

LÍMITES RAZONABLES AL USO DESMEDIDO DEL LUCRO CESANTE EN MATERIA LABORAL PARA LOS CASOS DE DESPIDOS INJUSTIFICADOS

OXAL VÍCTOR ÁVALOS JARA

I. PRESENTACIÓN

El abordaje académico de la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios que el trabajador puede padecer, al día de hoy ha tenido un cambio sustancial con lo que ocurría hace una década.

Recordemos que con la vigencia de la Ley 26636, al no prever expresamente esta normativa adjetiva una regulación que establezca la competencia de los jueces laborales para conocer de estos hechos, las demandas sobre daños y perjuicios eran tramitadas tanto ante los juzgados laborales como ante los civiles, generándose una duplicidad de competencia¹, superándose este defecto recién con la publicación del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, que estableció que el Juez Especializado en lo laboral sí es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo.

¹ Por ejemplo, en la Casación N° 1554-2006-Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, tratándose de una demanda sobre indemnización por daño moral, lucro y daño emergente derivada de una relación laboral, se señaló que: “su conocimiento escaparía del ámbito laboral cuyos principios y normas jurídicas tienen como finalidad la tutela de los derechos de los trabajadores ya que regula las relaciones entre estos y los empleadores; motivo por el cual la vía pertinente para resolver la controversia sobre este extremo de la demanda sería el fuero civil”.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En este escenario se zanjó también la discrepancia referida a cuál era el plazo para accionar, determinándose jurisprudencialmente que correspondía el de 10 años a que se refiere el artículo 2001 del Código Civil.

Con la entrada en vigencia de la Ley 29497 se consolidó esta claridad; sin embargo, a pesar de que se han emitido pronunciamientos importantes en estos últimos años, todavía existe mucha oscuridad o confusión de los administradores de justicia.

Entre los pronunciamientos más relevantes podemos citar los siguientes:

- a) El Juez laboral es competente únicamente para conocer de la responsabilidad contractual².
- b) La necesidad de que los demandantes no solo invoquen sino también desarrollen y acrediten la existencia de los elementos de la responsabilidad³.
- c) La imperativa necesidad de los demandantes de acreditar los daños invocados⁴.
- d) Solo es posible peticionar las remuneraciones devengadas tratándose de procesos cuya pretensión es la de nulidad de despido, y no tratándose de despidos incausados o fraudulentos⁵.
- e) La existencia de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria tratándose de la petición de una indemnización por accidente laboral⁶.
- f) La imposibilidad de que haya un pronunciamiento respecto a la indemnización por daños y perjuicios peticionada por la producción de un despido ilegal o inconstitucional, si previamente se ha omitido presentar, dentro del plazo de Ley, la demanda que cuestiona el despido⁷.
- g) La posibilidad de que los demandantes puedan peticionar, en el marco de una acción sobre daños y perjuicios, los daños punitivos⁸.
- h) Los alcances de la responsabilidad civil del empleador por accidente de trabajo, en aplicación de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo⁹.
- i) La diferencia existente entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas¹⁰.

² En la Casación Laboral N° 9133-2015-Arequipa.

³ En la Casación N° 18190-2016-Lima.

⁴ En la Casación N° 1936-2015-Lima.

⁵ En diversas casaciones, entre ellas la Casación N° 3776-2015-La Libertad y el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.

⁶ En la Casación N° 2743-2010-La Libertad.

⁷ En la Casación N° 4733-2009-Lima.

⁸ el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.

⁹ En el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. Este caso, erradamente algunos jueces han considerado que cualquier accidente de trabajo ocurrido en el centro de labores debe ser indemnizado por el empleador; sin embargo, ello es manifiestamente errado, pues dicho Pleno, al fundarse en la aplicación de los artículos 53 de la Ley N° 29783 y 94 del Reglamento de esta ley, requiere indispensablemente la acreditación de los elementos de la responsabilidad, esencialmente de la antijuridicidad y del nexo causal. Un ejemplo es el pronunciamiento recaído en la Casación N° 12060-2015-La Libertad.

