



SOLUCIONES LABORALES

SECCIÓN ESPECIAL

DAÑO EMERGENTE AL PROYECTO DE VIDA Y LUCRO CESANTE EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR DESPIDO INCONSTITUCIONAL

Ricardo CORRALES MELGAREJO^()*

*Rossina ACEVEDO ZÁRATE^(**)*

“Debe hacerse apreciación no solo del cuerpo que ha perecido (...), sino además de todo el perjuicio que su pérdida nos haya ocasionado”

Institutas de Justiniano (IV, III, 10)

RESUMEN EJECUTIVO

Los autores presentan de modo crítico las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, sobre los daños causados por el despido inconstitucional en cuanto al emergente, proyecto de vida y lucro cesante. Asimismo, analizan las vicisitudes y retos asumidos por los jueces y abogados laboristas para adecuar la institución de la responsabilidad civil ante la inejecución de la obligación del empleador de permitirle el ingreso al centro de labores al trabajador. Por último, proponen criterios objetivos para determinar la cuantificación estándar del lucro cesante.

► PALABRAS CLAVE

Despido inconstitucional / Responsabilidad contractual / Indemnización / Proyecto de vida / Lucro cesante / Daño emergente

Recibido: 29/11/2016

Aprobado: 07/12/2016

Introducción

La reforma laboral de los 90 generalizó la estabilidad laboral relativa, al permitir el

despido arbitrario e indemnización tasada como única reparación por el daño sufrido por el trabajador, sin embargo, con el cambio de siglo, retornó la estabilidad laboral absoluta o real por jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC); y, pasada la primera década, la Corte Suprema (CS) enruma sus precedentes hacia la indemnización por daños y perjuicios ante un despido inconstitucional, lo que conllevó una accidentada evolución de la doctrina jurisprudencial en la adecuación de la institución civil de la responsabilidad contractual en las relaciones laborales, hasta llegar a un

(*) Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Juez Superior, Presidente de la Sala Laboral Permanente de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín.

(**) Auxiliar Jurisdiccional de la Sala Laboral Permanente de Huancayo.

punto en que se alzan voces de protesta por la disparidad de criterios y montos en la cuantificación del lucro cesante.

De ahí, que se abren dos opciones en la resolución de esta pretensión indemnizatoria: la continuidad de la libre determinación prudencial por el juez o la estandarización en su cuantificación mediante criterios objetivos de cálculo para fijar el lucro cesante. Esto no es pacífico en la doctrina y jurisprudencia, empero, de adoptarse por la judicatura nacional, permitirá que sus decisiones sean uniformes y predecibles, brinden igualdad de trato y seguridad jurídica a los trabajadores y empresarios, además, faciliten la conciliación en este tipo de conflictos.

Esperamos que nuestra propuesta contribuya a construir una corriente de opinión a favor de estandarizar la cuantificación de los daños causados por los despidos inconstitucionales.

Sobre el polémico *quantum* del daño moral, por motivo de espacio, se publicará en el próximo número de esta revista, en la que presentaremos una novedosa propuesta de estandarización.

I. Protección frente al despido inconstitucional

Como se sabe, el TC reimplantó en el Perú, la estabilidad laboral absoluta, al brindar al trabajador despedido, la opción del derecho a la reposición en el trabajo ante un despido inconstitucional (incausado, fraudulento⁽¹⁾ o nulo⁽²⁾), a partir de tres emblemáticas sentencias (STC) recaídas en los Exps. N°s 01124-2001, 0976-2001 y 0206-2005-PA/TC. Cuyo mejor fundamento citamos:

“12. (...) el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral,

Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización ‘como única reparación’. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone solo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a. El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional”⁽³⁾.

Esta sentencia motivó aplausos y lamentaciones en su oportunidad. Pese a que han pasado 14 años de su emisión, siguen rígidas las posturas entre los **regresivos** y **progresivos** en materia de estabilidad laboral de salida, por ejemplo, Sanguinetti expresa su satisfacción al decir que: “el Tribunal Constitucional está

consiguiendo llevar a cabo, progresivamente, en un proceso que no puede considerarse todavía concluido, una auténtica ‘recomposición’ desde bases constitucionales del régimen jurídico de las relaciones de trabajo vigente en el Perú”⁽⁴⁾. En cambio, en la otra orilla Puntriano se queja: “Lamentablemente, nuestro Tribunal Constitucional permitió el retorno al régimen de los 80 al habilitar a la reposición, a elección del trabajador, como mecanismo restitutorio contra el despido arbitrario”⁽⁵⁾.

Es de interés destacar los argumentos que blanden ambos contendientes. Puntriano alude que: “el modelo de protección contra el despido previsto en la LPCL no resulta contrario a nuestra Constitución”⁽⁶⁾ pese a admitir el despido incausado pues lo sanciona con una indemnización. Para la LPCL la tutela es resarcitoria ante un despido incausado y restitutoria tratándose del despido nulo”⁽⁷⁾.

En cambio, Sanguinetti defiende la “recomposición constitucional” del ordenamiento laboral peruano, emprendida por el TC, con el retorno de la estabilidad laboral absoluta o real, a partir de una interpretación finalista a la luz de los principios que fundamentan la esencia del modelo del Estado Social: “como criterio

(1) “8. [C]uando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente” STC N° 206-2005-PA.

(2) “9. Con relación al despido nulo, (...), el Tribunal Constitucional ratifica...su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados” STC N° 206-2005-PA/TC.

(3) STC N° 01124-2001-AA, en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>>

(4) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La reconstrucción jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: *Relaciones Laborales*. N° 19, 2008, pp. 65-79. Recuperado de <<https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/jurisp-tc-peru-sem-montevideo-wsanguinetti.pdf>>.

(5) PUNTRIANO ROSAS, César. “Crítica al pago de una indemnización por daño moral como consecuencia de un despido arbitrario” En: *Soluciones Laborales*. Año 9, N° 104, Gaceta Jurídica, agosto 2016, p. 19.

(6) (16) La Constitución de 1993 señala en su artículo 27 que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Esta disposición recoge un “derecho de configuración legal”, es decir, existe una remisión al legislador para que éste sea quien determine cuál es el nivel adecuado de protección contra el despido”.

(7) PUNTRIANO ROSAS, César. Ob. cit., p. 19.

guía para la interpretación del sentido de las disposiciones laborales de la Constitución, del principio de respeto de la dignidad de la persona, al que su artículo 1 atribuye la condición de ‘fin supremo de la sociedad y del Estado’ (...). Y también la imposibilidad de que cualquier derecho pueda ser ejercido conculcando esa dignidad esencial (...), una barrera imposible de traspasar, dado que constituye nada menos que el ‘núcleo axiológico’ de la norma fundamental⁽⁸⁾. Aun cuando con el precedente “Huatuco” pierde fuerza esta postura.

Al decir de Pasco Cosmópolis, la estabilidad laboral absoluta es la *bête noire* del Derecho del Trabajo peruano, a tal punto que es uno de los temas polémicos que ha impedido que representantes de los empresarios y los trabajadores puedan consensuar su regulación en el proyecto de la Ley General del Trabajo. Pues, si se incluyeran estos despidos inconstitucionales como nulos en el Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), habríamos resuelto por lo menos el *quantum* del lucro cesante.

II. Vía procesal de tutela

En un principio, el proceso de amparo fue la vía idónea para tutelar el derecho a la reposición en el trabajo a consecuencia de un despido inconstitucional, siempre que no requiera de estación probatoria (STC N° 0206-2005-PA).

Posteriormente, con la vigencia progresiva de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), y según lo acordado en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral⁽⁹⁾, los jueces especializados en trabajo o mixtos asumieron competencia para conocer la pretensión de reposición por despidos

inconstitucionales, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única, o también, en el proceso ordinario laboral, cuando se pida acumulada a otras pretensiones.

