

**“UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA VULNERACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL CONTRACTUAL POR LA DEDUCCIÓN DE LOS INGRESOS
PERCIBIDOS POR EL TRABAJADOR DURANTE EL CESE
ARBITRARIO SOBRE EL DAÑO PATRIMONIAL CAUSADO”**

TESIS

Presentado por:

Bach. Hugo Jean Pierre Vargas Cuba

Código ORCID: 0009-0005-8966-1060

Asesor:

Mag. Juan Enrique Sologuren Álvarez

Código ORCID: 0000-0002-9910-842X

Para obtener el título profesional de:

ABOGADO

TACNA - PERÚ

2026

**“UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA VULNERACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL CONTRACTUAL POR LA DEDUCCIÓN DE LOS INGRESOS
PERCIBIDOS POR EL TRABAJADOR DURANTE EL CESE
ARBITRARIO SOBRE EL DAÑO PATRIMONIAL CAUSADO”**

TESIS

Presentado por:

Bach. Hugo Jean Pierre Vargas Cuba

Código ORCID: 0009-0005-8966-1060

Asesor:

Mag. Juan Enrique Sologuren Álvarez

Código ORCID: 0000-0002-9910-842X

Para obtener el título profesional de:

ABOGADO

TACNA- PERÚ

2026

PÁGINA DEL JURADO

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

Tesis

**“LA VULNERACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL CONTRACTUAL POR LA DEDUCCIÓN DE LOS INGRESOS
PERCIBIDOS POR EL TRABAJADOR DURANTE EL CESE
ARBITRARIO SOBRE EL DAÑO PATRIMONIAL CAUSADO”**

Presentado por:

Bach. Hugo Jean Pierre Vargas Cuba

Tesis aprobada el día 22 de junio del año 2026; ante el siguiente jurado:

PRESIDENTE:

Mag. Edgard Daniel Arias Cutipa

SECRETARIO:

Dra. Robles Vasallo, Lesly Guisela

VOCAL:

Mag. Martin Eduardo Gonzales Laguna

ASESOR:

Mag. Juan Enrique Sologuren Álvarez

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo, **Hugo Jean Pierre Vargas Cuba**, en calidad de Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, identificado con DNI: 77150563. Soy autor del texto titulado:

“LA VULNERACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR LA DEDUCCIÓN DE LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR EL TRABAJADOR DURANTE EL CESE ARBITRARIO SOBRE EL DAÑO PATRIMONIAL CAUSADO”

DECLARO BAJO JURAMENTO:

Ser el único autor del texto entregado para obtener el Título Profesional de Abogado, teniendo como asesor(a) al Mag. Juan Enrique Sologuren Álvarez, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

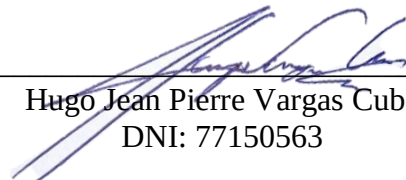
Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 12% de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que la información presentada ha sido obtenida respetando la legislación vigente, es verídica y soy conocedor de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Tacna, 22 de junio del 2026



Hugo Jean Pierre Vargas Cuba
DNI: 77150563

DEDICATORIA

A mamá, papá y a mis hermanos, por
confiar y creer en mí, y a toda mi familia
por brindarme motivación y apoyo
moral.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD.....	5
DEDICATORIA	7
ÍNDICE DE CONTENIDOS	8
ÍNDICE DE TABLAS	15
ÍNDICE DE FIGURAS.....	16
RESUMEN.....	17
PALABRAS CLAVES:	17
ABSTRACT.....	18
KEYWORDS:	18
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA.....	19
1.1. EL PROBLEMA:.....	19
1.2. FORMULACIÓN DE INTERROGANTES.....	20
1.2.1. Problema General.....	20
1.2.2. Problemas específicos	20
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:	21
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.5. HIPÓTESIS.....	22
1.5.1. Hipótesis general	22
1.5.2. Hipótesis específicas	22
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA.....	24
2.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	24
2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	24
2.3. FUENTES DE INFORMACIÓN	24
2.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS...24	
2.4.1. Técnicas.....	25
2.4.2. Instrumentos	25
2.5. MÉTODO DE ANÁLISIS.....	25

CAPITULO III: MARCO REFERENCIAL	26
3.1. ANTECEDENTES DE LA MATERIA DE INVESTIGACIÓN	26
3.1.1. Antecedentes Regionales.....	26
3.1.2. Antecedentes Nacionales.....	27
3.1.3. Antecedentes Internacionales	28
3.2. BASES TEÓRICAS.....	29
3.2.1. El contrato	29
3.2.2. El trabajo	30
3.2.3. El Contrato de Trabajo	31
3.2.4. Indemnización y Resarcimiento	34
a. Indemnización y Resarcimiento en el Derecho Laboral.	35
3.2.5. Principio a la Reparación Integral.....	37
3.2.6. El derecho al Trabajo	40
CAPÍTULO IV: CATEGORÍAS JURÍDICAS	42
4.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	42
4.1.1. Nociones generales.....	42
4.1.2. Elementos de la Responsabilidad Civil.....	43
a. La Antijuridicidad.	43
b. El Daño.	44
c. La Relación Causal.	45
d. Factor de Atribución.	45
4.1.3. Responsabilidad Civil Contractual en Materia Laboral	45
a. La Antijuridicidad.	46
b. El Daño.	47
c. La Relación Causal.	48
d. El Factor de Atribución.....	49
4.2. CLASES O TIPOS DE DESPIDOS EN EL PERÚ.....	50
4.2.1. El Despido Nulo	51

4.2.2. El Despido Arbitrario	52
a. Incausado.....	52
b. Injustificado.	52
4.2.3. Despido Fraudulento	53
4.2.4. Despido de Hecho	54
4.3. MARCO LEGAL LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL	54
4.3.1. En Nuestra Legislación	54
4.3.2. En la Legislación Internacional.....	55
4.3.3. Aplicación Legal de la Indemnización por Despido	56
a. Pronunciamiento Internacional.	56
b. Pronunciamiento Nacional.....	58
4.4. ANÁLISIS PLENARIO, CUESTIONAMIENTOS A UNA POSTURA MAL APLICADA	59
4.4.1. Pleno Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2019	59
4.5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL; PRONUNCIAMIENTOS CONTROVERTIDOS Y EL FORTALECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	65
4.5.1. Cimientos Jurisprudenciales para una Modificación de Criterios.....	65
a. Casación Laboral N.º 12149-2020 Tacna.	65
b. Casación Laboral N.º 10956-2017 Tacna	70
c. Sentencia de Vista del Expediente Laboral 1312-2014.	73
d. Casación Laboral N.º 28523-2022 Lima.....	75
4.6. COLISIÓN ENTRE INSTITUCIONES JURÍDICAS: ¿UNA PARCIALIDAD JUDICIAL?	81
4.6.1. Criterio Judicial Pro-Empleador: La Prevalencia de la Disparidad en las Relaciones de Trabajo y su Extensión en Sede Jurisdiccional.....	81