- j) El pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada¹¹.
- k) Todo accidente laboral debe ser indemnizado por el empleador, incluso cuando no concurren los elementos de la responsabilidad¹².
- l) La lesión sufrida por el trabajador durante su jornada, producto del acto delincinencial de un tercero, se considera como accidente de trabajo, y debe ser indemnizado por el empleador; dándose a entender que aun cuando no se presenten los elementos de la responsabilidad, igual el empleador debe indemnizar al trabajador¹³.
- m) El cambio de criterio, estableciéndose que no todo accidente laboral debe ser indemnizado por el empleador, sino solo aquellos en los que se verifique la presencia de los elementos de la responsabilidad¹⁴.

De la revisión de cada uno de los pronunciamientos citados es posible advertir que el tratamiento de la responsabilidad en materia laboral es aún impreciso en algunos casos, generándose con ello una inestabilidad en el entendimiento de estas de instituciones que emanaron del Derecho civil, y que repercute directamente en los administradores de justicia, los que en algunos casos toman posición por uno u otro criterio, justificando su decisión, justamente, en los distintos pronunciamientos que emite la Corte Suprema de Justicia de la República.

Precisamente en el presente trabajo nos avocaremos a uno de estos temas controversiales y contradictorios: al criterio utilizado para el otorgamiento del lucro cesante con ocasión de un despido injustificado.

Es común conocer demandas en las que, además de cuestionarse el despido, se peticiona una indemnización por daños y perjuicios, y entre los daños invocados se encuentra el lucro cesante, encontrando que el sustento de aquel son esencialmente las remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir, sin mayor limitación que el tiempo devengado hasta la culminación del proceso. Al emitir sentencia, los jueces básicamente entienden que ello es correcto y, en algunos otorgan lo peticionado y acogen lo fundamentado, y, en otros, efectúan una atenuación, pero mantienen la misma forma de determinación, sin considerar otros elementos.

Consideramos pertinente que, más allá de su sana crítica, el Juez se debe basar en algunos criterios objetivos y razonables, resolviendo la controversia de manera justa e imparcial, y manteniéndose alejado de alguna ideología que pueda distorsionar al máximo

¹⁰ En la Casación N° 7625-2016-Callao.

¹¹ En la Casación N° 2677-2012-Lima.

¹² En la Casación N° 4258-2016-Lima.

¹³ En la Casación N° 12060-2015-La Libertad.

¹⁴ En la Casación N° 18190-2016-Lima.

acercamiento a la justicia, lo que, a su vez, genera que no se valide el ejercicio abusivo de derechos.

II. LA CONCEPCIÓN DEL LUCRO CESANTE Y LOS CRITERIOS QUE DEBIERAN TOMARSE EN CUENTA

II.1. La responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, y por esa razón emana la obligación de reparar el daño producido. En esa misma línea, la responsabilidad contractual proviene y encuentra su origen en una obligación preestablecida entre los agentes contratantes, y se manifiesta jurídicamente a partir del incumplimiento (dar, hacer o no hacer), de esta obligación preexistente.

La relación jurídica que vincula a las partes contratantes fue determinada por el acuerdo de voluntades de aquellas, y desde ese momento se han generado una serie de obligaciones, por lo que, en consecuencia, el carácter volitivo de dicha relación establece la obligación de reparar el daño causado por la inejecución de las prestaciones a cargo de los contratantes. Entonces, “la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas”¹⁵.

La doctrina señala que: “partir de la idea de que el quebrantamiento de la preexistente relación obligatoria imputable al deudor es la fuente o ratio de la responsabilidad contractual. En ese sentido, [...], como la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, su cumplimiento forzoso o anormal’ que, de no poderse alcanzar de otra manera, tiene lugar mediante la indemnización de daños y perjuicios”¹⁶. Por ello, el criterio de equivalencia por el incumplimiento de la prestación original, es el sustento de la responsabilidad contractual. La expectativa trunca del acreedor debe ser resarcida, compensada, indemnizada.