Entonces, en los distritos judiciales en los que rige la NLPT, la acción de reposición laboral por estas tipologías de despidos inconstitucionales, creadas por la jurisprudencia del TC, tienen una vía procesal igualmente satisfactoria que la del proceso de amparo.

Sin embargo, ello no supone que los jueces apliquen mecánicamente el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional (CPCConst.)⁽¹⁰⁾, y declaren improcedente la demanda de amparo de reposición, ya que tal pretensión puede accionarse ante la justicia constitucional, siempre y cuando no requiera de prueba de actuación mediata, la reposición del derecho iusfundamental merezca tutela urgente ante la amenaza de irreparabilidad, y la lesión constitucional no admita dudas atendiendo a la magnitud del bien jurídico afectado (STC Exp. N° 02383-2013-PA).

III. La reposición en el empleo y los salarios caídos

El trabajador repuesto en el trabajo por orden judicial con autoridad de cosa juzgada, ante el despido incausado, fraudulento o lesivo de

derechos fundamentales, pedía el pago de los salarios caídos y el reintegro de los demás beneficios sociales, no percibidos durante el tiempo que estuvo despedido inconstitucionalmente, en la vía del proceso ordinario laboral, y en ese entonces, era pacífico en la jurisprudencia aplicar extensivamente el artículo 40 de la LPCL⁽¹¹⁾, así tenemos el precedente vinculante contenido en la Cas. N° 1724-2004-LIMA (*El Peruano*, 28/02/2007), entre otros⁽¹²⁾, cuyo fundamento central citamos:

“Duodécimo: Que, a partir de ello y teniendo en cuenta que el artículo cuarenta de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido al no establecer distinción o restricción de alguna clase en cuyo caso hubiera prescrito que solo en dicho caso procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir dentro del régimen de la actividad privada, debe concluirse que 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 remuneraciones y beneficios dejados de percibir en tanto que por vía de una sentencia de acción de amparo también se puede lograr los mismos efectos para el trabajador partiendo del presupuesto

(8) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 7.

(9) En: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/ACUERDOS_PLENO_LABORAL_10072012.pdf>

(10) Artículo 5.- Causales de improcedencia

“No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...).”

(11) Artículo 40.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

(12) Casaciones N°s 011-2006-Lima, 103-2005-Lima, 2110-2005-Lima, 213-2006-Lima, 2146-2005-Lima, 375-2006-Lima y 2442-2005-Lima.

básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez por lo que jurídicamente debe reputarse que no se produjo”.

Sin embargo, este precedente jurisprudencial no duró más de una década, pues, le salió al paso un nuevo criterio en la CS que consideraba que lo dejado de percibir durante el despido debía reclamarse como pretensión indemnizatoria, atizado por el TC que declaraba improcedente el pedido de salarios caídos (STC N° 0206-2005-PA) pese a que sí amparaba pensiones devengadas. Tales demandas no solo se canalizaban ante los jueces laborales sino también ante los civiles, es por ello que en esta materia las Salas Civiles de la CS han establecido criterios jurisprudenciales.

Empero, somos de la opinión que esta materia indemnizatoria debe ser de competencia exclusiva de los jueces laborales, preservando la especialidad y con ello una jurisprudencia predecible y uniforme en la cúspide de cierre en sede casatoria de la NLPT, y que el TC ha elevado a principio (STC N° 03950-2012-PA), en efecto: “El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia de regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferenciación”.

Además, se abrió la acción indemnizatoria, para el cesado que a pesar de haber cobrado la indemnización tarifada por despido arbitrario, considere que este evento le causó daños extraordinarios, en cuyo caso, actualmente, puede demandar a su empleador por daño moral y obtener una indemnización adicional a lo cobrado, según la Cas. Lab. N° 5423-2014-Lima⁽¹³⁾. Decisión que también causó polémica en el

medio, reservando expresar nuestra posición para el próximo número de esta revista.

IV. Indemnización por despido inconstitucional

De esta nueva corriente jurisprudencial, dan cuenta las Casaciones N°s 3084-2000-Lima⁽¹⁴⁾, 1834-2002-Santa⁽¹⁵⁾, 287-2005-Tumbes⁽¹⁶⁾, y 1080-2006-Lima, en esta última bajo el argumento: “si la decisión de la demandada de resolver el contrato de trabajo de la demandante está viciado de inconstitucionalidad ab origen como ha determinado la justicia constitucional, ello determina con meridiana claridad la responsabilidad de la emplazada por el daño causado al accionante...y consecuentemente está obligada a indemnizarlo conforme prevé el artículo 1321 del Código Civil”⁽¹⁷⁾.

Luego se generalizó con la Cas. N° 2712-2009-Lima⁽¹⁸⁾, que entre otras razones, consideraba: “la

reposición real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo, no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, no resultando aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido (...), dado que dicha nulidad se encuentra regulada por normas excepcionales”⁽¹⁹⁾.

Tal criterio se consolidó en la CS, y la resistencia de ciertas Salas Laborales y Mixtas de las cortes superiores⁽²⁰⁾, finalmente, fue vencida en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2015 que mayoritariamente se pronunció por: “La improcedencia del pago de remuneraciones devengadas en los casos de reposición del trabajador, ordenada por sentencia estimatoria emitida en el Proceso de Amparo, al considerar que los procesos de Amparo y de Nulidad de despido tienen naturaleza jurídica distinta”⁽²¹⁾.

(13) Décimo Octavo: (...) existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada se encuentra prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario, no encontrándose comprendidos dentro de la misma, los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa del empleador, esto es, aquella conducta que genera una afectación especialmente dañosa sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador.

(14) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31/07/2001.

(15) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 02/08/2004.

(16) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 02/05/2006 con carácter de precedente de observancia obligatoria, en cuya sexta considerativa estableció: “el Juez de Trabajo no solo resulta competente para determinar la indemnización que pudiera corresponder al trabajador por los daños patrimoniales que pudiera haberse ocasionado en ejecución de su contrato de trabajo (...) sino además por los daños extra patrimoniales que origina un supuesto de daño moral”.

(17) Séptimo considerando del Pleno Jurisdiccional Regional Laboral de Huancayo 2008. Tema N° 3 “Derechos Del Trabajador Frente Al Despido Laboral Arbitrario”. En: *Materiales de Estudio*. Poder Judicial del Perú. p. 175. Descargado de: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d8f5f88046e105b690559144013c2be7/Tema+III.-+Derechos+del+trabajador+frente+al+despido+laboral.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d8f5f88046e105b690559144013c2be7>>.

(18) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31/01/2012.

(19) Décimo considerando.

(20) La última sentencia de vista en la Corte Superior de Justicia de Junín que tutelaba los salarios caídos por despido inconstitucional, fue casada mediante la Cas. Lab. N° 5972-2014 JUNÍN, publicado en *El Peruano* el 30/09/2016, p. 82973, que en su sexta considerativa, reitera el criterio siguiente: “la reposición de un trabajador ordenada a través de un proceso de amparo satisface la pretensión referida a la tutela de un derecho constitucional específico; sin embargo, no genera obligación alguna de pago de remuneraciones por periodos no laborados efectivamente”.

(21) En: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7f0ba004a50f2d6ad4ffe024a97abd/CONCLUSIONES+PLENO+JURISDICCIONAL+NACIONAL+LABORAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f7f0ba004a50f2d6ad4ffe024a97abd>>.

