



**UNIVERSIDAD JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI**

**VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

**TESIS**

**CRITERIOS DISÍMILES PARA LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM  
INDEMNIZATORIO POR LUCRO CESANTE EN PROCESOS DE DESPIDO  
ARBITRARIO QUE AFECTAN EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD, EN  
LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA SALA MIXTA DE LA CORTE  
SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA, 2016 – 2018**

**PRESENTADA POR**

Abg. Karen Lizbeth Coayla Quispe

**ASESOR**

Dr. Javier Pedro Flores Arocutipa

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON  
MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL.**

**MOQUEGUA - PERÚ**

**2021**

## ÍNDICE DE CONTENIDO

PÁGINA DE JURADOS.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	v
ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS.....	viii
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN.....	xii
CAPÍTULO I.....	1
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1. Descripción realidad problemática.....	1
1.2. Definición del problema.....	6
1.3. Objetivo – Investigación.....	7
1.3.1. Objetivo - General:.....	7
1.3.2. Objetivos Específicos:.....	7
1.4. Importancia y justificación de la investigación.....	7
1.5. Variables.....	9
1.6. Hipótesis de la investigación.....	12
1.6.1. Hipótesis - General:.....	12
1.6.2. Hipótesis Específicas:.....	12
CAPITULO II.....	14
MARCO TEÓRICO.....	14
2.1. Antecedentes de la investigación.....	14
2.2. Bases Teóricas.....	20
2.3. Marco Conceptual.....	22

2.3.1. Definición de despido.....	22
2.3.2. Tipos de despido.....	23
2.3.3. El despido y su tratamiento en la jurisprudencia peruana.....	27
2.3.4. Derecho Internacional y protección contra el despido.....	29
2.3.5. El despido y el derecho a la reparación.....	30
2.3.6. La tutela contra el despido arbitrario.....	31
2.3.7. Indemnización de daños y perjuicios - reparación resarcitoria.....	32
2.3.8. Indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios.....	34
2.3.9. Respecto al quantum indemnizatorio por lucro cesante.....	40
2.3.10. El Principio – Predictibilidad.....	45
2.3.11. Definición Criterios disímiles.....	
<b>CAPÍTULO II I.....</b>	<b>53</b>
<b>MÉTODO.....</b>	<b>53</b>
3.1. Tipo y nivel y línea de investigación.....	53
3.2. Diseño de investigación.....	54
3.3. Población y muestra.....	55
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	56
3.4.1. Técnicas:.....	56
3.4.2. Instrumentos:.....	57
3.5. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	57
<b>CAPITULO IV.....</b>	<b>58</b>
<b>PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....</b>	<b>58</b>
4.1. Presentación de los resultados por variables.....	58
4.2. Contrastación de hipótesis.....	73
4.3. Discusión de resultados.....	77
4.3.1. Comprobación de hipótesis general.....	77

CAPÍTULO V.....	81
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	81
5.2.- Recomendaciones.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85
ANEXOS.....	87
ANEXO N° 1: FICHA BIBLIOGRÁFICA.....	87
ANEXO N° 2: FICHA DOCUMENTAL.....	88
ANEXO N° 3: FICHA DE OBSERVACIÓN.....	89
ANEXO N° 4: RELACIÓN DE EXPEDIENTES CUYAS SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA FORMAN PARTE DE LA MUESTRA.....	90

## ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

<i>Tabla 1 Cuadro de operacionalización de variables .....</i>	<i>11</i>
<i>Tabla 2 Población y muestra.....</i>	<i>55</i>
<i>Figura 1 Fórmula para el cálculo de muestra.....</i>	<i>56</i>
<i>Tabla 3 Petitorio solicitado en el proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios.....</i>	<i>59</i>
<i>Figura 2 Petitorio en proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios .....</i>	<i>59</i>
<i>Tabla 4 Decisión del Juez de Primera Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios.....</i>	<i>60</i>
<i>Figura 3 Decisión del Juez de Primera Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios.....</i>	<i>61</i>
<i>Tabla 5 Decisión del Juez de Segunda Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios.....</i>	<i>62</i>
<i>Figura 4 Decisión del Juez de Segunda Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios.....</i>	<i>64</i>
<i>Tabla 6 Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Primera instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios ....</i>	<i>64</i>
<i>Figura 5 Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Primera instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios ....</i>	<i>65</i>
<i>Tabla 7 Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Segunda instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios ....</i>	<i>67</i>
<i>Figura 6 Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Segunda instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios ....</i>	<i>69</i>
<i>Tabla 8 Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en el voto en discordia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios ....</i>	<i>70</i>
<i>Figura 7 Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en el voto en discordia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios.....</i>	<i>72</i>

## RESUMEN

La presente investigación ha tenido como tema central analizar las sentencias de la Sala Mixta de Mariscal Nieto en los procesos de indemnización por lucro cesante en despidos arbitrarios, a fin de verificar si los criterios que aplican los Magistrados de la Sala Mixta de Mariscal Nieto para fijar el quantum indemnizatorio son disímiles y si esta condición vulnera el principio de predictibilidad, ello respecto de las sentencias de los años 2016 a 2018, procurando establecer las razones por las que coexiste esa diversidad de criterios dentro de una misma Sala Superior, determinando cuáles son los criterios que se aplican y brindando algunas alternativas y sugerencias para lograr una uniformidad de criterios que procuren una justicia predecible.

El tipo y nivel de investigación es explicativa – Descriptiva y la línea de investigación pertenece al Derecho Público y Constitucional.

La presente investigación ha obtenido resultados que comprueban la hipótesis planteada, esto es que la afectación al principio de predictibilidad se debe a que existen criterios disímiles para la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante en los procesos por despido arbitrario tramitados en la Sala Mixta -Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018, pues se ha comprobado que los Magistrados de la Sala Mixta de Mariscal Nieto no tienen un criterio común respecto a la base de cálculo para la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante, pues conforme se tiene de las sentencias analizadas, un porcentaje se inclina por una restitución integral del daño (incluyendo remuneración ordinaria y cualquier otro beneficio social como si el despido nunca hubiera ocurrido), otro porcentaje se inclina por un monto resarcitorio basado en la última remuneración ordinaria (sin considerar beneficio social alguno) y un menor porcentaje por un quantum indemnizatorio basado

en la remuneración mínima vital vigente en el tiempo que duró el despido, lo que origina sentencias con criterios disímiles para la pretensión de indemnización por lucro cesante, lo que afecta el principio de predictibilidad, pues en un mismo periodo de tiempo existen hasta tres criterios en una misma sala superior y para un mismo asunto, evidenciándose además un alto índice de sentencias con voto en discordia.

Por lo que se puede concluir que la vulneración al principio de predictibilidad se explica por la coexistencia de criterios disímiles en las sentencias de indemnización por lucro cesante en despidos arbitrarios de la sala mixta de Mariscal Nieto, pues frente a casos esencialmente iguales se aplican criterios distintos.

La investigación concluye con la información estadística que se ha obtenido del análisis de sentencias sobre indemnización por lucro cesante en despidos arbitrarios, emitidas por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua entre los años 2016 al 2018, proponiendo para ello alternativas de solución viables en aras de procurar fortalecer el principio de predictibilidad y la seguridad jurídica, valores de una óptima administración de justicia.

**PALABRAS CLAVES:** Despido arbitrario, lucro cesante, quantum indemnizatorio, principio de predictibilidad.

## **ABSTRACT**

The central theme of this research is to analyze the judgments of the Mariscal Nieto Mixed Chamber in the compensation processes for loss of profits in arbitrary dismissals, in order to verify whether the criteria applied by the Magistrates of the Mariscal Nieto Mixed Chamber to set the quantum compensation are dissimilar and if this condition violates the principle of predictability, this with respect to the sentences of the years 2016 to 2018, trying to establish the reasons why this diversity of criteria coexists within the same Superior Court, determining which are the criteria that some alternatives and suggestions are applied and provided to achieve a uniformity of criteria that seek predictable justice.

The type and level of research is explanatory - descriptive and the line of research belongs to Public and Constitutional Law.

The present investigation has obtained results that verify the hypothesis raised, that is, the impact on the principle of predictability is due to the fact that there are dissimilar criteria for determining the compensation amount for lost profits in the arbitrary dismissal processes processed in the Mixed Chamber -Mariscal Nieto of the Superior Court of Justice of Moquegua in the period 2016 to 2018, since it has been verified that the Magistrates of the Mixed Chamber of Mariscal Nieto do not have a common criterion regarding the calculation basis for the determination of the compensation quantum for lost profits , since according to the judgments analyzed, a percentage is inclined for a comprehensive restitution of the damage (including ordinary remuneration and any other social benefit as if the dismissal had never occurred), another percentage is inclined for a compensation amount based on the last ordinary remuneration



(without considering any social benefit) and a lower percentage e by a compensation quantum based on the minimum vital remuneration in force at the time that the dismissal lasted, which gives rise to judgments with dissimilar criteria for the claim of compensation for lost profits, which affects the principle of predictability, since in the same period of time there are up to three criteria in the same superior court and for the same matter, also showing a high rate of sentences with a dissenting vote.

Therefore, we can conclude that the violation of the principle of predictability is explained by the coexistence of dissimilar criteria in the compensation judgments for arbitrary dismissal of the mixed courtroom of Mariscal Nieto, since different criteria apply to essentially the same cases.

The investigation concludes with the statistical information that has been obtained from the analysis of judgments on compensation for arbitrary dismissal, processes processed in the Mixed Chamber of the Superior Court of Justice of Moquegua between 2016 and 2018, proposing viable alternative solutions in In order to try to strengthen the principle of predictability and legal certainty, values of an optimal administration of justice.

**KEY WORDS:** Compensation, dismissal, arbitrary, loss of earnings, quantum compensation, principle of predictability, sentences, worker, competitiveness, labor law, damages.

## INTRODUCCIÓN

El tema abordado en la presente tesis tiene una gran relevancia, pues la predictibilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales está estrechamente relacionado con el principio de igualdad ante las leyes y la seguridad jurídica, tanto más en el ámbito laboral, pues decide sobre aspectos económicos. Se debe determinar si los trabajadores objeto de un despido catalogado como arbitrario tienen derecho al pago de una indemnización que tenga como sustento la remuneración ordinaria o básica del trabajador o la remuneración íntegra constituida además de la remuneración básica por otros beneficios laborales. Puesto que existe discrepancia de posiciones.

La investigación tiene valor para la ciencia del Derecho, pues es la predictibilidad de las decisiones judiciales un principio constitucional trascendente, por lo que identificar la existencia de criterios disímiles que vulneran dicho principio, identificando dichos criterios nos permitirá plantear sugerencias al respecto.

La pregunta que el presente trabajo de investigación se planteó es ¿Existen criterios disímiles para la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante en sentencias de procesos de despido arbitrario que afectan el principio de predictibilidad, emitidas en la Sala Mixta - Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018?, teniendo como objetivo determinar que existen criterios disímiles para la determinación del quantum de la indemnización por lucro cesante en procesos de despidos arbitrarios tramitados en la referida Sala superior que afectan el principio de predictibilidad, así como identificar cuáles son los criterios que se utilizan en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el periodo 2016 al 2018 para la determinación del quantum de la indemnización por lucro cesante en procesos de despidos arbitrarios y con ello demostrar que el principio de predictibilidad se viene vulnerando en alto grado.

Entonces se comenzará estudiando en un primer capítulo el problema de investigación y sus implicancias legales. Seguidamente se tratará en un segundo capítulo el marco teórico respecto a la realidad y problemática jurídica del tema materia de investigación desde la perspectiva de la doctrina propiamente dicha, así como de la jurisprudencia pertinente al tema de investigación. Asimismo, en un tercer capítulo se analizará los aspectos metodológicos que se han empleado en la presente investigación. En un cuarto capítulo se analizará los resultados que se han obtenido del análisis del tratamiento legal que se le da a la indemnización por despido arbitrario, es decir un repaso a la normatividad vigente, en el derecho internacional y el derecho nacional, tratándose aspectos relacionados a dicha problemática.

# **CAPÍTULO I**

## **EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1. Descripción realidad problemática**

Se considera que la predictibilidad de las decisiones de los Jueces, permite que el litigante tenga al iniciar un proceso una alta aproximación a un eventual resultado de su proceso, al conocer previamente el sentido de las resoluciones que los jueces han expedido en análogos procesos, de tal forma que los pronunciamientos previos, con carácter uniforme y reiterados de los juzgados en determinado sentido permite prever el sentido resolutorio de los futuros casos, ello en tanto la línea jurisprudencial previamente establecida no sea modificada. Ello evita que se presenten actuaciones contradictorias dentro del sistema de justicia y sus consecuencias. Sin embargo, en la práctica jurídica no es extraño encontrar que los Jueces examinan cuestiones jurídicas prácticamente iguales, pero sin embargo se adopten criterios o posturas jurídicas que discrepan entre sí, lo que genera una incertidumbre en toda la comunidad jurídica, entendiéndose por la misma a los jueces ordinarios (jueces de primera instancia), órganos colegiados de segunda instancia (salas superiores), abogados, juristas y usuarios de la administración de justicia, lo que causa perjuicio en mayor medida a los justiciables conjuntamente con los

abogados patrocinadores, pues ello conlleva a una incertidumbre en la solución de sus casos.

Se ha logrado identificar la concurrencia de criterios discordantes entre los magistrados que conforman la Sala Mixta de la Provincia Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, respecto del cálculo del lucro cesante como indemnización ante un despido arbitrario, lo que forma parte de la adecuada protección constitucional que merecen todos los trabajadores, toda vez que, dependiendo de la conformación de la sala y el Juez ponente que deba emitir el voto, el litigante cuyo despido arbitrario ha sido reconocido y le corresponde indemnización por lucro cesante obtendrá un quantum calculado en base a la última remuneración ordinaria percibida previo al despido o la totalidad de remuneraciones dejadas de percibir más los beneficios sociales según sea el caso (*restitutio integrum*) o incluso en base a la remuneración mínima vital, lo que vulneraría los principios de predictibilidad, seguridad jurídica e igualdad.

Tal situación descrita por ejemplo se percibe de la sentencia de vista (Resolución N° emitida en el Expediente 728-2014-0-2801-JM-LA-02 de fecha 02 de Junio del 2016 sobre proceso de indemnización por daños y perjuicios por despido arbitrario seguido por Luis Armando Chávez Chocano en contra del Proyecto Especial Pasto Grande por el periodo del 16 de marzo de 2009 al 10 de setiembre del 2012 por concepto de lucro cesante, de la fundamentación de la sentencia de vista se tiene que citar la Casación Laboral N° 5468-2014 AREQUIPA que precisa que es posible tener como referencia al lucro cesante compuesto por las remuneraciones además de los beneficios sociales dejados de percibir durante el tiempo que duró el despido hasta la fecha de la reposición”, así la sentencia de vista argumenta en su ítem 5.13 “*se estima que el cálculo del quantum de la*

*misma se haga atendiendo al principio de la restitutio in integrum, conocido también como la restitución total o integral a la situación anterior a la producción del hecho que dio lugar al daño, máxime si el daño producido fue por la vulneración a un derecho fundamental – constitucional del demandante, específicamente del derecho al trabajo (...)*”, por lo que los Jueces de la Sala Mixta de Mariscal Nieto para calcular la indemnización por lucro cesante consideraron la remuneración del demandante más todos los beneficios que le hubieran correspondido si no hubiese sido objeto de despido arbitrario, resolviendo confirmar la sentencia de primer grado, reformándola sólo respecto del monto, pues la primera sentencia había calculado el monto indemnizatorio en base sólo a la última remuneración ordinaria del demandante antes del despido, cabe precisar que esta sentencia ameritó un voto en discordia por parte de un Magistrado quien sustentó que asumir un criterio como el del voto en mayoría considerando todos los beneficios sociales, convertía al proceso en uno de pago de remuneraciones y beneficios sociales devengados cuando objetivamente no se prestó servicios y constituiría un enriquecimiento sin causa. Ahora bien, en el mismo mes, esto es Junio del 2016, mediante Sentencia de segunda instancia emitida en el Expediente N° 593-2014-0-2801-JM-LA-02 emitida seis días después de la sentencia referida anteriormente, en el proceso de indemnización por lucro cesante seguido por Dilcia Marlene Aroapaza Mamani en contra de la Municipalidad Distrital de Torata, la Sala Mixta en voto en mayoría cita la Casación N° 2677-2012 – Lima, en la cual la Corte Suprema establece que no puede asimilarse el lucro cesante a las remuneraciones no pagadas, pues ello podría configurar un enriquecimiento indebido, por lo que la Sala Mixta denegó la petición de la demandante de que para el cálculo del lucro cesante se considere además de la remuneración ordinaria otros beneficios colaterales como gratificaciones, bonificación

extraordinaria y CTS, pues la remuneración es para el colegiado sólo una referencia para calcular el daño por ganancia frustrada y no un dato vinculante, además que la demandante no demanda pago de beneficios sociales ni remuneraciones como si efectivamente se hubiera prestado el servicio, por lo que concluyeron confirmando la sentencia de primera instancia cuyo cálculo indemnizatorio se efectuó en base a la sólo a la última remuneración ordinaria de la demandante previo al despido, cabe precisar que esta sentencia tuvo voto en discordia de dos Magistrados quienes votaban por reformar la sentencia respecto del monto indemnizatorio considerando las remuneraciones, gratificaciones, bonificación extraordinaria y CTS (criterio restitutio in integrum).