La responsabilidad contractual “cubre fundamentalmente dos supuestos de daño: el incumplimiento de la prestación contratada –o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (que es una forma de incumplimiento de la prestación)– y la mora (que es el incumplimiento de una obligación radicalmente vinculada a la prestación principal, constituida por el compromiso de ejecutar tal prestación principal en un plazo igualmente

¹⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 71.

¹⁶ DE LOS MOZOS, José Luis, “Responsabilidad contractual”, en José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto (dirs.), *Responsabilidad civil Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2006, p. 52.

contratado)¹⁷. Como se ve, lo que se busca fundamentalmente al determinar la responsabilidad contractual es tutelar el legítimo interés del acreedor de las obligaciones pendientes de ver satisfecha su expectativa.

En la misma línea, se puede decir que la responsabilidad civil contractual “es aquélla que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s. Es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano¹⁸”.

El sustento de la responsabilidad contractual es establecer una nueva y legítima obligación que busca compensar o reparar por el daño al acreedor de las obligaciones incumplidas, de manera que la pérdida sufrida o a la ganancia dejada de obtener debido al incumplimiento de la prestación derivada de una relación obligatoria preconstituida, no quede en ese estado, sino que puede ser reestablecida o remediada.

En una relación obligacional originada contractualmente, el presunto deudor de la obligación solo será exonerado de responder si es que acredita que, a pesar de haber efectuado todo lo posible para cumplir y demostrar diligencia en su accionar, la que involucra el deber de protección hacia la prestación, ha sobrevenido la imposibilidad objetiva de ejecución, por causa no imputable a su conducta.

Entonces, el fundamento de la responsabilidad contractual lo ubicamos en el quebrantamiento del escenario obligacional, concretamente en el incumplimiento de reglas, acuerdos o condiciones establecidas, en un primer nivel, por las propias partes y, en un segundo nivel, por las fuentes de Derecho que resulten aplicables. Para exoneración de responsabilidad el acreedor obligacional deberá demostrar razonablemente la adopción de todas las medidas posibles para garantizar y llevar a cabo la ejecución de la prestación en los términos preexistentes, bastando la simple diligencia, pues en este contexto jurídico claro está que hay inherentes deberes de protección y previsión en el accionar del deudor.

La transgresión de estos deberes, el incumplimiento de la prestación y, asimismo, la inconformidad del interés del acreedor, se convierte en el argumento neurálgico para la búsqueda de un resarcimiento. En suma, “el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido¹⁹”.

II.2. Los elementos de la responsabilidad

¹⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, PUCP, Lima, 1988, p. 420.

¹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 79 y 80

¹⁹ DE ÁNGEL YAGÜES, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 13.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Al referirnos a los elementos de la responsabilidad, los debemos entender como “aquellas circunstancias o condiciones de existencia normalmente necesaria y suficiente para configurar el nacimiento, en un caso dado, de la obligación de reparar que está en la base de la responsabilidad civil”²⁰.

Las distintas fuentes del Derecho han coincidido en cuáles son y su conceptualización. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República²¹ ha señalado que: “Como se sabe los elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) son los siguientes: a) antijuridicidad, b) daño, c) relación de causalidad y d) factor de atribución. En tal sentido, para saber si en un caso concreto el agente causante del daño debe indemnizar o no a la víctima, es necesario comprobar si se han verificado tales elementos”.

Sobre el primero de ellos se ha señalado que: “consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico”²².

Respecto al daño se ha indicado que: “dentro del sistema de responsabilidad civil el daño está definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extramatrimonial el cual debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al lucro cesante y daño emergente; y como daño extrapatrimonial al daño moral”²³. Por su parte, “el daño indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. El daño patrimonial, es todo menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona; mientras que el daño extrapatrimonial, se encuentra referido a las lesiones a los derechos no patrimoniales, dentro de los cuales se encuentran los sentimientos, considerados socialmente dignos o legítimos, y por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral”²⁴.