Nuevamente, hubo aplausos y lamentaciones en ambas orillas del Derecho Laboral, por ejemplo, De Lama dijo: “Este cambio de criterio de la CS es sumamente preocupante por ser retrógrada y total y abiertamente contrario a la óptica tuitiva del Derecho del Trabajo. Nos preguntamos, ¿acaso el trabajador repuesto, sea por mandato de una sentencia de un amparo o por disposición de un juez ordinario, no deja de percibir sus remuneraciones y beneficios sociales por un actuar empresarial proscrito por el ordenamiento jurídico? ¿Acaso la calificación de un despido como contrario a la Constitución no es la misma si se analiza en un proceso de amparo o en la senda procesal?”⁽²²⁾. Las respuestas han quedado ahogadas por la unificación de la doctrina jurisprudencial en torno a la tesis de la pretensión indemnizatoria, cuyo último eco lo escuchamos en palabras de Neves⁽²³⁾ ante el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, abogando por las remuneraciones devengadas cuando se repone al trabajador ante despidos incausados, fraudulentos y nulos, aplicando extensivamente el artículo 40 de la LPCL, del mismo modo que cuando se extendió el plazo de caducidad de 30 días (hábiles) que prevé su artículo 36, apelando a un criterio de igualdad interpretativa.

Pese a todo, De Lama arremete y deja una profecía: “Con esta nueva postura la CS está promoviendo una práctica perniciosa. El mensaje al empresariado sería el siguiente: si pierden sus procesos de amparo, y por ello tienen que reponer a los trabajadores demandantes, no tienen por qué pagar las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que duró dicho proceso. Como se apreciará, el efecto sumamente nocivo de este criterio es evidente”⁽²⁴⁾. Entonces, está abierta la fuente de conflictividad.

V. La responsabilidad civil en el Derecho Laboral

De pronto, los jueces y abogados laboristas debíamos adecuar la institución civil de la responsabilidad contractual, a los despidos inconstitucionales. Este nuevo reto en la impartición de justicia, fue advertido en el Pleno Jurisdiccional Regional Laboral de Huancayo 2008, apreciemos:

“[E]s común que se demande en vía constitucional la reposición al centro de labores fundamentándose en un agravio al derecho constitucional al trabajo. Luego con la sentencia (...); se interpone demanda en sede laboral por indemnización por daños y perjuicios (...), por lucro cesante, (...) que además incluyen las pretensiones de daño emergente e incluso el daño moral. La cuestión sometida al debate es a fin de determinar y establecer criterios interpretativos uniformes respecto a si en estos temas es o no posible la aplicación de las normas del Derecho Común o únicamente las de naturaleza laboral”⁽²⁵⁾.

Fijense, la preocupación que en esos tiempos asaltaba a los jueces, sin embargo, a estas alturas de trabajar en la adecuación de dicha institución civil, podemos hablar de una subespecialidad propia del Derecho

Laboral, en construcción por cierto, y denominarla Derecho de Daños Laboral, que abarca también la pretensión indemnizatoria del empleador contra los perjuicios del trabajador, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Tanto más, si esta materia tiene vía procedimental propia en la NLPT, cuya especialidad es garantía de un proceso justo. El juez Medina es de igual parecer: “No cabe duda de que el daño moral producto del despido arbitrario tiene carácter laboral y que transitoriamente se hace cargo la justicia civil pero que la justicia laboral resguardando la legitimidad de sus fueros puede reconducirlo para no dejar puertas abiertas por donde “fuguen” daños que no son tutelados adecuadamente por la vía laboral”⁽²⁶⁾.

Así, los jueces y abogados laboristas, en más de una década han avanzado en ponerse de acuerdo en cada una de las particularidades de la responsabilidad contractual por despido inconstitucional, labor inacabada aún y que merece sistematización en el Derecho de Daños Laboral.

VI. Responsabilidad contractual o extracontractual

Esta discusión que se desató en su momento no era menor, pues definía el plazo de prescripción para interponer la acción indemnizatoria, ya que la responsabilidad

(22) DE LAMA LAURA, Manuel. *Reposición del trabajador por las vías ordinarias y amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 51.

(23) NEVES MUJICA, Javier. Minuto 0:16'35'' en su exposición como Amicus curiae, video descargado de: <<https://www.youtube.com/watch?v=UGbfagYUL-g>>.

(24) DE LAMA LAURA, Manuel. Ob. cit., p. 51.

(25) Pleno Jurisdiccional Regional Laboral de Huancayo. Ob. Cit. p. 169. Disponible en: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d8f5f88046e105b690559144013c2be7/Tema+III.-+Derechos+del+trabajador+frente+al+despido+laboral.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d8f5f88046e105b690559144013c2be7>>.

(26) MEDINA OTAZÚ, Augusto. “Desentrañando los efectos del despido arbitrario: el daño moral. A propósito de la Casación N° 699-2015-Lima”. En: *Soluciones Laborales*. N° 104. Año 9, Lima, agosto 2016, p. 28.

contractual prescribe a los diez años y la extracontractual a los dos, según el artículo 2001, numerales 1 y 4, del Código Civil (CC).

Al respecto, Sierra a fin de establecer el tipo de responsabilidad civil a la que nos enfrentamos, recomienda lo siguiente:

“(E)n la delimitación de las responsabilidades, ante cualquier caso que se nos plantee podremos encuadrarlo en uno de estos tres sectores: 1°. Si no existe una relación previa entre las partes, sólo es posible la responsabilidad extracontractual. 2°. Si existe relación contractual y el daño cuyo resarcimiento se pretende, no tiene sentido sin el contrato, estaremos ante una responsabilidad contractual. 3°. Si existe la relación contractual y los daños que se reclaman no cumplen el requisito del apartado segundo, podemos decir que nos encontramos en la zona de acumulación de responsabilidades”⁽²⁷⁾.

Naturalmente, que el pedido de resarcimiento por lucro cesante, daños emergente, personal y *pretium doloris*, ante un despido laboral inconstitucional, no tiene sentido si no se fundamenta en la existencia previa de un contrato de trabajo, que ha sido incumplido por el empleador en cuanto a su obligación de permitir el ingreso al centro de labores al trabajador para que trabaje bajo sus órdenes.

Es por ello, Elías es de la opinión que: “la responsabilidad indemnizatoria de los sujetos de la relación laboral, (...) es fundamentalmente contractual, porque el incumplimiento se deriva de una manifestación de voluntades que puede haberse concretado verbalmente o por escrito y que constituye un contrato”⁽²⁸⁾.

Del mismo modo, Romero consideró que: “Si las indemnizaciones proviene por haberse infringido

obligaciones laborales, tienen un carácter contractual y por lo tanto, se ubican dentro del ámbito laboral y no civil”⁽²⁹⁾. Ergo, siendo el despido inconstitucional una contingencia derivada de un contrato de trabajo en ejecución, corresponde que se encuadre en el tipo de responsabilidad civil contractual por incumplimiento en la ejecución de obligaciones que del contrato de trabajo emanan.

En conclusión, cuando el empleador incumple su obligación contractual de darle trabajo al servidor y ocasiona su despido inconstitucional, entonces, dicho acto antijurídico causa responsabilidad contractual y no extracontractual, porque entre las partes procesales ha existido una relación jurídica laboral previa, un contrato de trabajo, del cual emergieron un conjunto de derechos y deberes –convencionales y legales– que se ejecutaron a través del tiempo, y que ambas partes están obligadas a cumplirlas (*pacta sunt servanda*), cuya lesión en la continuidad en el empleo, se restituye con la reposición del trabajador en el empleo (tutela restitutoria), y los daños causados mediante la pretensión indemnizatoria (tutela resarcitoria).

