido incausado, despido fraudulento, quantum lucro cesante, gastos percibidos, gastos generados, indemnización.

ABSTRACT:

The purpose of this research was to determine the approach that must be taken into consideration at the time of making the compensation quantum for loss of earnings in cases where there has been an incautious or fraudulent dismissal and a replacement has been chosen at the center work, such as compensation for damages

The analysis carried out to prepare this research was qualitative, since it was developed taking the provisions of the labor jurisprudence in the matter, in relation to the determination of lost profits in processes on compensation for damages and losses generated in uncaused dismissals and fraudulent. In this sense, this research was of a non-experimental type because no manipulation of variables that make up the hypotheses proposed in this research was carried out, it was only developed under interpretive parameters, based on a previous research of my authorship to deepen and specify the subject of study.

With the results obtained, it has been concluded that the standard assumed by the Supreme Court at the time of making the quantum for loss of earnings continue to be disparate, equating in many cases the loss of earnings with the remuneration accrued, when the correct calculation to determine the amount to be compensated for this damage suffered it must take into account other incidents that affect the perception of the unperceived profit.

I. INTRODUCCIÓN	05
II. CAPITULO I: TUTELA DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO	07
1.1. Tutela Resarcitoria	07
1.2. Tutela Restitutoria	10
1.3. Tutela de protección accesoria	12
III. CAPITULO II: IMDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE EN CASO DE DESPIDO	15
2.1. Naturaleza jurídica del lucro cesante	15
2.2. Análisis jurisprudencial del lucro cesante en caso de despidos inconstitucionales	17
2.3. Determinación del quantum por lucro cesante en caso de despidos inconstitucionales	20
IV. CAPITULO III: REMUNERACIONES DEVENGADAS Y LUCRO CESANTE	24
3.1. Naturaleza jurídica de las remuneraciones devengadas	25
3.2. Análisis jurisprudencial de las remuneraciones devengadas en caso de despidos inconstitucionales	26
3.3. Remuneraciones devengadas y lucro cesante: Dos conceptos jurídicos distintos	30
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	31
VI. BIBLIOGRAFÍA	33

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, a pesar de haberse creado vía Tribunal Constitucional una nueva tipología de despido y de haberse “regulado” a través de plenos jurisdiccionales y diversas sentencias casatorias, no se tiene plena certeza de la protección adecuada para esta nueva tipología de despidos inconstitucionales (incausado y fraudulento), donde los trabajadores afectados hayan optado por la reposición al centro de trabajo.

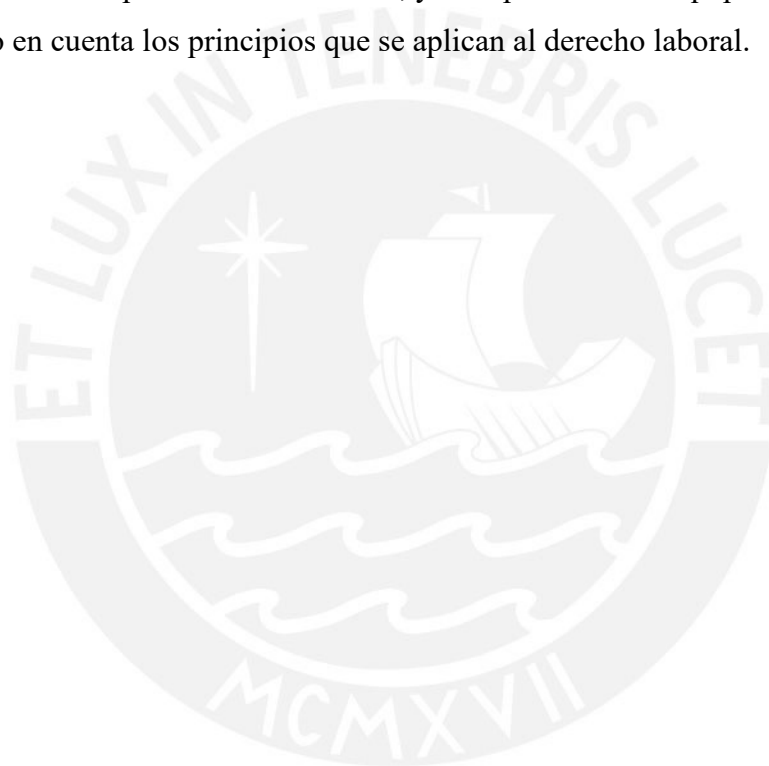
En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico se ha planteado un sistema de protección alternativo frente al despido, donde un trabajador puede optar por el pago indemnizatorio establecido en la legislación laboral o por ser repuesto en su centro de trabajo, no obstante ello, sostenemos la postura que además de estas tutelas es posible que un trabajador tenga un protección adicional frente al despido, contenido en la indemnización por daños y perjuicios.

En ese sentido, mediante el presente trabajo de investigación, pretendemos desarrollar esta protección accesoria frente a los despidos inconstitucionales (incausado o fraudulento) para así poder centrarnos de manera específica en exponer los argumentos por los cuales consideramos válido establecer el correcto cálculo del quantum por lucro cesante, el cual forma parte de los daños que pueden ser reparados por esta protección accesoria en los casos de despidos inconstitucionales donde se solicite la reposición en el centro de trabajo, toda vez que, a raíz de la creación de los llamados despido inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional existe una disparidad de criterios respecto a la plena y eficaz protección frente a estos tipos de despidos, en la medida en que, hasta la fecha no se ha dado una modificación normativa que incluya todos los criterios que se han ido acordando a lo largo de los años a nivel jurisprudencial respecto de esta materia.

Por consiguiente, en primer lugar, abordaremos los sistemas de protección frente al despido que actualmente existen en la normativa laboral peruana, para que a raíz de ello, podamos demostrar si es posible obtener una reparación accesoria adicional a la establecida para estos casos de despidos inconstitucionales con efecto de reposición.

En segundo lugar, abordaremos lo desarrollado en la teoría civil respecto de la indemnización por daños y perjuicios como reparación accesoria adicional para estos casos de despidos, centrándonos en el daño patrimonial por lucro cesante, para así poder determinar cuáles deberían ser los criterios que se deben tener en consideración al momento de efectuar el quantum indemnizatorio correspondiente.

Finalmente, abordaremos el desarrollo de las remuneraciones devengadas en conjunto con el lucro cesante, con la finalidad de poder comprender la naturaleza jurídica de cada uno de ellos y así, poder corroborar si efectivamente ambos conceptos son distintos y responden a distintos tipos de resarcimientos, y si es posible o no equiparar el uno con el otro, teniendo en cuenta los principios que se aplican al derecho laboral.



II. CAPÍTULO 1: TUTELA DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

En este capítulo, procederemos a exponer los distintos tipos de tutela frente a un despido que se han desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico, para así poder comprender la justificación que contiene cada tipo de tutela y los cambios que se han efectuado a lo largo de los años. Asimismo, poder entender los tipos de tutela de protección frente al despido, nos permitirá plantear si es posible o no que exista una protección adicional a la establecida en la legislación laboral (ya sea a nivel normativo o jurisprudencial) y qué implicancias tiene optar o no por un tipo de tutela o tuteladas de protección frente a un despido incausado o fraudulento con efecto de reposición. De esta manera, de la investigación realizada, hemos encontrado que existen principalmente dos tipos de tutela de protección frente al despido: La Tutela Resarcitoria y la Tutela Restitutoria que pasaremos a desarrollar:

1.1 Tutela Resarcitoria

Esta tutela está referida a la protección de la estabilidad relativa del trabajo, la cual se manifiesta cuando se otorga *“el pago de una indemnización compensatoria del despido incausado, ya sea porque no se reconoce al trabajador una acción para su reinstalación o reposición o porque existiendo ésta, la opción final se deja a criterio del empleador”* (Blancas 2013:122).