²⁰ PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 1981, p. 222.

²¹ En la Casación N° 3141-2016-Piura.

²² En la Casación 3168-2015-Lima.

²³ En la Casación N° 1554-2006-Lima.

²⁴ En la Casación N° 13319-2015-Callao.

Complementariamente, es importante tener presente que: “La noción jurídica del ‘daño’ se determina en estricta conexión con la del ‘resarcimiento’. El daño, en efecto, es el fenómeno frente al cual el ordenamiento dispone de ese peculiar remedio que está representado por el derecho del damnificado al resarcimiento”²⁵. Asimismo, “el daño constituye aquel menoscabo, detrimento, afectación que un sujeto sufre en su interés jurídico tutelado”²⁶.

En cuanto a la relación de causalidad, se ha indicado que: “en la responsabilidad objetiva no se requiere que medie una conducta dolosa o culposa por parte del demandado. Basta que exista el nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad”²⁷. Asimismo, que: “El nexo causal viene a ser la relación de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar”²⁸.

Asimismo, se ha indicado que: “para que surja el deber de indemnizar [...] ha de concurrir la llamada relación causal o nexo de causalidad. Aquello en que se apoye la pretensión ha de haber sido la causa decisiva para la concurrencia del daño. ¿Mas, en qué consiste esta causa decisiva? La contestación es evidente en el derecho de los actos ilícitos. El punto de partida sin las sencillas palabras ‘por’ ‘a través de’, es decir, que la acción ha de ser cometida por aquel a quien se reclama la indemnización”²⁹. En el mismo sentido, se ha indicado que: “la relación causal es el nexo que existe entre el hecho que genera un daño y el perjuicio producido”³⁰.

Finalmente, sobre el factor de atribución se ha manifestado que: “hay dos sistemas de responsabilidad civil extra contractual en la legislación comparada y en la doctrina universal y también en el Código Civil peruano: el sistema subjetivo y el sistema objetivo [...]. Como se podrá apreciar fácilmente el sistema subjetivo de responsabilidad civil se construye sobre la culpa del autor, constituyendo ella el factor de atribución subjetivo. Obviamente culpa en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima. Por otro lado, el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo”³¹.

²⁵ SALVI, Cesare, “El daño”, en VV. AA., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. Leysser León Hilario, ARA, Lima, 2001, p. 285.

²⁶ En la Casación N° 3289-2015-Callao.

²⁷ Expediente N° 3300-97, en Torres Vásquez, Aníbal, *Diccionario de jurisprudencia civil*, Grijley, Lima, 2009, p. 688.

²⁸ En la Casación N° 13319-2015-Callao.

²⁹ HEDEMANN, J. W., *Derecho de las obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Vol. III, p. 47.

³⁰ En la Casación N° 3289-2015-Callao.

³¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Factores de atribución en la responsabilidad civil extracontractual*, en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/10/17/factores-de-atribucion-en-la-responsabilidad-civil-extracontractual/>

En suma, se puede colegir que: “el factor atributivo de responsabilidad que viene a constituirse en aquel que va a responder por los daños ocasionados, así como, por la inexecución de las obligaciones”³², y “se encuentran constituidos por el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve”³³.

La concurrencia de estos elementos es la que genera la responsabilidad; dicho de otro modo, cuando no concurre cuando menos uno de estos elementos no habrá responsabilidad del presunto acreedor obligacional. Como se ha señalado, “se debe partir que la disciplina de la responsabilidad civil, sea que provenga de fuente extracontractual – producto del incumplimiento de un deber jurídico genérico– obligacional o contractual – producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado ‘relación jurídica obligatoria’–, tiene por finalidad resolver los conflictos entre particulares como consecuencia de la producción del daño, y en ese sentido, en ambos casos, para su configuración se requiere necesariamente de la concurrencia de sus elementos”³⁴.