Así, pues, el empleador asume responsabilidad contractual por la conducta antijurídica de ordenar un despido inconstitucional en agravio del trabajador, y por tanto, la obligación contractual fallida e irrecuperable, se convierte en una obligación de

indemnizar al damnificado como si la prestación se hubiese cumplido. Dicha tesis fue recogida en la Cas. N° 743-2012-Junín, que estableció el criterio jurisprudencial siguiente:

“Cuarto.- (...) resulta claro que el hecho generador del daño y perjuicio por el que se reclamaba la indemnización, se había producido del incumplimiento de las obligaciones de un contrato laboral, que su existencia ha sido reconocida en el proceso, lo que es constitutivo de la responsabilidad contractual, que el supuesto de hecho de la demanda se subsume en la norma prevista en el artículo 1321 del Código Civil, por lo que corresponde aplicar la consecuencia jurídica prevista, (...), siendo que la Responsabilidad Contractual presupone el cumplimiento de una obligación nacida del contrato y contiene los siguientes presupuestos para su configuración: a) debe existir un contrato; b) un contrato válido; c) del cual nació la obligación incumplida; y d) obligación incumplida de un contratante en perjuicio de otro contratante (...)”⁽³⁰⁾⁽³¹⁾.

De igual modo, el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil Lima 2009, concluyó que: “tal responsabilidad civil es de naturaleza contractual, concretamente por la inejecución de obligaciones laborales, puesto que el despido se efectuó contraviniendo no solo el contrato laboral, que contiene

(27) SIERRA PÉREZ, Isabel. “La delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual”. En: *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*. Dir. Jorge Luis Collantes Gonzáles. Estudio Mario Castillo Freyre, Motivensa Editora Jurídica, 2011, p. 58.

(28) ELÍAS MANTERO, Fernando. “Criterios uniformes de valoración de daños en materia civil, penal y laboral”. En: *Responsabilidad Civil II Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza, Ed. Rodhas, 2006, p. 65.

(29) ROMERO MONTES, Francisco. “Una visión de los riesgos laborales”. En: *Responsabilidad Civil II Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza. Ed. Rodhas, 2006, pp. 93-94.

(30) Nota 7.- Casación N° 599-2006/PUNO, SALA CIVIL PERMANENTE (Corte Suprema de Justicia), diario oficial *El Peruano*: Sentencias en Casación, martes 3 de octubre de 2006, pp. 17225-17227.

(31) Sentencia del 22 de enero de 2012, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

obligaciones laborales tanto para el empleador como para el trabajador, sino porque también se inejecutan obligaciones previstas en normas legales que regulan los supuestos de despido de carácter laboral”.

Por último, la Casación Laboral N° 5192 2012-Junín⁽³²⁾, se pronunció sobre el plazo prescriptivo de diez años y cerró el debate al establecer que:

“Décimo Tercero.- (...) en el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral (...); respecto a la procedencia de la tramitación del reclamo de remuneraciones devengadas; el mismo se debe tramitar vía acción de indemnización por daños y perjuicios conforme lo prevé expresamente el inciso b) del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley N° 29497, indemnización que comprenderá no solo el Lucro Cesante (lo dejado de percibir) sino también otros conceptos como son el daño emergente y el daño moral; la misma que al ser de índole contractual se sujetará al plazo señalado en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil”.

De este modo, se superó el criterio jurisprudencial que consideró la pretensión indemnizatoria a causa de un despido inconstitucional como responsabilidad extracontractual, que se adoptó en la Casación N° 1916-2007-San Martín⁽³³⁾, a saber: “La indemnización por los daños ocasionados al trabajador y a su familia al no percibir ingresos durante los meses que duró el proceso de amparo hasta su reincorporación, es una de naturaleza extracontractual, pues no se requiere el resarcimiento de un daño producto de una inejecución o incumplimiento de un contrato de trabajo, sino que es consecuencia de la declaración de arbitrariedad de un despido incausado”.

Ahora, si pese a ello la defensa del trabajador equivoca en su postulación, entonces, hacemos nuestra la recomendación de Medina, así: “al momento de interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios, y aun cuando la calificación efectuada por el trabajador demandante sea el de una responsabilidad extracontractual, el juez laboral podrá y debe adecuar la demanda planteada en los términos de responsabilidad contractual”⁽³⁴⁾. Facultad judicial que Toledo llama la suplencia indirecta de la demanda laboral⁽³⁵⁾.

VII. Los daños del despido inconstitucional

Según Pazos, la responsabilidad contractual por inejecución de obligaciones, produce los daños siguientes:

“La inejecución de una obligación puede generar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. La sola mención a los daños patrimoniales, daño emergente (detrimento en el patrimonio del sujeto afectado) y al lucro cesante (la ganancia dejada de percibir), no determina que sólo los daños de esta naturaleza sean resarcibles. Los daños extrapatrimoniales también son objeto de resarcimiento en lo que a inejecución de obligaciones compete (...), la regla es que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende el daño

emergente, así como el lucro cesante (además del daño moral), en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (independientemente de que sean previsibles o no)”⁽³⁶⁾.

Por su parte, Elías⁽³⁷⁾ refiriéndose a los tipos de responsabilidad del empleador establecidas en la legislación nacional, define los siguientes:

- a) **Daño emergente:** dirigido a compensar lo que la persona pierde en su patrimonio por el hecho dañoso, por lo que tiene que desembolsar directamente con el objeto de restituir las cosas hasta el momento anterior al resultado dañoso, y compensar los efectos directos del mismo.
- b) **Lucro cesante:** a fin de restablecer lo que se deja de ganar hacia el futuro como consecuencia del hecho dañoso. Es un cálculo especulativo sobre la base de variables que se pueden producir o no. La estimación de los daños se desarrolla sobre la base de la experiencia de ingresos, así como de un cálculo de probabilidades hacia el futuro. Es una especulación sobre lo que habría continuado produciendo la víctima del daño de no haberse producido este evento.
- c) **Daño moral:** tiende a compensar el sufrimiento originado por el hecho dañoso.

(32) Sentencia del 21/01/2013 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente.

(33) Sentencia emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia,

(34) MEDINA OTAZÚ, Augusto. Ob. cit., p. 28.

(35) TOLEDO TORIBIO, Omar. “La demanda inteligente, la improponibilidad y la suplencia indirecta de la demanda laboral”. En: *Soluciones Laborales*. N° 85, Lima, enero 2015. Disponible en formato virtual en: <<http://omartoledotoribio.blogspot.pe/2015/01/la-demanda-inteligente-la.html>>.

(36) PAZOS HAYASHIDA, Javier. “Comentario al artículo 1321”. En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII Obligaciones. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

(37) ELÍAS MANTERO, Fernando. Ob. cit., p. 77.

En los dos primeros, la estimación de los daños puede valorarse, objetivamente, a través de los medios probatorios que acrediten los perjuicios sufridos, de conformidad con el artículo 23.3.c) de la NLPT, y artículo 1331 del CC⁽³⁸⁾. En cambio, el daño moral es de difícil probanza, por lo que en este caso, la ley recurre a la estimación prudencial del juez, a que alude el artículo 1332 del CC.

VIII. El despido inconstitucional doloso

¿El empleador al despedir inconstitucionalmente al trabajador comete dolo, culpa inexcusable o leve? Esta causa imputable al empleador es dolosa, esto es, con conocimiento y voluntad no ejecuta su obligación de dador del trabajo, con el ánimo de causar daño, así lo ha establecido la Casación N° 5721-2011-Lima, en su sexta considerativa: “Tal acción indica un obrar doloso tanto porque ya la norma había sido cuestionada como porque se había obtenido sentencia favorable (...). Por consiguiente, la antijuricidad de la acción y el factor de atribución a título de dolo queda plenamente acreditado”.