Otro de los no pocos casos se ve reflejado en la decisión de segunda instancia expedida en la causa N° 00648-2015-0-2801-JR-LA-01 sobre indemnización por lucro cesante seguido por Felipe Flores López en contra del Gobierno Regional de Moquegua, en la que la Sala Mixta de Mariscal Nieto en voto en mayoría consideró que usar la remuneración y beneficios vigentes a la fecha del despido como parámetro para fijar el monto del lucro cesante previsto en el artículo 1321 del Código Civil del trabajador despedido y posteriormente repuesto es conforme a la Convención Americana de DDHH que recoge el principio de plena restitución en casos de violación de DDHH, así como con el derecho al trabajo y el deber del Estado de brindar oportunidades de progreso a los sectores que sufren cualquier desigualdad, por lo que resolvieron revocar la sentencia de primera instancia que fijó el lucro cesante en base a la Remuneración mínima vital y reformándola determinaron el lucro cesante en la suma de S/. 40, 566.67 soles. Sin embargo, en el mismo mes, esto es el 27 de junio del 2017, la Sala Mixta de Mariscal Nieto emite la sentencia de segundo grado en el Expediente N° 392-2016-0-2801-JR-

LA-01, mediante la cual cita la Casación N° 4977-2015 CALLAO que establece que no puede asimilarse el pago de lucro cesante a las remuneraciones no canceladas, por lo que es posible que el Juez lo fije con valoración equitativa, así mismo, cita la Casación N° 847-2010 LIMA que estableció que respecto al lucro cesante debe tenerse en cuenta como base la remuneración percibida por el actor al mes de junio de dos mil dos, ello considerando que es la última percibida al momento del despido, así la Sala Mixta confirmó la sentencia de primer grado en el extremo del quantum indemnizatorio por lucro cesante calculado en base a la última remuneración ordinaria, añadiendo que no se estaba disponiendo el pago de remuneraciones caídas, sino que en base a una valoración equilibrada se tomó como base la remuneración ordinaria. Cabe precisar que esta sentencia tuvo un voto singular de un Magistrado que refirió que su criterio era el de calcular la indemnización por lucro cesante en base al principio restitutio in integrum (considerando la remuneración ordinaria y demás beneficios sociales que podían corresponderle al demandante).

En fecha más reciente, esto es el 31 de mayo del 2018, la Sala Mixta de Mariscal Nieto emite sentencia de segundo grado en el Expediente N° 878-2017-0-2801-JR-LA-01 seguido por Luis Alberto Olivera Flores en contra de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, mediante la cual confirma la sentencia de primera instancia que fijó un quantum indemnizatorio por lucro cesante basado en la última remuneración ordinaria del demandante, al considerar que dicha remuneración resulta ser un parámetro equitativo en mérito al criterio de la valorización del resarcimiento establecido en el código civil, desestimando el pedido de la Municipalidad apelante de que la misma sea fijada en base a la remuneración mínima vital. Sin embargo, un mes después, esto es el 14 de junio del 2018 la Sala Mixta emite sentencia de vista en el Expediente N° 00331-



2015-0-2801-JR-LA-01, proceso en el que se solicitó indemnización por lucro cesante y otros, decidiendo la Sala Mixta que para efectos de determinar el monto a indemnizar correspondía tomar en cuenta la remuneración y beneficios sociales (gratificaciones, bonificación extraordinaria y CTS) dejados de percibir y para cuyo efecto debían tenerse en cuenta las resoluciones administrativas sobre incremento de remuneraciones expedidas por la entidad, reformando la sentencia emitida por el Juez de primer grado respecto del monto.

Ante dicha situación este trabajo de investigación tiene como objeto identificar si estos criterios disímiles para determinar el monto indemnizatorio por lucro cesante en efecto vulnera el principio de predictibilidad, para posteriormente contribuir al Derecho Constitucional estableciendo cual sería el criterio acorde a la protección constitucional establecida por la constitución contra el despido arbitrario, a efectos de desvanecer la inseguridad jurídica que generan posiciones disímiles y contradictorias.

## **1.2. Definición del problema**

La investigación se sustentó en la siguiente pregunta:

**¿En qué nivel existen criterios disímiles para la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante en procesos de despido arbitrario que afectan el principio de predictibilidad, en sentencias emitidas por la Sala Mixta - Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018?, así como específicamente se planteó dos preguntas como son:**

**PE1:** ¿De qué forma son utilizados los criterios disímiles para la determinación del quantum de la indemnización por lucro cesante en procesos de despidos arbitrarios en las sentencias de la Sala Mixta – Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua

en el periodo 2016 al 2018? y

**PE2:** ¿En qué grado se viene vulnerando el principio de predictibilidad en las sentencias de indemnización por lucro cesante derivados de procesos por despido arbitrario emitidas por la Sala Mixta Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018?

### **1.3. Objetivo – Investigación**

#### **1.3.1. Objetivo - General:**

Establecer que en un nivel alto, existen criterios disímiles para la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante por procesos de despidos arbitrarios que afectan el principio de predictibilidad, en sentencias emitidas por la Sala Mixta Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos:**

- **OE1:** Demostrar que los criterios disímiles son utilizados de forma directa para la determinación del quantum de la indemnización por lucro cesante en procesos de despidos arbitrarios en las sentencias de la Sala Mixta – Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018.
- **OE2:** Demostrar que el principio de predictibilidad se viene vulnerando en alto grado en las sentencias de indemnización por lucro cesante derivados de procesos por despido arbitrario emitidas por la Sala Mixta Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018.

### **1.4. Importancia y justificación de la investigación**

**Es importante la investigación:**

Porque se hace necesario la emisión de un Pleno Casatorio Laboral de los Magistrados de las salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema para dar uniformidad a la jurisprudencia laboral en los Órganos Jurisdiccionales como la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua; y así procurar la predictibilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales, lo cual guarda relación con el principio de igualdad ante las leyes y la seguridad jurídica, tanto más en materia de justicia laboral que decide sobre aspectos económicos. Se debe determinar si los trabajadores objeto de un despido catalogado como arbitrario tienen derecho al pago de una indemnización que tenga como sustento la remuneración ordinaria o básica del trabajador o la remuneración íntegra constituida además de la remuneración básica por otros beneficios laborales. Puesto que existe discrepancia de posiciones, sin embargo, en un acuerdo mayoritario debería establecerse dicho pago respecto a la última remuneración del trabajador, ello en un pleno casatorio laboral con el carácter de vinculante.

### **Justificación de la investigación:**

Porque investigar los criterios de los Jueces permite establecer si los mismos se encuentran dentro del marco constitucional como es el principio de seguridad jurídica y predictibilidad o si resulta disímiles, para así medir el grado de afectación de dichos valores constitucionales y plantear alternativas para evitar arbitrariedades en la práctica judicial, alternativas como la toma de acuerdos en un Pleno Casatorio laboral que a diferencia de los acuerdos de un Pleno Jurisdiccional, resultan vinculantes en forma horizontal para la Corte Suprema, toda vez que no pueden ser variados hasta que se produzca un nuevo pleno; y para todos los Órganos Jurisdiccionales en forma vertical.

Incluso tienen mayor fuerza que las conclusiones de un pleno casatorio civil. Esto porque según lo establecido para la adopción de un precedente judicial, las causales para que sea procedente la casación civil son el apartamiento inmotivado del precedente judicial y la infracción normativa, por lo que la motivación podría permitir que un juez se aparte de un acuerdo adoptado bajo la figura del precedente judicial; lo que no sucede en lo laboral.

### **La investigación posee relevancia jurídica:**

Porque los acuerdos adoptados en plenos casatorios permitirían brindar mayor predictibilidad a las decisiones jurisdiccionales que las conclusiones de los plenos supremos jurisdiccionales, toda vez que los conflictos legales en materia laboral están relacionados a la realidad económica del país; es decir, que los inversionistas y empleadores están siempre a la expectativa de lo que sucede en el ámbito de materia laboral y en la justicia laboral, y de eso, mucho depende la posibilidad de lograr inversiones o de tener determinado desempeño en la actividad económica. Precisamente, obtener conclusiones de un precedente judicial que surja de un pleno casatorio tiene esa virtud, estableciendo un acuerdo horizontal y verticalmente vinculante. En definitiva, debe llevarse a cabo un pleno con dichas características.

### **1.5. Variables.**

#### **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

El quantum indemnizatorio por lucro cesante en los procesos de despidos arbitrarios.

**VARIABLE DEPENDIENTE:**

Vulneración del principio de predictibilidad en los procesos de indemnización por lucro cesante en despidos arbitrarios.

Tabla 1

Cuadro de operacionalización de variables

VARIABLES	DIMENSIÓN	INDICADORES	ESCALA
El quantum indemnizatorio por lucro cesante en los procesos de despidos arbitrarios (variable independiente x)	<ul style="list-style-type: none"> <li>Remuneración Mínima Vital.</li> <li>Restitución Integral.</li> <li>Última Remuneración Ordinaria.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>X1. Cálculo efectuado en base a la Remuneración Mínima Vital vigente durante el despido.</li> <li>X2. Cálculo efectuado considerando remuneraciones ordinarias y beneficios sociales.</li> <li>X3. Cálculo efectuado considerando la última remuneración ordinaria al momento del despido..</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>De razón</li> </ul>
Vulneración al principio de predictibilidad en los procesos de despidos arbitrarios (variable dependiente y)	<ul style="list-style-type: none"> <li>Alto grado vulneración.</li> <li>Vulneración grado medio..</li> <li>Bajo grado vulneración.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Y1. Sentencias de primera instancia confirmadas.</li> <li>Y2. Sentencias de segunda instancia revocadas.</li> <li>Y3. Sentencias de segunda instancia con votos en discordia en la determinación del lucro cesante en los despidos arbitrarios.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>De razón</li> </ul>

## **1.6. Hipótesis de la investigación**

### **1.6.1. Hipótesis - General:**

En un nivel alto existen criterios disímiles para determinar el quantum indemnizatorio por lucro cesante en procesos por despido arbitrario que afectan el principio de predictibilidad, ello en las sentencias emitidas por la Sala Mixta -Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018.

### **1.6.2. Hipótesis Específicas:**

- **HE1:** De forma directa se utilizan los criterios disímiles para la determinación del quantum de la indemnización por lucro cesante en procesos de despidos arbitrarios en las sentencias de la Sala Mixta – Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018.
- **HE2:** El principio de predictibilidad se viene vulnerando en alto grado en las sentencias de indemnización por lucro cesante derivados de procesos por despido arbitrario emitidas por la Sala Mixta Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018, debido a que las sentencias expresan criterios diferentes para determinar el quantum del lucro cesante.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de la investigación**

He realizado la búsqueda de trabajos de investigación respecto al tema materia de esta tesis, encontrando algunas como:

- A. **Tesis de grado de Enrique Salazar Concepción.** (Salazar Concepción 2019).  
Publicada el presente año 2019, en el que analiza los Expedientes N° 2748- 2010-PHC/TC, N° 2663-2009-PHC/TC (hábeas corpus por delito TID), N° 1711- 2014-PHC/TC (Terrorismo) y N° 05811-2015-PHC/TC (Habeas Corpus interpuesto por Nadine Heredia) advirtió que el Tribunal Constitucional concluye que su rol no sólo está referido a la protección de derechos fundamentales, sino que además vigila que los órganos del Estado funcionen correctamente a fin de preservar las competencias establecidas por la Carta Magna y hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional, por lo que considerando su condición de órgano de control de la constitución , más allá de las atribuciones reconocidas en el mismo cuerpo normativo se declara competente para revisar, vía recurso de agravio



constitucional, las sentencias que siendo estimatorias bajo el pretexto de proteger derechos de contenido fundamental, ratifiquen la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que ha tenido lugar una aplicación abusiva o fraudulenta de la constitución, precisando además que según el artículo 8 de la misma Constitución el Estado se obliga a combatir y castigar el tráfico ilícito de drogas, así como la importancia del mantenimiento del orden constitucional y democrático que implica luchar contra el terrorismo legitimándose para conocer procesos en agravio constitucional cuando se trate de materias que tengan que ver con el lavado de activos, terrorismo y tráfico ilícito de drogas, ante lo cual se preguntó si ese proceder del Tribunal Constitucional afecta o no la predictibilidad procesal y los demás derechos procesales de las partes, así es que utilizando método analítico – sintético y técnicas de acopio documental, fichaje y de interpretación normativa analiza las 04 sentencias anteriormente referidas, las que utiliza como la muestra estratificada extraída para su investigación, ello de 23 sentencias del Tribunal Constitucional que el tesista identificó. Concluyó como resultado de su investigación que los procesos constitucionales por su naturaleza subjetiva – objetiva no solo protegen los derechos de contenido fundamental entendidos como atributos propios y a favor de los individuos, sino también están dirigidos a lograr el respeto del ordenamiento jurídico en la perspectiva de sus valores materiales, por lo que constató que el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha identificado nuevos supuestos para declarar procedente el recurso de agravio constitucional , procedencia de carácter extraordinario que está determinado por supuestos que permiten el fortalecimiento del orden constitucional, la efectivización de los derechos fundamentales y la lucha

anticorrupción, como son los supuestos de terrorismo, lavado de activos y tráfico de drogas ilícito, supuestos extraordinarios que romperían el paradigma de la predictibilidad, pues el desarrollo del principio de predictibilidad forma parte no sólo de la seguridad jurídica sino de la consolidación del sistema democrático sustentado en un orden constitucional que garantice los principios directrices del Estado Peruano, así pues, concluye el autor que no existe afectación al principio de predictibilidad en la medida que las excepciones de procedencia establecidas por el Tribunal forman parte de la agenda nacional. Tesis que resulta antecedente de la investigación que desarrollo, pues analiza la variación de criterios del máximo Tribunal de nuestro país y su influencia en el principio constitucional de predictibilidad, con la diferencia que el tesista analizó sentencias provenientes de procesos constitucionales y mi investigación está dirigida a analizar sentencias de procesos ordinarios laborales.

**B. Tesis de grado de Oscar Fernando Mamani Aycachi.** (Mamani Aycachi 2017). Publicada en el año 2017, quien aplicando una investigación cuantitativa – diseño no experiment (Br. Salazar Concepción 2019) al analizó la influencia existente entre la pluralidad de criterios que tienen los Jueces de Huánuco sobre el grado de consumación del delito de estafa en el Principio de Seguridad Jurídica, la muestra estuvo conformada por 47 magistrados, entre Jueces y Fiscales especializados en lo penal, a quienes les aplicó una encuesta, además utilizó una muestra de 78 casos judiciales y fiscales, sobre el delito de estafa tramitados en el 2015, el tesista comprobó su hipótesis general, pues demostró que los Magistrados carecen de un criterio común sobre el grado de consumación

del delito de estafa, su investigación arrojó que el 42.6% lo considera un delito de mera actividad y el 51.1% un delito de resultado, lo que conlleva a que tanto las imputaciones y los fallos, sean disímiles; situación que afecta la Seguridad Jurídica como principio, pues de acuerdo a los resultados de las encuestas que aplicó, para el 70.2% la falta de uniformidad de criterio, sobre la tentativa y consumación del delito de estafa afecta el derecho a la imputación necesaria, para el 76.6% lesiona el derecho a la defensa, esto es que, explicó el tesista, cada magistrado, según su criterio, optará por calificar como estafa en grado de tentativa o estafa consumada, de acuerdo a su criterio sin necesidad que exista un parámetro rigurosamente establecido; para 74.5% esta situación lesiona la garantía de igualdad ante la ley, toda vez que frente a casos similares, los magistrados realizan imputaciones diferentes y por ende, aplican en algunos casos la atenuante privilegiada por la tentativa y en otros se tiene por estafa consumada; lo que afecta el principio de predictibilidad, esto último conforme consideró el 76.6% de los encuestados. Cabe precisar que esta tesis guarda relación con la presente investigación, pues se trata precisamente de determinar el nivel de vulneración del principio de seguridad jurídica ante la presencia de criterios disímiles entre los Magistrados en determinada rama del ámbito jurídico, en el caso de la tesis citada en el ámbito penal, en nuestro caso es en el ámbito de indemnizaciones por lucro cesante por despidos arbitrarios.