4.6.3. El Ejercicio del Derecho al Trabajo y su Uso como Eximente de la Responsabilidad Civil Contractual.....	85
4.6.4. El Deber de Mitigación del Daño.....	87
a. La Mitigación del Daño en el Derecho Internacional Comercial.	90
b. El Deber de Mitigación del Daño en la Legislación Externa.....	91
b.1. Código Civil de Italia.	92
b.2. Código Civil de Colombia.	96
b.3. Código Civil de Chile.	102
b.4. Código Civil de Argentina.....	105
c. El Deber de Mitigación en el Perú.	109
c.1. La Mitigación no es Aplicable a la Indemnización.	110
c.2. Evitación y Mitigación, la Confusión del Legislador.	110
c.3. Diligencia Ordinaria como Elemento Delimitador de la Mitigación.	114
c.4. El Acuerdo de las Partes de No Mitigar.	117
c.4. El Deber de Mitigar en la Jurisprudencia Peruana.	119
d. La Mitigación como Parte Integrante del Daño Emergente.....	122
e. Deber de Mitigación en el Derecho Laboral.	125
e.1. En Sede Internacional Laboral.....	126
e.2. La Mitigación en el Derecho Laboral de Italia.	128
e.3. La Mitigación en el Derecho Laboral de Colombia.	131
e.3. La Mitigación en el Derecho Laboral de Chile.....	136
e.4. La Mitigación en el Derecho Laboral de Argentina	141
e.5 La Mitigación en el Derecho Laboral Peruano.	145
4.7. PROTECCIÓN A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN EL DERECHO LABORAL, INCIDENCIAS Y ALTERNATIVAS.....	149
4.7.1. La Relevancia del Trabajo del Hombre para el Estado y Para Sí	150

4.7.2. El Derecho Tuitivo Laboral, el Principio Indubio Pro Operario, y el Principio pro Homine, ¿Son irrelevantes para el resarcimiento laboral?	152
a. Derecho Tuitivo Laboral.	152
b. El Principio Pro Operario.	153
c. Norma más Favorable.	154
4.7.3. El Enriquecimiento Indebido ¿Una Excusa Argumentativa?	157
a. Enriquecimiento Indebido.	158
b. Elementos del Enriquecimiento Indebido.	160
b.1. Enriquecimiento.	160
b.2. El Daño o Empobrecimiento.	160
b.3. Relación Entre el Enriquecimiento y el Empobrecimiento.	161
b.4. La Ausencia de Causa Justa del Enriquecimiento.	162
b.4. La Subsidiaridad o Ausencia de Acción Útil para Remediar el Perjuicio	163
c. ¿Es una Excusa el Enriquecimiento Indebido para Desmejorar el Resarcimiento Laboral?	164
c.1. Respecto al Enriquecimiento.	164
c.2. Respecto al Empobrecimiento o Daño.	165
c.3. Respecto a la Relación entre el Enriquecimiento del Trabajador y el Empobrecimiento del Empleador.	165
c.4. Respecto a la Ausencia de la Causa Justa del Enriquecimiento.	165
c.5. Respecto a la Subsidiaridad o Ausencia de Acción Útil para Remediar el Enriquecimiento.	168
4.7.4. La Remuneración y el Resarcimiento: ¿Equiparables o No?	170
a. El Resarcimiento.	170
b. La Remuneración.	171

c. Distinción entre Resarcimiento y Remuneración.....	171
d. Punto de Convergencia del Resarcimiento y la Remuneración.	175
4.7.5. Subsistencia del Daño a Causa del Empleador, la Reinstalación Precatoria como Alternativa Mitigadora	176
a. Subsistencia del Daño.	177
a.1. La Prolongación del Daño por Parte del Empleador.	179
a.2. De la Acción Previa y Posterior Mitigación por Parte del Trabajador.	179
b. Inacción del Empleador, Reinstalación Precatoria como Medida Mitigadora.....	180
b.1. Medida Cautelar Fuera del Proceso.....	181
b.2. Medida Cautelar Dentro del Proceso.....	181
b.3. Medida Cautelar Especial.	182
b.4. Ejecución Anticipada de Sentencia.	182
b.5. Etapa de Ejecución.	183
c. De los Efectos Adversos de la Reinstalación Precatoria para el Empleador.....	184
c.1. La Afectación Presupuestal y el Principio de Legalidad. ..	185
c.2. La Afectación a la Facultad de Dirección y la Libertad de Contratación.	187
4.7.6. La Valida Deducción Inimputable al Obligado y el Debido Calculo Resarcitorio	191
a. La Carga Procesal.	192
b. El Incremento del Lucro a Costa el Daño.	195
c. La Disminución de los Efectos del Daño.	196
d. La Ganancia Neta; los Gastos Incurridos para la Obtención de la Ganancia.	197
d.1. La Identificación de los Gastos y la Ganancia Neta en la Remuneración.	198

e. El Debido Calculo para Determinar los Daños y Perjuicios Patrimoniales.....	199
e.1. Teoría de la Identificación de los Gastos en el Restablecimiento de la Fuerza de Trabajo y el Traslado del Agente.	199
e.2. Cuando se Cumpla con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Trabajador o Acreedor.	209
e.3. Cuando se Incumpla con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Trabajador o Acreedor.	211
e.4. Cuando se Incumple con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Empleador o Deudor.	213
e.5. Cuando se Cumple con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Empleador o Deudor.	214
e.6. Cuando exista carga procesal, situaciones imprevisibles o externas no atribuibles al deudor.	216
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN.....	220
Primera Interrogante Específica	220
Segunda Interrogante Específica	221
Tercera Interrogante Específica.....	223
Cuarta Interrogante Específica	225
Quinta Interrogante Específica	226
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	231
CAPÍTULO VII. RECOMENDACIONES.....	233
REFERENCIAS:.....	234
ANEXOS: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	248

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla	1	<i>Conceptos no contemplados en el resarcimiento según los tipos de despidos.....</i>	78
Tabla	2	<i>Comparación de artículo del Código Civil de Italia y Perú</i>	93
Tabla	3	<i>Fórmula para determinar la ganancia neta mensual percibida por un trabajador.</i>	201
Tabla	4	<i>Cálculo de los ingresos previsibles mensuales de un trabajador, en base al ejemplo planteado.</i>	206
Tabla	5	<i>Cálculo de los gastos para la obtención de la ganancia mensual del trabajador, en base al ejemplo planteado..</i>	207
Tabla	6	<i>Cálculo para identificar el gasto mensual por movilidad del trabajador, en base al ejemplo planteado.</i>	207