Ello, no obstante, la Casación Laboral N° 5423-2014-Lima⁽³⁹⁾, décimo novena considerativa, afirma: “(...) todo despido arbitrario, declarado como tal por un juez competente, no origina per se una indemnización por daños y perjuicios distinta a la prevista en la vía laboral, si es que no se establece y acredita la conducta dañina, agravada por la actitud maliciosa del ex empleador”. Se presentan, nuevamente, decisiones contradictorias en la CS.

Por nuestra parte, nos adherimos a la postura que considera el despido inconstitucional un hecho dañoso y que procede con dolo aquel empleador que ordena su comisión, tanto más si ante ello, luego del debido proceso se emite la sentencia de reposición en el empleo de la

víctima, con autoridad de cosa juzgada, que califica el proceder del empleador como un comportamiento antijurídico.

Entonces, toda pérdida del empleo de modo inconstitucional, desde un despido inmotivado hasta el más perverso y fraudulento con publicidad difamatoria, causa daños al trabajador, salvo que este cobre su indemnización por despido (STC N° 03053-2009-AA) o no pida su reposición en el plazo de caducidad de 30 días hábiles que estableció el II Pleno Supremo Laboral, y consienta su cese arbitrario en el trabajo.

Además, esta tipificación de conducta dolosa, atribuible al empleador por causar el evento dañoso, puede atenuarse con la concausa (art. 1326⁽⁴⁰⁾) o agravarse. En este último caso, sucede como el descrito en la Casación Laboral N° 5423-2014-Lima, en que se califica de “comportamiento calumnioso del empleador, al haberle imputado la comisión de faltas graves consistentes en haber fraguado operaciones (...), las cuales derivaron (...) en el menoscabo de su dignidad, honor y reputación (...), pues se le atribuyó conductas delictivas”. Lo cual se agrava aún más, si se publicita, adicionando la difamación del buen nombre y reputación del trabajador, ciertamente, todo esto va a incidir en la cuantificación judicial del daño.

Pues, se infiere que el empleador en su actuar diligente, frente a estas posibles contingencias, debe asesorarse antes de despedir al trabajador, y a estas alturas de la construcción jurisprudencial de las tipologías del despido inconstitucional creadas por el TC, ya

perfectamente delineadas, y no existiendo dudas sobre las consecuencias jurídicas que implica tal accionar, se concluye que **procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación** (artículo 1318 del CC) de proporcionarle trabajo al servidor.

Es por ello, se recomienda que el empleador no se juegue un albur con el despido arbitrario del trabajador, sino que es preferible que la conclusión del contrato de trabajo se realice por mutuo acuerdo.

IX. El lucro cesante

Este concepto indemnizatorio es: “una forma de daño patrimonial, que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que se habría ganado de no haber sucedido el daño”⁽⁴¹⁾.

En el Derecho de Daños Laboral, el incumplimiento de un contrato de trabajo a consecuencia de un despido inconstitucional ordenado por el empleador, es la causa adecuada o nexos causal por la que el trabajador deja de percibir su remuneración y beneficios sociales, además, pierde la base de su bienestar individual y familiar, asimismo, se elimina el medio de realización de su persona, en la continuidad y ascenso laboral, ello lesiona además su dignidad como persona; todo esto, en el marco de la responsabilidad contractual, y que en palabras de Zannoni, implica la **transformación de la obligación incumplida en indemnizatoria**, a saber:

(38) Artículo 1331.- “La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, (...)”.

(39) Publicado en *Soluciones Laborales*. N° 104 Año 9, agosto 2016, p. 40.

(40) Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

(41) Casación N° 476-2008-AREQUIPA.

“[E]n la responsabilidad contractual, ‘el deber de indemnización es efecto de la transformación de una obligación preexistente cuyo cumplimiento se ha hecho imposible por culpa del deudor’⁽⁴²⁾ (...) Y es claro, pues ‘una obligación unía ya al autor del daño y a la víctima, pero la obligación de que se trata (la de reparar) es una obligación diferente que reemplaza a la primera. Existen sucesivamente dos obligaciones: la primera nace del contrato, la segunda de la responsabilidad contractual’⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾.”

Cabe traer a colación, también, la sentencia del 31 de enero de 2001, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los magistrados defenestrados del Tribunal Constitucional vs. Estado peruano, que a la luz de principio *restitutio in integrum* discierne sobre la reparación que les debe alcanzar a los perjudicados, a saber:

“119. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”.

Ahora bien, en cuanto a la cuantificación del *lucrum cessans*, hemos podido apreciar diversos argumentos de defensa de los sujetos procesales, y también ciertos criterios jurisprudenciales, que podemos resumirlos en los siguientes:

- i) El *quantum* se establece con referencia a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir durante el tiempo del despido;
- ii) Se le agrega además los beneficios sociales perdidos;
- iii) Tomar como referencia la remuneración mínima vital (RMV),

esto es, lo máximo que al dañado se le puede reconocer por lucro cesante;

- iv) A la remuneración dejada de percibir cabe descontar la RMV, aduciendo el deber de trabajar de la víctima;
- v) Fijar en un 60 % o 50 % de la remuneración que dejó de percibir, ya que es obligación del despido reducir el daño mediante alguna otra fuente de trabajo que obtenga, por lo que se justificaría reducir el lucro cesante⁽⁴⁵⁾;
- vi) Si el demandante consiguió un nuevo empleo, de la remuneración que dejó de percibir, se detrae lo que actualmente percibe y se indemniza con referencia a la diferencia remunerativa. Si gana más no tendría derecho al lucro cesante y se le exonera al victimario de indemnizar; y
- vii) Deniegan el lucro cesante alegando que la víctima pudo trabajar⁽⁴⁶⁾.

Antes de analizar estas posturas, previamente, debemos tener presente que en aquellos casos, en que se justifica la decisión con base al artículo 1332 del CC, que faculta al juez establecer dicho *quantum* de modo equitativo y prudencial, debe

observarse la recomendación de la Cas. N° 4393-2013 La Libertad, a saber: “Décimo.- (...) dicha valoración no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna a 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”. Vale decir: ¡equidad no es arbitrariedad es motivación!

Por otro lado, la cuantificación del lucro cesante no es igual a salarios caídos, porque a nuestro criterio, solo se toma como referencia la última remuneración mensual del despido, a lo que se aúna el tiempo en que el trabajador estuvo despedido. Ambos factores (tiempo y última remuneración), objetivamente, permitirán establecer el *quantum* indemnizatorio para este tipo de daño. Criterio que cuenta con el respaldo de la Cas. N° 4977-2015, al fundamentar que: “el juez (...) ha tomado como una referencia para establecer el monto indemnizatorio la boleta de pago (...), la cual presenta una cantidad proporcional entre lo que ganaba y lo que dejó de percibir”⁽⁴⁷⁾. También, esta tesis se apoya en la Casación

(42) GARCÍA VALDECASAS. “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español”. En: *Revista de Derecho Privado*. Tomo XLVI, 1962, p. 832.

(43) MAZEAUD. “Lecciones de Derecho Civil”. Tomo II-11, N° 376, p. 11. O, como prietamente lo apunta Santos Birz, “el deber de indemnizar por infracción de contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la preexistente relación; en cambio, cuando la indemnización deriva del acto ilícito, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño” (La responsabilidad civil, p. 89).

(44) ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 112-113.

(45) Criterio esgrimido en la Sentencia de Vista del 6 de julio de 2015 emitida por la 2da. Sala Mixta de Huancayo recaída en el Exp. N° 00888-2014-0-1501-JR-LA-02.