C. **La Tesis de grado presentada por Adita Lacía Arévalo Flores.** (Arévalo Flores 2017). Publicada en el año 2017 que trata sobre la procedencia de indemnización de trabajadores que se hallan dentro del periodo de prueba, el cual es entendido

como el lapso temporal mediante el cual el empleador puede dar fin a la relación laboral sin tener que demostrar una justificación suficiente (razonable) sobre las capacidades del trabajador que no le causen convicción, frente a ello la autora empleó una ficha de análisis de documentos para analizar el expediente judicial Nro. 7095-2014- LIMA – Casación Laboral de la Corte Suprema, habiendo tenido como resultados que si es válido que el juez pueda indemnizar (responsabilidad contractual) a un empleado por daños y perjuicios dentro del periodo de prueba, siempre y cuando se acredite que el demandado, truncó y frustró las expectativas laborales del trabajador, esto es cuando no se respeta las normas comunes de la buena fe, quedando sujeto a la indemnización quien no cumple sus obligaciones por dolo o culpa inexcusable. Cabe precisar que dicha tesis analiza un criterio procedente para indemnizar trabajadores dentro del periodo de prueba, no discute sobre los criterios de cálculo como es el objeto de este trabajo de investigación pero analiza válidamente los aspectos que orientan la determinación de una indemnización a favor del trabajador, incluso uno en periodo de prueba.

**D. La Tesis de grado presentada por Rodrigo Sánchez Paredes y Tomas Hugo Apaza Cari.** (Sánchez Paredes y Apaza Cari 2018). Publicada en el año 2018 mediante el cual analiza el acuerdo resuelto por los Jueces Supremos integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional – LIMA), concluyendo que la indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas, que el juez

deberá valorar las pruebas para determinar que el daño existe, así como la relación de causalidad respecto del despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo del monto indemnizatorio, según el petitorio y los hechos. En la referida tesis sus autores analizan los criterios a valorar para determinar que el daño existe y advierten que se deja abierto el criterio para el cálculo de la suma indemnizatoria.

**E. Tesis de grado de Welmer Eliazar Zapata Cossio.** (Zapata Cossio 2017).

Publicada en el año 2017, mediante el cual el autor realiza un resumen y el análisis del Expediente N° 363 -2006, materia: Indemnización por despido arbitrario, que trata sobre un proceso ordinario, donde el demandante es el señor Enrique Raúl Rivera Bustamante y el demandado es la SUNARP. La pretensión inicial del demandante es el pago por concepto Indemnización por despido arbitrario por la suma S/ 43 362,098 Soles: luego de realizarse el proceso ordinario laboral y llegar el expediente a diferentes instancias jurisdiccionales, la Corte Suprema de la Republica dispone que se pague S/. 37 181.66 Soles. De la tesis referida se puede extraer los criterios para determinar el quantum indemnizatorio, entre los que se encuentran la remuneración ordinaria y el tiempo dejado de laborar.

**F. Tesis de grado de María Dolores Agudo Valdés.** (AGUDO VALDÉS

2015)Publicada en el año 2015 para optar el grado de Doctor en la Universidad de Murcia. Mediante la cual la autora realiza análisis jurídico de las modalidades de extinción de la relación laboral producto de la crisis económica y financiera, siguiendo un metodología prácticamente teórica mediante la revisión bibliográfica, la autora parte de la problemática que más de 300.00 trabajadores

se han visto afectados por la crisis en el mercado español, siendo predominante los despidos colectivos, así mismo analiza la reforma laboral de la Ley 3/2012, sin limitarse en el análisis del régimen jurídico de las extinciones laborales en el sector privado, sino que analiza los despidos por causas económicas y técnicas en la Administración Pública, así como analiza la respuesta ofrecida por los ante las demandas de los trabajadores afectados, concluyendo que la intención de flexibilizar los despidos impulsada por el legislador ha aumentado la litigiosidad, siendo que el legislador habría pretendido limitar el papel del Juez en el conocimiento de las causas de los despidos, lo que no ha logrado, pues se ha producido un incremento en los procesos de los Juzgados. La tesis referida guarda relación con la tesis que se desarrolla en la medida en que analiza la respuesta de los Jueces frente a situaciones de despidos, si bien no analiza los criterios utilizados, sí analiza la razonabilidad de las decisiones de ellos Jueces y el control que ejercen frente al intento de flexibilización de los despidos por parte del legislador Español.

## **2.2. Bases Teóricas**

Para la presente investigación se consideró las bases de la teoría del Neoconstitucionalismo, llamado también constitucionalismo contemporáneo, en razón de que constituye una teoría consistente en redimensionar la función de la Constitución en un Estado democrático, esto es al ser considerada un texto jurídico en el que se pretende materializar ciertos valores - principios y se caracteriza por una Constitución capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, teoría frente a la cual la seguridad jurídica y el principio de predictibilidad se transfiguran, en razón de que dejan de ser un aspecto consustancial al principio de legalidad que configura el Estado de Derecho y

pasan a ser un aspecto propio de un Estado Constitucional y una sociedad democrática, transición que se ha catalizado por las figuras de la ponderación y la interpretación, pues en el estado de derecho, la seguridad jurídica y el principio de predictibilidad residían en el hecho de que se interpretaba la constitución, pero el neoconstitucionalismo transmuta la interpretación del derecho positivo hacia la ponderación de valores y principios condensados en el ordenamiento constitucional, pues la seguridad jurídica y el principio de predictibilidad pueden analizarse como valores jurídico - político que va más allá del orden constitucional, específicamente en el neoconstitucionalismo entendido como las nuevas concepciones del estado constitucional.

Y es que la teoría del neoconstitucionalismo deja atrás los códigos y leyes y estructura el derecho en las sentencias que emiten los Órganos Jurisdiccionales, las decisiones no están en el legislador, sino en los jueces, ello como consecuencia de la ponderación judicial, siendo precisamente una de las manifestaciones del neoconstitucionalismo la importancia de los precedentes jurisprudenciales que es adquirida a medida que aumentan los casos sobre un mismo tema a fin de lograr una jurisprudencia consolidada, procurando preservar la seguridad jurídica mediante la observación de los precedentes de los jueces, así pues, conforme a esta teoría, una situación en la que se contradigan abruptamente los pronunciamientos de los jueces de distintas instancias es contrario al Estado Constitucional y peor aún si estas contradicciones se sostienen en una misma instancia superior como es una Sala Superior, ello conlleva a una incertidumbre y confusión entre los Jueces de primera instancia, en otras palabras, una situación en la que cada Juez tenga un individual criterio y que ello se mantenga sin que se procure unificarlo, es contrario a los valores de la Constitución, por lo que en esta línea de la teoría del neoconstitucionalismo sería perfectamente aceptable procurar unificar criterios sobre la

determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante de despidos arbitrarios mediante la emisión de un precedente vinculante al respecto.

## **2.3. Marco Conceptual**

### **2.3.1. Definición de despido**

Se puede definir al despido como un acto del empleador, un acto recepticio y unilateral con voluntad de dar fin o concluir la relación laboral, para la ley de nuestro país es un acto individual extintivo que puede ser puesto en conocimiento por medio escrito. (TOYAMA MIYAGUSUKU 2015)

El despido es un acto que se funda en la voluntad unilateral del empleador, dirigida a la extinción de la relación de trabajo que presenta características como:

- Se trata de un acto del empleador (unilateral), para que se haga efectivo no es necesario que el trabajador exprese estar de acuerdo o no, su voluntad es irrelevante.
- El empresario realiza en forma directa el despido, por lo que se trata de un acto constitutivo.
- Es un acto receptivo, pues de la voluntad extintiva del empleador conocida por el trabajador depende su eficacia, ya que está destinada a este último.
- Los efectos del contrato cesan ad futurum, por lo que es un acto que tiene como fin la extinción contractual. (GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; HUAMÁN ESTRADA, Elmer; EGÚSQUIZA PALACÍN, Beatty; SÁNCHEZ ZAPATA, Ronni; HILARIO MELGAREJO, Ana; ALVA LÓPEZ, Noelia; PAREDES ESPINOZA, Brucy. 2015)

Se puede decir que la extinción del contrato presenta algunas características como son:



- Puede ser un despido directo, ya que el empleador despliega un acto unilateral o puede ser un despido indirecto ya que el trabajador puede unilateralmente extinguir el contrato.
- Es un acto que se convierte en eficaz desde aquel momento en que el destinatario toma conocimiento, por lo que es un acto receptivo.
- Los efectos del contrato cesan para el futuro, sin que las partes tengan opción de invocar posteriores hechos para justificar la medida (desde recibida la notificación), por lo que es un acto extintivo. (ARCE ORTIZ 2008)

Entonces se puede indicar que el despido es aquel acto por el cual un trabajador ya no presta más sus servicios por decisión adoptada por quien fuera su empleador, independientemente de que ésta decisión sea considerada justificada o no. En consecuencia, como advierto, es realmente importante que el empleador despliegue una voluntad unilateral en el despido, ello independientemente a las razones, pues lo importante es que la fuente productora de la extinción de la relación laboral es la voluntad del sujeto empleador.

### **2.3.2. Tipos de despido**

El despido tiene una tipología diversa, y aún más si se considera la legislación comparada. Sin embargo, para efectos de este trabajo me acomodaré a lo desarrollado en el Perú, en el cual existe más de dos clasificaciones en lo que respecta al despido, es por ello que creo que es conveniente separar la clasificación otorgada por nuestro cuerpo legislativo específicamente el Decreto Legislativo N° 728 y la señalada por el Tribunal Constitucional.

#### **a) En la legislación de nuestro Perú:**

- **Despido - Arbitrario:**

Este tipo de despido como su nombre nos hace referencia es un despido puesto únicamente a discreción del empleador que ha de considerarse ilegítimo dentro del ordenamiento, a tal punto que sea meritorio indemnizarlo. (VINATEA RECOBA 1994).

- **Despido - Nulo:**

Respecto de este despido su noción jurídica no es únicamente la decisión extintiva unilateral del empleador sin más, sino que principalmente es el efecto o resultado lesivo que dicha decisión unilateral ocasiona

Las circunstancias por las cuales un despido resulta nulo están determinadas por razones de afiliación o representar a sindicatos, instaurar un proceso contra el empleador, por cualquier tipo de discriminación, por tratarse de mujer gestante, entonces ¿qué es lo que pretende el despido nulo? Precisamente es dejar sin efecto el acto lesivo, convirtiéndose éste en la posible respuesta ante la vulneración de un derecho fundamental.

Las circunstancias que califican como un despido nulo deben ser interpretadas con un enfoque constitucional e, incluso, desde lo estipulado por las normas y jurisprudencia de organismos internacionales, esto procurando la mayor y mejor protección de los derechos fundamentales que son inherentes a toda persona.

En la Ley vigente se encuentran cinco motivaciones que resultan prohibidas para el despido nulo, restringiéndose así los demás supuestos que legítimamente puede

presentarse. Es por esta razón que en la vía constitucional las personas tienen vías idóneas para poder impugnar el despido nulo, pues como he venido refiriendo se vulnera derechos fundamentales, ahora bien, con la implementación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo se ha abierto la posibilidad a los ciudadanos para que se pueda instaurar un proceso sustanciado fuera de la vía constitucional, como el abreviado por ejemplo si se tratara de reposición como pretensión única, que resulta una vía célere y apropiada para que se defiendan nuestros derechos ante despidos motivados por ejemplo en un embarazo, en la opción sexual, en el uso del derecho de sindicalización y otros que lesionen nuestros derechos fundamentales.

- **Despido - Indirecto**

Esto es lo que se conoce como actos de hostilidad, pero ¿Cómo se configura?, pues conforme a la doctrina consultada es cuando el empleador incumple sus obligaciones, así pues, en materia laboral puede el trabajador proceder a extinguir la relación de trabajo, pero imputando al empleador la responsabilidad jurídica por dicha extinción. (TOYAMA MIYAGUSUKU, "La tutela ante un despido arbitrario...¿una acción de amparo?" 1999). Se trata pues de actos que en realidad constituyen omisiones desplegados por el empleador o en todo caso por parte de sus representantes que causan molestia o incomodidad al trabajador, entonces se puede concluir que constituyen faltas del empleador pero que tienen un objetivo que es que el trabajador renuncie, aunque en algunos casos podría tener como finalidad algún favor o ventaja que perjudica al prestador de servicios y atenta contra su moral, dignidad, economía, etc.

- **Despido - justificado**

Este despido se puede definir como el despido permitido por ley, el que es legítimo y puede perfectamente ser utilizado por el empleador, ello cuando se configuren causas justas de despido que puede deberse a dos causales, las que se puede nombrar como La capacidad del trabajador o la conducta del mismo, las mismas que dan mérito a un proceso previo al despido.

#### **b) Según nuestro Tribunal Constitucional**

- **Despido - Fraudulento**

Se indica que este despido se genera cuando media engaño, es decir que el empleador procede de manera contraria a la verdad, contraviniendo la buena fe laboral, para posteriormente materializarse mediante la imputación al trabajador de hechos abiertamente inexistentes, falsos o imaginarios; considero que este tipo de despido se produce pese a que el empleador cumpla con la imputación de una causal y aun cumpliendo los cánones procedimentales.

Sobre cuándo fue atendido por nuestra jurisprudencia constitucional este tipo de despido, se indica que fue objeto de pronunciamiento por primera vez en el fundamento 15 de la STC N.º 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco, en el que resumo que indicó que se produce cuando un trabajador es despedido con una motivación perversa y engañosa, de forma contraria a la verdad y lo que se conoce como rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con señalar una causal y se sigue el procedimiento establecido para el despido, por ejemplo si se atribuye al trabajador hechos que evidentemente sean inexistentes, falsos o imaginarios o, también si el empleador alega una falta que no forme parte del ordenamiento nacional, esto es que no se encuentre

en el texto legal, cuando existe un vicio de voluntad en la extinción de la relación o el ánimo perverso sea tal que fabrique las pruebas.

- **Despido - Incausado:**

Se indica que el despido incausado tiene lugar cuando el despido del trabajador obedece a la voluntad unilateral del empleador, sin que exista razón alguna justificada en la capacidad o conducta del trabajador.

### **2.3.3. El despido y su tratamiento en la jurisprudencia peruana**

Como he venido refiriendo la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, en especial esta último, ha tenido un vasto desarrollo sobre este tema.

Sobre el tratamiento a nivel de jurisprudencia constitucional, se puede referir que el Tribunal Constitucional abordó el despido arbitrario a través del conocido caso del Sindicato de Trabajadores de Telefónica y FRATEL contra Telefónica del Perú SA, que se convirtió en la primera vez que la jurisprudencia constitucional se ocupaba de discutir sobre el despido arbitrario y su interpretación. A manera de recordar se resume que Telefónica del Perú SA (demandada) venía realizando una serie de despidos arbitrarios a sus trabajadores miembros de sindicatos mencionados (demandante) otorgándoles su debida indemnización por despido arbitrario.

¿Pero qué argumentaba la empresa? Se puede resumir su defensa en que la empresa entendía que al otorgar una indemnización por despido arbitrario, el mismo era considerado legal, ello entiendo en mérito al art. 34 de la Ley de Productividad y

Competitividad Laboral, pero para sorpresa de la empresa, en la sentencia que vengo refiriendo el Tribunal determinó la incompatibilidad de dicho artículo en su segundo párrafo con el derecho al trabajo porque vaciaba de contenido este derecho constitucional.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2002).

Incluso resumir que el Tribunal dejó muy en claro que retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad es la forma de protección del derecho del trabajo, esto es que la restitución constituye una consecuencia consustancial a un acto nulo.

Ahora bien, siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal vuelvo a citar el conocido caso Eusebio Llanos Huasco, en él el Tribunal Constitucional estableció entre otras cosas los presupuestos para acceder al amparo laboral y el alcance del derecho constitucional de protección frente al despido arbitrario. (Constitución Política del Estado).

La jurisprudencia en materia laboral planteaba el problema sobre el contenido e interpretación del derecho a la protección contra el despido arbitrario, finalmente, decir que la solución fue encontrada mediante las sentencias anteriormente referida, ello respecto de la conclusión que la adecuada protección contra el despido arbitrario es una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Esto es que el trabajador debía señalar la forma de protección ante un despido arbitrario, sin que pueda pretender la reposición y la indemnización al mismo tiempo, claro está que ello es distinto a la indemnización por lucro cesante que es perfectamente atendible cuando se procura indemnizar el tiempo que el trabajador pasó separado de su centro laboral antes de su efectiva reposición.

