

# **LA JURISPRUDENCIA EN LA DETERMINACION DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DESPIDOS INCAUSADOS Y FRAUDULENTOS**

Carolina Ayvar Roldán

## **RESUMEN**

En el presente trabajo académico se pretende analizar la jurisprudencia emitida respecto a la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante y daño moral, como consecuencia de los despidos incausados y fraudulentos, a efecto de establecer criterios para la defensa y toma de decisiones, en los diversos casos sobre indemnización de daños y perjuicios que se plantean en la actividad académica y en la judicial.

## **ABSTRACT**

In the present academic work is intended to analyze the jurisprudence issued regarding the determination of the indemnity quantum for lost profits and moral damages, as a result of uncaused and fraudulent dismissals, in order to establish criteria for the defense and decision-making, in diverse cases on compensation for damages that arise in academic and judicial activity.

## **PALABRAS CLAVE**

Daños y perjuicios. Lucro cesante. Daño moral. Remuneración. Quantum indemnizatorio. Enriquecimiento indebido.

## **KEY WORDS**

Damages. Lost profit. Moral damage. Remuneration. Indemnity quantum. Improper enrichment.

## **SUMARIO**

1. Planteamiento del problema 2. Los daños derivados del despido 3. Elementos que configuran la responsabilidad 4. La indemnización 5. La cuantía indemnizatoria 6. La cuantificación en la jurisprudencia respecto al lucro cesante 7. La jurisprudencia en la determinación del quantum por daño moral 8. Conclusiones. Citas Bibliográficas.

---

\* Jueza Superior Titular de la Tercera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Doctora en Derecho.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actividad judicial son comunes los reclamos sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despidos incausados y fraudulentos, habiéndose establecido en sentencia firme la existencia de este despido, por lo que los trabajadores en proceso posterior solicitan el pago de una indemnización que de alguna forma restituya los daños sufridos con motivo del despido; sin embargo, al momento de emitirse los fallos no resulta fácil la determinación del quantum, pues no existe un parámetro que pueda establecer con exactitud lo que corresponde ordenarse pagar; más aún que la jurisprudencia ha emitido fallos diversos al respecto e incluso opuestos, que hacen que los jueces finalmente determinen los montos con variados criterios, siendo necesario que se establezca al menos algunos aspectos comunes que puedan tenerse en cuenta para la determinación del monto de esta indemnización.

## 2. LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DESPIDO

En el campo del derecho laboral, resulta contradictorio que mientras en un despido arbitrario el quantum indemnizatorio se encuentra tasado en la ley como lo determina el artículo 38° del Decreto Supremo 003-97-TR Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que señala: *“La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba”*; tratándose de los denominados despidos incausados y fraudulentos la situación no es tal; pues al no estar determinada la indemnización en la ley, debe recurrirse a la jurisprudencia para establecerla; de la que podemos extraer que puede reclamarse los daños y perjuicios derivados del despido como son lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño a la persona.

- ***Lucro cesante***

La Corte Suprema ha señalado 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 siempre es 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 (Casación Laboral N° 3289-2015 Callao Fundamento décimo tercero)

- ***Daño emergente***

Lizardo Taboada señala que el daño emergente es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida<sup>1</sup>.

- ***Daño moral***

Se configura por el estado emocional de angustia y frustración actual con incidencia en todos los planos de su vida personal, familiar, afectiva e íntima que sin duda trae consigo vacío existencial difícil de suplir o sustituir, se configura también por el estado de incertidumbre que genere (Casación Laboral N° 3289-2015).

Este se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad psicológica y espiritual, aunque puede ocurrir que dicho padecimiento se torne permanente y/o patológico, afectando aspectos psíquicos que no se refieren simplemente a los sentimientos o relaciones afectivas”<sup>2</sup>.

- ***Daño a la persona***

Daño a la persona en su más honda acepción, es aquél que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación<sup>3</sup>.

---

### 3. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD

La Corte Suprema a través de su jurisprudencia, en la Casación Laboral 3289-2015 Callao, también ha establecido los elementos de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta la ruptura del vínculo laboral, como son:

- a) *El daño*; constituye aquel menoscabo, detrimento, afectación que un sujeto sufre en su interés jurídico tutelado; un interés que puede ser patrimonial.
- b) *Antijuricidad*; viene a ser el hecho contrario a la ley.
- c) *Nexo de causalidad*; que existe entre el hecho que genera el daño y el perjuicio producido; entre el despido y la pérdida de su fuente de ingresos como consecuencia del cese.
- d) *Factor de atribución*; que viene a constituirse en aquél que va a responder por los daños ocasionados, así como por el incumplimiento de obligaciones; y está determinado por el dolo o culpa.