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura	1 <i>Ganancia del trabajador computable para el cálculo de lucro cesante.</i>	61
Figura	2 <i>El deber de evitación del daño y el deber de mitigación, diferenciación en el momento en el que se practican.....</i>	113
Figura	3 <i>Los gastos incurridos en el ejercicio del deber de mitigar y la perdida por los daños como conceptos integrantes del daño emergente</i>	124
Figura	4 <i>Ejemplo de boleta de pago, para determinar la ganancia neta mensual.....</i>	203
Figura	5 <i>Deber de mitigación practicado por el trabajador.....</i>	210
Figura	6 <i>Deber de mitigación no practicado por el trabajador</i>	211
Figura	7 <i>Deber de mitigación no practicado de forma diligente por el trabajador.....</i>	212
Figura	8 <i>Deber de mitigación no practicado por el empleador.</i>	213
Figura	9 <i>Deber de mitigación practicada por el empleador por pedido del trabajador.....</i>	215
Figura	10 <i>Deber de mitigación practicado por el empleador y la reducción del resarcimiento por lucro cesante del trabajador.....</i>	216
Figura	11 <i>Periodos inimputables al empleador, deducibles al cálculo del resarcimiento por lucro cesante del trabajador.....</i>	217
Figura	12 <i>Identificación de periodos inimputables al empleador, por tal deducibles o no cuantificables en el cálculo del resarcimiento por lucro cesante.....</i>	218

RESUMEN

Esta investigación surge ante la aplicación del criterio del Tema I del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2019, el cual se adoptó por mayoría la postura que establece descontar aquellos ingresos que el trabajador perciba durante el periodo del despido arbitrario, la línea de investigación de la presente tesis es de “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas” fijada por esta casa de estudios, al abordar materias del derecho civil y derecho laboral en relación a los trabajadores con el propósito de formar un pensamiento fortalecido en el debido resarcimiento y el respeto a la institución de la responsabilidad civil contractual. Se ha empleado la metodología de investigación de corte dogmático-puro, con el diseño de recolección y análisis de información documental, extraída de leyes, doctrina, libros, repositos, jurisprudencia entre otros, cuya técnica de recolección empleada es la lectura, estudio y análisis documental utilizando instrumentos como las fichas bibliográficas y de jurisprudencia, con método de análisis exegéticos y sistemático, llegando a la conclusión de que en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios, a causa del despido arbitrario sufrido por los trabajadores, se han vulnerado la institución de la responsabilidad civil contractual al deducirse o descontarse del monto por resarcimiento del lucro cesante aquellos ingresos que el trabajador despedido a adquirido durante el periodo de cese, pese a que estos ingresos son necesarios para su propia subsistencia, vulnerándose así el derecho al trabajo, el rol tuitivo del estado, y el debido resarcimiento, prevaleciendo en sede judicial la disparidad entre trabajador y empleador, al practicarse un indebido calculo por lucro cesante y un favorecimiento evidente al agresor/empleador en los pronunciamientos judiciales.

PALABRAS CLAVES: Debido Resarcimiento Laboral, Lucro Cesante, Daño Patrimonial, Deber de Mitigación del Daño Laboral, Responsabilidad Civil Contractual, Deducción de los Ingresos Percibidos

ABSTRACT

This research arises from the application of the criterion of Topic I of the 2019 National Labor and Procedural Jurisdictional Plenary, which adopted by majority the position that establishes to deduct those incomes that the worker receives during the period of arbitrary dismissal, the line of research of this thesis is of “Peace, Justice and Solid Institutions” established by this house of studies, when addressing matters of civil law and labor law in relation to workers with the purpose of forming a strengthened thought in the due compensation and respect for the institution of contractual civil liability. The research methodology employed was purely dogmatic, with a design for collecting and analyzing documentary information extracted from laws, doctrine, books, repositories, jurisprudence, and other sources. The collection technique used was reading, studying, and analyzing documents using instruments such as bibliographic and jurisprudential index cards, with an exegetical and systematic method of analysis. The conclusion reached was that in labor lawsuits for damages resulting from arbitrary dismissal of workers, the institution of contractual civil liability has been violated. This is because the income acquired by the dismissed worker during the period of termination is deducted from the compensation amount for lost profits, even though this income is necessary for their subsistence. This violates the right to work, the protective role of the state, and the right to due compensation. Furthermore, the disparity between worker and employer prevails in court due to an improper calculation of lost profits and a clear bias towards the employer. aggressor/employer in judicial pronouncements.

KEYWORDS: Due to Labor Compensation, Loss of Profits, Pecuniary Damage, Duty to Mitigate Labor Damage, Contractual Civil Liability, Deduction of Income Received

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA:

1.1. EL PROBLEMA:

Se ha identificado la problemática en la vulneración a la institución jurídica de la responsabilidad civil contractual, siendo que la misma se encuentra presente en nuestra legislación de manera antiquísima, sin embargo, sus alcances han sido distorsionados en función a la convergencia con el derecho laboral; pues como conocimiento general y casi de la propia lectura de su denominación, se entiende que esta institución es aplicada ante el incumplimiento de algún acuerdo contractual, buscando el agraviado ser resarcido por tal conducta. La presente investigación abarca esta institución jurídica, en su aplicación con el derecho laboral, esto en mérito al incumplimiento contractual entre el empleador y su trabajador, concretamente al ser este último cesado de manera irregular, arbitraria o injustificadamente; la problemática que se busca abordar surge en la convergencia entre este hecho material, el despido, con la trasgresión a la institución de la responsabilidad civil contractual, la indemnización por los daños producto del despido; descrito este parámetro inicial, conviene desarrollar como es que el derecho civil y el derecho laboral confluyen en un proceso judicial y colisiones de manera negativa, con la aprobación legal del juzgador.

El proceso de indemnización de daños y perjuicios por despido arbitrario nace, en su gran mayoría, luego de concluido el proceso de reposición laboral u otro análogo que en fondo busca la reposición del trabajador por el despido acaecido contra este, concluida la litis y al obtenerse sentencia favorable con calidad de cosa juzgada, se tramita vía proceso ordinario laboral la demanda de indemnización de daños y perjuicios por despido o cese arbitrario; durante la etapa postulatoria de este proceso la parte demandada solicita oficiar a la SUNAT y a ESSALUD a fin de que estas remitan información que permita verificar si durante el periodo de tiempo en el cual el trabajador se encontraba cesado, este contaba con ingresos económicos, esto es haber trabajado en otra entidad pública o privada, extendiéndose a cualquier ingreso que pudiera verse reflejado en los registros de la SUNAT como lo es también el ejercicio independiente de la profesión; siendo que

al contar con resultados que señalen que el trabajador si habría percibido ingresos o si se encontraba afiliado (respectivamente), el juzgador que conoce la causa motivan su sentencia, descontando las ingresos que el trabajador habría percibido durante el periodo de cese, ello en aplicación del acuerdo adoptado en el Tema I por el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019 o Pleno Laboral del 2019, en base a una interpretación que considero errónea el cual vulneraría el Artículo 1321 sobre “Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable” del Código Civil, transgrediendo además el derecho a la responsabilidad civil contractual, el derecho al debido resarcimiento por los daños causados, y el derecho al trabajo; generándose indirectamente una protección judicial superior al empleador y consecuentemente la vulneración de los derechos al trabajador agraviado.

1.2. FORMULACIÓN DE INTERROGANTES

1.2.1. Problema General

¿Se vulneraría la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado al trabajador?

1.2.2. Problemas específicos

¿Cómo la institución de la responsabilidad civil se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios?

¿De qué manera de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario reduce la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor?

¿De qué forma la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario afecta el derecho a la reparación integral?

¿Cómo el ejercicio del derecho al trabajo es un eximente de responsabilidad contractual patrimonial en favor del empleador victimario?