Por último, me permito señalar que la adecuada protección contra el despido arbitrario no implica el derecho a una estabilidad absoluta, sino que reconoce el derecho del trabajador a que si es separado de su centro de trabajo ello no constituya un acto arbitrario.

#### **2.3.4. Derecho Internacional y protección contra el despido.**

Se afirma que existen instrumentos internacionales que brindan protección contra el despido, como el Protocolo de San Salvador, en cuyo artículo 7 inciso d establece que si se tratara de una separación de puesto de trabajo injustificada, el trabajador tendrá derecho a la readmisión en el empleo, a una indemnización e incluso establece que tendrá derecho a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional.

La Carta de Naciones Unidas en el artículo 55 inciso a) hace referencia sobre “trabajo permanente para todos” ello como mención expresa para su promoción por parte de la Organización. La Comisión Internacional de Derechos Humanos por su parte hace una interpretación en el sentido de que la protección contra el despido forma parte del contenido del derecho al trabajo, ello en la recomendación de 1963.

Es preciso que anote también que la OIT precisa las causas justificadas de la terminación laboral, ello en el Convenio 158 (de 1982) y su Recomendación 166, refiriéndose a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, excluyendo las situaciones de renuncia del trabajador o el acuerdo entre trabajador y empleador sobre la terminación del contrato laboral, esto es que el convenio y la recomendación está dirigida a la extinción del contrato de trabajo por voluntad empleador. La causa justificada de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador -dentro del respeto a la protección del despido- se materializa conforme esta norma internacional del trabajo con

el requerimiento que el despido deba basarse en la capacidad o conducta del trabajador o en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Así, serían tres las causales que justifican la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador: a) la capacidad del trabajador; b) la conducta del trabajador; y, c) las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

### **2.3.5. El despido y el derecho a la reparación**

Sin duda alguna, una de las figuras centrales del derecho del trabajo y que a lo largo de la historia ha merecido mayor atención por parte de los legisladores y jueces ha sido el despido.

La protección contra el despido no pretende vulnerar la libertad de contratación de los empleadores, sino que se trata de proteger que el despido se realice bajo una causa justificada, es decir, que el empleador argumente razones que acrediten que no es arbitraria la decisión en terminar la relación laboral. La protección en favor del trabajador al momento del despido se justifica en los mismos argumentos del propio derecho al trabajo, solo será válido el despido cuando este se justifique en una causa prevista legalmente, de lo contrario esta extinción carecerá de validez y eficacia. No obstante ello, no basta con que se configure la causal de ley para que proceda el despido; además se exige que esta sea debidamente comprobada<sup>1</sup>.

Dentro de los supuestos que permiten ejecutar un despido justificado es necesario que se invoque una causa justa relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador y para



lo cual nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una serie de reglas de carácter procedimental, entre ellas que se cumpla con los plazos respectivos y conforme a los principios de inmediatez, razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, que se respete el derecho de defensa del trabajador y que el despido esté motivado en una de las causas expresamente señaladas por ley.

Entonces, expuesto lo anterior se procede a preguntar: ¿qué sucede si un despido es calificado como arbitrario o injustificado?, esto es que no se sustente en ninguna de las causales establecidas por ley o que no se pueda demostrar la causal, incluso que la medida de despido resulte desproporcional, definitivamente la reposición es una opción para el trabajador, entendiendo que además un despido calificado como tal vulnera el derecho humano al trabajo, pero ¿qué sucede con el tratamiento sobre la reparación del daño causado?, al respecto se debe indicar, refiriéndome a la regla del Convenio 158 de la OIT, que la misma deja en manos de los Estados miembros ratificantes de la norma internacional del trabajo la modalidad que consideren pertinente en su legislación para la reparación del despido. Con lo que se permite que la indemnización pueda ser un mecanismo de reparación, cabe precisar que el Perú no ha ratificado este convenio, pero por su trascendencia y relación con otros convenios de los que nuestro país sí se ha ratificado, resulta un referente válido en todo lo que corresponda.

### **2.3.6. La tutela contra el despido arbitrario**

El poder de despedir es legítimo únicamente cuando existe una causa justa, lo contrario a ello, vendría a considerarse como despido ilegítimo o arbitrario. Nuestra Constitución, en

su artículo 27°, reconoce a todos los trabajadores el derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario. A partir de este dispositivo de rango constitucional, se remite a la ley a crear mecanismos de protección para el trabajador afectado. Nótese dos características claves de esta norma: Primero, la Constitución proscribiera el despido arbitrario, toda vez que pone fin de forma definitiva a la relación laboral, afectando al trabajador. Segundo, lo imperativo de esta norma recae en que no se debe otorgar cualquier protección, sino una que tenga la cobertura necesaria para velar por los derechos laborales vulnerados del trabajador.

### **2.3.7. Indemnización de daños y perjuicios - reparación resarcitoria**

Cuando me refiero a la indemnización, me refiero a una figura de aplicación amplia y práctica en el mundo del derecho, lo que conlleva a la existencia de una constante referencia a esta institución tanto en el derecho procesal como en el derecho sustantivo, y como se ha visto en la presente investigación, esta figura tiene relevancia también en el derecho laboral. En ese sentido, abordaré este punto a través de sus principales notas características comunes a toda indemnización. Así la figura de la indemnización debe entenderse en relación con el principio de indemnidad de los daños y perjuicios sufridos, partiendo siempre de la prueba de la existencia de tal daño. Lo que se pretende a través de la indemnización de daños y perjuicios es que la reintegración económica que se pretende en el proceso, responda a la finalidad de restablecer la situación existente en el momento del daño, o al menos paliarla en lo posible, actuando como límite de la indemnización que afecta a la extensión de la misma, la prohibición de enriquecimiento injusto para la víctima.

La indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente, considerado como el perjuicio efectivamente causado al perjudicado, así como el lucro cesante, que se entiende como la pérdida valorable económicamente sufrida por el sujeto pasivo del daño y tiene elementos necesarios para su concurrencia, los que sirven para cuantificar el importe de tales daños que deben ser indemnizados, entre los que se encuentran, en primer lugar la necesidad de que el perjudicado pruebe efectivamente la existencia de un daño o perjuicio evaluable económicamente, para lo que deberá acudir a cualquier medio probatorio adecuado para ello (facturas, valoraciones periciales, presupuestos, etc.). Para el caso de un despido, puede entenderse que el daño está probado con el mismo hecho del despido, esto es la materialización del mismo. En segundo lugar está la obligación del perjudicado de probar que la persona contra la que dirige su reclamo es responsable de causar los daños que se reclaman, en el caso de un despido es evidente que basta probar la relación con el empleador que ejecutó el despido.

Si recorro al ámbito internacional se indica que el Convenio N°158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo hace referencia a la posibilidad de que un trabajador víctima de un despido arbitrario pueda tener una pretensión resarcitoria, al respecto el artículo 10 señala que, “(...) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llevan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador; tendrá la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”. Asimismo, el artículo 7° del Protocolo de San Salvador también ha reconocido que “En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una

indemnización o la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional”. Esto es que ambas normas internacionales dejan abierta la posibilidad de que un trabajador pueda solicitar cualquier prestación a fin de reparar el daño causado, posibilidad en la que considero cabe perfectamente la pretensión de indemnización, esto de forma independiente a la reposición a la que podría acceder, pues la finalidad de dicha indemnización no es reponer las cosas al estado anterior, lo que se logra con la reposición, sino que pretende resarcir un daño.

### **2.3.8. Indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios**

Refiriéndonos específicamente a la indemnización por lucro cesante, como he venido indicando en los subtítulos anteriores, el Convenio N° 158 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), pese a ser un documento no ratificado por el Perú es un importante referente por tratarse de un documento que constituye acuerdo entre los distintos agentes que participan en la relaciones laborales y económicas de los Estados, convenio que establece que si en la vía judicial la terminación de la relación de trabajo es arbitraria y la reposición del trabajador no es posible, queda abierta la posibilidad de disponer el pago de una indemnización que debe resultar adecuada o de lo contrario optar por otra reparación que cumpla fines análogos.

Es importante resaltar que este Convenio de la OIT deja abierta la posibilidad de que sea cada Estado a través de su legislación la que establezca la mejor forma de reparar el despido injustificado, la que en primer orden es la readmisión o reposición y como alternativa segunda la indemnización o reparación; pero cabe indicar que si bien la reposición resulta una forma de protección adecuada, es innegable que desde el despido

hasta la reposición transcurrió tiempo que no puede dejarse fuera de una indemnización satisfactoria.

Sobre lo expuesto, si recurro a distintos documentos internacionales sobre derechos humanos, se puede concluir que el derecho al trabajo es un derecho inherente al ser humano en su condición de tal, el que incluye la oportunidad de desempeñar una actividad que sea acorde a ley o permitida por la misma elegida de forma libre que permita al trabajador obtener los medios necesarios para llevar una vida digna, lo que incluye también a su familia, ello a fin de lograr su realización en la sociedad, formando parte de ella .

La regulación internacional en materia derechos humanos vincula a los Estados a implementar medidas acorde a la protección de los mismos, así pues por ejemplo los países, en materia de derecho al trabajo deben incluir en sus legislaciones medidas que garanticen estabilidad de los trabajadores conforme a la demanda de la industria y sus profesiones estableciendo causas de separación razonables y justas, así pues, para los distintos cuerpos legislativos internacionales el despido arbitrario o injustificado como se refiere en materia internacional abre la posibilidad para que los trabajadores demandan una indemnización de ser el caso que así lo decida el trabajador o la reposición en el centro de trabajo, lo que no deja fuera la posibilidad de cuando elige la reposición solicitar luego una indemnización por el tiempo que permaneció separado de su puesto de trabajo, pues forma parte también de la legislación nacional la reparación de los daños que pudiera causarse a la persona . Conforme vengo refiriendo, la estabilidad de las personas en sus empleos como el derecho al trabajo constituyen conceptos que se complementan, pues es la estabilidad una de las manifestaciones del Derecho al Trabajo (ERMIDIA URIARTE

1983), sin embargo, entiendo que ello no descarta completamente la posibilidad de un despido no define prima facie un despido como contrario al derecho al trabajo, pues en la medida que este se sustente en causas establecidas por la ley de un país y que sean razonables así como justas ,pueden catalogarse como causales válidas de despido, claro está que luego de un debido procedimiento que también corresponde regular a la ley de cada país..

Como dato curioso que extraigo de la legislación internacional es que la misma hace referencia al despido injustificado para referirse al despido arbitrario, así pues, si bien podría parecer que no hace ninguna referencia a lo que se denomina despidos arbitrarios, lo cierto es que lo ha entendido como un despido sin causa, ahora bien, algunos documentos internacionales como el Protocolo de San Salvador hace referencia a que la primera opción para solucionar los casos de estos despidos sería la indemnización, en segundo lugar la readmisión en el trabajo y por último cualquier otra prestación prevista por el ordenamiento internacional, no descarta ninguna de esas formas de solución ni tampoco descarta que el trabajador pese a optar por la reposición pueda exigir la indemnización del daño causado por el despido que se prolongó durante el tiempo que permaneció separado de su puesto de trabajo perjudicando sus ingresos y los de su familia.

En nuestro país el constituyente ha encargado a la ley que determine cuál resulta ser la adecuada protección contra el despido arbitrario, el que es entendido, como he referido líneas arriba por la legislación internacional como despido injustificado, este encargo es lo que podría llamarlo un encargo constitucional, pues la constitución solo establece que

debe darse una adecuada protección y deja en manos de la ley la determinación de la misma.

Considero que el ente promulgador de las leyes en nuestro país ha considerado la legislación internacional y la vinculación entre el derecho al trabajo y el mantenimiento en el puesto de trabajo adquirido ha regulado la reparación a la violación al derecho al trabajo considerando para ello la reposición, lo cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia, así como ha desarrollado también la indemnización para el tiempo en que el trabajador permaneció sin trabajo.

Ahora bien, preciso que la ley y la jurisprudencia ha establecido que frente al despido nulo en el que se viola derechos fundamentales (sindicalización, no discriminación), la reparación es la reposición, ello con derecho a todos los conceptos remunerativos y otros que correspondan a la relación laboral que hubiere dejado de percibir, lo que conozco también como salarios caídos, salvo que se opte por la reposición, lo que no deja de lado la indemnización como si se tratara de un despido arbitrario. Ahora bien, respecto del despido arbitrario, si de ser el caso el trabajador eligiera el reingreso en el puesto de trabajo y este así procediera, es innegable que hubo un tiempo en el que el trabajador estuvo separado de su puesto de trabajo sin percibir remuneraciones, al respecto la jurisprudencia ha coincidido que no es posible atribuirle los mismo efectos que un despido nulo, pues simplemente no lo es, sino que le corresponde una indemnización por lucro cesante, cuya forma de cálculo ha causado discrepancia entre los operadores de justicia.

De la normatividad interna del Perú se puede extraer que como regla general el despido del trabajador fundado en razones relacionadas debidamente probadas con su conducta en el centro de trabajo o su desempeño, no da lugar a la indemnización, esto son causas fundadas o justas para el cese, sin embargo, si el despido es arbitrario porque no se ha cumplido con expresar la causa justa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización o podría optar por la reposición, en cuyo caso ello no descarta la posibilidad de pedir una indemnización respecto del lucro cesante.

Lo anteriormente expuesto está referido a que el despido de un trabajador que no se funde en una causa relacionada con la conducta desplegada en el trabajo o su desempeño y si en todo caso pese a que le sea atribuida una de estas causas no es posible demostrarla, entonces tal despido constituirá un despido arbitrario, o en términos de los instrumentos internacionales se tratará de un despido injustificado violatorio del derecho al trabajo frente al cual se hace necesario resarcir al trabajador perjudicado en la forma establecida por la ley, en lo que se puede considerar también la necesidad de existencia de causa justa para cesar un trabajador que haya superado el periodo de prueba.

Considero importante precisar que los derechos enunciados en tratados internacionales vinculantes para el Perú son perfectamente susceptibles de mayores niveles de protección, los mismos establecen que su aplicación no puede significar restricción o menoscabo de mejores derechos que pudieran ser reconocidos en la legislación de los países, así pues, para el caso del Perú a nivel de la Constitución no especifica el tipo de reparación contra el despido arbitrario, sino que delega ello en la Ley, en la que se puede encontrar la indemnización y la reposición, sin prohibir que en caso de procederse con la reposición



sea también posible indemnizar al trabajador por concepto de lucro cesante, ello por el daño de lo dejado de percibir durante la duración del despido catalogado como arbitrario.

Se concluye que nuestra constitución al delegar la facultad de otorgar adecuada protección contra el despido arbitrario al legislador, lo que hizo fue pedirle que legisle conforme a las opciones previstas no sólo en la doctrina nacional sino, en los tratados internacionales de los que el Perú es partícipe e incluso de los que sin ser partícipe pueden ser considerados por su importancia en el plano internacional, así pues, el legislador ha previsto una situación mixta, esto es la reposición y la indemnización, lo que podría considerarse excluyente, esto es que dependiendo del trabajador puede proceder la indemnización sin necesidad de la reposición o puede optar por su reingreso al trabajo, sin que ello enerve la posibilidad de que solicite el pago de indemnización por concepto de lucro cesante hasta antes de la efectiva reposición, lo que se encuentra conforme a los lineamientos de la legislación internacional y protección de los derechos humanos.

Sobre lo que vengo refiriendo se debe agregar que nuestra constitución en realidad si contiene una prohibición del despido arbitrario y encarga a la ley la determinación de un tipo de reparación que considere más acorde a la naturaleza del despido arbitrario, lo que en definitiva significa que en nuestro país no está permitido un despido sólo basado en la voluntad caprichosa del empleador y que la estabilidad laboral si bien es una característica de la protección al derecho al trabajo no es absoluta, sino que tiene causales establecidas por ley para interrumpirla. Así mismo, nuestro ordenamiento tiene una preferencia por la contratación a plazo indeterminado sobre la contratación a plazo determinado, ya que la primera es presumible si se cumple con los elementos del contrato de trabajo y si se

acredita la prestación personal de labores, siendo que la contratación modal a plazo determinado debe especificar las razones de la misma y ello debe acreditarlo el empleador (NEVES MUJICA 1995).