En esa misma línea de ideas el profesor Pla sostiene que, *“la estabilidad relativa, en cambio, se configura en los restantes casos en que existe protección contra el despido, pero ella no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador”* (citado en De Buen Nestor: 1981: 80-81).

Por su parte, el profesor Bronstein nos señala que para la tutela resarcitoria en un sistema de protección relativa frente al despido *“el empleador debe, en principio invocar una causa justa como condición para denunciar el contrato de trabajo. Sin embargo, esta condición no es inexcusable, pues en su ausencia, la legislación tratará a la terminación como un despido injustificado pero válido, y obligará al empleador a pagar una indemnización”* (citado en Blancas 2013:120).

Ahora bien, tomando lo dicho en los párrafos precedentes, en el Perú, ante un despido arbitrario (como lo señala la normativa laboral vigente), la única reparación frente al daño sufrido por este sería el pago de la indemnización, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo 34^{o1} del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante “LPCL”).

Esta tutela se encuentra basada en el deber de proteger adecuadamente al trabajador establecida en la Constitución Política del Perú, otorgándole la facultad al legislador, de conformidad con el artículo 27^{2o} de la Constitución, de determinar cuál será la adecuada protección a otorgar a los trabajadores en casos de despido, es así que, teniendo en consideración la Cuarta Disposición Final y Transitoria³ de la Constitución, la cual establece que cuando se interprete el derecho se haga teniendo en consideración las normas internacionales al respecto, el legislador tomo lo establecido en el Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú, en cuyo artículo 7^o establece que, la indemnización es una forma de reparación a la cual tienen derechos los trabajadores en caso de despido.

Según se ha citado, a través de la reparación contenida en la indemnización se estaría reconociendo la estabilidad, en este caso relativa, de los trabajadores frente a un despido al reconocérsele la protección de conformidad con la normativa internacional al ser esta una de las posibles respuestas frente a un despido, cumpliendo así el legislador con la facultad otorgada por la Constitución de proteger el derecho de trabajo.

¹ **Artículo 34^o.**- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38^o, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

² **Artículo 27.**- Protección del trabajador frente al despido arbitrario
La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

³ **Cuarta.** - Interpretación de los derechos fundamentales
Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Aunque aparezca así, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado al respecto y ha señalado que esta indemnización no es compatible con los valores y principios constitucionales en todos los casos solo en aquellos donde *“o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificados, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización”*⁴.

Por consiguiente, para el Tribunal Constitucional la tutela resarcitoria solo será Constitucional cuando así lo decida el trabajador conforme a su libre albedrío, toda vez que, se trata de una decisión enteramente asumida por este. Sin perjuicio de ello, resulta importante entender cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de tutela y qué es daños es lo que se estarían reparando con el pago de esta indemnización.

Para ello, el profesor Campos García, nos explica que existe una confusión entre resarcimiento e indemnización y que para poder diferenciarlos es importante tener en cuenta los siguientes criterios: orden funcional, orden estructural y orden consecuencial:

i. Orden funcional:

Las instituciones analizadas (indemnización y resarcimiento) sirven para finalidades distintas. La indemnización sirve para eliminar o moderar el indebido incremento de un patrimonio en daño de otro, con lo que no es más que una compensación genérica; cumpliendo con ello una función “reequilibradora o reintegradora”.

Mientras que, el resarcimiento cumple una doble función. La primera, desde la perspectiva del agente emisor de la voluntad (el que genera el daño), cumple una función de reconstitución (o restauración) del patrimonio del lesionado. La segunda, desde la perspectiva de la víctima del daño, en sentido amplio, el restablecimiento de una situación perjudicada, por equivalente o en forma específica, es decir, mantener el statu quo previo a la ocurrencia del daño.

ii. Orden estructural:

⁴ Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N°0976-2001-AA

- a. Esta diferenciación se da bajo tres ideas centrales: i) Tienen fundamentos distintos, ii) Tienen punto de origen distinto y iii) los criterios para tener en cuenta la procedencia o no de cada remedio son distintos.
- iii. Orden Consecuencial: Este orden atiende a un doble aspecto:
- La cuantía de la suma de dinero: En el caso de una obligación indemnizatoria, prescinde de la adecuación al daño, e inclusive puede ser menor al daño (de ser el caso que exista); mientras que en el caso de la obligación resarcitoria la cuantía es en razón, exclusivamente, del daño.
 - Al diferente alcance de los remedios aplicables en función a si estamos frente a un supuesto generador de indemnización o resarcimiento: Cuando estamos frente a una obligación indemnizatoria solo cabe una compensación dineraria por equivalente; mientras que, cuando estamos frente a una obligación resarcitoria, su objeto (reparación del daño) puede consistir en un resarcimiento (que establece una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido –reparación por equivalente-) o una “reintegración en forma específica” (que es aquella que crea una situación “materialmente” correspondiente a la que existía antes de producirse el daño, aunque nunca se cancele el daño del mundo de los hechos) (citado en Luna Sueñer 2020:15-17).

Bajo estos criterios antes expuestos, el problema que presenta este tipo de tutela es que llega a reparar el daño causado a un trabajador producto de un despido, porque como también lo señala el artículo 34° de la LPCL, esta indemnización está basada en una compensación genérica que no busca restablecer la situación previa en la que se encontraba el trabajador antes de sufrir el despido, sino solo busca moderar el daño que pudiera ocasionar esta lesión a su derecho del trabajo, por ello, solo atiende a criterios de antigüedad en el empleo (equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones).

1.2. Tutela Restitutoria

Habiendo visto la tutela resarcitoria y concluido que no repara ningún daño ocasionado por el despido al trabajador, pasaremos ahora a desarrollar este otro tipo denominado Tutela Restitutoria, la cual, se encuentra contenida en la estabilidad absoluta de protección frente al despido, la que se caracteriza por

“asegurar la reincorporación efectiva del trabajador sin que el trabajador pueda negar ese reingreso” (Pla Rodríguez 1978:175).

Siguiendo esta línea de ideas, el profesor Ramírez Bosco nos dice que *“la estabilidad absoluta lo que dispone no es la ilicitud indemnizable del despido injusto sino su nulidad, de la cual resulta que el contrato no se disuelve, sino que se mantiene”* (1986: 24-25).

En igual tenor, el profesor Blancas nos señala que, para diversos autores a nivel doctrinal lo que busca este sistema es restituir al trabajador de manera plena en su posición laboral y los derechos y obligaciones que de ella deriva, la cual está en la nulidad de despido que en este caso se produce al haberse despedido al trabajador sin causa justa (2013:123).

Por lo hasta aquí acotado entonces, este modelo busca asegurar la reincorporación efectiva del trabajador, modelo que además se encontraba presente en la legislación peruana desde la década de 1990, la misma que se vio modificada posteriormente por la Constitución Política de 1993 y por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. No obstante ello, el Tribunal Constitucional volvió a modificar las reglas de juego y reinstalo el modelo de estabilidad absoluta a través de la creación de los llamados “despidos inconstitucionales”.⁵

De esta manera, a pesar que en la normativa laboral vigente ya había establecido una tutela resarcitoria (indemnización) para los casos de despidos arbitrarios, los trabajadores a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional podían solicitar en lugar de la indemnización establecida en el artículo 34° de la LPCL, la reposición en el centro de trabajo sí así lo deseaban.