¿De qué manera es respetuoso de los derechos del trabajador el acuerdo adoptado en el tema I del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019 para los procesos de indemnización por daños y perjuicios?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

El presente trabajo de investigación se llevó a cabo por su marcada relevancia jurídica y social; en su aspecto jurídico, demuestra que la postura adoptada en el Tema I del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019 respecto al cálculo de la indemnización por daños y perjuicios en el extremo del lucro cesante o daño patrimonial se habría estimado el descuento por los ingresos percibidos durante el periodo de afectación, generando con ello una vulneración a la responsabilidad contractual, el debido resarcimiento por el daño causado y el derecho al trabajo. En el aspecto social, se deja en evidencia la afectación directa a la parte demandante o el trabajador, quien como cualquier ciudadano que ejerce su derecho de acción, busca tutela procesal efectiva en el sentido de ser amparado judicialmente el resarcimiento por un acto violatorio a sus derechos, como lo es el despido arbitrario, impidiendo con este errado criterio adoptado así como de su aplicación genere un desconcierto en el acceso a la justicia, resaltando la desigualdad y la postura jerárquicamente superior del empleador.

La utilidad de la presente investigación, es generar un aporte teórico, pues analiza el criterio adoptado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019, además es útil por su aporte académico-jurídico, tanto a las venideras investigaciones relacionadas en materia laboral, así como a los agentes judiciales, litigantes y estudiosos del derecho que buscan potenciar su conocimiento en torno a la institución procesal de la responsabilidad civil en el proceso laboral.

La presente investigación es importante porque genera un aporte de científico legal al lector, contribuyendo al desarrollo y aplicación de la institución procesal de la tutela procesal efectiva, en el extremo del máximo respeto al principio del debido resarcimiento por el daño causado y el derecho al trabajo; así como enervar los posibles defectos que se puedan presentar en la práctica legal generados.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

Determinar si se vulneraría la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos por el trabajador durante el

cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado.

1.4.2. *Objetivos específicos*

- Analizar cómo la institución de la responsabilidad civil se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios.
- Identificar de qué manera los ingresos percibidos durante el cese arbitrario reducen la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor.
- Analizar de qué forma la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario afecta el derecho a la reparación integral.
- Determinar cómo el derecho al trabajo es un eximente de responsabilidad contractual patrimonial en favor del empleador victimario.
- Analizar de qué manera es respetuoso de los derechos del trabajador agraviado el acuerdo adoptado en el tema I Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2019 para los procesos de indemnización por daños y perjuicios.

1.5. HIPÓTESIS

1.5.1. *Hipótesis general*

Existe vulneración a la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos por el trabajador durante el cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado.

1.5.2. *Hipótesis específicas*

- La institución de la responsabilidad civil no se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios.
- Los ingresos percibidos durante el cese arbitrario no reducen la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor.
- La deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario afecta el derecho a la reparación integral.
- El derecho al trabajo no es eximente de responsabilidad contractual patrimonial en favor del empleador victimario.

- No es respetuoso de los derechos del trabajador agraviado el acuerdo adoptado en el Tema I Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2019 para los procesos de indemnización por daños y perjuicios.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación, es una de corte dogmático, en merito al análisis y el estudio de las categorizaciones jurídicas desarrolladas. Aunado a ello De la Calle y Gil (2015, pp. 32-33) describen las clasificaciones que se abordan en la presente, así tenemos.

Por los objetivos de la investigación, entendiéndose la naturaleza del mismo, es una de tipo puro, al ser esencialmente de análisis teórico.

Por la forma de recolección de información, se trata de una investigación documental, al extraerse de fuentes formales, y no ceñirse en la recolección de datos atribuida a una muestra o población.

2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación, al tratarse de un estudio dogmático - jurídico, de tipo puro, con recolección de información documental, no busca bajo ningún concepto el tratamiento de datos estadísticos o la intervención directa del investigador con los elementos estudiados, la presente posee un diseño no experimental, al no tener la necesidad ni la intencionalidad de una injerencia en las categorías jurídicas estudiadas ni requerirse la participación de sujetos externos o muestras para tal fin, de esta forma lo refiere Kerlinger. (1979, p.116, citado por Hernández et al., 2010).

2.3. FUENTES DE INFORMACIÓN

Por fuentes de información, se basará en una investigación documental, al procesar, analizar e interpretar, toda información extraída de leyes, doctrina, publicaciones, libros, revistas, repositorios, vestigios, pronunciamientos judiciales, y demás fuentes que ostentan dicha categoría; información medular que sirvió para el desarrollo del presente estudio.

2.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.4.1. Técnicas

A consideración de la naturaleza propia de la presente investigación, se tiene como técnica de recolección de datos, aquellos que se desprenden de la revisión, lectura, estudio y análisis de documentales, entre estos las distintas posturas doctrinarias, la legislación y su aplicación, así decisiones adoptadas y reflejadas en la jurisprudencia sobre la materia de estudio.

2.4.2. Instrumentos

Por la técnica aplicada y la naturaleza de la investigación se utilizó la ficha de análisis documental, fichas bibliográficas, fichas de jurisprudencia, lo que ayudo a llevar el control necesario de la información recolectada respecto al tema que es materia de investigación.

2.5. MÉTODO DE ANÁLISIS

En la presente investigación se recurrirá a distintos métodos de investigación jurídica, que parten del Método Dogmático el cual es el pilar central del estudio, se recurre a la doctrina, a la jurisprudencia y las leyes, en referencia a los objetivos planteados para el desarrollo de la investigación y las categorías jurídicas, de esta forma se plantea:

- Método Exegético: aplicada al estudio de la norma, y su efectiva significación para la legislación al momento de su promulgación y las consecuencias de su aplicación, en consonancia con los objetivos propuestos
- Método Sistémico: Para una interpretación más amplia y armónica de la norma en relación a la temporalidad de la misma, sus antecedentes y su relación conjunta con el ordenamiento Jurídico Nacional, conforme a los objetivos en la presente investigación.

CAPITULO III: MARCO REFERENCIAL

3.1.ANTECEDENTES DE LA MATERIA DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Antecedentes Regionales

A nivel local-regional, se ha podido recolectar investigaciones realizadas en las diversas casas de estudios superiores de esta región, a fin de poder acrecentar la densidad de información al presente, en relación a la materia de la presente investigación que versa en parte sobre la indemnización por daños y perjuicios en materia laboral, en el extremo del quantum indemnizatorio, siendo relevante su inclusión a la presente.

Con ello resaltamos como antecedente nacional, la investigación titulada “El quantum de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante derivado del despido incausado o fraudulento en los juzgados de trabajo de la corte superior de justicia de Tacna en los años 2015-2017” realizada por Mayta (2020) el cual versa sobre la investigación tuvo como objetivo el conocer el proceso de determinación del quantum de la indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento en los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia de Tacna, adoptando un enfoque cualitativo; y que concluye que: en la Corte Superior de Justicia de Tacna, el quantum de la indemnización por lucro cesante se determina con el cálculo de la remuneración que percibía el trabajador al momento del despido (conceptos fijos y permanentes) por los meses dejados de laborar.