### **2.3.9. Respecto al quantum indemnizatorio por lucro cesante**

Se define el lucro cesante como aquello que una persona deja de ganar a causa de un acto calificado como dañino, es decir aquello que una persona hubiera podido ganar pero no lo hizo por razón de que se le causó algún daño, para el caso de indemnización por lucro cesante en despidos arbitrarios esto está constituido por aquello dejado de ganar durante el periodo del despido al que fue sometida una persona, para lo cual necesariamente debo referirme a los elementos de la responsabilidad civil como son:

- ✓ **La imputabilidad**, la que entiendo como la capacidad de una persona para ser civilmente responsable por los daños que ocasiona, en el caso de un despido arbitrario es posible entender que tratándose de una persona jurídica, el despido se ha materializado por actuación o disposición de los servidores de la misma, por lo que en su calidad de empleadora del referido servidor le corresponde asumir la responsabilidad civil.
- ✓ **La ilicitud o antijuricidad**, esto es que el daño que se ha causado no es permitido por ningún dispositivo legal, en el caso de despidos arbitrarios, es usual que previamente al reclamo indemnizatorio judicialmente se haya declarado nulo algún acto administrativo que disponía el despido o se comprobó una situación de desnaturalización de la relación laboral que la empleadora dio fin sin que medie

el procedimiento correspondiente o que no se haya justificado válidamente el despido, disponiendo judicialmente la reposición del trabajador, en cuyo caso de cumplir la empleadora con la reposición, queda abierta la posibilidad del demandante de solicitar la indemnización por los ingresos dejados de percibir durante el periodo que estuvo separado de su puesto de trabajo.

- ✓ **Factor de atribución**, este es el supuesto que justifica que se atribuya responsabilidad a una persona, en el caso de indemnización por despidos arbitrarios la justificación radica en que la empleadora es quien a través del proceder del personal autorizado no ha permitido que un trabajador siga laborando, pues precisamente en ello consiste el despido que dispuso, el que al ser una decisión unilateral del empleador constituye una negligencia que desconoce un derecho constitucional como es el derecho al trabajo.
- ✓ **El nexo causal**, esto es la forma cómo se vincula el daño ocasionado y el evento lesivo. Para el caso de indemnizaciones por despidos arbitrarios, considero que no existe duda respecto a que el hecho generador del daño es el despido, pues es precisamente a consecuencia de este que una persona ha dejado de percibir mensualmente sus ingresos en calidad de trabajador, lo que configura una relación causal entre el cese en las labores y lo dejado de percibir, relación de causa a efecto.
- ✓ **El daño**, se entiende como aquellas consecuencias que provienen de la lesión de algún bien jurídico. Para el caso de la indemnización por despidos arbitrarios el daño es evidente al privársele a una persona de los ingresos con los que mensualmente asumía los gastos de la satisfacción de sus necesidades y la de su familia. Ahora bien, luego de que se pudiese determinar los elementos de la

responsabilidad civil, a fin de fijar el monto indemnizatorio por lucro cesante pueden presentarse algunos criterios, como son:

**a) Criterio Restitutio In Integrum**

El nombre de este criterio nos puede dar una idea de su significado, esto es una restitución integral o total, es decir regresar en forma íntegra a la situación que existía entre las partes de un proceso antes de que ocurriera el hecho generador de algún daño o perjuicio, a tal punto que pareciera que la infracción nunca tuvo lugar, al respecto considero que este criterio de cierto modo excluye la valoración del Juez basado en su criterio discrecional que corresponde a un modelo clásico para la fijación de montos indemnizatorios. Este criterio es abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una reparación cuyo objetivo es que una persona restaure su bienestar, su dignidad y su status dentro de la sociedad.

Cuando se utiliza este criterio para determinar el quantum indemnizatorio por lucro cesante en los despidos arbitrarios se tiene en consideración el monto de todos los conceptos que la persona hubiere podido percibir en caso no hubiera ocurrido el despido, esto es como si este nunca hubiera existido y la persona hubiera laborado con normalidad, lo que incluye las remuneraciones, todo concepto remunerativo de libre disponibilidad, las asignaciones, bonificaciones, bonos u otros conceptos producto de convenio colectivo (por ejemplo bono por el día del trabajo, por uniforme, por el día de la ciudad donde se preste los servicios, entre otros que libremente pacte la empleadora con los trabajadores) incluso bonos excepcionales o que no cumplan con ser conceptos periódicos, tal cual como si hubiere estado trabajando.

En relación a este criterio se puede anotar que la OIT ha estimado que la reparación en el caso de despidos que vulneren derechos fundamentales debería estar dirigido a la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista profesional pero también financiero. Como es conocido en nuestro país, usualmente la solución es la readmisión del trabajador en sus funciones, esto es reponer las cosas al estado anterior al hecho lesivo y con el mantenimiento de los derechos que el trabajador haya adquirido. Pero la OIT agrega que la readmisión en el trabajo no excluye que la persona perjudicada pueda acceder a una indemnización, ello en la medida que se trate de una terminación de la relación laboral basada en un motivo que menoscaba un derecho humano fundamental y que guarde relación con el perjuicio sufrido.

La aplicación de lo sostenido por la OIT encuentra su antecedente en la sentencia de la fenecida Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el asunto de la factoría de Chorzow de 1928, donde se señala que: «El principio general que está implícito en el concepto de hecho ilícito [...] es que, en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho hecho». Este principio es recogido por la Corte Europea (ECHR 1995: párrafo 36) y la Corte Interamericana (Corte IDH 2001: párrafo 201).

Este criterio es cuestionado en razón de que equipara el despido arbitrario a los efectos de un despido nulo e incluso cae en una suerte de enriquecimiento indebido pues se paga de forma íntegra a una persona que no prestó servicios de forma efectiva, esto es que se paga sin que la persona haya trabajado.

**b) Criterio en base a la última remuneración ordinaria.**

Este criterio comprende a la remuneración determinada por el monto que resulta de sumar cada uno de los conceptos percibidos por el trabajador que tengan las siguientes características: a) Sean libremente disponibles por el trabajador y b) su pago se efectúe con regularidad, así pues, es un hecho que estará incluida la remuneración básica que podría llamarla la remuneración principal que percibe un trabajador como pago por la prestación personal y subordinada de sus servicios, por ello su percepción es regular, esto es que con habitualidad es percibida por el trabajador, independientemente de que su importe varíe por determinados incrementos como por ejemplo el aumento en la remuneración mínima vital o el aumento pactado en una negociación colectiva. Ahora bien, otro concepto que puede considerarse dentro de la remuneración ordinaria es la asignación familiar que es otorgada a los trabajadores con hijos menores o que siendo mayores cursan estudios superiores, es pagada de forma mensual y su aumento puede depender del aumento de la remuneración mínima vital, ya que su monto equivale al 10% de la misma. Esos conceptos son los que por lo general forman parte de la remuneración ordinaria; sin embargo, pueden estar incluidos otros como por ejemplo el concepto de horas extras que se pagan de forma constante mes a mes.

Así pues, entiendo que la remuneración ordinaria contiene conceptos más restringidos al cumplimiento de las características que se ha señalado en este punto, por ende el cálculo de una indemnización por lucro cesante en mérito de este criterio tendrá montos más limitados en comparación a un monto indemnizatorio basado en el criterio *restitutio in integrum*, el que como se ha expuesto en el punto precedente considera incluso conceptos otorgados en una sola oportunidad, sin necesidad del requisito de regularidad.

Los críticos de este criterio refieren que no resarce el daño causado por el despido en su integridad, esto es que si la persona no hubiese sido despedida, el tiempo que permaneció alejado de su puesto de trabajo hubiera percibido todos y cada uno de los conceptos pagados por la empleadora y que reconocerle sólo los que tengan la característica de regularidad es contraria a la dignidad de la persona.

#### **c) Criterio en base a la Remuneración Mínima Vital**

Este criterio consistente en que el monto indemnizatorio toma como referente el monto de la RMV vigente, ello como un criterio basado en un monto que sea independiente a los ingresos del trabajador despedido y en base a una especie de monto proporcional a lo que mínimamente percibe un trabajador. Este criterio si bien se sustenta en una cantidad establecida de forma genérica para todos los trabajadores, es criticado por algunos aplicadores del derecho porque no toma como referente ningún dato de la relación laboral del trabajador y usando un monto general aparta a los demandantes de la realidad que disfrutaban durante su relación laboral.

#### **2.3.10. El Principio - Predictibilidad**

Es el que se conoce como principio de seguridad jurídica o el principio de certeza, estos dos términos buscan establecer dos situaciones que se puede enumerar:

- Sustentar la confianza de los ciudadanos frente al actuar administrativo de la Administración Pública.

- Reducir los casos de corrupción, esto mediante la reducción de la discrecionalidad, pues los ciudadanos conocen o pueden predecir la posible respuesta a sus planteamientos por parte de las entidades públicas, ello porque se hacen públicos los lineamientos y criterios con los que resuelve la administración pública.

Así pues, a través del principio de predictibilidad se puede controlar que la discrecionalidad de la administración pública no se convierta en arbitrariedad. Pues todos los ciudadanos esperan que la Administración Pública no tenga dos pronunciamientos totalmente antagónicos frente a casos idénticos, en los cuales se presentan los mismos argumentos y se aplica igual normatividad. Esta situación si se ha dado en algunos casos resueltos por el Poder Judicial.

El principio de predictibilidad o de seguridad jurídica es un principio indispensable del Estado constitucional de derecho, cuyos efectos se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico. Su rango constitucional se deriva de distintas disposiciones constitucionales, al respecto se puede diferenciar las disposiciones de orden general que refiere el Tribunal, como sería el párrafo a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe y otras de orden específico, como la que expresa el párrafo f) del inciso 24) del artículo e que establece que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Así pues, mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa



razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria.

El principio de predictibilidad es consustancial al de seguridad jurídica, a criterio del Tribunal Constitucional expuesto en la Sentencia 0016-2002-AI/TC (Fundamento 4), estos principios ostentan la máxima jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de que son garantía para todos los ciudadanos, en consecuencia, son propios del Estado Social de Derecho, pues aseguran a los ciudadanos una determinada cognoscibilidad de cómo responderán las instituciones públicas.

La predictibilidad entendida como seguridad jurídica, hace alusión a un estado de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad (ÁVILA 2012), esto es cierto grado de previsibilidad, sin que ello signifique una situación de plena certeza jurídica o absoluta previsibilidad, pues ello sólo sería posible mediante una regulación precisa y estática.

El Procedimiento Administrativo General recoge el Principio de Predictibilidad, según el cual entiendo la Administración debe brindar a los ciudadanos una información confiable y completa sobre cada trámite, así como debe dar a conocer sus pronunciamientos a fin de que el administrado al iniciar cualquier procedimiento tenga un conocimiento lo más certero posible de cuál será el resultado que obtendrá o la respuesta que le darán. Dicho de otra forma, que los ciudadanos sean capaces de conocer o de percibir con cierta capacidad de pronóstico acerca de la posible solución o resultado que pudiera ofrecer la Administración frente a la resolución de un caso concreto.

Se considera la oportunidad que tienen los ciudadanos de conocer con cierta certeza cuál podría ser el pronunciamiento de la Administración Pública frente a algunos casos o procedimientos, nos va a permitir decidir si se inicia o no un determinado procedimiento.

Puedo referir que esta suerte de predicción que tiene el administrado, de intuir la respuesta

probable que podría brindar la administración o de conocer los lineamientos sobre los cuales fundamenta su argumentación la Administración Pública, puede darse en el caso de la Jurisprudencia, estableciendo un mecanismo de precedentes.

Cabe mencionar que en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General se ha recogido la institución del Precedente Administrativo.

Respecto de éste se han establecido las siguientes reglas:

- Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la Ley N° 27444.
- Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificadas si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes. Se considera que todo ciudadano al dirigirse a una institución pública a fin de solucionar un conflicto, ya sea mediante la vía judicial o administrativa espera que ante dos hechos que se consideren esencialmente idénticos propuestos a su vez ante dos juzgados distintos de la República o dos órganos administrativos, estos deberían responder de la misma manera, incluso que ante estos mismos dos hechos, con diferentes partes y en distintos puntos en la línea del tiempo, un

mismo despacho judicial o una autoridad administrativa que tramite ambos, con mayor razón debería emitir una respuesta de la misma forma.

Conforme venimos exponiendo hasta aquí, puedo afirmar que el principio que venimos desarrollando nació con la finalidad de evitar arbitrariedades y sentencias o respuestas administrativas con nombre propio, lo que en la actualidad considero que elementalmente no ha variado y por ello tiene gran importancia en el desarrollo de la reforma del aparato judicial. El principio de predictibilidad aporta bastantes soluciones, muchas más que desventajas.

Se puede enumerar muchas ventajas, pero entre lo más notoria se encuentra la de eliminar la corrupción, este flagelo que perjudica a las instituciones del Estado. Y es que ante dos hechos similares un mismo despacho judicial dirigido por un Juez no podría resolver de manera distinta, como referí en líneas previas, es más, incluso dos jueces distintos no podrían resolver de manera distinta por que necesariamente uno de ellos estaría equivocado. En caso esto último esto sucediera, el superior correspondiente en vía de apelación debería poder corregir la situación de incertidumbre.

Se puede agregar que la ventaja que referimos encuentra relación con la capacidad de los jueces de resolver en audiencia, ello por la oralidad que se ha instaurado como modelo en varias ramas del derecho, lo cual permite establecer una línea de fallos o sentidos resolutivos perceptibles por la sociedad, de tal manera que sea fácil identificar a los jueces cuya conducta inmotivadamente no se adecúa al precedente. Entonces, un juez solo podría apartarse del precedente por tres claras circunstancias: Por incapacidad, por corrupción o

por un análisis crítico y evolutivo de la institución en tratamiento que implique que ha llegado la hora de reencaminar el precedente. Solo el último caso es apropiado y legal y, será en todo caso, excepcional en el tiempo.

La excepcionalidad a la que nos referimos está relacionada con el tiempo porque ese es el camino por el que recorre el quiebre de la predictibilidad, esta tendría que ser siempre espacial y temporal. Esto es que sin importar la región del país, en dos casos idénticos, dos jueces tienen que resolver de igual forma. Ahora bien, en el caso del tiempo existe una variante, pues puede ocurrir que luego de un extenso tiempo de seguimiento del precedente, puede existir el caso que un Magistrado advierta que el precedente hasta entonces usado se convirtió en anacrónico, ello puede ser los cambios sociales, lo que conllevaría a que fundamentando o motivando adecuadamente permita el nacimiento de un nuevo precedente. En este punto hay algo que ayuda bastante, esto es la publicidad de las resoluciones judiciales, ello a fin de que en caso se permita el paso a nuevo precedente, este pueda ser conocido y aplicado por los Juzgados del país.

Puedo anotar también que existe otra ventaja, esta es la ansiada reducción de la carga procesal, ello de la siguiente forma: 1) El litigante al poder predecir el probable sentido de una decisión para su caso particular, podrá decidir si vale la pena interponer o no una demanda o algún recurso, pues sabrá lo que el Juez en base a casos precedentes similares al suyo ya decidió y esa sería la suerte de su proceso. Lo referido ayudaría bastante a acabar con las demandas temerarias o incluso mal intencionadas que suelen saturar el aparato de justicia, fomentada por algunos Abogados que demandan casos que ya tienen respuesta en casos idénticos y engañando a los litigantes los hacen perder tiempo y dinero

en demandadas muchas incluso improcedentes de plano, quizá en algunos casos confiando a que con un poco de suerte el expediente cae en las manos de un juez incompetente o corrupto (normalmente ambas cosas a la vez) que podría emitir resolución inmotivadamente en contra el precedente y a favor del litigante malicioso, resolución que se confundirá entre las cientos y miles que en el país existen y que proveen dos o tres soluciones divergentes para un mismo problema. Si la predictibilidad a la que me vengo refiriendo logra su finalidad se lograría desalentar la mala práctica que he mencionado precedentemente hasta desaparecer. 2) Otra forma es la de reducir el repetitivo trabajo en el Despacho Judicial. Es bastante conocido para quienes trabajan en la administración de justicia y los propios litigantes que por ejemplo, de cien procesos de alimentos que ingresan a un despacho judicial, más de la mitad terminan con una sentencia casi idéntica en su texto, variando solo el monto de la pensión, así pues, la sentencia termina siendo una fotocopia de las anteriores, pese a ser de muy buena calidad y explicativa, a lo que puedo sumarle que el juez podría ser quejado o procesado disciplinariamente por no motivar sus resoluciones si sólo se remite a las decisiones previas. En un sistema que se sustancie en la predictibilidad, la sentencia sin ningún problema podría tener a lo mucho dos páginas, con una primer aparte para establecer los hechos a fin de dejar claro que se trata de casos esencialmente idénticos a casos anteriores, luego la mención a los precedentes más resaltantes en la materia y los criterios jurisprudenciales (donde seguramente ya estarán explicados los criterios y discusiones interpretativas y doctrinarias, a donde los académicos y estudiosos podrán remitirse) y por último la parte resolutive.