(46) Fue el caso de la Sala Laboral del Callao que declaró infundado el pedido de lucro cesante por despido inconstitucional, cuyos argumentos reseña la Cas. N° 4977-2015-Callao (02/05/2016) veamos: “i) el hecho de que el demandante no haya prestado servicios para la demandada por el periodo comprendido entre el seis de diciembre de dos mil dos al treinta de mayo de dos mil cinco, no implica que dicho tiempo no pudiera haber laborado para obtener determinadas ganancias, pues resulta poco probable que en dos años el actor no haya encontrado manera de generar algún tipo de trabajo que le genere ingresos”.

(47) Décimo Tercera considerativa de la Sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria recaída en la Cas. N° 4977-2015-Callao, publicada en *El Peruano* del 02/05/2016, p. 75858.

N° 2097-2013-Lima⁽⁴⁸⁾, en cuyo quinto considerando señaló:

“En este orden de ideas, queda claro que las remuneraciones dejadas de percibir por la demandante se encuentran comprendidas dentro de dicho concepto, pues en efecto se trata de una ganancia que, debido a la conducta antijurídica atribuida a la institución demandada, ya no ingresará al patrimonio de la demandante, situación que en este caso se prolongó durante tres años, tres meses y dieciocho días, tiempo que duró la separación de la actora de su centro de trabajo. Por ello, para establecer el monto indemnizatorio por concepto de lucro cesante, resulta adecuada la motivación de la resolución recurrida, la cual se sustenta en la valoración realizada a la pericia contable (...), pues en aquella se determinó las remuneraciones que le correspondía percibir a la demandante durante el período antes anotado, y en virtud de dicho medio probatorio, los jueces de mérito establecieron el monto indemnizatorio por lucro cesante, luego de una valoración equitativa conforme lo faculta el artículo 1332 del Código Civil”.

Este criterio **referencial** de la remuneración para liquidar el lucro cesante, fue adoptado también en la Cas. N° 5721-2011-Lima, veamos:

“**OCTAVO.-** Que, en cuanto al lucro cesante, la recurrente sostiene que se ha aplicado de manera indebida el artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues se ha tenido en cuenta para establecer la indemnización las remuneraciones del demandante sin tener en cuenta que esta solo se percibe por servicios prestados. Sobre dicho punto debe señalarse que la afirmación de la impugnante es errada: en efecto, el décimo quinto considerando de la sentencia de

vista es expreso en afirmar que se tiene como ‘referencia’ para el cálculo indemnizatorio las remuneraciones dejadas de percibir, es decir, estas se han tenido en cuenta como dato para hacer la liquidación y en el entendido que siendo el lucro cesante algo que se ha dejado de percibir lo más correcto era tener un monto racional para desde allí fijar el quantum indemnizatorio...pues aquí no se ha equiparado el concepto remuneraciones con el de indemnización, sino la ha tenido como referencia para establecer el monto de lucro cesante”.

La Sala Laboral Permanente de Huancayo se adscribió a esta corriente jurisprudencial, por ello asumimos la tesis primera (i) antes indicada, que considera el tiempo que duró el despido y toma como referencia la última remuneración mensual percibida por la víctima antes del despido, como factor de cálculo para determinar el lucro cesante. Lo cual comprende el monto de las aportaciones a los sistemas de seguridad social público o privado, no realizadas durante el tiempo que duró el cese constitucional, como criterio de cálculo del monto indemnizatorio por lucro cesante, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.4 del Tema N° 03 del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral.

Podrá criticarse que este criterio no hace realidad el principio *restitutio in integrum*, empero, no olvidemos que las funciones primordiales de la responsabilidad civil, no sólo es resarcitoria sino también preventiva, ya que las decisiones judiciales cumplen un rol social al incentivar o desincentivar determinadas conductas y prácticas en el mercado laboral, a fin de contribuir a la paz y cohesión

social en justicia, base del despliegue de las fuerzas productivas y del progreso de la Nación.

Por ende, si indemnizamos al trabajador con base referencial en las remuneraciones, beneficios sociales e incluso las utilidades dejadas de percibir, como quiere la segunda postura (ii), estimularemos a que ciertos trabajadores no regresen a laborar mediante una medida cautelar, e incentivemos dilatados juicios de reposición y, con ello motivemos la improductividad del trabajador para con su empresa. Recordemos que la Constitución ni la Ley amparan el ejercicio abusivo del derecho.

Por el contrario, si indemnizamos por lucro cesante en montos inferiores a la referencial de la remuneración mensual de la víctima, como establecen las posiciones restantes (iii a vii), incentivaremos a que ciertos empleadores hagan uso abusivo de los despidos inconstitucionales.

Entonces, lo equitativo y prudencial debe primar al cuantificar el lucro cesante, tal como lo proponemos, puesto que ni el empleador ni el trabajador debe salir perjudicado o beneficiado. Esperamos haber acertado en elegir el justo medio y aprobar el test de razonabilidad y proporcionalidad (lo más cercano a la justicia y lo más alejado de la arbitrariedad), en la cuantificación del lucro cesante en estos tipos de conflictos.

Este peligro, de la prolongación de ciertos procesos judiciales de reposición por despidos inconstitucionales, *ex professo*, para incrementar el lucro cesante, también, ha sido advertido por la suprema corte de México, razón por la cual, limitó a doce sueldos su indemnización, con el objetivo de: “Evitar que los

(48) Sentencia del 11 de marzo de 2014.

juicios laborales se prolonguen artificialmente con el fin de obtener una mayor condena por concepto de salarios caídos”⁽⁴⁹⁾.

Tenemos otras observaciones a las tesis restantes. En cuanto, a los criterios (iii al vi) de fijar como referencia la RMV, ora la remuneración dejada de percibir restándole la RMV, ora reduciendo al 60 % o 50 % la base referencial de la remuneración mensual, ora detrayendo lo que comenzó a ganar el trabajador en su nuevo empleo.

Estas posturas erróneas se producen, por la incomprensión de la institución civil en comento, ya que el quid está en entender que la obligación incumplida por el dador del trabajo se transforma en el deber legal de indemnizar el lucro cesante, **como si la prestación se hubiese cumplido**. Entonces, no cabe aplicar los criterios que resultan válidos para la responsabilidad extracontractual, como el caso típico del peatón o chofer que se incapacita temporalmente por el evento dañoso, que no resultan aplicables a la responsabilidad contractual, cuya función preventiva es distinta a la responsabilidad objetiva, ya que se centra en velar e incentivar el cumplimiento de los contratos.

Pues, los ingresos que logre la víctima para subsistir después del despido inconstitucional, no debe servir para desmejorar el lucro cesante, ya que es el fruto del ejercicio de su derecho constitucional de trabajar. De lo contrario, caemos en el absurdo que la víctima se pague así mismo el lucro cesante, y llegar al extremo de exonerar al victimario del pago de la indemnización, trastocando las funciones de la responsabilidad civil.

Al respecto, resulta ilustrativo citar el criterio jurisdiccional que fundamenta la reducción de la remuneración mensual, para fijarlo como base referencial en la cuantificación del lucro cesante, veamos:

“[D]ebe tenerse en cuenta los elementos de atenuación de la indemnización, la cual gira alrededor de la obligación del demandante de reducir el daño en la medida que tenga los medios para hacerlo, por cuanto si bien el actor no se encontraba laborando para la demandada tampoco se encontraba impedido de hacerlo y procurar la satisfacción de sus necesidades que cubría con su remuneración, por lo cual el monto señalado por el Juez de la causa respecto al lucro cesante y que asciende al monto de S/. 27 000.00 (...) debe ser revocado y establecer equitativamente en la suma de S/. 20 000 00 (veinte mil 00/100 nuevos soles)”⁽⁵⁰⁾.