Otro trabajo usado como referencia y a su vez como punto de apoyo en la presente investigación, fue elaborado por la ya mencionada letrada en el párrafo que precede, logrando continuar la línea investigativa en función a la indemnización laboral esta vez para optar el grado de Doctora, resultando muy relevante su inclusión de esta investigación para el desarrollo del presente, la misma está titulada como: “Insuficiente motivación de sentencias estimatorias de indemnización por daño moral - despido incausado, por no motivar quantum indemnizatorio, Juzgado de Trabajo, Tacna - 2021” realizada por Mayta (2024) su investigación es de carácter jurídico al adoptar un enfoque un racional y deductivo, el cual tiene como

objetivo principal el analizar el proceso de motivación en las sentencias estimatorias que fijan el quantum pecuniario indemnizatorio sobre daño moral por despido incausado en los Juzgados laborales de Tacna durante los años 2018-2019; la cual posee como población de estudio 150 sentencias del Juzgado Laboral de Tacna, y a los jueces del juzgado de trabajo y la sala laboral de Tacna, docentes universitarios, abogados de libre ejercicio y dos estudiantes de posgrado, concluyendo que se comprueba que es insuficiente la motivación en las sentencias sobre daño moral por despido incausado no permite una estimación justa del quantum indemnizatorio en los juzgados laborales de Tacna durante los años 2018-2019.

3.1.2. Antecedentes Nacionales

Se ha logrado ubicar investigaciones en sede nacional, relacionados al presente tema, en lo que respecta a la indemnización por daños y perjuicios en materia laboral, el cual ha servido de inspiración, así como referencia para lograr ubicar el planteamiento del problema en la realidad jurídica del país, la investigación titula: “La indemnización tasada en los despidos inconstitucionales y la tutela jurisdiccional efectiva, 2020 – 2021” elaborada por Vidal (2021), dicho estudio tiene carácter cuantitativo y tiene como objeto principal de investigación el determinar la incidencia de la inexistencia de una indemnización tasada, como método de cuantificación del lucro cesante, derivado de los despidos inconstitucionales, en la tutela jurisdiccional efectiva; que tuvo como población el estudio de 18 sentencias de vistas y 8 entrevistas realizadas a especialistas del tema, en la cual tuvo como conclusión principal que el criterio adoptado de cuantificación del lucro cesante sí incide en la protección real de los sujetos procesales en los procesos de indemnización derivados de despidos inconstitucionales; ya que, de las sentencias analizadas, como de las entrevistas realizadas, se ha podido advertir que a partir del criterio adoptado el quantum indemnizatorio en algunos casos no satisfizo íntegramente el daño padecido, mientras que en algunos otros casos dicho quantum ha sido superior al daño sufrido.

3.1.3. Antecedentes Internacionales

En esta etapa de la investigación, se ha logrado obtener la investigación respecto al tema abordado al presente esto es la indemnización por daños y perjuicios, en el extremo del lucro cesante, la cual fue obtenida del repositorio de la Universidad de Chile, el cual titula: “Lucro cesante laboral y su reparación en la responsabilidad por accidentes del trabajo” elaborada por Neira y Zolezzi (2011), dicha investigación realizada, tuvo como objetivo general establecer los elementos y justificar jurídicamente la procedencia y reparación del lucro cesante padecido por el trabajador, como consecuencia de un accidente de trabajo imputable a la infracción del deber de seguridad que debe observar todo empleador; y, del desarrollo de la investigación, se logró concluir, entre otras, que los jueces deben considerar dos elementos para poder establecer la indemnización del lucro cesante: (a) la base de cálculo o “historia de los ingresos pasados” y (a) la proyección futura o elemento temporal del beneficio que se pierde. Ese último es el elemento de mayor complejidad, según el caso concreto y a juicio de autores contemporáneos, debe ser estimado prudencialmente por el juez.

De los antecedentes descritos de manera precedente, específicamente en los locales o regionales, se puede rescatar posiciones o pensamientos reflexivos en relación a la institución de la indemnización por daños y perjuicios con incidencia en el derecho laboral, si bien con solo la lectura del título pareciera asemejarse a la presente, el tema de fondo de las investigaciones de la letrada Mayta Cruz versan sobre el monto utilizado para el cálculo indemnización, esto es que los juzgados usan como referencia la última remuneración percibida y sobre el criterio que se usa para determinar en quantum indemnizatorio del daño moral, sin embargo, se rescatan sus ideas y postura, a fin de ejecutar el debido contraste con la postura de la presente.

Respecto a los antecedentes nacionales, el investigador Vidal Aliaga, realiza un interesante aporte, pues nos muestra una perspectiva subjetiva/crítica de la estimación por parte de los justiciables, sobre el quantum indemnizatorio que se les ha otorgado mediante una sentencia judicial, sin embargo, su investigación se hace solo en base al despido inconstitucional, es decir el despido nulo, postura que nos

parece interesante y que vitaliza parte del conocimiento aplicable a las otras formas de despido, específicamente sus consecuencias indirectas, como lo es la promoción de un proceso de indemnización por daños y perjuicios por despidos arbitrario.

Como último comentario referido a los antecedentes, me remito a lo extraído al aporte externo o internacional, en la investigación realizada por Neira y Zolezzi en la cual hace alusión al cálculo de las indemnización referido al daño patrimonial, dicho cálculo se hace en base al histórico de los ingresos pasados percibidos por el trabajador lo que se asemeja en parte del criterio adoptado por la justicia nacional los cuales se cuestiona en la presente investigación, resaltándose además la potestad prudencial que tiene el juez para la determinación del lucro cesante, siendo un aporte enriquecedor para la presente investigación.

3.2.BASES TEÓRICAS

3.2.1. *El contrato*

A fin de poder consolidar una estructura armoniosa respecto al presente tema de investigación, resulta necesario sentar las bases jurídicas conceptuales para su desarrollo, en ese sentido el contrato es el primer tópico para dar el punto de partida a la presente investigación, para tal efecto, acudimos a la matriz del derecho, pues el Código Civil (1984) en su artículo 1351 señala: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”; nuestra legislación plasma una definición de lo que se comprende por contrato, herramienta que nos permitirá forjar una estructura legal, para su aplicación en materia de derecho laboral, sin embargo, es casi elemental recurrir a doctrina calificada, Torres (2012) señala que los contratos son actos de autorregulación de los intereses patrimoniales entre dos o más partes, indicando que este acto o negocio jurídico las partes son los intereses y no necesariamente la cantidad de sujetos intervinientes (p.19) el doctrino plasma su definición de contrato reflejada en la intencionalidad que poseen los sujetos al momento de celebrar un contrato, individualizando esta intención y denominándola “parte”, por otro lado, Taboada (2002) con una denotada negativa al concepto fijado por nuestro

código civil, resalta que el contrato, es “la manifestación más importante de la autonomía privada consistente en una autorregulación de intereses privados en vista de una función considerada socialmente razonable y como tal valorada y reconocida por el ordenamiento jurídico” (p.65) entonces, el contrato al contener un acto jurídico, es abordado por la doctrina, fuera de sus distinciones o discrepancias, como en un acto de autorregulación cuya motivación es el interés particular y con propósito patrimonial, es en esta línea, además del precepto legal que se desarrollan los puntos siguientes referidos propiamente al contrato.