A efecto de establecer la posibilidad de una indemnización por el despido sufrido por el trabajador, necesariamente debe analizarse la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, pues a falta de uno de ellos exime de responsabilidad al empleador.

### 4. LA INDEMNIZACION

Felipe Osterling menciona que la indemnización “*es la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño*”<sup>4</sup>. Agrega el citado autor que “el fundamento de la responsabilidad se centra en la regla moral que establece que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a otro. Si uno transgrede dicha regla, está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación previamente contraída (responsabilidad civil contractual), o sea que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un

derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad extracontractual)<sup>25</sup>.

De este modo cuando se trata de un despido incausado o fraudulento, lo que se trata es de compensar de un modo equitativo el daño sufrido por el trabajador como consecuencia del hecho dañoso sufrido (el despido), y esa compensación es de naturaleza económica o dineraria.

## **6. LA CUANTIA INDEMNIZATORIA**

Tal vez la parte más difícil y cuestionable en una decisión sobre la reparación del daño, está referida a la fijación del monto indemnizatorio, pues las posiciones y criterios para determinarlo son variados y las decisiones jurisprudenciales también.

Ya lo dice Mosset Iturraspe *“La opción por la tesis reparadora no implica haber superado los problemas. Casi es verdad lo contrario: los problemas comienzan, a partir de esa elección, en la medida en que deben establecerse pautas, criterios o parámetros para cuantificar la reparación, establecer su cuantía o monto”*<sup>26</sup>.

Cabe hacerse especial énfasis en materia laboral a la cuantificación en referencia al lucro cesante y daño moral, tratándose de esta última aún se encuentra mayor dificultad para establecerla, bien dice Alvarez Perez: *“La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo...”*<sup>27</sup>.

## **6. LA CUANTIFICACION EN LA JURISPRUDENCIA RESPECTO AL LUCRO CESANTE**

La Corte Suprema ha establecido algunos criterios para determinar el monto indemnizatorio tratándose de despidos incausados y fraudulentos, pero no

todos son unánimes ni uniformes, por lo que ello ha generado que también en la judicatura estos criterios sean disímiles, y sobre todo que los montos indemnizatorios varíen en muchos casos sustancialmente, aunque no deja de considerarse que corresponde en cada caso determinarse la indemnización que corresponda de acuerdo a lo probado y a las circunstancias que rodeen el despido y la situación personal del trabajador.

**1) *Criterio que considera que el lucro cesante no es equiparable a las remuneraciones dejadas de percibir***

Tenemos presente la jurisprudencia que considera que el lucro cesante no es equiparable al cálculo de las remuneraciones dejadas de percibir, como ocurre en las siguientes casaciones:

- **Casación Laboral N° 12263-2014 Arequipa** (11/05/2016) de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema señala: *“Décimo Primero: Es preciso señalar que la pretensión solicitada no son las remuneraciones dejadas de percibir, sino la indemnización de daños y perjuicios derivada de un despido fraudulento que le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, conceptualizándose éste como, la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, el que no puede asimilarse a las remuneraciones devengadas, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada. Décimo segundo: En ese sentido, las figuras jurídicas antes señaladas tienen naturaleza jurídica distinta, mientras que el lucro cesante, es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; las remuneraciones devengadas, son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva de trabajo, tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, lo que implica establecer una*

*diferencia conceptual y de categoría jurídica, cuyo resarcimiento y quantum debe efectuarse teniendo en cuenta el artículo 1332 del Código Civil...”*

- **Casación Laboral N° 7625-2016 Callao** (07/12/16) de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema indica “...*en tal sentido, el despido arbitrario efectuado al demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, configurándose este como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, el que no puede asimilarse a las remuneraciones devengadas, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada*”(considerando noveno).
- En la **Casación Laboral 3289-2015 Callao** (19/01/17) la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema señala: “...*merece prestar atención al hecho de que el Juez de Primera Instancia ha equiparado el lucro cesante como remuneraciones devengadas, efectuando las cuantificaciones y cálculos correspondientes a las remuneraciones, sin tener en cuenta que tienen una naturaleza jurídica distinta, pues mientras la primera, es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; el segundo son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva del trabajo, cuya naturaleza es retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, conceptos que son diferentes, y por ende el quantum debe establecerse, teniendo en cuenta los criterios que establece el Código Civil; y en su caso observar la aplicación del artículo 1332° del referido cuerpo normativo*”(considerando décimo tercero).
- En la **Casación N° 18633-2016 Junín** (18/10/17) señala: “*Este Tribunal Supremo concluye señalando: a) que el despido efectuado en contra del demandante y que fue declarado inconstitucional en proceso de amparo, le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una falta de ingresos determinados bienes o derechos al patrimonio*