⁵ Se creó una nueva tipología de despido, en las sentencias recaídas en los procesos de amparo de: Fetratel vs Telefónica (Exp. 1124-2011-AA/TC), donde el Tribunal Constitucional determinó la incompatibilidad del **despido incausado previsto en el artículo 34° de la LPCL** con el derecho al trabajo consagrado en la Constitución, en consecuencia, puede solicitar la tutela restitutoria, lo cual es inclusive, *“una protección superior al consagrado en el inciso d) del artículo 7° del Protocolo de San Salvador”* (Ferro 2012:481). En el caso Eusebio Llanos Huasco (Exp. 976-2001-AA/TC), el Tribunal Constitucional, consolidó este criterio de poder solicitar la reposición para los casos de **despido incausado, fraudulento y nulo**; y, el precedente vinculante Baylon Flores (Exp. 0206-2005-PA/TC), el cual establece que, solo proceden las demandas de amparo en materia laboral de despidos incausados, fraudulentos o nulos, cuando en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener una vía procedimental igualmente satisfactoria.

En consecuencia, al igual que ocurre con la Tutela Resarcitoria, este tipo de tutela si bien logra reestablecer las cosas al estado anterior al que se encontraban antes del despido (reponer al trabajador afectado), no cubre otros daños que pudieran generarse producto del despido y limitar a que solo se de este tipo de reparación y no mediante otros medios, se estaría limitando a los trabajadores que vayan en busca de mayores resarcimientos contenidos en la responsabilidad civil.

1.3. Tutela de protección accesoria

Habiendo acotado los tipos de protección frente al despido y lo incompleto que resulta cada tutela por sí misma, con la finalidad de poder demostrar que existe otro tipo de tutela accesoria para la protección de un despido inconstitucional en el ordenamiento laboral peruano, consideramos que sí es posible para los casos de despidos inconstitucionales, solicitar esta protección accesoria a la que nos referimos, porque si bien contamos con un sistema alternativo de protección contra el despido, es decir, poder elegir en entre un tipo de tutela y otro, como hemos visto en los párrafos precedentes, ello no tiene porque limitar ni prohibir que, el trabajador en su calidad de persona⁶ pueda solicitar la reparación de otros daños que no se encuentran reparados dentro de la tutela resarcitoria ni restitutoria.

En ese sentido, si un trabajador que fuese víctima de un despido incausado o fraudulento y optase por la tutela restitutoria (reposición), ello no imposibilita de pueda solicitar una protección adicional respecto de otros daños que no se encuentran comprendidos en esta tutela.

En la línea de lo que señalamos, este criterio lo comparte, en un primer momento, el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del 2012, al señalarnos que *“a las pretensiones de impugnación de despido incausado o fraudulento, podrán acumularse otras pretensiones, las cuales deberán ser tramitadas en el proceso*

⁶ “El ser humano, como ser de relación, en el desarrollo de su conducta intersubjetiva está permanentemente en la posibilidad de incurrir en responsabilidad, la que, por eso, es inherente en la vida social. Esta responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar el daño que su conducta pueda irrogar. De este modo, el daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil” (Vidal 2001: 389)

ordinario laboral”; con ello, claramente se abre la posibilidad de poder solicitar otras pretensiones adicionales a la impugnación del despido; no obstante, como en la normativa laboral no se señala cuáles serían estas pretensiones adicionales, debemos de remitirnos a las normas del Derecho Civil, que constituye el Derecho común aplicable, entre los cuales se establece la reparación integral del daño a través de la indemnización por daños y perjuicios, la que vendría a ser esta tutela de protección accesoria frente a este tipo de despido con efecto de reposición.

Esta tutela accesoria lo que busca es *“la reconstrucción del patrimonio lesionado, este, después y mediante la indemnización debe volver a ser, en su valor ya que, en sus componentes concretos, el mismo que era antes del daño que lo ha afectado”* (citado en Palacios Valverde 2018: 43). Por consiguiente, tal como lo cita el maestro Osterling, si *“el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido”* (s/f: 397).

Ahora bien, para que proceda esta tutela a través de la indemnización por daños y perjuicios, deben concurrir los siguientes elementos:

- (a) La inexecución de la obligación, que es el elemento objetivo;*
- (b) La inimputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y*
- (c) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inexecución de la obligación ha causado un daño al acreedor (Osterling s/f: 398).*

Bajo ese tenor, será fundamental demostrar que efectivamente se ha producido un daño, no bastará con comprobar que no se ha cumplido con la obligación, sino que, el daño y perjuicio se haya efectivamente materializado.

Ahora bien, en lo que respecta a los tipos de daños que pueden darse producto de una conducta antijurídica (en este caso el despido) están los siguientes *i) daños*

patrimoniales y, ii) daños extrapatrimoniales. Dentro de los primeros tenemos al lucro cesante y al daño emergente. El maestro Lizardo Taboada nos señala que, “*se entiende por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por lucro cesante a la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir*” (2015: 72). Por su parte, los daños extrapatrimoniales serán “*las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y, por ende, merecedores de tutela legal*” (Taboada 2015:73).

En consecuencia, se puede colegir de lo dicho hasta aquí que, la protección establecida tanto por la legislación laboral y por el desarrollo jurisprudencial para un despido, no limita que, de manera accesoria, el trabajador afectado pueda solicitar protección adicional que busque reparar otros daños, como los mencionados patrimoniales y extrapatrimoniales, propios del Derecho Civil, que se aplican de manera supletoria al Derecho Laboral.

Finalmente, este mismo criterio de protección adicional cuando el trabajador opte por la pretensión de reposición frente a un despido incausado, ha sido ratificado por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, que acordó lo siguiente: “*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 indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y daño moral (...)***” (énfasis agregado).

Podemos condensar lo dicho hasta aquí, que conforme nuestra hipótesis, sí resulta posible obtener una protección accesoria a través de la indemnización por daños y perjuicios, protección que busca reparar tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Acotado ello, como lo señalamos al principio de este trabajo, buscamos centrarnos específicamente en la indemnización por lucro cesante y como se debe calcular su quantum indemnizatorio, toda vez que, al sufrirse un despido incausado o fraudulento y se ha optado por la tutela restitutoria, existe entonces la voluntad del trabajador de regresar al trabajo y por ende es lógico que reclame el pago de esta ganancia dejada de percibir producto del despido en

cuestión, no obstante ello, como podremos exponerlo en el siguiente capítulo, a la fecha existe una disparidad de criterios respecto de cómo se debe calcular el quantum indemnizatoria por lucro cesante, estableciéndose una variedad de jurisprudencia que lejos de aclarar el panorama, complica bastante el tener un criterio uniforme basado en las reglas del ordenamiento civil para poder delimitar los criterios a tener en consideración al momento de analizar esta reparación por parte de los trabajadores.

III. CAPÍTULO 2: INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE EN CASO DE DESPIDO

Como se señaló en el párrafo precedente, en este capítulo nos centraremos en desarrollar a profundidad todo lo referido daño patrimonial denominado lucro cesante y cómo, atendiendo a las normas en la materia, se debe de determinar su quantum indemnizatorio.