3.2.2. *El trabajo*

Como parte de esta investigación, resulta necesario definir lo concerniente al trabajo, trayendo a colación lo que nos dice el diccionario de la lengua española (Real Academia Española, s.f. definición 1 y 2), definiéndola como “la acción y efecto de trabajar y como una ocupación retribuida”, siendo muy genérica la misma, no está de más acudir al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual por Cabanellas de las Cuevas (2008) el cual en su acepción adjetiva define al trabajador como “fundamental y sustantivamente, quien trabaja, todo aquel que realiza una labor socialmente útil, todo aquel que cumple un esfuerzo físico o mental con objeto de satisfacer una necesidad económicamente útil, aun cuando no logre el resultado”(p.113), se aprecia una definición más extensa propia de la naturaleza enciclopédica de la fuente extraída, donde destacamos el extremo “de lograrse o no el resultado”, pues en efecto, con la prestación de servicios y la aplicación de la fuerza física y mental se configura el trabajo, y en caso de no lograrse el resultado es una situación propia de una relación laboral, es decir con la existencia de la subordinación, estaríamos ante una relación de trabajo dado que esta no se encuentra estrictamente ligada al cumplimiento de un resultado inmediato o final si no que éste se puede extender durante toda la relación de trabajo; continuando con la idea previa, en el extremo de no lograrse el resultado, si bien se trataría de un trabajo, estaríamos hablando de una prestación de servicios no subordinado, pues lo que se ha buscado es el tipo de trabajo no subordinado, es el resultado final o inmediato sin que medie la instrucción del contratante, si bien estos puntos se

abordaran de manera posterior era importante no dejarlos pasar en este apartado.

Para Borrajo (2014) considera que dentro de la amplitud de acepciones que se le puede otorgar a la palabra trabajo, considerándolo como actividad, esto en su propia practica sin considerar un posible resultado final, además de poder ser una acción de prestar servicios (pp.9-19). Coincidiendo con el doctrino anteriormente aludido, sobre la amplitud de acepciones que trae consigo la palabra trabajo el maestro Vida y Molina (et al., 2009) señalan “No cabe duda que de todas estas acepciones la de mayor significación jurídica es la que identifica el trabajo como un tipo de actividad o prestación de servicios” (pp. 7-8) la cual concretiza de manera simplificada.

Si bien la presente investigación no está referida al tema del trabajo (en estricto), tampoco se busca cuestionar o generar una nueva discusión al respecto, sin embargo, no está demás rescatar lo que los doctinos aluden, así como de las propias definiciones que se encuentran en las obras y publicaciones, a fin de contrastar con el conocimiento adquirido y la perspectiva individual, convengo en definir al trabajo como el uso de la fuerza física o intelectual, de uso conjunto, con la aplicación en mayor medida de una de ellas en relación a la otra, cuyo propósito es obtener beneficios directos para si e indirectos para terceros, como pudiera ser el beneficio económico (dinero líquido) o beneficios de alimentación (productos) y beneficio de intercambio (la reciprocidad de acciones), el cual se practica a total libertad por el ejecutor de la acción.

3.2.3. *El Contrato de Trabajo*

El contrato de trabajo es una figura jurídica que posee características particulares respecto a los elementos que la componen, en primer lugar acudimos a lo que nos dice nuestra legislación al respecto, para lo cual se tiene que precisar, que no existe una definición legal o general del mismo, sin embargo, lo más cercano es la prevista en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad laboral (D.S. N.º 003-97-TR) nos da una noción al respecto, pues en su artículo 4, sobre el contrato de trabajo, menciona que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la

existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado” se observa que del mismo se desprenden los elementos del contrato de trabajo, mas no se aluden a alguno de los elementos que nos menciona el Artículo 1351 del Código Civil, sirviéndonos a presumir que sobre lo previsto por la norma civil, se añade estos elementos del contrato de trabajo, lo cual no es precisamente exacto, reservándonos esta breve discusión en el párrafo final del presente apartado.

Resulta, además, relevante la definición de contrato de trabajo que nos brinda el doctrino Toyama (2015), quien señala:

El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad (servicios prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes. (p.65)

Considerando particularmente que es una definición más próxima a lo que se entiende de manera habitual por contrato de trabajo destacando lo precisado respecto a que el contrato de trabajo puede poseer las características de ser verbal, tácito y a su vez simulado, puesto que se orienta al principio de primacía de la realidad, ampliamente usado en el derecho laboral y propiamente en los procesos judiciales que buscan el reconocimiento de la relación de trabajo.

No esta demás acudir a lo que nos dice la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, en los fundamentos de la Casación Laboral N.º 321-2017-Lima, en su fundamento quinto, menciona:

El contrato de trabajo es entendido como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador, quien a su vez está obligado a pagar a favor de aquel una remuneración por los servicios prestados. (2017, p.7)

Podemos advertir una similitud en las diversas definiciones, así como lo establecido en la norma para definir contrato de trabajo, sin embargo, no coincidimos en la prevalencia de estas definiciones, en tanto a los autores y el pronunciamiento judicial.

Como se señaló de manera previa, para nuestra legislación el contrato de trabajo debe reunir tres requisitos esenciales, como son la remuneración, la prestación personal de servicios y la más relevante de estas la subordinación, sin embargo, recurriendo a la norma matriz, se tiene que el Código Civil peruano establece que el contrato versa esencialmente sobre el acuerdo de voluntades, y propiamente eso existe en los contratos de trabajo, pues las partes coinciden en lo que se estipula en dicho documento, sin embargo, no se tiene que dejar pasar que el contrato propiamente y habitualmente aplicado según las reglas del derecho civil, destaca por la propia discusión o debate entre las partes, esto es la negociación de los términos en los cuales se pretende suscribir, todo ello se desprende de la propia relación negocial, situación contraria se presenta en la relación laboral, pues como manifiesta Laura (2022) en su postulación de la *Teoría de la Integración de los Convenios*, donde señala:

El empleador era quien ofertaba su propuesta para disponer de la fuerza de trabajo de quien se subordinaba a él y, además, a través de ella se promovía la inoperancia de la negociación en el proceso de contratación, ya que imponía las condiciones del contrato y del trabajo al trabajador, mientras que, el trabajador solo terminaba adhiriéndose a ella. (p.66)

Siendo muy acertada la idea manifestada, pues en primer lugar del “contrato de trabajo” se emerge la subordinación como característica inherente del mismo, dicha subordinación se presenta incluso hasta antes de la suscripción del contrato de trabajo, al ser el empleador quien oferta sus condiciones, la duración del contrato, las obligaciones, restricciones, entre otras características, siendo el postulo a una plaza o cargo el que se somete o subordina a dichas condiciones, no existiendo una contra propuesta o modificación que pueda efectuar el trabajador; por lo que denominarlo contrato a fin de forzar su inclusión en una institución jurídica base, como la que se encuentra en el derecho civil, devela solo lo prematuro y apresurada decisión del legislador para darle respaldo jurídico, condiciendo respecto a lo que nos menciona el letrado Laura Lino, al plantear una nueva denominación para este tipo de relación entre un trabajador y el empleador, donde lo que existe realmente es un convenio individual de trabajo, siendo esta teoría novedosa, se espera por

parte de la comunidad jurídica el aporte para forjar solidez, desarrollo y difusión.