Lo anteriormente mencionado nos llevaría a un sistema que puede lograr la tan deseada descarga procesal, por una parte frenando el ingreso de procesos que no tienen posibilidad de prosperar y que generan un largo y costoso conjunto de actuaciones judiciales que distraen la labor jurisdiccional pues el juez debe emplear tiempo en innecesarias explicaciones doctrinarias cuando debe reservarse dicho tiempo de calidad para el estudio y la resolución de procesos complejos que así lo ameriten, lo que además significan un gasto de recursos del Estado.

**2.3.11. Concepto criterios disímiles.** - El término disímil alude a aquello que resulta distinto o desigual, la calificación de disímil requiere de una comparación, esto es un cotejo a partir del cual se puede advertir si los elementos son disímiles o semejantes, siendo que la comparación debe ser entre cuestiones u objetos de la misma naturaleza. Ahora, un criterio, para el campo del derecho son aquellas decisiones que derivan de sentencias o resoluciones emitidas por órganos judiciales o jurisdiccionales, conocido como el sentido de la decisión. En consecuencia, al referirnos a criterios disímiles nos referimos a decisiones derivadas de resoluciones judiciales que resultan distintas pese a tener los asuntos que resuelven la misma naturaleza, esto es que se tratan de asuntos esencialmente iguales.

## **CAPÍTULO III**

### **MÉTODO**

#### **3.1. Tipo, nivel y línea de investigación**

- Por el objetivo: Explicativa –Descriptiva, pues en la investigación se ha descrito en todos sus principales componentes la realidad problemática, esto es la existencia de criterios disímiles para la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante de despidos arbitrarios y cómo es que esta situación afecta el principio de predictibilidad, procurando encontrar las causas de este problema, esto es la ausencia de criterio con fuerza vinculante.
- Por el enfoque: Especializada, pues la investigación estuvo enfocada en la especialidad constitucional, debido a que implica valores constitucionales como el de seguridad jurídica y predictibilidad.
- Por las fuentes de información: Documental, pues la investigación se apoyó en fuente documental, como son las sentencias de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios de la Sala Mixta de Mariscal Nieto, las cuales fueron recogidas y analizadas.

#### **Nivel de Investigación**

- Explicativa. Descriptiva: En razón de que la investigación ha buscado establecer, explicar y describir la causa – efecto, entre la existencia de criterios disímiles en las sentencias de indemnización por lucro cesante y la vulneración al principio de predictibilidad, describiendo los datos y características de la realidad problemática.

### **Línea de investigación**

- Derecho público, constitucional: En razón de que la investigación aborda una problemática que implica valores propios del Derecho Constitucional como el de seguridad jurídica y predictibilidad, ello en el marco de la administración de justicia.

### **3.2. Diseño de investigación**

- No experimental – Transversal: En razón de que no es posible manipular las variables, sino que se ha observado y analizado la realidad problemática tal y como se ha dado en el contexto natural y en un periodo determinado del 2016 al 2018, esto es que no se ha construido ninguna situación, sino que se ha observado una situación ya existente como es la presencia de criterios disímiles en sentencias de indemnización por lucro cesante y cómo esta situación vulnera el principio de predictibilidad.



### 3.3. Población y muestra

En cuanto a la investigación de campo, se considera como unidades de estudio las sentencias sobre indemnización por lucro cesante derivado de procesos de despido arbitrario tramitados en la sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018, las cuales han sido recogidas del legajo de la Sala Mixta de los referidos años, legajo que conserva las sentencias de todas las materias resueltas por dicha instancia superior, dentro de las que elegimos sólo las que estaban referidas a pretensión de indemnización por lucro cesante, encontrando un total de 60 sentencias, distribuidas por año del siguiente modo

*Tabla 2*

Población y muestra.

UNIDADES DE ESTUDIO	MUESTREO
Sentencias del 2016	35
Sentencias del 2017	17
Sentencias del 2018	8
<b>TOTAL</b>	<b>60</b>

Nota: Son los expedientes revisados por la autora.

Así pues, siendo que nuestra población es finita y no es numerosa, se ha tomado el total como muestra, con un error de 1%, ello en razón de que a mayor sea el tamaño de la muestra el resultado es más preciso, con probabilidades (p y q) de 50%, resultando una fórmula del siguiente modo:

*Figura 2*

Fórmula para el cálculo de muestra

$$n = \frac{4NPq}{E^2(N-1) + 4Pq}$$

N = 60  
P=50  
q=50  
E=1  
**N 60**

Nota: la autora es la Dra. Chávez Aliso.

La presente investigación consideró como unidad de estudio las sentencias de la Sala Mixta para casos de despido arbitrario, por ser una unidad de estudio a la que mi persona podía acceder debido al orden del archivo de la Sala Mixta de Mariscal Nieto, así como la mayor cantidad de sentencias de indemnización en casos de despidos arbitrarios obrantes en los legajos, a diferencia del archivo de la primera instancia que se ha visto perjudicada por aspectos como desorganización y pérdida de legajos, así como la ausencia de sentencias de indemnización referidas a otro tipo de despido en los legajos del archivo central, ello debido a que no existe un eficiente archivo informatizado en la Corte Superior de Justicia de Moquegua.

**CRITERIOS DE INCLUSIÓN:** Se tomaron en cuenta los siguientes criterios:

- Procesos con sentencia de vista.
- Conflictos en la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante.

### **3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

#### **3.4.1. Técnicas:**

- Observación directa
- Observación documental

- Revisión de sentencias

#### **3.4.2. Instrumentos:**

- Ficha bibliográfica
- Ficha documental
- Ficha de observación.

#### **3.5. Técnicas de procesamiento y análisis de datos**

La información de campo se obtuvo de las sentencias en segunda instancia sobre indemnización por lucro cesante en casos de despido arbitrario emitidas por la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018, se empleó para tal efecto como instrumento de campo una ficha de observación teniendo en cuenta los indicadores y variables, datos necesarios que fueron consignados en dicha ficha, para posteriormente trasladar los datos a la matriz del registro correspondiente. La información que mi investigación ha requerido, fue recogida por mi persona y el apoyo de un colaborador estudiante del último año de la carrera de Derecho.

En cuanto a la parte documental y material de la investigación se tomó información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, Universidad José Carlos Mariátegui, del Colegio de Abogados de Moquegua y otras bibliotecas especializadas, así como la que se obtuvo vía internet, que fueron consignadas en fichas bibliográficas, documentales y libreta de apuntes.

## **CAPÍTULO IV**

### **PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

#### **4.1. Presentación de los resultados por variables**

La población estuvo constituida por las sentencias sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018, a las cuales se les aplicó una ficha estructurada.

Es así que los datos recogidos de las fichas han sido sometidos a medición, los cuales nos ha permitido elaborar las tablas y gráficas que se exponen en el presente capítulo, efectuando la interpretación de resultados que contrastados con la hipótesis nos conllevó a plantear las conclusiones y sugerencias pertinentes.

##### **4.1.1.- Análisis de los resultados**

Tabla 3

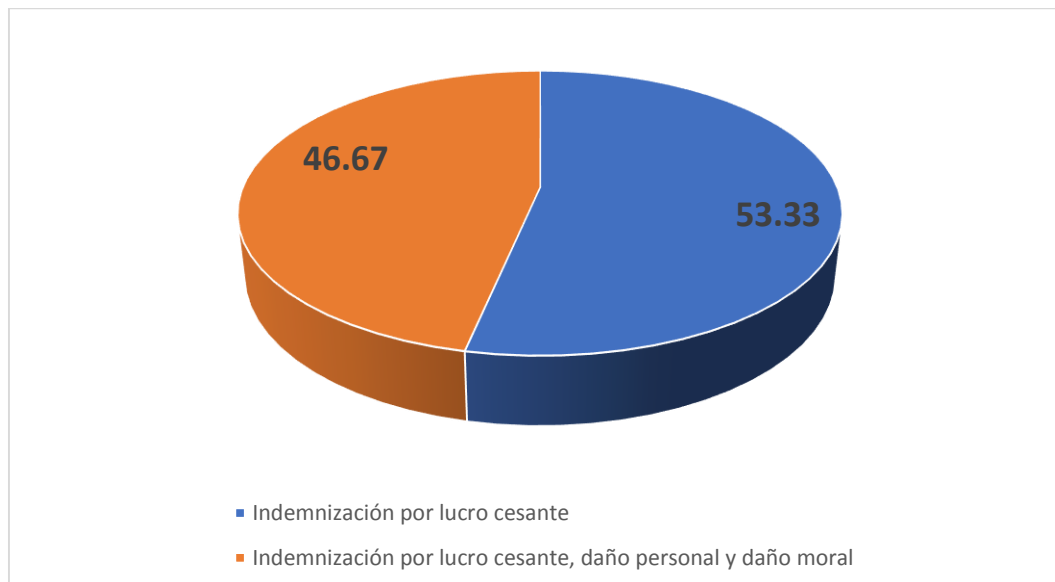
*Petitorio solicitado en el proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios*

Unidades de estudio	Sentencias	Sentencias	Sentencias	Subtotal	%
	del 2016	del 2017	del 2018		
Indemnización por lucro cesante	21	8	3	32	53.33
Indemnización por lucro cesante, daño personal y daño moral	14	9	5	28	46.67
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>17</b>	<b>8</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

Figura 3

*Petitorio en proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios*



**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

**Análisis de resultado.** Este primer dato obtenido de las sentencias analizadas ubicó el tema de estudio, esto es que muestra las pretensiones planteadas por los litigantes, siendo que algunos únicamente solicitan indemnización por lucro cesante y algunos acumulan además la indemnización por daño moral, siendo que el 53.33% solicitan sólo lucro cesante, dándose por resarcidos en el daño con este sólo concepto indemnizatorio y el 46.67% postula además del lucro cesante la indemnización por daño moral y personal, esto último es sustentando que el despido del que fueron objeto resultó ser vejatorio a su dignidad a tal punto que se vio comprometido el daño por la angustia causada por el despido, así como su proyecto de vida profesional se vio perjudicado, por lo que además del lucro cesante que nos corresponde analizar, el trabajador solicita daño moral y personal.

*Tabla 4*

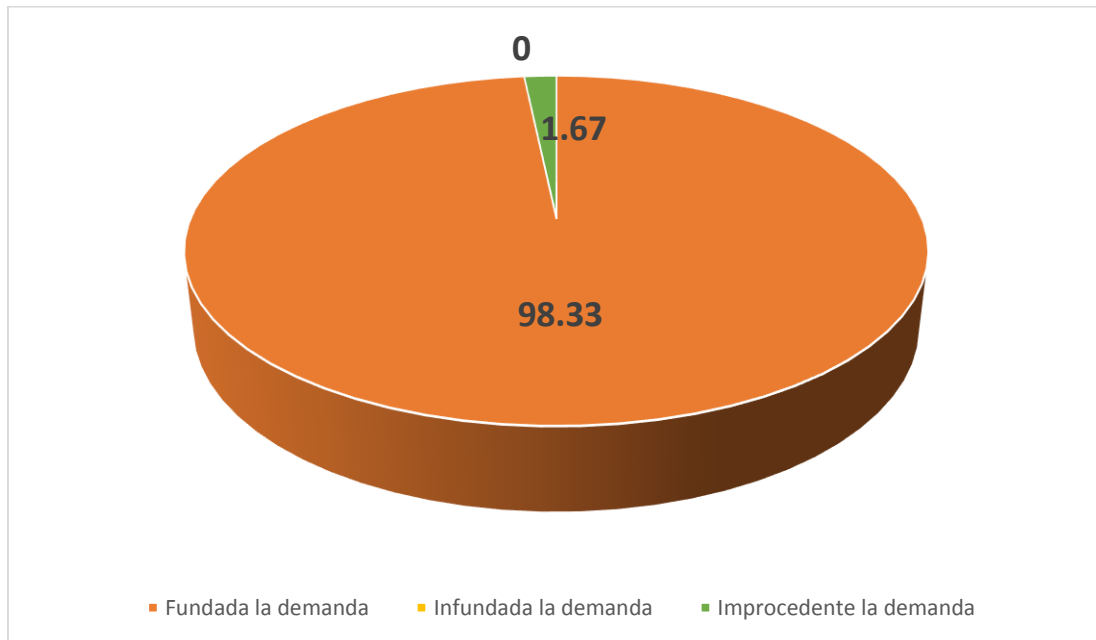
***Decisión del Juez de Primera Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios***

Unidades de estudio	Sentencias			Subtotal	%
	del 2016	del 2017	del 2018		
Fundada la demanda	34	17	8	59	98.33
Infundada la demanda	0	0	0	0	0
Improcedente la demanda	1	0	0	1	1.67
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>17</b>	<b>8</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

Figura 4

*Decisión del Juez de Primera Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios*



**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

**Análisis de resultado.** Este segundo dato nos permitió conocer sobre la viabilidad de las pretensiones de indemnización por lucro cesante derivado de despidos arbitrarios en primera instancia, teniendo un porcentaje de 98.33% los procesos que resultan fundados, sólo 1.67% resultaron improcedentes y ninguna infundada. Es decir que el porcentaje de fundabilidad de la demanda es alto, considerando que la Nueva Ley Procesal de Trabajo permite que el Juez disponga pagos incluso mayores a los peticionados (ultra petita), en caso el monto pretendido tenga algún error, para lo cual el Juez expone el criterio que utiliza para calcular el quantum indemnizatorio y el resultado de dicho criterio, por lo que el monto pretendido y expuesto en la demanda no limita el extremo del monto dispuesto a pagar en la sentencia, siendo que en esencia las pretensiones indemnizatorias en su

mayoría son fundadas y es el monto indemnizatorio el que será definido por el criterio del Juez.

*Tabla 5*

***Decisión del Juez de Segunda Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios***

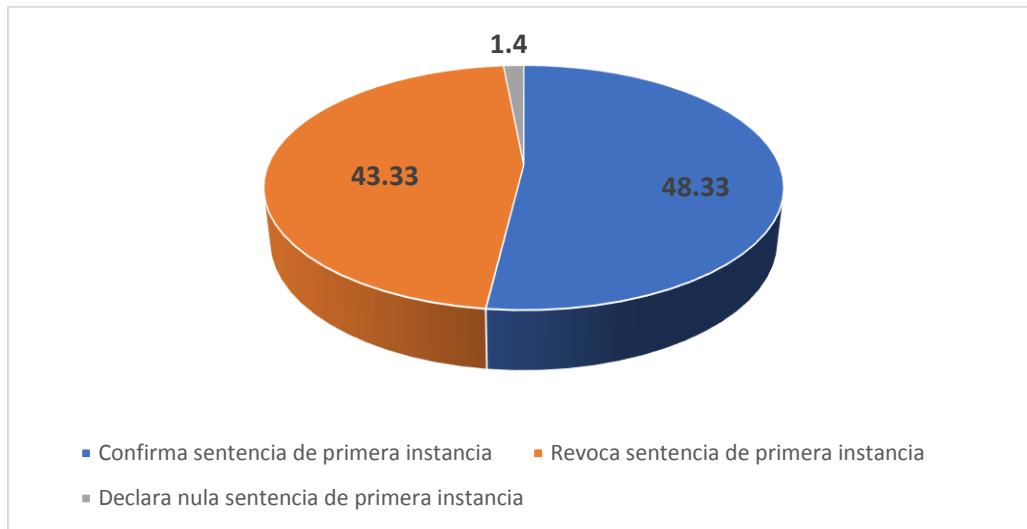
<b>Unidades de estudio</b>	<b>Sentencias Sentencias Sentencias</b>			<b>Subtotal</b>	<b>%</b>
	<b>del 2016</b>	<b>del 2017</b>	<b>del 2018</b>		
Confirma sentencia de primera instancia	12	13	4	29	48.33
Revoca sentencia de primera instancia	18	4	4	26	43.33
Declara nula sentencia de primera instancia	5	0	0	5	8.34
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>17</b>	<b>8</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.



Figura 5

*Decisión del Juez de Segunda Instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios*



**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

**Análisis de resultado:** Este tercer resultado nos permitió evidenciar que existe un alto porcentaje (48.33%) de sentencias confirmadas, esto es que los Jueces de segunda instancia han confirmado el criterio utilizado por el Juez de primera instancia, pero existe un porcentaje también alto de sentencias revocadas (43.33%) en las que los Jueces superiores han revocado la decisión del Juez respecto de la pretensión de lucro cesante, esto es en el extremo del quantum indemnizatorio, lo que evidencia que si bien en un alto número de procesos los Jueces superiores han coincidido con el criterio del Juez de primera instancia, en un alto número han discrepado respecto del criterio para fijar el quantum indemnizatorio y revocando la sentencia ha variado el monto indemnizatorio. Es decir que no hay uniformidad de criterio entre los Jueces de la Sala Mixta y el Juez de

primera instancia. Un porcentaje menor (8.34%) han declarado nula la sentencia, ello básicamente por defectos de trámite del proceso.