2.1. Naturaleza jurídica del lucro cesante

Toda vez que la materia de estudio del presente trabajo de investigación está basada en el daño patrimonial conocido como “lucro cesante”, es importante poder definir de manera conceptual y clara lo que se entiende por este concepto dentro del ámbito laboral, es así que, este concepto se ha mantenido a lo largo del tiempo, sin embargo, en el ámbito judicial se incurre en diversos errores al momento de establecer qué se entiende por este daño y/o que daños busca reparar realmente.

Por un lado, se tiene a aquellos que establecen un concepto rígido, exigiendo que para su percepción se acredite de manera cierta la ganancia que se dejó de percibir, sin tener en cuenta lo difícil que resulta esta cuantificación más si no se tiene parámetros claros de que conceptos deberían ingresar al quantum indemnizatorio.

Sin perjuicio de ello, en simples palabras, se puede definir al lucro cesante como *“aquel ingreso o ganancia neta frustrada a consecuencia del acto daniño; o en otros términos, se corresponde con “el no incremento en el patrimonio dañado*

sea por el incumplimiento de un contrato o por el acto ilícito". (García Huayama 2019: 190).

Adicional a esta definición Eduardo Zannoni nos precisa que *"el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tiene derecho"* (Citado en García Huayama 2019:196).

En esa misma línea de ideas planteadas, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado, delimitando el lucro cesante como *"aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto daniño (...), el mismo que debe ser cierto puesto que lo que busca resarcirse serán aquellas ganancias dejadas de percibir como consecuencia de acto daniño⁷"*.

De igual manera, en el fundamento 10 de la Casación Laboral N°3499-2015-La Libertad, se delimita al lucro cesante como *"la pérdida patrimonial efectivamente sufrida por la víctima (...) el lucro cesante es aquello que la víctima dejó de percibir por efecto de daño en determinado bien, es decir que por efecto del daño no ha ingresado cierto bien a su patrimonio"*.

Por lo expuesto, el fundamento que busca indemnizar el lucro cesante responde a este deber de reparación integral del daño, buscando poner al perjudicado y/o la persona que sufrió el daño en la misma situación en la que estaría si jamás se hubiese producido el hecho daniño; cabe precisar que, a una simple lectura de los conceptos expuesto se podría entender que el lucro cesante responde a todas aquellas ganancias futuras, no obstante, el lucro cesante puede estar referido tanto a un momento presente como futuro, teniendo como parámetro el momento en el que se expide la sentencia que se pronuncia al respecto de un hecho daniño o ilícito.

⁷ Fundamento 13 de la Casación Laboral N° 3289-2017-Callao.

Por ello, es equivocado asumir que el daño por lucro cesante siempre estará referido al futuro, toda vez que *“el momento en que todo daño es efecto o consecuencia de una acción u omisión, cronológicamente es siempre posterior al suceso en que tal acción u omisión vino a consistir. Sin embargo, cuando hablamos de la clasificación de daño presente o actual y daño futuro, el momento de análisis es aquel en que se expide la resolución judicial que resuelve sobre los mismos”* (Trigo Represas y López Meza 2004:451).

Ahora bien, una vez estipulado en teoría lo que busca reparar el daño por lucro cesante, el gran problema se encuentra en poner en práctica la reparación por este concepto, dado que, la complejidad de este daño se encuentra en su existencia y cuantificación al estar en función a unas ganancias que no se ha obtenido a raíz del incumplimiento, al estar dentro de *“vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios”* (Citado en Trigo Represas y López Meza 2004:454). En ese sentido, lo que corresponde al momento de determinar el quantum indemnizatorio por lucro cesante es realizar una operación imaginaria de lo que hubiera sucedido si no se hubiera producido el hecho generados de los daños (citado en Pérez Velásquez 2016: 217).

En principio, como hemos podido señalar el gran problema que existe al determinar el lucro cesante no es que el daño se produzca, sino, como se va a resarcir un daño de supuestos hechos que debían ocurrir, pero que por el hecho daniño no ocurrieron, más aún situándonos dentro de una relación laboral, donde un despido (incausado o fraudulento), ha generado un daño y por ende ha privado a los trabajadores afectados de seguir estando en la situación en la que se encontraban antes de producirse el despido; incertidumbre que pretendemos dilucidar con este trabajo de investigación y que a lo largo de este capítulo desarrollaremos.

2.2. Análisis jurisprudencial del lucro cesante en caso de despidos inconstitucionales

En el subcapítulo anterior definimos de manera clara y concisa qué se debe entender por lucro cesante y cuál es el principal problema que este daño representa al momento de determinarse su quantum indemnizatorio; por ello, en este

apartado, procederemos a desarrollar lo que a nivel jurisprudencial se ha venido desarrollando respecto de este daño en los casos materia de análisis, para así poder tener un mayor acercamiento a los criterios a tener en cuenta al momento de determinar el cálculo por lucro cesante, así tenemos las siguientes resoluciones expedidas con relación a la materia de investigación:

Casación Laboral N° 13319-2015-Callao

En esta resolución, se establece que la reposición de un trabajador no excluye la posibilidad de este, de reclamar daños que origina el despido (daños patrimoniales y extra patrimoniales). Asimismo, señala que todo despido ilegítimo trae consigo daños a la persona que sufre, toda vez que, deja de percibir los ingresos que le permiten sostenerse a sí mismo y su familia, quedando en el desamparo económico. En consecuencia, al haber sufrido un despido ilegítimo que constituye un acto doloso, el trabajador vio afectado su esfera patrimonial y extra patrimonial por este acto antijurídico, lo cual le privó de los ingresos que percibía producto de la relación laboral, evidenciándose la relación de causalidad entre el daño y la conducta antijurídica producto del despido, cumpliéndose de esta manera los elementos que determinan la existencia de responsabilidad civil conforme el artículo 1321° del Código Civil.

Casación Laboral N° 3289-2015-Callao

La sentencia en mención señala que, la indemnización por daños y perjuicios es el conjunto de consecuencias jurídicas patrimoniales a los que están sometidos las partes luego de haber asumido una situación jurídica de desventaja. En ese sentido, en un despido con efecto de reposición se encuentra acreditado que el trabajador se encontró sin vínculo laboral durante el período previo a su reposición, quedando acreditado el hecho antijurídico, puesto que, la parte empleadora motivo un cese que no podría proceder de esa forma, lo cual ocasionó que el trabajador vea afectado su esfera económica de subsistencia y con ello acreditado los elementos de la responsabilidad civil, que conlleva a una reparación consistente en una indemnización por daños y perjuicios.

Por las resoluciones acotadas, queda claro que, un trabajador que haya sufrido un despido incausado o fraudulento y haya optado por la reposición en el centro de trabajo, puede solicitar el resarcimiento de otros daños que no se encuentren contenido dentro de una reposición, como es la indemnización por daños y perjuicios. Ahora, dentro de esta reparación como lo venimos señalando se encuentra el lucro cesante y en la línea jurisprudencial tenemos que, a raíz de los Plenos Jurisdiccionales en Materia Laboral⁸, una cierta unanimidad respecto que este daño puede ser resarcido para los casos materias de análisis, tal como se establece en las siguientes sentencias:

Casación N° 7589 -2014-Cañete:

En cuyo fundamento 10 se precisó que, el lucro cesante es una forma de daño patrimonial y viene a ser las ganancias o expectativas legítimas que se ven frustradas como consecuencia del evento dañoso (...) el despido del autor fue incausado, es evidente que existió un lapso de tiempo en el cual el actor no mantuvo relación laboral con la emplazada, esto es, dejó de percibir un ingreso legítimo al que tenía derecho, siendo perjudicado en sus expectativas, las cuales fueron frustradas, motivo por el cual la remuneración que percibía en su momento es un parámetro de cálculo válido que debe servir de base para establecer el monto por lucro cesante.