3.2.4. Indemnización y Resarcimiento

Resulta necesario establecer la distinción respecto a indemnización y resarcimiento, si bien nuestro código civil contiene ambos términos, no prevé una diferencia expresa sobre las mismas, sin embargo, de la revisión del contenido del código, se puede advertir, en la extensión de todos los artículos que alude a uno u otro termino, atreviéndonos a aseverar que el resarcimiento se encuentra comprendido dentro de la indemnización, es decir forma parte de este.

Acudiendo a doctrina calificada, Fernández (2019), contempla un término adicional en consonancia con la doctrina italiana, esto es la reparación; entonces, en primer lugar precisa que el resarcimiento está ligado al aspecto patrimonial sufrido por la víctima antes del daño, el cual se buscara restablecer; en segundo lugar la reparación esta referida al daño extrapatrimonial, la cual al no poder ser resarcidos (al no ser ciertamente un daño económico) podrán ser aliviados económicamente; en tercer lugar la indemnización, esta referida a todo concepto económico por una perdida sufrida, sin entrar al resarcimiento, es decir sin abordar el daño extrapatrimonial (p.165) la idea que plantea el doctrino resulta relevante para poder discriminar términos y conceptos, pues ciertamente la indemnización, según nuestro código, contempla dentro de sí, al resarcimiento lo que coincide en parte con la doctrina italiana que aplica Fernández, entonces se muestra que la indemnización como un eje general, aunque el código no plantea alguna diferencia precisa o exacta que pueda ayudar a diferenciar estos concepto.

En esta línea de diferenciación, se abordó el tema en el Tercer Pleno Casatorio Civil (2012), donde se discute la aplicación del Artículo 345-A del código civil, respecto a la indemnización, y donde el letrado Leysser Leon, participa como *Amicus Curiae*, precisando que la indemnización fijada en dicho artículo no tiene naturaleza resarcitoria, si no es una obligación legal (como el justiprecio en la expropiación, la indemnización al cónyuge más perjudicado, indemnización por ruptura de esponsales etc.), en ese sentido no se aplican las reglas de la responsabilidad civil, esto es los elementos que la configuran; tal postura es la

misma de la corte, descartando que la indemnización sea parte de la responsabilidad civil al no contar con todos los elementos de esta, mientras que en el resarcimiento si se halla estos elementos, estando el resarcimiento dentro de la responsabilidad civil mas no la indemnización aunque en el desarrollo de la sentencia casatoria se presentan argumentos referidos a los de la responsabilidad civil, como la causalidad o el daño, ello profiere ciertas críticas por parte de la comunidad jurídica, catalogada incluso como “una inclusión desafortunada y contradictoria” (Monroy, 2015, p. 11), por lo que, ciertamente, los sectores de la comunidad estiman que ambos términos son iguales, o poseen una suerte de sinonimia conceptual, no habiendo consenso mayoritario en estos fundamentos.

Sin embargo, excluyendo el error incurrido por la corte, en sus fundamentos vertidos en el tercer pleno civil, y rescatando el extremo de la individualización de estos términos expuestos por la doctrina y el pronunciamiento judicial, puesto que ciertamente guarda coherencia con el extremo del derecho laboral que se aborda en la presente, se condensa y considera para la presente investigación la siguiente conceptualización:

La indemnización; es aquella contemplada expresamente por ley, es decir una obligación legal que busca restituir una desigualdad generada; aunado a que en la indemnización no se cuenta con los elementos o no se supera el juicio de la responsabilidad civil, por lo que no se evalúan los mismos para otorgarla.

El resarcimiento; es aquel que no se encuentra previsto expresamente en la ley, y para su otorgamiento se tiene que superar el juicio de responsabilidad, es decir se debe cumplir con los elementos de la responsabilidad civil para otorgarla.

Entonces concluimos en este extremo precisando que la indemnización no es el resarcimiento, y que solo el resarcimiento puede cumplir con reparar el daño generado por el incumplimiento de una obligación contractual o extracontractual, ya que aborda los elementos de la responsabilidad civil en esta línea y tratándose de una investigación que aborda el derecho laboral, se traslada estos conceptos en la misma.

a. Indemnización y Resarcimiento en el Derecho Laboral. Ante la diferencia expuesta por la doctrina y la postura adoptada en la presente

investigación, ciertamente se guarda relación con los preceptos legales en materia laboral, se tiene que precisar que lo desarrollado por la doctrina seleccionada y recurrida, coincide con lo fijado por la ley de la materia, ya que al haberse discriminado entre indemnización y resarcimiento, se resalta el primero en lo establecido en la LPCL que fija montos indemnizatorios tasados o estandarizados, por ejemplo el artículo 34 y 38 de la aludida, fija que ante el despido arbitrario o nulo, se indemnizaría con una remuneración y media, por año laborado teniendo como tope doce remuneraciones, es decir se indemniza hasta por ocho años, aunque contradictoriamente (con la doctrina) en ese artículo se mencione que esa indemnización es un concepto de reparación del daño, brotando nuevamente la imprecisión de estos términos y la impericia del legislador, aunque ello pueda responder ante el reducido desarrollo de la doctrina al momento de la promulgación de la ley en materia laboral, omitiendo este extremo, se continua con la identificación de la indemnización dentro de la norma laboral, así tenemos el artículo 74 de la misma ley, que fija el mismo monto (remuneración y media mensual) hasta la culminación del contrato con un tope de doce remuneraciones. Queda claro que este monto indemnizatorio, responde solo a un desequilibrio generado por el acto de despido, y por estar contemplado en la ley.

En esa misma línea no resulta razonable ni coherente, que el pago de la indemnización por despido arbitrario cumpla una función resarcitoria, máxime si en algunos tipos de despidos identificados por el desarrollo de la doctrina, no se contempla legislativamente su tasación (como el despido fraudulento) ello significaría que los trabajadores despedidos bajo esta modalidad no obtendrían resarcimiento alguno, lo que resulta abiertamente contrario a derecho.

Entonces la indemnización legal, es decir la fijada por el legislador no cubre o repara el daño real, ya que al fijarse topes (doce remuneraciones) no estaríamos ante un efectivo resarcimiento del daño causado al trabajador, ya que no se analiza ningún elemento de la responsabilidad, se advierte que “se instrumentó un sistema tarifado que poco tenía que ver con el daño realmente causado”(Bringas, 2017, p.4), ciertamente la indemnización fijada por la norma laboral solo responde al acto mismo de despido arbitrario, el letrado Monroy (2015) señala que estas

compensaciones (es decir la indemnización) no surge como producto de haberse cumplido con los elementos de la responsabilidad civil, ya que la indemnización per se, solo es una obligación legal.(p.211)

En síntesis, la indemnización es la obligación legal por el acto de despido, no se exige el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad civil (antijuricidad, daño, nexo causal, atribución) ya que la ley expresamente fija su otorgamiento al trabajador despedido; por otro lado, el resarcimiento por despido arbitrario no busca cumplir un precepto legal, si no resarcir o reparar el daño generado ante el incumplimiento contractual, que a su vez transgrede el derecho al trabajo; y que, para otorgarse el resarcimiento se debe configurar los elementos de la responsabilidad civil.