II.3. El lucro cesante

El lucro cesante “importa la pérdida de una utilidad previamente inexistente que el sujeto presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el daño; es decir, la presumible ganancia o incremento en el patrimonio cuyo ingreso a la esfera patrimonial se impide”³⁵. En esa línea se ha indicado que el lucro cesante: “comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino, por ello puede concluirse que el lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño, el mismo que debe ser cierto puesto que lo que busca resarcirse serán aquellas ganancias dejadas de percibir como consecuencia del acto dañino”³⁶.

Como mucha certeza se ha afirmado que: “el daño patrimonial (dentro del cual está el lucro cesante) debe ser cierto. Se explica que ‘con esta expresión se quiere decir que el daño debe estar en relación de causalidad con su hecho productivo. Por ello, se tiene un daño cierto cuando, sobre la base de la regularidad estadística y de la normalidad con la cual los elementos resultan concatenados entre ellos, se puede afirmar que cierto daño descende de los hechos productivos que integran la lesión de la víctima”³⁷.

En esa misma línea se indica que: “el daño por lucro cesante requiere de una certeza razonable, en orden a su producción y, por regla, debe valorizarse de acuerdo a la

³² En la Casación N° 3289-2015-Callao.

³³ En la Casación N° 13319-2015-Callao.

³⁴ En la Casación N° 3168-2015-Lima.

³⁵ CAMPOS GARCÍA, Héctor, “Apuntes sobre la certeza y la prueba del daño”, en *Actualidad Jurídica*, Lima, N° 246, p.102.

³⁶ Casación N° 3289-2015-Callao.

³⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 7ª ed., Rodhas, Lima, 2013, p. 255.

equidad”³⁸. Es decir, no requiere una simple alocución, ni un desarrollo teórico o académico en la demanda, sino que necesita de una prueba que acredite la verosimilitud de este tipo de daño.

En efecto, “el lucro cesante presupone, al menos, la prueba, aunque sea indiciaria, de la utilidad patrimonial que, según un juicio riguroso de probabilidad (y no de mera posibilidad), el acreedor habría conseguido si la obligación fuese cumplida, y por ello deben excluirse aquellas pérdidas de ganancia que sean meramente hipotéticas”³⁹.

En este sentido, “la regla según la cual, si el daño no puede ser probado en su preciso monto es liquidado por el juez con valorización equitativa [...] con referencia al daño patrimonial, debe ser entendida en sentido riguroso. [...]. En otros términos, la norma sobre la valorización equitativa del daño no atribuye al juez un poder ni una función de suplencia para las hipótesis en las cuales no se ofrece la prueba del monto del daño. La expresión usada por el legislador ‘si el daño no puede ser probado’ debe ser entendida en su sentido literal, de otro modo, se modifica el presupuesto de aplicación de la norma”⁴⁰. En consecuencia, “acogiendo una solución diversa, se acabaría por atribuir al juez poderes de valorización equitativa en hipótesis no previstas por la ley, con la sucesiva admisión de demandas de resarcimiento del daño, no obstante el incumplimiento de la carga de probatoria por parte del actor”⁴¹.

Por lo citado, se puede concluir entonces el lucro cesante es objeto de resarcimiento cuando, a partir del establecimiento de un escenario jurídico cierto, real, razonable y no especulativo, conlleva a prever que el daño se producirá en un futuro.

Precisamente a una conclusión similar se llega cuando se afirma⁴² que: “se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- i. El daño patrimonial debe ser cierto.
- ii. El daño por lucro cesante debe basarse según un juicio riguroso de probabilidad (y no de mera posibilidad) y por ello deben excluirse aquellas pérdidas de ganancia que sean meramente hipotéticas, porque dependen de condiciones inciertas, como aquellas vinculadas a un improbable hecho de un tercero.
- iii. El criterio equitativo del juez no debe ser considerado como un eximente de la carga probatoria que corresponde al dañado”⁴³.