Casación Laboral N° 10616-2017, Moquegua:

⁸ II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral

En este pleno, los magistrados acordaron por unanimidad que a las pretensiones por despidos incausados o fraudulentos pueden acumularse otras pretensiones, bajo las formas que prevé el artículo 87° del Código Civil y serán tramitadas en el proceso ordinario laboral.

V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral

En este pleno, los magistrados acordaron por mayoría que en los casos de despidos incausados o fraudulentos el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además de poder acumular simultáneamente el pago de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Habiéndose precisado que corresponde el pago por lucro cesante como reparación accesoria al estar dentro de un despido incausado o fraudulento, tal como lo establece la sentencia previa, esta casación hace una importante precisión que se desarrollará a mayor profundidad posteriormente, y es lo referido a que si bien el despido ilegal efectuado en contra de la demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, sin embargo, debe considerarse que el pago de este concepto no puede asimilarse a las remuneraciones dejadas de percibir, esto es, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios y demás beneficios laborales, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no realizada, debiendo por tanto el órgano jurisdiccional acudir a lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil que señala que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa, normal legal que no ha sido meritudo conforme a ley por la Sala Superior en el presente proceso.

Tal como se puede desprender de estas sentencias y como se ha venido estableciendo a lo largo de este trabajo, el pago por lucro cesante para los casos de despidos incausados o fraudulentos donde se haya optado por la reposición, es lo que corresponde para poder reparar otros daños que no están incluidos dentro de esta tutela y ante la incertidumbre de no tener a la fecha parámetros normativos establecidos respecto de estos despidos, esta reparación a través de la reposición no limita ni prohíbe que el trabajador pueda solicitar la reparación de otros daños como se logra a raíz del lucro cesante, que además, como lo menciona no pueden ser equiparados con las remuneraciones dejadas de percibir, sino que el juez debe de determinar dentro de su discrecionalidad el valor equitativo que corresponde a cada caso, para lo cual deberá no solo analizar la última remuneración percibida por el trabajador afectado, sino también, tener en cuenta otros parámetros en la base de cálculo; criterios que se abordarán en el apartado que continúa.

2.3. Determinación del quantum por lucro cesante en caso de despidos inconstitucionales

Bajo la lógica que se ha sostenido en los puntos anteriores de este trabajo de investigación, lo que corresponde ahora es determinar el correcto cálculo por

lucro cesante para los casos de despido con efecto de reposición, es así que, si bien el lucro cesante responde a aquellas ganancias dejadas de percibir producto de la conducta antijurídica cometida, se puede tener como punto de inicio y/o referencias a las remuneraciones devengadas, tal como lo ha señalado el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, de 2019, sin embargo, ello no significa que sea posible equiparar el íntegro de la remuneración devengada al cálculo del lucro cesante, porque hacer ello, negaría el hecho de que el daño resarcible (lucro cesante) planteado por el Derecho Civil, está limitado por criterios compensatorios, es decir, por deducciones que se deben aplicar a fin de obtener un *quantum* acorde al daño ocasionado.

Ahora bien, la regla general para determinar el *quantum* por lucro cesante es tener en cuenta todos los ingresos que percibía el afectado con anterioridad al hecho dañoso, empero, a estos ingresos se le deben descontar todos los gastos necesarios para generarlos; en tal sentido, el cálculo del lucro cesante debe tomar en consideración lo desarrollado por la teoría de la responsabilidad civil, por lo que, para determinar el lucro cesante se debe considerar primero *“todos los ingresos que percibía la víctima con anterioridad al hecho dañoso y tomarlo como base para calcular las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del mismo”* (García Huayama 2019: 209). En segundo lugar, este mismo autor nos señala que, a estos ingresos se *“deben descontarse los gastos necesarios para generarlos (...), los ingresos que constituyen la base de cálculo a este respecto no pueden ser los brutos sino los netos, es decir, deben descontarse de ellos los gastos necesarios en que debía incurrir la víctima para generarlos, puesto que de lo contrario se le estaría otorgando una utilidad o ganancia irreal, no ajustada a los ingresos netos”* (2019: 209).

En esa misma línea de ideas, Héctor Campos nos señala que, el lucro cesante para los casos de despido incausado sería en principio la remuneración mensual que no recibió, no obstante, para obtener el *quantum* se debe deducir a dichos ingresos *“los costos correspondientes, por ejemplo, a la alimentación, transporte, entre otros en los que incurra el trabajador de forma mensual (...). Evidentemente, la remuneración dejada de percibir no puede ser equiparada con el lucro cesante”* (2019: 212).

De esta manera, desde el punto de vista laboral, se pueden recurrir a los siguientes criterios para determinar el *quantum* por lucro cesante: “(...) (i) *Períodos inimputables a las partes (huelgas) y duración razonable del proceso (retraso en la administración de los procesos)*; (ii) *no utilización de medidas cautelares (como evidencia de la no urgencia de la pérdida patrimonial)*; (iii) *particularidades del caso concreto y del afectado (edad, factores de empleabilidad o condiciones de reinserción laboral)*; e (iv) *ingresos obtenidos (percepción de ingresos alternativos)*”. (Citado en Campos 2019:214).

De igual manera, además de estos criterios acotados, resulta fundamental también tener en cuenta el factor denominado “*deber de mitigar el daño*” al momento de establecer el *quantum* por lucro cesante.

Es así que, este deber, se encuentra regulado en el artículo 1327° del Código Civil, que indica que “*el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario*”. En esa misma línea, tenemos las siguientes sentencias casatorias sobre procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de despidos arbitrarios, donde hace alusión a este deber de mitigación, veamos:

Casación Laboral N° 2120-2017-Junin

SEXTO. - (...) El demandante era un médico odontólogo, el mismo que durante el despido arbitrario, si bien es cierto dejó de percibir el sueldo correspondiente por la entidad demandada, **no se vio imposibilitado de ejercer su profesión.**

Casación Laboral N° 2677-2012-Lima

Noveno.- (...) el hecho del despido no significó que las horas que se encontraba libre -dada la inexistencia de vínculo laboral- no pudiera utilizarlas para obtener determinadas ganancias; es decir, **dejó de percibir las remuneraciones que le entregaba mensualmente la universidad, y ese es un daño que debe ser reparado, pero no con el sueldo que se dejó de percibir porque ello:** (i) significaría otorgarle al demandante pago por labor no efectuada; y, (ii) constituiría un enriquecimiento indebido, pues lo que presumiblemente percibió

en el tiempo libre en que estuvo vinculado laboralmente con la impugnante, no lo hubiera obtenido de mantenerse la referida relación laboral (...)

Como se desprende de las casatorias y la norma citada, el resarcimiento del lucro cesante, no solo debe tomar en consideración la remuneración o ingreso que no se percibió; existen otras circunstancias que pueden derivar de este hecho dañoso, resultando fundamental compensar el mismo a estas otras circunstancias. Si tomamos este criterio de mitigación del daño, podemos aproximarnos a obtener un resarcimiento acorde al daño sufrido, caso contrario, negar el mismo solo incentivaría que la víctima no asuma medidas de prevención razonables con la finalidad de mitigar consecuencias económicas que la puedan perjudicar más.