Es decir, según esta peculiar postura, la responsabilidad contractual en estos casos no solo transforma la obligación incumplida en deber de indemnizar como si la prestación se hubiese cumplido, sino también en la obligación de la víctima de reducir el daño del lucro cesante, y sin más motivación la sentencia citada disminuye este concepto a casi una tercera parte, es decir, la supuesta “obligación” de la víctima de ayudarle a pagar el lucro cesante al victimario, es injusto, arbitrario y carece de sustento jurídico. Es destacable la crítica que la Cas. N° 4977-2015 Callao, realiza contra este criterio:

“TERCERO: El Colegiado Superior revocó la Sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda y reformándola declaran infundada, al sostener que: i) el hecho de que el demandante no haya prestado servicios para la demandada por el periodo comprendido entre el seis de diciembre de dos mil

dos al treinta de mayo de dos mil cinco, no implica que dicho tiempo no pudiera haber laborado para obtener determinadas ganancias, pues resulta poco probable que en dos años el actor no haya encontrado manera de generar algún tipo de trabajo que le generó ingresos (...).

DÉCIMO: El Colegiado Superior soslayando el hecho probado del despido inconstitucional del que fue objeto el demandante y que debido a ello dejó de percibir la remuneración mensual que cubría sus necesidades y la de su familia, desestima el lucro cesante en base a considerar (sin expresar cuál es el sustento legal) de que el demandante no ha expresado las razones por las cuales no ejerció su profesión de contador en otras entidades o terceras personas, dejando de meritar sin fundamento alguno, la prueba aportada por el demandante sobre el despido sufrido y comprobado judicialmente”.

En consecuencia, queda claro que estos criterios peyorativos del lucro cesante (LC), no soportan el control de proporcionalidad. Por último, presentamos la fórmula para liquidar este daño, considerando el factor remuneración bruta mensual anterior al despido (R), por el número de meses completos que comprendió el tiempo de despido (#M):

$$R \times \#M = LC$$

X. Sobre el daño emergente

Según Espinoza este tipo de daño *in re ipsa* es: “la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto

(49) Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En el Asunto: Contradicción de tesis 291/2015, México: 20 de enero de 2016. Recuperado de: <<http://bit.ly/2dpPCA6>>.

(50) Considerativa 8.6) de la Sentencia de Vista del 6 de julio de 2015 emitida por la 2da. Sala Mixta de Huancayo recaída en el Exp. N° 00888-2014-0-1501-JR-LA-02.

afectado por incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, es la disminución de la esfera patrimonial del dañado⁽⁵¹⁾.

El evento típico, que la casuística sobre despidos inconstitucionales muestra sobre este daño, es cuando el damnificado alega que no pudo pagar el préstamo bancario que tenía, a consecuencia del cese unilateral, en cuyo caso, debe de probar el *damnus emergens* y su cuantía, de lo contrario esta pretensión resulta infundada por improbadada, tal como lo estableció la Casación N° 699-2015-Lima⁽⁵²⁾, veamos:

“DÉCIMO PRIMERO.- [S]i bien es cierto que existieron obligaciones impagas a entidades financieras que luego de los requerimientos correspondientes se han judicializado, afectándose lógicamente en algunos casos bienes del actor; también es cierto que, no existe pérdida patrimonial que se califique como daño emergente, en razón a que algunas de estas obligaciones han sido canceladas, además que no obra en autos que dichos bienes hayan sido objeto de remate judicial (...) Tampoco constituye daño emergente el pago de pensiones a la universidad, por tratarse (de) obligaciones familiares (...) Siendo así se puede concluir que tratándose el daño emergente la pérdida o menoscabo que se produce en el patrimonio de la persona, tal concepto no se ha acreditado en el presente proceso”.

En ese sentido, los abogados preventivos de empresas deben evaluar esta contingencia, pues, si la víctima pierde el inmueble hipotecado, o si demuestra que pagó intereses moratorios y gastos a consecuencia de su insolvencia por el despido sufrido, entonces, el conflicto se complica, puesto que esta contingencia sí califica como daño emergente.

Por último, hemos visto casos en que el trabajador alega que durante el tiempo que se encontró despedido, tuvo que obtener un préstamo bancario a fin de sobrevivir, y además utilizó sus ahorros y vendió bienes, por lo que pide que sean resarcidos por su empleador, como daño emergente.

Sin embargo, tales hechos en modo alguno tipifican como tal, pues son los actos recurrentes que toda persona realiza, en el cumplimiento del deber natural de agenciarse de la subsistencia diaria, en todo caso, el lucro cesante a resarcirse servirá para reparar estas vicisitudes padecidas por la víctima. Al respecto es ilustrativo citar la Cas. N° 699-2015⁽⁵³⁾, a saber:

“Décimo Primero.- El demandante en su escrito de demanda, sostiene que el daño emergente consisten: 1) El pago de honorarios profesionales del abogado que lo patrocinó en el proceso laboral, 2) las deudas contraídas por servicios públicos, institucionales del sistema financiero y, otras que no son del sistema financiero, y 3) la venta forzosa del vehículo de su propiedad. Respecto al primer punto, no obra en autos el contrato por prestación de servicios profesionales que acredite la suma pactada ni el recibo de honorarios correspondiente que acredite la suma pagada o lo adeudado en tal contrato. En cuanto al segundo punto, si bien es cierto que existieron obligaciones impagas a entidades financieras que luego de los requerimientos correspondientes se han judicializado,

afectándose lógicamente en algunos casos bienes del actor, también es cierto que, no existe pérdida patrimonial que se califique como daño emergente, en razón a que algunas de estas obligaciones han sido canceladas, además que no obra en autos que dichos bienes hayan sido objeto de remate judicial. La obligación alimentaria, que el demandante tendría con su menor hijo, no constituye daño emergente, puesto que esta deriva de una relación familiar que necesariamente debe acudirle haya sido o no despedido. Tampoco constituye daño emergente el pago de pensiones a la universidad, por tratarse obligaciones familiares. Finalmente, en cuanto al tercer punto, no obra en autos medios probatorio idóneo que acredite que el demandante se haya visto forzado a vender el vehículo de su propiedad; ni se acredita que haya sufrido pérdida de alguno de los bienes muebles o inmuebles de su patrimonio descrito en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas que obra a fojas trescientos dos. Siendo así, se puede concluir que tratándose el daño emergente la pérdida o menoscabo que se produce en el patrimonio de la persona, tal concepto no se ha acreditado en el presente proceso”.

En conclusión, la doctrina es precisa en indicar que si los daños presentes o futuros determinables no surgen en el momento del evento dañoso, no califica como daño emergente. Es por ello que, los beneficios o perjuicios que le pueda traer al trabajador un nuevo empleo, que se producen después del despido, no los podemos

(51) ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 5ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 227.

(52) Descargado de: <<http://polemos.pe/la-casacion-no-699-2015-lima-y-el-dano-moral-en-el-despido-arbitrario/>>.

(53) Sentencia emitida por la Sala Civil Permanente recaída en la Cas. N° 699-2015-Lima, publicada en *El Peruano* del 30/06/2016, p. 78803.

relacionar con el evento dañoso, son contingencias independientes y propias de la vida de cada quien⁽⁵⁴⁾.

XI. Daño al proyecto de vida

Los artículos 1321 y 1322 del C.C., no prevén este tipo de daño a la persona, sin embargo, a la luz del principio *restitutio in integrum*, si el despido inconstitucional causa daño al proyecto de vida, podemos traer supletoriamente su artículo 1985 a la responsabilidad contractual, y demandarse conjuntamente con otros daños.

En la casuística judicial hemos conocido de pedidos, en que el trabajador pretende que se le indemnice por daño al proyecto de vida, sin que el hecho alegado calce en el supuesto normativo. Por ejemplo, cuando el damnificado posterga la obtención de un título académico durante el despido, por falta de recursos. Esto puede incrementar el sufrimiento pasajero del servidor, causando que el daño moral sea más intenso, pero no califica como daño al proyecto de vida. Puede implicar la pérdida del chance por no contar con dicho título, pero no más.