³⁸ Loc. cit.

³⁹ Loc. cit.

⁴⁰ ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pp. 255-256.

⁴¹ Loc. cit.

⁴² Loc. cit.

⁴³ Loc. cit.

II.4. El lucro cesante en el ámbito laboral

II.4.1. Referencias

De una simple revisión de la normativa laboral uno podría afirmar que no existe un antecedente o un referente del lucro cesante; sin embargo, ello es equivocado, pues sí lo hay.

En concreto nos referimos a la indemnización por despido arbitrario a la que se refiere el artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Sobre la naturaleza jurídica de la mencionada indemnización se ha dicho que: “la indemnización por despido arbitrario, previsto en el artículo 34 concordante con el artículo 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR es concebida como una reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución abusiva e ilegal del contrato por parte de su empleador, la que tiene un tope legal y sujeta a un plazo de caducidad. Esta indemnización tarifada se aplica por mandato de la ley, de modo que no resulta necesario que el trabajador alegue, ni tenga que probar la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el despido”⁴⁴.

Por otro lado, también se ha indicado que: “la indemnización tarifada –equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios– importa la reparación del daño patrimonial inmediato ocasionado a la víctima a consecuencia de la pérdida del empleo y el quebrantamiento de la relación contractual laboral, lo que no impide que en la vía civil pueda intentarse las acciones correspondientes para obtener el resarcimiento de los daños producidos en el ámbito extracontractual”⁴⁵.

Si bien es cierto que la indemnización por el despido arbitrario tiene por finalidad cubrir las contingencias originadas por el cese injustificado, no deja de ser verdad que, en realidad, estamos ante un “lucro cesante tarifado”, es decir, que la indemnización contemplada en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es el resarcimiento por la pérdida patrimonial que ha sufrido el trabajador por el despido, pero, a diferencia, de lo que ocurre en el ámbito civil, en materia laboral ha sido limitada con un tope máximo.

En efecto, esta reparación que la ley prevé frente a un despido arbitrario, compensa la afectación patrimonial que sufre el trabajador como consecuencia del cese ilegal, y tiene como peculiaridad que toma en cuenta el tiempo de servicios, y considera

⁴⁴ Casación N° 4291-2009-Huánuco.

⁴⁵ Casación N° 5008-2010-Lima.

un límite máximo de 12 de remuneraciones mensuales, lo que no enerva el hecho de que se puedan demandar otros tipos de daños, pero no en sí un lucro cesante.

En suma, la indemnización por despido arbitrario a la que se refiere el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es el lucro cesante que corresponde frente al despido arbitrario, siendo sus notas características la acreditación únicamente del tiempo de servicios y que esta no puede exceder del margen que la propia ley ha establecido.

II.4.2. Actualidad

En materia laboral, la responsabilidad de los empleadores frente a los daños ocasionados al trabajador no ha tenido un desarrollo profundo, de modo que, más allá de reiterar los conceptos provenientes del Derecho civil –y en muchos casos entenderlos de mala forma– no ha habido un análisis fino, prolijo, virtuoso y, sobretodo, con identidad propia.

Prueba importante de ello es lo acaecido con el “Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral” celebrado en la ciudad de Chiclayo, los días 13 y 14 de septiembre de 2018. En particular, nos referimos al Sub Tema 1: “indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento”, respecto del que se ha concluido que: “En caso de despido incausado y fraudulento la indemnización por lucro cesante se debe equiparar remuneraciones dejadas de percibir”.

Dicho pronunciamiento no solo es sumamente cuestionable por el hecho de que es contradictorio a lo que ya había expresado la Corte Suprema de Justicia de la República en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional y en numerosas sentencias casatorias, sino que precisamente denota la carencia de un sesudo análisis y, más aún, del establecimiento de criterios que deban observar los administradores de justicia para determinar un derecho objetiva y razonablemente más justo, y que no valide el ejercicio abusivo de un derecho.