*Tabla 6*

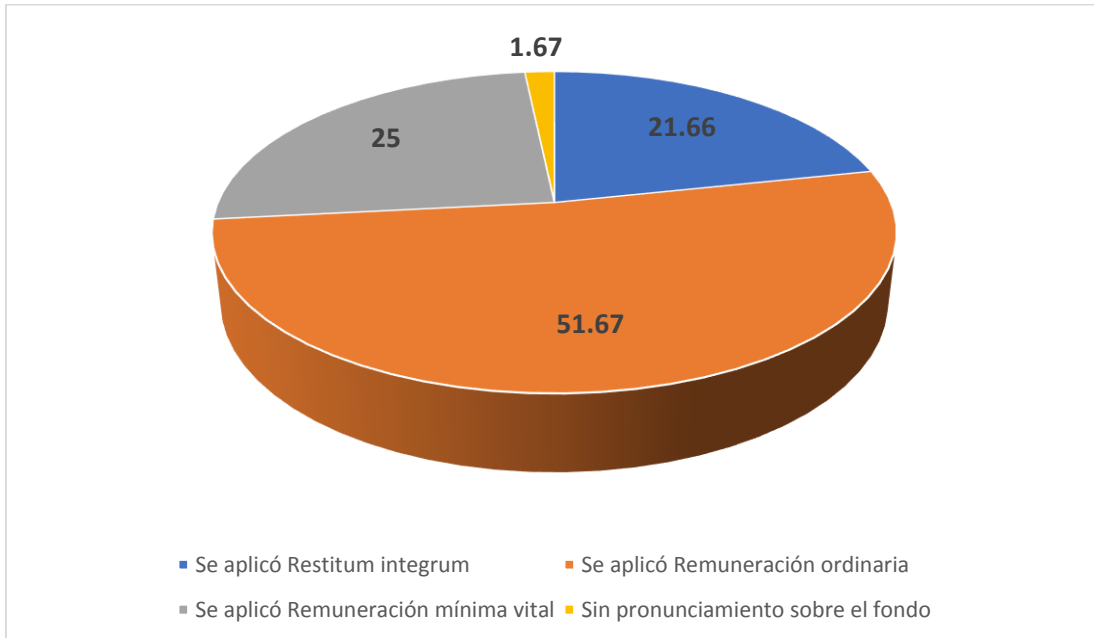
***Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Primera instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios***

Unidades de estudio	Sentencias			Subtotal	%
	del 2016	del 2017	del 2018		
Se aplicó la Restitum integrum	5	3	5	13	21.66
Se aplicó la Remuneración ordinaria	16	12	3	31	51.67
Se aplicó la Remuneración mínima vital	13	2	0	15	25
Sin pronunciamiento sobre el fondo	1	-	-	1	1.67
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>17</b>	<b>8</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

Figura 6

***Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Primera instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios***



**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

**Análisis de resultado:** Este resultado nos permitió conocer que en primera instancia en un 51.67% de los procesos de indemnización por lucro cesante por despidos arbitrarios el Juez ha considerado para efectos de cálculo del quantum indemnizatorio a la remuneración ordinaria, esto es que ha calculado el monto a indemnizar en base a la última remuneración ordinaria del demandante antes del despido, ello sin considerar ningún beneficio social ni bonificación extraordinaria alguna. En un porcentaje de 21.66% el Juez de primera instancia consideró el criterio de restitución integral o restitum integrum, esto es que para efectos de cálculo de la indemnización por lucro cesante consideró la remuneración ordinaria, así como los beneficios sociales y bonificaciones extraordinarias, incluso las que provengan de convenios, atendiendo a una restitución

total, como si la separación del puesto laboral no hubiera existido. Siendo un porcentaje considerable, esto es 25% las sentencias en las que el Juez se inclinó por considerar como base de cálculo la remuneración mínima vital vigente en el periodo del despido, lo que denota una considerable inclinación del Juez de primera instancia por regular un parámetro general basado en una remuneración establecida por el Ejecutivo para calcular el quantum indemnizatorio. Por último, se tiene que en sólo el 1.67% el Juez emitió un pronunciamiento inhibitorio de fondo, pues declaró improcedente la demanda.

Tabla 7

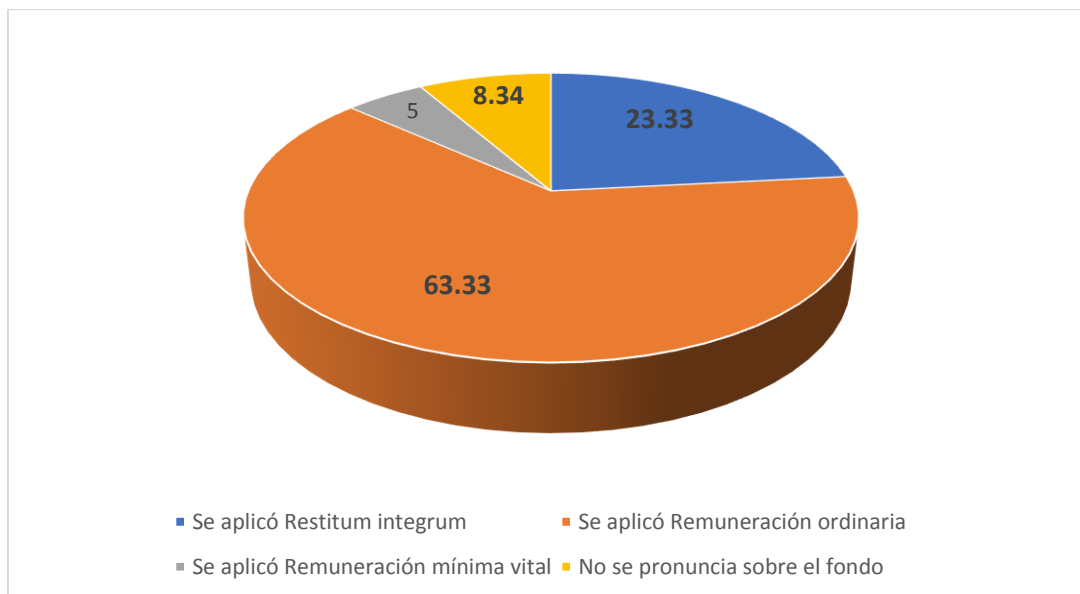
*Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Segunda instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios*

Unidades de estudio	Sentencias			Subtotal	%
	del 2016	del 2017	del 2018		
Se aplicó la Restitum integrum	13	0	1	14	23.33
Se aplicó la Remuneración ordinaria	15	16	7	38	63.33
Se aplicó la Remuneración mínima vital	2	1	0	3	5
No se pronuncia sobre el fondo	5	-	-	5	8.34
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>17</b>	<b>8</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

Figura 7

***Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en Segunda instancia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios***



**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

**Análisis de resultado:** De este resultado pudimos extraer que en segunda instancia los criterios aplicados para determinar el monto indemnizatorio por lucro cesante fueron disímiles, en un porcentaje de 23.33% de sentencias los jueces superiores consideraron como base de cálculo la remuneración ordinaria, así como demás beneficios y bonificaciones extraordinarias de cualquier tipo, esto es que optaron por el criterio restitum integrum. En un porcentaje de 63.33% de sentencias los jueces superiores aplicaron como base de cálculo únicamente la remuneración ordinaria, esto es sin considerar beneficios sociales ni bonificación extraordinaria ni beneficio económico alguno. Por último, en un porcentaje menor, esto es 5% de sentencias los jueces superiores

optaron por aplicar como base de cálculo la remuneración mínima vital fijada por el ejecutivo y vigente en la fecha que duró el despido. Finalmente, un porcentaje de 8.34% emite un pronunciamiento inhibitorio de fondo, pues las sentencias de primera instancia fueron declaradas nulas. Denotando todo ello que los criterios son disímiles para un mismo asunto, esto es la base de cálculo del monto indemnizatorio por lucro cesante. Preciso también que respecto de las sentencias de segunda instancia aumentó el porcentaje de sentencias con criterio de restitución integral, ello en 1.67%, ya que en primera instancia fue el 21.66% y en la sala superior fue de 23.33%. Por su parte el criterio de cálculo basado en la remuneración ordinaria presentó un aumento en la Sala Superior respecto de la primera instancia, ya que de 51.67% aumentó a 63.33%, esto es un aumento del 11.66% y el criterio basado en la remuneración mínima vital se redujo de un 25% en primera instancia a un 5% en segunda instancia, lo que denota que si bien en segunda instancia toma mayor fuerza el criterio basado en remuneración ordinaria, ya que parece que en más procesos los jueces superiores optaron por este criterio, ello no significa que exista uniformidad en el criterio aplicable, existe una tendencia en la sala superior por preferir el criterio basado en remuneración ordinaria, pero este criterio continúa conviviendo con los otros dos criterios en un mismo periodo de tiempo que es el cual estudio en esta investigación (2016-2018).

Tabla 8

*Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en el voto en discordia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios*

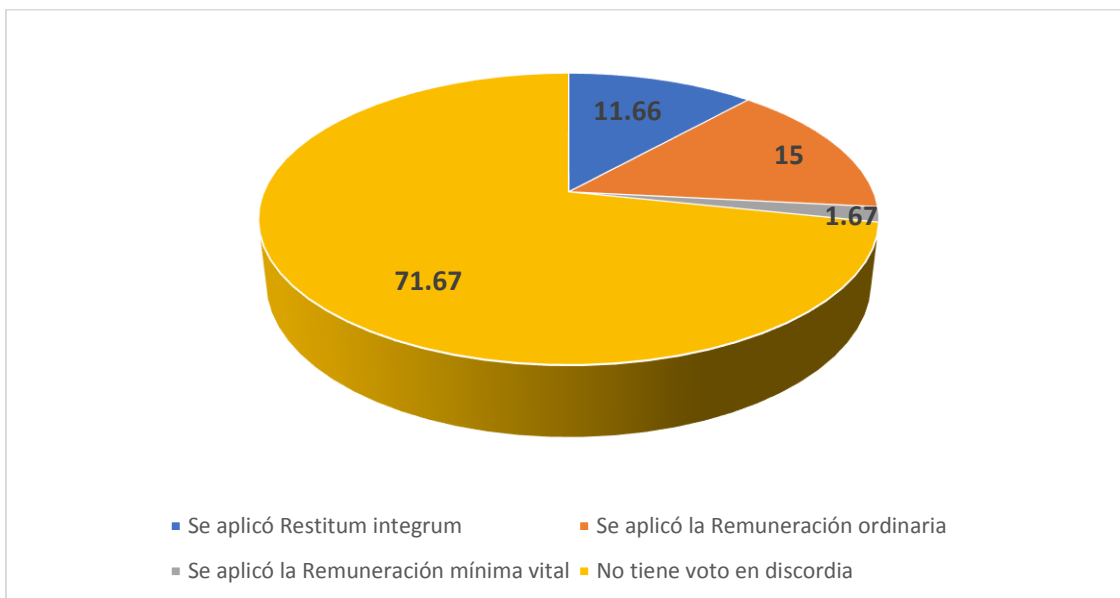
Unidades de estudio	Sentencias			Subtotal	%
	del 2016	del 2017	del 2018		
Se aplicó la Restitum integrum	4	3	0	7	11.66
Se aplicó la Remuneración ordinaria	9	0	0	9	15
Se aplicó la Remuneración mínima vital	1	0	-	1	1.67
No tiene voto en discordia	21	14	8	43	71.67
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>17</b>	<b>8</b>	<b>60</b>	<b>100</b>

**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.



Figura 8

***Criterio utilizado para fijar el quantum indemnizatorio en el voto en discordia respecto al proceso de indemnización por lucro cesante de despidos arbitrarios***



**Nota:** Procesos sobre indemnización por despidos arbitrarios tramitados en la Sala Mixta de Mariscal Nieto en el año 2016 al 2018.

**Análisis de resultados:** De este resultado pudimos extraer que existieron Jueces que emitieron voto en discordia en las sentencias aprobadas en las que se resolvió con criterio de remuneración ordinaria, por lo que el porcentaje de votos en discordia con criterio de restitución integral es de 11.66%, aumentando los votos en discordia en las sentencias aprobadas con criterio de restitum integrum y de remuneración mínima vital, ya que en un porcentaje de 15% se emitió votos en discordia con criterio de cálculo basado en la remuneración ordinaria, así como aunque en número minoritario los jueces emitieron voto en discordia con criterio apoyado en la remuneración mínima vital en un 1.67%. Lo que corrobora que los Jueces de la Sala Superior tienen criterios disímiles, por lo que dependiendo de la conformación de la sala se aprobará la sentencia con uno u otro criterio, y por ello existe considerable cantidad de votos en discordia, ya que cada Juez deja

planteado su posición y criterio. Lo que en efecto vulnera el principio de predictibilidad, pues para una misma pretensión, esto es la indemnización por lucro cesante algunos jueces sostienen el criterio de restitución integral y otros la remuneración ordinaria, inclusive algunos el criterio de remuneración mínima vital, esto es que conviven en una misma sala superior distintos criterios a aplicar en estos procesos.

## **4.2. Contratación de hipótesis**

Teniendo las hipótesis planteadas en el proyecto de investigación y los resultados obtenidos en cada una de las encuestas analizadas, dichas hipótesis quedaron ratificadas plenamente. Así se tiene:

### **A. HE1. Demostrar que los criterios disímiles son utilizados de forma directa para la determinación del quantum de la indemnización por lucro cesante en procesos de despidos arbitrarios en las sentencias de la Sala Mixta – Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018.**

En efecto, se ha comprobado nuestra primera hipótesis específica, pues de la Tabla N°05 se ha logrado comprobar que, los Jueces que conforman la Sala Mixta de Mariscal Nieto aplican de forma directa, esto es en sus sentencias como Jueces ponentes o en votos en discordia criterios disímiles para determinar la base de cálculo de la indemnización por lucro cesante derivado de despidos arbitrarios, pues si bien en un porcentaje mayoritario, esto es en un 63.33% de sentencias analizadas los jueces superiores aplicaron como base de cálculo únicamente la remuneración ordinaria, esto es sin considerar beneficios sociales ni bonificación extraordinaria ni beneficio económico alguno, en un 23.33% de las sentencias analizadas los jueces superiores consideraron como criterio la restitución integral (remuneración ordinaria, así como demás beneficios y bonificaciones extraordinarias de cualquier tipo) y en un porcentaje menor de 5% de sentencias los jueces superiores optaron por aplicar como base de cálculo la remuneración mínima vital fijada por el ejecutivo y vigente a la fecha de cálculo; resultados que

tienen un correlato directo con los datos obtenidos en la Tabla N° 06, ya que las sentencias analizadas presentaron como anexo votos en discordia, precisamente en el extremo del criterio aplicado para el cálculo del quantum indemnizatorio emitieron voto en discordia, siendo el caso que el porcentaje de votos en discordia con criterio de restitución integral es de 11.66%, un poco más elevado es el porcentaje de votos en discordia con criterio de remuneración ordinaria, esto es del 15% y aunque menor, no deja de estar presente el criterio basado en la remuneración mínima vital por el que se inclinaron en un 1.67% algunos Jueces superiores en su voto en discordia. Lo que corrobora que los Jueces de la Sala Superior tienen criterios disímiles y las sentencias son aprobadas con uno u otro criterio dependiendo de la conformación de la sala, pero ello amerita que tengan votos en discordia, ya que cada Juez deja planteado su posición y criterio; por ende reitero que se comprueba que los criterios disímiles son aplicados de forma directa por parte de los jueces de la sala mixta de mariscal Nieto sobre la base de cálculo de la indemnización por lucro cesante derivado de despidos arbitrarios, ello en razón de que no existe criterio con fuerza vinculante para la determinación de la misma, por ello los jueces recurren a diversos fundamentos y criterios, algunos basados en criterios establecidos en una restitución integral, como si el despido nunca hubiera ocurrido y otros basados en una base que la mayoría de jueces llaman razonable, como es la última remuneración ordinaria y por último, aunque con un menor número de jueces que la consideran razonable basan su criterio en la remuneración mínima vital.