Sin embargo, Leysser⁽⁵⁵⁾ noticia la sentencia del 24 de julio de 2007 (Expediente 1853-2006), Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la cual se ha reconocido a un exmagistrado, destituido de su cargo de juez en lo civil del distrito judicial de la capital, a comienzos de los años 90, una reparación por daño al proyecto de vida de doscientos mil nuevos soles, porque: “si bien no se ha afectado de forma definitiva el proyecto de vida del demandante, sí es cierto que se han afectado seriamente las mejores oportunidades de acceder a un cargo superior, dentro del área de desempeño profesional por la que había optado”. Esto es, se indemniza la afectación parcial del proyecto laboral en sede judicial que se había trazado el demandante.

Recordemos que este daño afecta a la libertad del sujeto de realizarse según su autónoma decisión, es decir, que el evento dañoso impactó con tanta radicalidad y permanencia en el ser, que el truncamiento del proyecto personal acompaña a la víctima por el resto de sus días, al comprometer, definitivamente, determinadas potencialidades psicofísica o hace imposible para siempre cierta condición jurídica, sin las cuales no podría llevar a cabo su proyecto de vida que venía construyendo desde antes del evento dañoso y había proyectado desarrollar hacia el futuro. Al decir de Fernández, es: “el daño más importante que se puede inferir al ser humano como es el de arrebatarle, en casos límite, el sentido o razón de ser de su vida”⁽⁵⁶⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recogido en su jurisprudencia la siguiente definición: “En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”⁽⁵⁷⁾. Es el típico caso del pianista al que el evento dañoso le mutila las manos, agregamos, en un accidente de trabajo.

Ahora bien, debemos distinguir este daño personal del lucro cesante, y con Matías decimos que: “El proyecto de vida de una persona, o

mejor dicho, el daño a tal proyecto, no puede ser asimilado a los comúnmente llamados ‘lucro cesante’ o ‘pérdida de chance’, pues el quebranto en este nuevo concepto es mucho más profundo y decisivo. Teniendo en cuenta que el lucro cesante es aquella ganancia o utilidad de la que la víctima se vio privada, y la pérdida de chance o de oportunidad se trata de un daño que es más que una posibilidad pero menos que una certeza, el daño al proyecto de vida va más allá de estas circunstancias específicas”⁽⁵⁸⁾.

En cuanto a la distinción entre daño moral y proyecto de vida, la Casación N° 4817-2013-Lambayeque, cumple con dicho cometido: “el daño moral, no compromete la libertad del individuo, porque constituye un daño psicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, y es más bien un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante la vida de la persona, tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo”⁽⁵⁹⁾.

En verdad, no podemos decir que el despido inconstitucional por su transitoriedad no cause daño al proyecto de vida, ya que la realidad no pocas veces rebasa a la imaginación, empero, advertimos cuidar sus elementos constitutivos al momento de calificar este quebranto, y argumentando debidamente los criterios para su cuantificación.

(54) Esta postura se fundamentó en la considerativa séptima de la Sentencia de Vista emitida por la Sala Laboral Permanente de Huancayo, recaída en el Exp. N° 01008-2015-0-1501-JR-LA-02.

(55) LEÓN HILARIO, Leysser. “Inflando los resarcimientos con automatismos el daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana”. Descargado de <<http://www.jus.uninm.it/cardoza/Review/2008/Leon.pdf>>, p. 1.

(56) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Los jueces y la reparación del daño al proyecto de vida”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. 1/1 20, p. 178.

(57) Sentencia del 27/09/1998 de la CIDH en el caso María Elena Loayza Tamayo vs. Perú.

(58) TOÑON, Matías N. “La reparación del daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: <www.infojus.gov.ar>, 16 de noviembre de 2011. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl10184-tonon-reparacion_dano_al_proyecto.htm>.

(59) Comentario del diario oficial *El Peruano*, edición del 31/10/2016. En: <<http://www.elperuano.com.pe/noticia-el-dano-moral-no-afecta-proyecto-vida-personal-45705.aspx>>.

Pues, Fernández, el principal mentor de este infortunio, luego de arengar a los jueces: “que la protección y reparación de un daño a la persona y al proyecto de vida constituye el más trascendente deber jurídico que debe(n) cumplir”⁽⁶⁰⁾, no nos da mayores luces sobre los criterios para su cuantificación, pues, nos remite a: “la regla de la equidad y teniendo a la vista la jurisprudencia, si la hubiere, o la capacidad adquisitiva promedio del país, aparte de otras consideraciones que el juzgador considerase conveniente valorar”⁽⁶¹⁾.

Finalmente, dejamos constancia de que existe otra corriente jurisprudencial que considera que no es posible indemnizar en metálico este tipo de daño. En efecto, para la CIDH, pretender este daño sirve para su reconocimiento judicial, pero no es indemnizable económicamente mediante obligación de dar suma de dinero, pero sí mediante reparación de obligación de hacer, siguiendo el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, resuelto por sentencia del 12/09/2005, a saber:

“[L]a Corte reconoce la ocurrencia de un daño al ‘proyecto de vida’ del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos. Como en otros casos, no obstante, el Tribunal decide no cuantificarlo en términos económicos, ya que la condena que se hace en otros puntos de la presente Sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales (...) La naturaleza compleja e íntegra del daño al ‘proyecto de vida’ exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición (...) que van más allá de la esfera económica. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler”.

Sin embargo, en su sentencia del 03/12/2001, caso Cantoral Benítez vs. Perú: “80. Estima la Corte que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija –así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios– en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”⁽⁶²⁾. Comoquiera que dichas sentencias son vinculantes para los jueces peruanos, creativamente, podrán establecer obligaciones de hacer del empleador para compensar de algún modo el proyecto de vida frustrado de la víctima, si adoptan el criterio que el daño al proyecto de vida es imposible de cuantificación económica, pero si posible de reparar mediante algún acto simbólico que de satisfacciones a la víctima, y también, aleccione al empleador a no repetir despidos inconstitucionales.

Conclusión

Los jueces y abogados laboralistas, en más de una década, han avanzado en ponerse de acuerdo en cada una de las particularidades de la responsabilidad contractual por despido inconstitucional, labor inacabada aún en esta nueva subespecialidad que denominamos Derecho de Daños Laboral, en cuyo avance de sistematización, los criterios jurisprudenciales dominantes en cuanto al lucro cesante, daños emergente y proyecto de vida, definen acertadamente los contornos de estas instituciones jurídicas, adecuadas a la relación laboral. De todo lo cual, extraemos una lección, para que el empleador no

tenga que asumir responsabilidad contractual y pagar costosas indemnizaciones por despedir inconstitucionalmente a su trabajador, es preferible que de concluya el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, contribuyendo a la paz laboral.

En el próximo número de esta revista, trataremos el daño moral en los despidos inconstitucionales, en la que presentaremos una novedosa propuesta de estandarización en su cuantificación. Hasta entonces.

Referencias bibliográficas

- COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis, Dir. *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*. Estudio Mario Castillo Freyre, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2011.
- DE LAMA LAURA, Manuel. *Reposición del Trabajador por las vías ordinarias y amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Dir. *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. Ed. Rodhas, Lima, 2006.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 5ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- PUNTRIANO ROSAS, César. “Crítica al pago de una indemnización por daño moral como consecuencia de un despido arbitrario”. En: *Soluciones Laborales*. Año 9, N° 104, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2016.
- ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2005. ■

(60) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit., p. 191.

(61) Ibidem, p. 186.

(62) Descargado de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.pdf>.