Hay que tener presente que la propia Corte Suprema de Justicia de la República ya había señalado que: “el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada⁴⁶. En este pronunciamiento supremo, a diferencia de Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral llevado a cabo en la ciudad de Chiclayo por jueces superiores de 34 Cortes Superiores del país, sí presenta un interesante desarrollo que justifica de manera técnica la diferencia entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas.

El expresar una sola regla, tal como se ha hecho en el referido pleno superior, desnaturaliza el lucro cesante, convirtiendo a aquel en una medida retributiva, pues se

⁴⁶ En la Casación N° 2677-2012-Lima.

estaría pagando por una prestación de un servicio no efectuado pero que se asume para los fines del proceso como realizado, perdiendo la naturaleza indemnizatoria.

II.5. Criterios que debieran tomarse en cuenta a fin de determinar el lucro cesante

En definitiva no estamos de acuerdo en que el lucro cesante se deba equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir, ya que ello puede tornar en indeterminado el derecho reclamado en razón de un uso desmedido del derecho; por ese motivo creemos que se deben establecer límites razonables al lucro cesante en materia laboral para el caso de los despidos injustificados. A continuación expresamos algunos criterios que debieran ser tomados en cuenta para determinar una indemnización lucro cesante:

II.5.1. Periodos inimputables a las partes y duración razonable del proceso

Los periodos inimputables a las partes son aquellos que no les generan ninguna responsabilidad jurídica a los demandantes o demandados. Es decir, estos lapsos no pueden servir para atribuirle una mayor carga patrimonial al responsable. Un claro ejemplo de ello son las huelgas, que generan la inoperatividad de los servicios judiciales y retraso en el servicio. En concreto, los administradores de justicia deben discernir entre aquellos periodos que le son o no imputables a las partes, y en virtud a ello determinar el lucro cesante.

Por otro lado, pero vinculado a lo anterior, se debe tener en consideración no el tiempo que dura el proceso, sino lo que razonablemente debió durar el proceso. Evidentemente ello no será igual en todos los casos, pero es indispensable realizar esta actividad. Aunque en la Ley N° 29497 no existe un tiempo exacto en el que debiera resolverse el proceso con un pronunciamiento de fondo, creemos que el proceso no debiera extenderse por más de 12 meses hasta que quien actúa como segunda instancia se pronuncia. Todo lo que ocurra más allá no debe cargarse a las partes del proceso, salvo que se demuestre que, producto de sus actos se ha llegado a ese estado.

Por ejemplo, la Ley N° 29497 señala que la citación a las partes a audiencia de conciliación se fija entre los 20 y 30 días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda; no obstante, en la práctica ello nunca ocurre así y se programa para mucho tiempo después; en este caso, el tiempo que transcurre después de dicho periodo no debe ser considerado para establecer obligaciones. Lo mismo ocurre tratándose de la programación de la audiencia de juzgamiento, en cuyo caso si aquella no se programa para ser llevada a cabo dentro de los 30 días hábiles siguientes a la audiencia de conciliación, el tiempo en exceso que discurre no puede ser considerado para establecer obligaciones. También pasaría lo mismo cuando no se entrega la sentencia dentro de los 5 días hábiles siguientes a la audiencia de juzgamiento o vista, o cuando hay una demora significativa excediendo lo que señala la ley para admitirse la apelación o elevarse el

expediente a la Sala Laboral, o cuando se programa una audiencia de vista de la causa más allá del plazo legal.

Se entiende la carga procesal, pero ese elemento no debe servir para atribuirle responsabilidad al demandado y, generarle mayores obligaciones que las que razonablemente se le debe imponer.

II.5.2. Utilización de medidas cautelares

La inacción del interesado y el simple decurso del tiempo en el proceso laboral no pueden generar o incrementar el otorgamiento un beneficio como el lucro cesante, de modo que se entienda que mientras más tiempo transcurre se devengan más remuneraciones y demás beneficios sociales como si efectivamente hubiese prestado servicios.