Ahora bien, no cualquier situación podrá ser considerada para la mitigación del daño, pues, *“la exigencia principal es que el beneficio esté relacionado al mismo evento que causó el daño. El beneficio debe ser causalmente relacionado con el hecho dañoso, en el mismo grado que lo está también el daño”* (Torres-Vera 2015: 80); es decir, debe existir una relación de causalidad entre estos otros ingresos o cuestiones y el hecho que generó el daño.

Acotado ello, es justamente el ingreso por trabajos alternativos o nuevos la mejor ejemplificación de este deber de mitigación cuando nos encontramos ante la determinación del *quantum* indemnizatorio, porque, como se mencionó, este deber de mitigar daños considera ingresos causalmente relacionados al mismo hecho que generó el daño. Esta relación de causalidad se ve claramente reflejada entre el acto de despido y el nuevo trabajo, puesto que, si el trabajador no hubiera sido despedido ciertamente no hubiera buscado y obtenido, de ser el caso, otro empleo.

Ahora bien, si bien en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019, se ha delimitado los criterios a tener en cuenta al momento de determinar el *quantum* por lucro cesante y también ha afirmado que el mismo no es equivalente a las remuneraciones devengadas, insiste en señalar que el lucro cesante debe ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir. Por más

que posibilite la deducción de otros ingresos, esta afirmación, llevaría a los jueces al erróneo criterio de tomar como base de cálculo solamente los ingresos dejados de percibir, sin ningún tipo de mitigación del daño que como hemos establecido es necesario a fin de tener el correcto cálculo del quantum indemnizatorio por lucro cesante y por ende la correcta protección del trabajador sin que ello implique ningún escenario de enriquecimiento ilícito, sino una justo resarcimiento al daño sufrido.

Finalmente, para terminar el análisis respecto de este subcapítulo y conforme los criterios que se han establecido, nos resulta importante poder brindar una especie de fórmula general que se puede emplear al momento de determinar el quantum por lucro cesante, el cual exponemos a continuación:

$$LC = UR - IB - \sum OI \cdot M - MN$$

LC: Lucro Cesante.

UR: Última Remuneración.

IB: Ingresos Brutos (ingresos para genera el ingreso neto).

$\sum OI$: Suma de otros ingresos/nuevo trabajo.

M: Meses entre el despido y la reposición.

MN: Meses no imputables a las partes.

Fórmula de creación propia a raíz del análisis establecido en este trabajo, la cual puede estar sujeta a excepciones que por temas de especificación no se han abordado.

IV. CAPÍTULO 3: REMUNERACIONES DEVENGAS Y LUCRO CESANTE

En el capítulo anterior se pudo abordar todo lo referido al lucro cesante y su aplicación para los casos materia de análisis de este trabajo, lo que finalmente corresponde desarrollar y dejar establecido en este capítulo para así poder dar respuesta la hipótesis planteada de esta investigación es lo relacionado a esta mala equiparación de las remuneraciones devengadas y el lucro cesante, para ello, vamos a establecer de manera precisa y clara lo qué se debe entender por remuneraciones

devengas, lo que se ha establecido en la jurisprudencia y finalmente precisar la diferencia entre estos dos conceptos, con la finalidad de poder entender por qué se aplica el lucro cesante y no remuneraciones devengadas para los casos de despidos incausados y fraudulentos con efecto de reposición.

3.1. Naturaleza jurídica de las remuneraciones devengadas

Para poder determinar la naturaleza jurídica de las remuneraciones devengadas, resulta fundamental poder esbozar una definición clara respecto de este concepto, es así que, el profesor Pasco sostiene que *“las remuneraciones devengadas aborda el concepto de salarios caídos, significando esto que es el importe que debe corresponderle al trabajador sino hubiera sido despedido, es decir, no solo las remuneraciones ordinarias, sino las bonificaciones, premios, etc. a más de los incrementos que en ese lapso hubieran devenido en obligatorio.”* (Citado en Burgos Pereda y Chavez Gálvez 2018: 81).

Ahora bien, en lo que respecta a su naturaleza, nuestra postura y la que comparten varios juristas en la materia es que, las remuneraciones devengadas tienen un carácter remunerativo, tal como lo señala el profesor Neves Mujica, al precisar que *“las remuneraciones devengadas tienen un carácter remunerativo o contraprestativo, pero no se agota en este. En otras palabras, es el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad”* (2015:39).

En esa misma línea de ideas, el profesor Gorelli señala que *“la naturaleza del ejecutado no es otra cosa sino salarios: al deber ser readmitido el trabajador mantiene sus derechos salariales”* (Citado en Burgos Pereda y Chávez Gálvez 2018:82).

Por su parte, Américo Pla indica que las remuneraciones devengadas tienen carácter remunerativo al ser *“la manera de borrar todos los efectos de esa terminación que no se considera justificada. Para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido, deben pagarse los salarios por todo el tiempo en que los*

servicios no fueron prestados” (Citado en Burgos Pereda y Chávez Gálvez 2018:83)

Conforme lo acotado, las remuneraciones devengadas tienen el carácter remunerativo, toda vez que, al declararse el despido lesivo de derechos fundamentales, entiéndase un despido nulo, la consecuencia es que se da la continuación del vínculo laboral y por ende se debe reconocer las remuneraciones dejadas de percibir a raíz de este despido. Cabe precisar que, en el ordenamiento jurídico peruano, ha brindado una protección distinta al despido nulo, más aun, el despido nulo, *“además de vulnerar el derecho al trabajo, afectan otro derecho constitucional (no discriminación y otros), lo que hace a esta regulación del despido especialmente indeseable o grave. No obstante, esa gravedad de afectación no ocurre necesariamente en los despidos incausados y fraudulentos”* (Catacora 2016: 81-82).

No obstante, a pesar de tener esta naturaleza remunerativa, en el ámbito jurisprudencial, como desarrollaremos se tiene posiciones dispares respecto de la aplicación de remuneraciones devengadas y lucro cesante para los casos de despidos incausados y fraudulentos.

3.2. Análisis jurisprudencial de las remuneraciones devengadas en caso de despidos inconstitucionales

Tal como se señaló líneas arriba, existen dos posiciones respecto del pago de remuneraciones devengadas para los casos de despidos incausados y fraudulentos. En ese sentido, expondremos tanto las posiciones que están a favor de extender el pago de remuneraciones devengadas para estos casos, como aquellas que están en contra de esta extensión. Así tenemos, dentro de los que están a favor, la siguiente sentencia:

Casación Laboral N° 2146-2005:

En esta sentencia, la Corte Suprema ha amparado el pago de las remuneraciones devengadas, utilizando los siguientes fundamentos:

- Si la decisión de la demandada de resolver el contrato de trabajo del demandante está viciada ello determina con meridiana claridad que el cese careció de validez y eficacia jurídica para extinguir la relación jurídica laboral, por lo que ahora nos encontramos frente a la figura jurídica de la suspensión del contrato de trabajo y la falta de prestación de servicios no exime al empleador de cumplir con su contraprestación.
- Para actuar como si este despido no hubiera ocurrido deben pagarse los salarios caídos por el tiempo en que los servicios no fueron prestados, así la naturaleza de las remuneraciones y beneficios devengados es propiamente retributiva y no así indemnizatoria dado que su sustento es la reconstitución jurídica del vínculo laboral.
- Denegar el pago de las remuneraciones devengadas implica desconocer los efectos y alcances del principio de continuidad, resultando aplicable por permisión del inciso 8 de la Constitución Política del Estado, en virtud del cual el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, esto es, que perdura en el tiempo y se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que puedan alterar tal carácter, por lo que este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y a la resistencia de la relación laboral.
- La sanción, al operar la recomposición jurídica de la relación de trabajo, determina no solo el derecho del trabajador a ser reincorporado al empleo sino también a que se reconozca todos aquellos derechos con contenido económico cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duro su cese de facto, pues de no acarrear ninguna consecuencia constituiría una autorización tacita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no solo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también afectaría su futura pensión de jubilación.
- Que, el artículo 40 del TUO de la LPCL no vincula el pago de las remuneraciones devengadas únicamente a la nulidad de despido al no establecer distinción o restricción.
- La acción de nulidad de despido no es la única que puede originar para un trabajador del régimen laboral de la actividad privada el pago de beneficios sociales y remuneraciones dejadas de percibir partiendo del supuesto básico que al ser un

despido injustificado el cese del trabajador carece de validez por lo que jurídicamente debe reputarse que no se produjo. (Lavi Tejada 2016: 69-70).

Respecto de la postura en contra del pago de remuneraciones devengadas para los casos de despidos incausados y fraudulentos tenemos:

Casación Laboral 5250-2014:

- Fundamento Sétimo: Esta Sala Suprema interpreta que el despido fraudulento y el despido nulo, son dos tipos de despido distintos uno del otro, por lo que los alcances del artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se encuentra referida al pago de las remuneraciones devengadas en un supuesto único y excepcional como es el pago de periodos no laborados derivados de un despido nulo, por lo que no resulta aplicable por interpretación extensiva ni por analogía otros supuestos no previstos expresamente en la ley, en la medida que el despido fraudulento tiene como consecuencia únicamente la reposición.
- Fundamento Octavo: La reposición real en el centro de trabajo satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo, sin embargo, no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el periodo de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, en consecuencia, no resulta aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido, en tanto se trata de una norma excepcional, tal como se establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.
- Fundamento Noveno: Bajo lo señalado, no es posible equiparar los efectos reparadores e indemnizatorios derivados de un proceso de nulidad de despido en el que cabe pagar remuneraciones devengadas, con la de un proceso por despido fraudulento, por tener distinta naturaleza, por lo que no es viable aplicar el artículo 40° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prevista para casos de despido nulo por causales establecidas en el artículo 29° del Decreto Supremo antes mencionado; más aún si durante el período de cese, no hubo una contraprestación efectiva de labores por parte del demandante frente a lo cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, y como consecuencia el pago de los beneficios sociales que se hubieran generado en el periodo demandado, puesto que la inviabilidad de cobro de remuneraciones y beneficios sociales devengados por un periodo no laborado, no implica que el derecho a la reposición al puesto de trabajo, no pueda ser reclamado

vía una acción indemnizatoria ante la verosimilitud de la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador. En consecuencia, no corresponde, no corresponde el otorgamiento de remuneraciones devengadas para el caso de reposición por despido incausado y fraudulento.

Casación Laboral N° 5453-2013-La Libertad

En esa misma línea, esta sentencia establece que:

El artículo 40° del TUO del D.L N° 728 se limita al pago de las remuneraciones dejadas de percibir en los casos en los cuales se declare fundada la nulidad de despido, circunstancia diferente a la demandante cuya reposición en el empleo se determina a partir de la configuración de un despido fraudulento, no teniéndose en cuenta – además- que la remuneración constituye una contraprestación por el trabajo efectivamente prestado, lo cual no se ha materializado en el presente caso.

Casación Laboral N°992-2012:

De igual manera, en esta sentencia se deniega el pago de remuneraciones devengadas, toda vez que:

No existe derecho a remuneraciones por el periodo no laborado, interpretación concordante con el criterio del Tribunal Constitucional respecto de este derecho constitucional, lo cual, obviamente, no implica negar que efectivamente puede existir clara verosimilitud sobre la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador, los mismos que deben ser evaluados e indemnizados, según los hechos de cada caso concreto y ante el Juez y vía procedimental predeterminados por la Ley.

Teniendo en cuenta lo citado, nosotros compartimos la postura de aquellas sentencias que, de manera acertada deniegan el pago de remuneraciones devengadas a estos casos de despidos (incausado o fraudulentos), puesto que, el aplicar las remuneraciones devengadas es pretender extender efectos no regulados por la norma ante un despido distinto al nulo; sobre todo, en nuestra opinión, si la norma ha optado por brindar mayor protección al despido nulo, es justamente por la gravedad que éste reviste, en comparación con los demás despidos. Por ello, tal como lo señala la Magistrada Ledesma Narváez, y cuya opinión compartimos, tanto la jurisprudencia como la legislación han considerado que el despido nulo se limita a supuestos sumamente denigrantes, como el despido por

afiliación sindical, discriminación por sexo, religión, raza, discapacidad, entre otros; lo cual, justifica en estos casos, el pago de remuneraciones devengadas, más no, en otros supuestos distintos a este despido.

3.3. Remuneraciones devengadas y lucro cesante: Dos conceptos jurídicos distintos

Finalmente, como último apartado de este trabajo de investigación, hemos considerado importante poder dejar establecido que tanto las remuneraciones devengadas como el lucro cesante son dos conceptos jurídicos distintos, para sí poder dejar claro que la protección accesorio que corresponde para los casos de despidos incausados o fraudulentos es el pago por lucro cesante, porque, si bien no resulta aplicable el pago de remuneraciones devengadas, no se puede descuidar estándares de protección en la relación laboral.

En tal sentido, como se ha establecido de manera previa, las naturalezas jurídicas de las remuneraciones devengadas obedecen a una de carácter remunerativo que además ha sido establecido de manera expresa para un tipo de despido (que revisten de mayor gravedad), como lo es el despido nulo, caso contrario, está el pago por lucro cesante, concepto de carácter indemnizatorio que busca reparar el daño causado por un acto ilícito (como el despido) para aquellos casos donde no se haya establecido de manera expresa una adecuada protección, como lo son los despidos incausados y fraudulentos.

Lo que hemos acotado encuentra fundamento en lo establecido por la jurisprudencia, así tenemos, a la Casación Laboral N° 11732-2016-Cajamarca, en cuyo fundamento 12 establece lo siguiente “**el lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de utilidad económica como consecuencia del daño; en comparación con las remuneraciones y beneficios sociales que el trabajador no pudo cobrar por la falta de contraprestación efectiva de trabajo que tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria**”.

En esa misma línea, la Casación Laboral N° 7625-2016-Callao, indica que “**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 diferenciación conceptual y de categoría jurídica”.

Por lo expuesto, queda claro que, el cálculo del lucro cesante no puede equiparse al de las remuneraciones devengadas reguladas en el artículo 40° de la LPCL; porque, como se ha venido desarrollando, el lucro cesante responde a la teoría del derecho civil, que se aplica de manera supletoria al proceso laboral, además, al no contar con regulación expresa respecto a la protección adicional en un despido incausado o fraudulento; en tanto, el quantum del lucro cesante debe regirse por lo establecido en la teoría del derecho civil.