*del accionante, quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; b) que el pago de lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, por lo que es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil; c) la valoración equitativa no constituiría una decisión arbitraria e inmotivada sino que deben utilizarse parámetros que permitan arribar a una decisión orientada a establecer, en lo posible la situación a los límites anteriores al daño confrontado ello con los hechos sucedidos” (considerando sétimo).*

De este modo queda sentado en base a la jurisprudencia antes indicada, que:

1. El lucro cesante no puede equipararse a las remuneraciones dejadas de percibir, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por una labor no efectuada.
2. La remuneración tiene naturaleza jurídica retributiva y no indemnizatoria.
3. Es posible aplicar el Art 1332° del Código Civil que permite la valoración equitativa, para fijar el monto indemnizatorio.

De las casaciones revisadas y otras como Casaciones Laborales N°s 4977-2015 Callao, 12592-2015 Callao, 15494-2014 Arequipa, se advierte en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que el criterio es no equiparar el lucro cesante a las remuneraciones dejadas de percibir; sin embargo a mi parecer si bien no corresponde la equiparación del lucro cesante a las remuneraciones insolutas, pues no ha habido trabajo efectivo y por lo tanto no corresponde el pago de contraprestación, más sí constituye un referente a tener en cuenta al momento de fijar el quantum indemnizatorio.

## ***2. Criterio que equipara las remuneraciones dejadas de percibir a la indemnización***

Sin embargo, en el quehacer jurídico se advierte que aún se equipara el lucro cesante a las remuneraciones no percibidas durante el tiempo del despido,



criterio que aún mantienen algunos órganos jurisdiccionales y que también puede encontrarse en algunas decisiones de la Corte Suprema; así:

- **Casación Laboral N° 1293-2017 Lima** (19/06/17) (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria *“Conforme a lo expuesto, encontrándose acreditado el lucro cesante; debe confirmarse el monto estimado por el órgano jurisdiccional de primera instancia, debiendo ampararse en S/ 129,876.48, que resulta de multiplicar la remuneración del actor conforme a la boleta de pago de fojas veintitrés (S/1,352.88) por doce meses y estos a su vez, por los ocho años que estuvo fuera del trabajo”* (octavo considerando).
- **Casación 2097-2013 Lima Sala Civil Permanente** (11/03/14) *“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 pericia contable obrante de fojas doscientos cincuenta y nueve a doscientos sesenta y siete, pues en aquella se determinó las remuneraciones que le correspondía percibir a la demandante durante el periodo antes anotado, y en virtud de dicho medio probatorio, los jueces de mérito establecieron el monto indemnizatorio por concepto de lucro cesante...”* (considerando quinto).

De este modo se aprecia la existencia de decisiones que más bien son opuestas en la fijación del quantum indemnizatorio tratándose de lucro cesante, pero a mi criterio es claro que el lucro cesante no puede constituir el cálculo matemático de lo dejado de percibir y no responde a la propia naturaleza indemnizatoria, que para fijar el quantum determina tomarse en cuenta diversos elementos para su determinación, entre ellos por ejemplo la edad del trabajador al momento del cese, el tiempo que laboró en la institución, la capacidad de reinserción al mundo laboral, etc.

Más aún que el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1450-2001-AA/TC también se ha manifestado al respecto cuando sostiene “...aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasiona un perjuicio durante todo el periodo que no laboró, ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado. Sin embargo la determinación de los alcances de dicha indemnización no es un asunto que pueda ser dilucidado mediante esta vía que más bien se orienta a restituir los derechos vulnerados o amenazados por actos u omisiones inconstitucionales”.

Del mismo parecer es en el Exp N° 1051-2004-AA/TC cuando en su fundamento segundo indica: “Siendo ello así, corresponde pronunciarse sobre el reclamo de las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo de cese. Al respecto, este Colegiado ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que dicho pedido no resulta procedente, por cuanto la remuneración constituye la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, no siendo el proceso de amparo la vía en que se pueda reclamar la indemnización a que hubiere lugar”.

Quedando así en claro que no corresponde el pago de remuneraciones por labor no realizada.

## 7. LA JURISPRUDENCIA EN LA DETERMINACION DEL QUANTUM POR DAÑO MORAL

La Corte Suprema, también ha emitido pronunciamientos en lo referente al cálculo del quantum tratándose del daño moral; así:

- En la Casación 18633-2016 Junín (18/10/17), ha señalado: “el daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto a su expresión es el dolor, el sufrimiento; por lo tanto para efectos de su cuantificación debe recurrirse al artículo 1322

y 1332 del código sustantivo citado, que en este caso está acreditado por el menoscabo sufrido por el demandante, quien ilegalmente se vio privado de su empleo con el impacto emocional que ello supone al no contar de manera sorpresiva con los recursos económicos que le permitía su empleo para subsistir él y su familia”(considerando octavo).