Si la teoría del caso de la parte actora se construye sobre la base de una pérdida patrimonial que requiere de tutela urgente, no resulta lógico que el demandante mediante alguna acción judicial a cautelar no pretenda el otorgamiento de alguna medida precautoria para asegurar sus derechos.

La utilización de las medidas cautelares en el proceso laboral no debiera verse como una medida sumamente excepcional o extraordinaria, sino como lo que son, instrumentos procesales esenciales mediante las que el demandante busque una tutela anticipada de su pretensión. El Juez debe valorar las acciones de las partes en el proceso, y entre otros, considerar que la no utilización de estas denotaría que en realidad la pérdida patrimonial no es urgente, real, permanente y lineal. El acudir a la tutela cautelar es una decisión voluntaria del interesado, por lo que el no hacerlo debiera traer las consecuencias que, en el caso concreto, se puedan advertir.

II.5.3. Particularidades del caso concreto y del afectado

Existen una serie de elementos que deben ser evaluados a fin de determinar el quantum del lucro cesante, entre los que tenemos, la edad, los factores de empleabilidad o condiciones de reinserción al mercado, la profesión y capacidad, la vulnerabilidad laboral (madre trabajadora y persona con discapacidad), entre otros.

Por ejemplo, si en el marco de un proceso laboral el demandante acredita que buscó conseguir un empleo, pero no lo pudo conseguir por causas relacionadas al vínculo laboral del que cuestiona su cese, ello sustentará objetivamente el daño, pues no podría aceptarse como suficiente para el sustento del daño un alegato basado en una especulación.

II.5.4. Ingresos obtenidos

Si tenemos en consideración que el lucro cesante está basado en la pérdida patrimonial que ha sufrido el trabajador producto del cese injustificado, se hace indispensable conocer si dicha pérdida realmente ha ocurrido.

Si se advierte que el demandante ha percibido ingresos que no hubiese podido obtener de no haberse materializado el cese, estos evidentemente desvirtúan el lucro cesante en todo o en parte según sea el caso. Estos ingresos pueden provenir de la realización de una labor dependiente o independiente. Por el contrario, si esos ingresos los venía percibiendo antes del cese y no dependían de la subsistencia del vínculo laboral cuyo despido se cuestiona, estos no incidirían en el quantum del lucro cesante.

III. CONCLUSIONES

El tratamiento que el lucro cesante recibe hasta el día de hoy es insuficiente si se tiene como premisa la emisión de fallos justos despojados de subjetividades que terminen afectando el desarrollo o resultado del proceso.

El lucro cesante no está constituido por las remuneraciones devengadas, pues si fue así no se trataría de una indemnización en estricto, sino del pago de la contraprestación por un servicio no realizado pero asumido como sí efectuado para los fines del proceso. Resultan erradas y, por decir, lo menos, carente de sustento afirmar que la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir, pues estamos hablando de dos conceptos diametralmente distintos, cuyo fundamento es diferente en cada caso.

A fin de determinar el contenido del lucro cesante es indispensable que se utilicen una serie de criterios que puedan motivar de manera clara y precisa el quantum indemnizatorio, pues si bien el resarcimiento del daño puede ser fijado por el juez con valoración equitativa en caso no pudiera ser probado en su monto preciso, ello no se sujeta a su discrecionalidad.

Así, se deberán tomar en cuenta criterios tales como los periodos inimputables a las partes y duración razonable del proceso, la utilización de medidas cautelares, las particularidades del caso concreto y del afectado, y, los ingresos obtenidos, entre otros. Todos estos deben ser evaluados razonablemente por el Juez y, deben servir para establecer un monto que no se convierta en un enriquecimiento indebido, y que, al mismo tiempo, suponga una carga desproporcionada para el responsable del daño.