En consecuencia, el cálculo del lucro cesante, si bien puede tomar solo como referencia a la remuneración del trabajador, debe tener en consideración otras cuestiones, como los gastos necesarios incurridos por el afectado para generar estos supuestos ingresos que no percibió, y otros que se detallaron en los párrafos precedentes.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

En función a lo expuesto a lo largo del presente trabajo he arribado a las siguientes conclusiones:

- En el Perú, se tiene un sistema alternativo de protección contra el despido, donde el trabajador puede elegir entre la tutela restitutoria o resarcitoria, según el tipo de despido sufrido; no obstante, ello no impide que se pueda solicitar, en vía ordinaria, basándonos en la calidad de persona del trabajador, una protección adicional a la establecida (la indemnización por daños y perjuicios), la cual permite reparar otros daños que no estuvieran protegidos dentro de la tutela laboral regular.

- El despido nulo e incausado, pertenecen a dos tipologías distintas de despido; el primero protege a los trabajadores frente a un despido lesivo de derechos fundamentales, adicionales al derecho de trabajo; el segundo, es un despido en el que no se ha expresado causa alguna y, que ha pasado a ser inconstitucional por vulnerar el derecho al trabajo recogido en la Constitución. Dicho ello, ante un despido nulo, además de la tutela restitutoria o resarcitoria, cabe el pago de remuneraciones devengadas por el período que duró el cese, sin embargo, esta regulación no alcanza al despido incausado.

- Al no existir en la regulación laboral una protección accesoria (económica) para el despido incausado, la jurisprudencia y los Plenos Jurisdiccionales, sí le han otorgado una protección adicional, acorde al derecho Civil, al permitir que el trabajador pueda solicitar además una indemnización por daños y perjuicios, conformada entre otros por el lucro cesante.

- A fin de obtener una cuantificación del lucro cesante acorde al daño sufrido, se debe tener en cuenta no solo los ingresos que se dejaron de percibir, sino también, todas aquellas situaciones que pudieran incidir en el monto a indemnizar; fórmula de cálculo que hemos determinado en este trabajo, donde permite poner en práctica lo estipulado tanto en la norma civil, la jurisprudencia y los plenos laborales.

- No resulta posible equiparar para el cálculo del lucro cesante las remuneraciones devengadas, toda vez que, estas son propias de despido nulo, y equipararlos vulneraría el principio de legalidad, dado que, este pago ha sido establecido expresamente para los casos de despido nulo; y, ni por analogía se puede extender el mismo a otros supuestos, más aun, para un supuesto de despido que no comparte las mismas características que este, al tener naturalezas jurídicas distintas.

- Sin perjuicio de las conclusiones arribadas, es importante a fin de poder tener predictibilidad jurídica respecto de la protección adecuada para esta nueva tipología de despidos, que se logró establecer normativamente todo lo desarrollado en la jurisprudencia y los plenos laborales, es decir, regular lo referido a estos tipos de despidos, para así tener mayor orden, seguridad y claridad de los preceptos que le pertenecen a estos despidos y la protección que tienen los trabajadores respecto de estos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARCE, Elmer

2008 *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.

BALTODANO, Pierina

2018 *Indemnización por Despido Arbitrario*. Tesis para optar el título de abogado. Chicbote: Facultad de Derecho de la Universidad San Pedro.

BLANCAS BUSTAMANETE, Carlos

2013 Concepto e Importancia del Despido. “*El despido en el Derecho Laboral Peruano*” Tercera Edición. Lima Jurista Editores, pp. 70.

BUSTAMANTE HUIMAN, Natty

2016 “*Procedencia de las remuneraciones dejadas de percibir en los despidos incausados y fraudulento para los trabajadores del régimen de la actividad privada*”. Tesis para optar el título de abogado. Piura: Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

BURGOS PEREA, Anllela y CASTRO GÁLVEZ, Lucero

2018 *La Naturaleza Jurídica de las Remuneraciones Devengadas en el Sistema Jurídico Laboral Peruano*. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Trujillo: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional de Trujillo.

CASTILLO MONTOYA, Mario y CHAVEZ CARRERA, Elizabeth

2020 *Fundamentos Jurídicos de la Indemnización por Daño Patrimonial de Lucro Cesante en los Despidos Incausados y Fraudulentos*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Cajamarca: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Privada del Norte.

CHERRE JUÁREZ, Luis

2016 *La Determinación del Lucro Cesante y el Daño Emergente en las Cláusulas de los Contratos Petroleros*. Tesis para optar el grado de magister en Derecho Civil. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAMPOS, Héctor

2019 “Apuntes sobre la Responsabilidad Civil derivada de Despido Incausado o Fraudulento en el Sistema Peruano: La Retórica de los Punitive Damages y la Desnaturalización del Lucro Cesante”. *Themis*. Lima, 2019, número 75, pp. 203-218.

CATACORA, Percy

2016 “El Despido Incausado y Fraudulento”. *Gestión en el Tercer Milenio, Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas*. Lima, 2016, volumen 19-II, número 38, pp.77-84.

ESPINOZA MONTOYA, Cecilia

2018 “Indemnización tarifada ¿Única reparación por el daño sufrido con ocasión del Despido?”. *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Chiclayo, 2018.

FERRO, Víctor

2012 “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Derecho Pucp*. Lima, 2012, número 48, pp. 471-494.

GARCÍA CÁRDENAS, Yarleth

2016 *La extensión del pago de remuneraciones devengadas a la restitución por despido incausado o fraudulento*. Tesis para optar el título de abogado. Trujillo: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo.

GARCÍA HUAYAMA, Juan

2019 “Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante”. *Derecho y Cambio Social*. Lima, 2019, número 58, pp- 188-224.

LAVI TEJADA, Christian

2016 *El pago de las remuneraciones devengadas en la jurisdicción laboral*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Ricardo Palma.

LUNA SUCÑER, Sadaam

2020 *El resarcimiento por daño moral en adición al mecanismo indemnizatorio previsto frente al despido*. Trabajo Académico para optar el título de Segunda

Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MAITA CRUZ, Alicia

2020 *El Quantum de la Indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante derivado del Despido Incausado o Fraudulento en los Juzgados de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Tacna en los años 2015-2017*. Tesis para optar el grado de magister en Derecho Civil y Comercial. Tacna: Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohman.

NEVES MUJICA, Javier

2016 “El Despido en la Legislación y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en Materia Laboral”. *Themis*. Lima, 2016, número 87, pp.227-232.

PALACIOS, Jesús

2018 *Las Remuneraciones Devengadas en los Despidos Fraudulentos e Incausados: Implicaciones del V Pleno Jurisdiccional Supremos en Materia Laboral y Previsional*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Piura: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura.

II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL

V PLENO JURISDICCIONAL LABORAL

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL LABORAL Y PROCESAL LABORAL
(2019)

RIVERA, Carlos

2014 *Naturaleza restitutoria de las remuneraciones devengadas de los trabajadores repuestos a través del proceso de amparo y su pago en la misma vía procedimental*. Tesis para optar el grado de abogado. Trujillo: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego.

TORRES- VERA, Gonzalo

2015 *La indemnización frente a la Nulidad del Despido, especial referencia a los trabajadores amparados por la Ley 24041*. Tesis para optar el título de abogado. Piura: Faculta de Derecho de la Universidad de Piura.

TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo

2004 “Tratado de responsabilidad civil”. *La Ley*. Buenos Aires, 2004, pp. 451.

ZAMBRANO GARCÍA, Mayra

2020 Casación Laboral N° 10956-2017-TACNA. Informe para optar el título de abogada. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