- **Casación 699-2015 Lima** Sala Civil Permanente “En cuanto a la pretensión por daño moral, teniendo en cuenta que éste consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso, en el presente caso, resulta amparable tal concepto petitionado como indemnización, ya que el hecho mismo de ser despedido sin causa justa produce sufrimiento en el recurrente, quien puede ver un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general; por lo tanto, corresponde fijar de manera **prudencial** el monto indemnizatorio del concepto indicado” (fundamento décimo segundo).

- No pasa desapercibida la posición sentada en la **Casación 2084-2015 Lima** (06/07/16) de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, que indica: “el daño moral es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima, considerado socialmente legítimo, es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos y valores. Esta categoría del daño es particularmente difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo, inclusive, fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan en la realidad... en tal sentido ante la dificultad para probar el daño moral, esta Sala Suprema ha optado por **presumir**, en casos puntuales, la existencia del mismo...”(quinto considerando).

La jurisprudencia ha señalado que para efecto de la determinación del quantum del daño moral debe recurrirse finalmente al Art. 1332° CC; es decir, a la equidad, y aun a la presunción para fijarla; sin embargo, ello no resulta suficiente, pues debe existir algunos parámetros a tener en cuenta

para determinarla, así Roxana Jimenez señala: *“para cuantificar el daño moral o inmaterial, debe tomarse en cuenta no sólo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa...”*<sup>8</sup>.

Así el Art. 1332° CC establece: *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”* sobre el que Beltrán Pacheco comenta: *“la equidad tiene un contenido conceptual diverso dado que no significa necesariamente lo justo, sino que hace referencia a lo que el juez según su sana crítica y la valoración de las circunstancias dispone”* agrega *“Si bien es cierto las partes tienen la carga de demostrar sus pretensiones, en algunas circunstancias el juez puede apreciar la dificultad que éstas experimentan para acreditar los hechos alegados”*<sup>9</sup>. Lo que da un amplio margen al juzgador para poder determinar el monto indemnizatorio.

Pienso que en cada caso concreto deberá establecerse a la luz de lo actuado en el proceso, el monto indemnizatorio por daño moral, teniendo presente las circunstancias personales de cada trabajador; sin embargo, en caso de la nula probanza considero que por criterio de razonabilidad es posible determinar un monto atendido a la peculiar situación de verse el trabajador sin trabajo que le permita subsistir tanto él como su familia.

## 8. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia ha ido variando en el tiempo respecto a los criterios para fijar los montos indemnizatorios por lucro cesante y daño moral, por despido incausados y fraudulentos; sin embargo, existe una tendencia general de no equiparar el quantum al cálculo de las remuneraciones dejadas de percibir.

2. Es posible recurrir al artículo 1332° del Código Civil, para con criterio de equidad fijar el quantum indemnizatorio por lucro cesante y daño moral, si se tiene en cuenta que la remuneración no tiene una naturaleza indemnizatoria y el daño moral es de difícil probanza.
3. La jurisprudencia deberá llenar los vacíos que las normas presentan al momento de decidir sobre la fijación de los montos indemnizatorios, con el objeto de lograr predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Taboada Córdova, Lizardo, Elementos de la Responsabilidad Civil, Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición, Lima, 2003, p 62.
2. Alvarez Perez, Andrés Orión “Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano”; en Daño Extrapatrimonial, daño moral, daño a la persona, JURIVEC, Lima, 2015 p 150.
3. Fernández Sessarego, Carlos; Derecho de las Personas, Editorial Grijley, Décima Edición, Lima, 2007, p 472.
4. Osterling Parodi, Felipe; “Indemnización por daño moral” En Daño Extrapatrimonial daño moral daño a la *persona*; Op. Cit., p 383.
5. Ibidem pp 383-384.
6. Mosset Iturraspe, Jorge; “El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez”, en Daño Extrapatrimonial daño moral daño a la persona, Op. Cit., p 91.
7. Alvarez Perez, Andrés, Op. Cit., p 146.
8. Jimenez Vargas Machuca, “Resarcimiento del daño inmaterial”, en Daño Extrapatrimonial Daño Moral Daño a la persona, Op. Cit. p 368.

9. Beltrán Pacheco, Jorge, Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p 997.

*Fecha de Recepción: noviembre/2017*

*Fecha de Aceptación: diciembre /2017*