Cabe precisar que actualmente existen sentencias en sede casatoria igualmente diversas que coadyuvan en la diversidad de criterios en la sala mixta cuyas

sentencias se estudian, ninguna con el carácter vinculante, las que se han evidenciado en la argumentación de las sentencias analizadas, a citar se tiene:

- Sobre el criterio basado en la **remuneración ordinaria**: Casación Laboral N° 17488-2015 LIMA que sustenta que el lucro cesante es una forma de daño patrimonial con naturaleza indemnizatoria consistente en la pérdida de ganancia legítima y sostiene que es correcto el cálculo del quantum por lucro cesante tomando como referencia la última remuneración percibida por el demandante al momento del cese, cabe precisar que para el referido criterio cita el artículo 1332 del Código Civil.
- Sobre el criterio **restitutum integrum**: La Casación Laboral N° 7625-2016 CALLAO en la que cita el caso “Tribunal Constitucional Vs. Perú” que consideró que la indemnización debe tener en cuenta el tiempo en que las partes permanecieron sin trabajar y aplicando ello dispuso que el Estado pague a los Magistrados destituidos los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales.
- Sobre el criterio de **Remuneración Mínima Vital**: La Casación Laboral N° 2677-2012 LIMA que sostiene que el pago de lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, ya que ello sería enriquecimiento indebido por pago de labores no efectuadas, por lo que es preciso aplicar el artículo 1332 del Código Civil, esto es que se debe recurrir a una valoración equitativa utilizando parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en la medida de lo posible la situación a los límites anteriores al daño, lo que se cumpliría según esta sentencia casatoria al utilizar como término de cuantificación la

remuneración mínima vital al momento del despido, pues representa una cantidad proporcional entre lo que el demandante ganaba y lo que dejó de percibir.

Evidenciando así que a nivel de la misma Corte Suprema no existe un criterio uniforme.

Recientemente se ha emitido el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2019, el que concluyó que el lucro cesante debe ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir, sin embargo estos plenos son foros en los que Jueces de igual jerarquía y especialidad se reúnen para concordar jurisprudencia, pero no con el carácter de vinculante, por ello algunos jueces se ciñen al criterio elegido y otros sostienen criterio distinto, sin que ello amerite falta alguna.

**B. HE2. El principio de predictibilidad se viene vulnerando en alto grado en las sentencias de indemnización por lucro cesante derivados de procesos por despido arbitrario emitidas por la Sala Mixta Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018, debido a que las sentencias expresan criterios diferentes para determinar el quantum del lucro cesante.**

He comprobado la segunda hipótesis específica, pues de la Tabla N° 03 se advierte que si bien en un porcentaje de (48.33%) los Jueces Superiores han confirmado la sentencia de primera instancia, esto es que los Jueces de segunda instancia han confirmado el criterio utilizado por el Juez de primera instancia en el extremo del quantum indemnizatorio; existe un alto porcentaje (43.33%) de

sentencias en las que los Jueces superiores han revocado la decisión del Juez de primera instancia respecto de la pretensión de lucro cesante. Resultados que evidentemente influyen en la percepción de los litigantes, pues el resultado que obtienen en primera instancia en un alto porcentaje es revocado en segunda instancia por existencia, precisamente, de criterios disímiles, por lo que no existe predictibilidad del resultado, pese a tratarse de casos sustancialmente idénticos o que abordan el mismo asunto, esto es la determinación de un monto indemnizatorio por lucro cesante. Ahora bien, la predictibilidad se ve vulnerada de forma más evidente cuando la conformidad de las salas determina uno u otro criterio, lo que se evidencia con el alto índice de votos en discordia que nos grafica la Tabla N° 6.

#### **4.3. Discusión de resultados.**

##### **4.3.1. Comprobación de hipótesis general.**

De los datos obtenidos de la guía de observación sobre las sentencias analizadas, se ha logrado comprobar la hipótesis general formulada en la elaboración de la presente investigación, la misma que fue la siguiente:

**En un nivel alto existen criterios disímiles para determinar el quantum indemnizatorio por lucro cesante en procesos por despido arbitrario que afectan el principio de predictibilidad, ello en las sentencias emitidas por la Sala Mixta – Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018.**

En efecto, se ha comprobado que los Magistrados de la Sala Mixta de Mariscal Nieto no tienen un criterio común respecto a la base de cálculo para la

determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante, pues conforme se tiene de las sentencias analizadas, un porcentaje se inclina por una restitución integral del daño (incluyendo remuneración ordinaria y cualquier otro beneficio social como si el despido nunca hubiera ocurrido), otro porcentaje se inclina por un monto resarcitorio basado en la última remuneración ordinaria (sin considerar beneficio social alguno) y un menor porcentaje por un quantum indemnizatorio basado en la remuneración mínima vital vigente a la fecha de cálculo, lo que origina sentencias con criterios disímiles para una misma pretensión, esto es la indemnización por lucro cesante, lo que afecta el principio de predictibilidad o llamado también de seguridad jurídica, pues conforme a las Tablas 05 y 06 se ha verificado la co existencia, en un mismo periodo de tiempo de hasta tres criterios en una misma sala superior y para un mismo asunto, en porcentaje de 23.33% las sentencias declararon fundada la pretensión del lucro y se fundamentaron para el cálculo en un criterio de restitución integral, en un porcentaje mayor, esto es el 63.33% se fundamentaron en el criterio de únicamente considerar la última remuneración ordinaria y en 5% se fundamentaron en el criterio de considerar la remuneración mínima vital vigente a la fecha de cálculo. Evidenciándose así 3 criterios diversos, así como un considerable índice de sentencias con voto en discordia, 11.66% votos en discordia discreparon en la base de cálculo y consideraron el criterio de restitución integral, 15% defendieron el criterio de la última remuneración ordinaria y 1.67% discreparon con el voto en mayoría y defendieron el criterio basado en la remuneración mínima vital. Sumado a todo ello se debe considerar que las sentencias de la sala mixta analizadas, en un alto porcentaje (43.33%) revocaron la decisión de primera instancia, precisamente por



el criterio aplicado, lo que se desprende a la Tabla N° 03, lo que refuerza la vulneración al principio de predictibilidad, pues frente a casos esencialmente iguales se aplican criterios distintos, lo que es promovido precisamente ante la inexistencia de un pleno casatorio que los unifique, pues las sentencias analizadas basan su criterio en argumentos expuestos por diversas sentencias casatorias, las que igualmente en esta instancia parecen ser disímiles, así como en fundamentos de organismos internacionales, por lo que no hay un criterio vinculante que evite este alto índice de criterios disímiles que vulneran el principio de predictibilidad, pues el justiciable obtendrá un resultado en base a la forma en que se conforme la sala mixta, pudiendo algunas veces obtener un fallo con un monto indemnizatorio basado en el criterio de restitución integral, de la última remuneración ordinaria o incluso en base a la remuneración mínima vital.

**Aporte científico.** Al inicio de la presente investigación me formulé el siguiente problema general: ¿En qué nivel existen criterios disímiles para la determinación del quantum indemnizatorio por lucro cesante en procesos de despido arbitrario que afectan el principio de predictibilidad, en sentencias emitidas por la Sala Mixta - Mariscal Nieto de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el periodo 2016 al 2018?, habiendo culminado la presente investigación se ha logrado comprobar las hipótesis tanto general como específicas, por ende afirmo que en el periodo 2016 al 2018 no ha existido un criterio uniforme por parte de los Magistrados de la Sala Mixta de Mariscal Nieto sobre la base de cálculo del monto indemnizatorio por lucro cesante en casos de despido arbitrario, en una misma sala se ha emitido sentencias con criterios distintos, algunas han calculado el monto indemnizatorio en base a la remuneración ordinaria, otras en base a la

totalidad de remuneraciones y beneficios sociales de toda índole, también en base a la remuneración mínima vital, uno u otro de estos criterios varían de acuerdo a la conformación de la sala y genera gran cantidad de sentencias de vista revocando las sentencias de primera instancia, así como votos en discordia, lo que en un alto nivel afecta el principio de predictibilidad y certeza en el derecho.

Respecto del quantum del lucro cesante se puede indicar que este concepto constituye la falta de incremento por el daño, es decir aquello que el trabajador deja de ganar a causa del acto dañino (despido) o aquello que pudo haber ganado pero no lo hizo por causa del daño, para todo efecto está constituido por lo dejado de ganar por el periodo que duró el despido, entonces, al tratarse de procesos de indemnización, cuya naturaleza es distinta a procesos de pago de remuneraciones dejadas de percibir, es posible tomar las mismas como referencia para el quantum indemnizatorio, cuidando que el lucro cesante no se asimile a las remuneraciones no canceladas o caídas pero que tampoco se aleje de la naturaleza resarcitoria conforme a la realidad económica alcanzada por cada trabajador (no podría considerarse a todos los trabajadores en una base mínima legal), así, con valoración equitativa, para restablecer, en la medida de lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, es razonable utilizar como base de cálculo la última remuneración ordinaria que percibió el trabajador demandante.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1.- Conclusiones.

**Primera.-** En el periodo 2016 al 2018 en un nivel alto los Jueces de la Sala Mixta de Mariscal Nieto han emitido sentencias de indemnización por lucro cesante derivados de despidos arbitrarios con criterios disímiles para la determinación del quantum indemnizatorio. Estos criterios son tres: 1) Criterio basado en la última remuneración ordinaria previa al despido (63.33%). 2) Restitum integrum o restitución integral (23.33%), esto es considerando la remuneración ordinaria y todo beneficio económico que le correspondería al trabajador como si nunca hubiera existido el despido. 3) Criterio basado en la remuneración mínima vital vigente a la fecha de cálculo (5%).

**Segunda.-** La diversidad de criterios que en forma directa han utilizado los Magistrados de la Sala Mixta de Mariscal Nieto vulnera el principio de predictibilidad, lo que se evidencia con la existencia de sentencias que revocan la sentencia de primera instancia precisamente en el extremo del monto indemnizatorio y la base de su cálculo (48%) y otras que contradictoriamente las confirman (44%), así como el gran número de votos en discordia, tanto en las sentencias que fijan el monto indemnizatorio en base al criterio de

restitución integral (63%) como en las que lo determinan en base a la remuneración ordinaria y la remuneración mínima vital (37%), lo que genera incertidumbre en los justiciables, pues dependiendo de la conformación de la sala mixta tendrán una sentencia basada en uno u otro criterio.

**Tercera.-** No existe un precedente con carácter vinculante respecto de la base de cálculo de la indemnización por lucro cesante, pues las sentencias de la Sala Mixta sustentan sus criterios disímiles en diversas sentencias casatorias de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, las que también contienen criterios diversos, lo que conlleva a que los Jueces de inferiores instancias adopten indistintamente uno u otro criterio (restitutium integrum, remuneración ordinaria y en algunos casos hasta la remuneración mínima vital), creando incertidumbre entre los justiciables.

## **5.2.- Recomendaciones.**

**Primera.-** Es necesario que los Magistrados de la Sala Mixta de Mariscal Nieto unifiquen criterios respecto a la base de cálculo para determinar el quantum indemnizatorio por lucro cesante derivado de despidos arbitrarios; a fin de no arribar a posiciones diversas que afecten el principio de predictibilidad o seguridad jurídica, pues ante casos similares, los Jueces deben adoptar un mismo criterio. Dada la naturaleza resarcitoria de la indemnización por lucro cesante, el parámetro razonable a tomar en cuenta debe ser el de efectuar el cálculo en base a la última remuneración ordinaria, ya que este criterio no se equipara al pago de remuneraciones caídas ni a pago por trabajo no realizado ni se aleja demasiado de la intención resarcitoria como ocurre en el caso del criterio basado en la remuneración mínima vital.

**Segunda.-** Resulta recomendable que se convoque a un Pleno Casatorio Laboral que unifique los criterios con carácter vinculante para todos los Órganos Jurisdiccionales del país, lo que incluye a la Sala Mixta de Mariscal Nieto cuyas sentencias se han analizado en este trabajo de investigación, ya que la fecha se ha llevado a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2019 el que concluyó que: “el daño patrimonial invocado a título de lucro cesante, debe ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir”, es sabido que los plenos jurisdiccionales son foros en los que Jueces de igual jerarquía y especialidad se reúnen para concordar jurisprudencia, en el caso del Pleno Laboral referido se llevó a cabo con la concurrencia de los jueces superiores del País, así pues, la función otorgada a los mismos mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es de “concordar jurisprudencia” no puede equipararse a la fuerza vinculante que se les atribuye a los Plenos Casatorios, tanto más que al haber sido acordado entre Jueces

Superiores podría no ser necesariamente un referente obligatorio para los jueces de primera instancia, lo que no soluciona la vulneración al principio de predictibilidad, pues los mismos pueden apartarse del acuerdo al no haber sido partícipes y motivar criterio distinto, por ello es que considero urgente y necesario que se lleve a cabo un pleno casatorio laboral, considerando la cantidad de procesos de indemnización por lucro cesante por despidos arbitrarios que existen en el país y específicamente en Moquegua.

**Tercera.-** Se recomienda convocar a un Pleno Regional entre los Magistrados de las salas mixtas de las provincias de Ilo y Moquegua, a fin de unificar criterios respecto de la determinación del quantum por lucro cesante, ello en razón de que son estos Jueces quienes resuelven en última instancia en el distrito judicial de Moquegua los asuntos en materia laboral.

## BIBLIOGRAFÍA

- alicia.concytec.gob.pe.* (2014). Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de Record/ULAS[https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/\\_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8)
- alicia.concytec.gob.pe.* (2016). Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de Record/ULAS[https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/\\_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8)
- alicia.concytec.gob.pe.* (2017). Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de Record/ULAS[https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/\\_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8)
- Aycachi, O. F. (2017). *lareferencia.info*. Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de <http://www.lareferencia.info/vufind/Search/Results?lookfor=LA+DIVERSIDAD+DE+CRITERIOS+DE+LOS+MAGISTRADOS+SOBRE+EL+DELITO+DE+ESTAFA+Y+SU+INFLUENCIA+EN+EL+PRINCIPIO+DE+SEGURIDAD+JURÍDICA%2C+HUÁNUCO+--+2015&type=AllFields>
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2006). *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Ara Editores.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (s.f.). La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional. *Derecho y Sociedad*.
- Concepción, E. S. (2010). *lareferencia.info*. Recuperado el 30 de Setiembre de 2019, de <http://www.lareferencia.info/vufind/Search/Results?lookfor='El+recurso+de+agravio+constitucional+en+las+sentencias+estimatorias+y+el+principio+de+predictibilidad.+Análisis+jurisprudencial+constitucional+del+periodo+2010+--+2016'+&type=AllFields>
- DE CUPIS, A. (1975). *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona.
- DE LO HEROS, A. y. (s.f.). *Manual de Jurisprudencia Laboral*. HM Ediciones S.A, Tomo I.
- Flores, A. L. (2017). *alicia.concytec.gob.pe*. Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de Record/ULAS[https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/\\_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/_9df3ff7f1eeb7828930d0b0132f0bef8)
- Grisolia, J. A. (2004). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lexis Nexis.
- lareferencia.info*. (2017). Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de <http://www.lareferencia.info/vufind/Search/Results?lookfor=LA+DIVERSIDAD+DE+CRITERIOS+DE+LOS+MAGISTRADOS+SOBRE+EL+DELITO+DE>

+ESTAFA+Y+SU+INFLUENCIA+EN+EL+PRINCIPIO+DE+SEGURIDAD+JURÍDICA%2C+HUÁNUCO+--+2015&type=AllFields

LÉRTORA NEYRA, D. J. (2017). *INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL ANTE DESPIDO ARBITRARIO*. Recuperado el 19 de Diciembre de 2018, de <http://blogderecho.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2017/06/INDEMNIZACION-POR-DANO-MORAL-ANTE-DESPIDO-ARBITRARIO.pdf>

MONTOYA MELGAR, A. (1990). *Derecho del Trabajo*. Madrid: TECNOS.

MONTOYA MELGAR, A. (2001). *DERECHO DEL TRABAJO*. Madrid: TECNOS.

NEVES MUJICA, J. (1993). La estabilidad y el proyecto constitucional. *Coyuntura Laboral* N° 79, 2.

ORTIZ ARCE, E. (2015). *La nulidad del Despido lesivo de derechos constitucionales*. UBI LEX.

ORTIZ ARCE, E. (2015). *LA NULIDAD DEL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES*. Ubi Lex.

*www.lareferencia.info*. (2010). Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de [http://www.lareferencia.info/vufind/Search/Results?lookfor="El+recurso+de+agravio+constitucional+en+las+sentencias+estimatorias+y+el+principio+de+predicibilidad.+Análisis+jurisprudencial+constitucional+del+periodo+2010+-+2016"&type=AllFields](http://www.lareferencia.info/vufind/Search/Results?lookfor=)

*www.lareferencia.info*. (2015). Recuperado el 30 de setiembre de 2019, de <http://www.lareferencia.info/vufind/Search/Results?lookfor=LA+DIVERSIDAD+DE+CRITERIOS+DE+LOS+MAGISTRADOS+SOBRE+EL+DELITO+DE+ESTAFA+Y+SU+INFLUENCIA+EN+EL+PRINCIPIO+DE+SEGURIDAD+JURÍDICA%2C+HUÁNUCO+--+2015&type=AllFields>