Debe mencionarse también, que en la práctica cotidiana judicial, los justiciables así como los juzgadores, no hacen distinción sobre indemnización o resarcimiento, por lo que en el desarrollo de la investigación se aludirá a indemnización como resarcimiento cuando se esté sintetizando jurisprudencia o para fines prácticos puntuales, sin embargo, se deja sentado en este apartado que la *vulneración a la institución de la responsabilidad civil* que se estudia, es ciertamente el resarcimiento, ya que en base doctrinaria la “indemnización” no se encuentra comprendida dentro de la responsabilidad civil al no exigirse el cumplimiento de sus elementos.

3.2.5. Principio a la Reparación Integral

El principio de reparación integral es aquel que se le debe reconocer a una persona agraviada en sus derechos, por el daño que se le género y que es la parte agresora quien deberá cumplir con resarcir de manera íntegra el daño causado, a fin de que pueda cubrir en mayor medida de lo posible la totalidad del perjuicio. A fin de poder estudiar lo comprendido por reparación integral, resulta necesario revisar el Artículo 63.1 de la convención Americana de los Derecho Humanos, en la cual se reconoce daños materiales y además daños inmateriales, de la lectura del aludido artículo Rousset (2011) ha señalado que “la mejor respuesta al daño que se ha ocasionado sería el restablecimiento de las cosas al estado anterior al evento

dañoso” (p.65) si bien las reparaciones económicas sirven para que de alguna forma el daño sea superado, no es suficiente con ello, pues la reparación integral aborda no solo el aspecto económico o material, si no el aspecto inmaterial, dentro de este último puede entenderse aquella afectación emocional a la víctima, y en un punto de convergencia entre el inmaterial y material, está la restitución del derecho vulnerado, ya que al restituirlo no solo se repara un daño emocional si no el daño patrimonial futuro.

Si bien en determinados casos el derecho trasgredido no puede recuperarse o volver a su estado anterior (como puede ser las desapariciones forzosas) hay determinadas situaciones en las cuales si, momentos en los cuales la justicia no puede desaprovechar reparar el daño, esto es el restablecimiento al momento anterior al daño, lo que en sede nacional es comprendido derecho restitutorio y en materia laboral la reposición, que se da cuando un trabajador fue despedido de manera arbitraria o irregular. En esta línea se deja claro, que la reparación integral, en caso de despido, no solo es una reparación económica, sino también la restitución al puesto de trabajo; reparándose parte del daño causado, es decir se ampra (parte) de su derecho a la reparación integral en su aspecto restitutorio, y todo resarcimiento económico el aspecto reparatorio, el cual deberá también ser cubierto, en caso de que no, no estaríamos hablando de una reparación integral.

En esa misma línea, y abarcando ahora el aspecto de la reparación material, que a su vez formara un todo en la reparación integral, se tiene que señalar resarcimiento patrimonial, por su propia naturaleza no busca suplir de manera económica un derecho, pues este no es equiparable y como se señaló muchas veces irreparable; lo que realmente sucede es que se busca disipar una afectación de manera patrimonial, lo que en muchas circunstancias podría ser complicado de estimar en un proceso judicial, máxime si se trata de elementos subjetivos, como por ejemplo el daño provocado en un homicidio, el intentar resarcir esa pérdida a los familiares, resulta altamente compleja ya que responde a criterios subjetivos, al respecto nos dice la doctrinaria Naveira (2004) que:

Cuando de daños patrimoniales se trata, es posible realizar, en todo caso, dada su posibilidad de traducción a un equivalente pecuniario, una

apreciación concreta y precisa del perjuicio sufrido por el titular del interés afectado, apreciación que permite determinar el resarcimiento necesario, ya sea en forma específica, ya por equivalente, para lograr la justa equivalencia entre éste y el daño y, consecuentemente, para alcanzar la tan deseada reparación integral. (p.163)

En tanto, la situación más cercana que se pudiera lograr a fin de que la reparación alcance un nivel integral en el daño patrimonial causado, sería entonces, aquella que se asemeje en alcanzar la situación económica que pudiese haberse logrado de no generarse el despido, siempre teniendo en cuenta la certeza de aquella ganancia, como lo es un monto de remuneración el cual se percibe mensualmente por un trabajador, es certero que dicha remuneración hubiere formado parte de su patrimonio económico siempre que el vínculo laboral continúe.

Si bien lo dicho previamente, forma parte de la reparación de una persona agraviada, en caso del trabajador, para que se encuentre cubierto de manera íntegra, se tiene que mencionar que la reparación, no solo busca resarcir de forma económica por el daño sufrido, pues si bien es cierto ello ayudaría a la víctima a reponer o aliviar una afectación, no solo se trata de un aspecto patrimonial.

En ese sentido, el principio a la reparación integral buscará en medida de lo posible cubrir el daño causado por aquel que lo generó, en beneficio de la víctima; siendo que la presente investigación versa sobre la reparación civil contractual o por inejecución de obligaciones, en el ámbito del derecho laboral y a su vez en el extremo del daño patrimonial o lucro cesante, el cual resulta ser más sencillo de determinar, ya que no se estaría valorando una pérdida humana, o un daño psicológico/emocional provocado por el despido al trabajador (lo que perfectamente podría calificarse como daño moral); puesto que al existir un contrato de trabajo (o no) y la estimación cierta del pago de remuneraciones, este último puede ser usado para determinar el daño patrimonial causado y por tal lograr la reparación integral al agraviado en función a dichos ingresos remunerativos no ganados.

3.2.6. *El derecho al Trabajo*

Resultaría descuidado no precisar lo que se comprende por derecho al Trabajo, pese a reconocer que es un derecho constitucional y al poderse desprender un significado lógico por su propia mención, es necesario poder delimitarla doctrinariamente, no dejando de lado lo que nos dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su Artículo 23.1 dispone así: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y, a la protección contra el desempleo.” estableciendo una premisa general a fin de ser adoptada por los estados teniendo como matriz el derecho al trabajo y la protección al desempleo y en ese mismo sentido nuestra Constitución (1993) en su artículo 22 señala: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.” y siguiendo la premisa general de la declaración universal de los DDHH, el artículo 27 señala “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.” mencionados los artículo relevantes para este apartado de la investigación, recurrimos lo que nos dice el maestro Marcenaro (2009) sobre el derecho al trabajo menciona que este contiene dos niveles, el derecho a obtener trabajo remunerado y el derecho a conservarlo (p.34); como refiere, no solo se trata del acceso al trabajo o el propio ejercicio del mismo, sino también de conservarlo en el tiempo; el doctrino Neves (2001) hablo al respecto, y sobre el derecho al trabajo, indica que contiene una doble perspectiva como lo es el facilitar el acceso al trabajo y admitir su conservación a los que la poseen (p. 24)

En internalización propia, resulta idóneo mencionar que el propio derecho al trabajo supone su no quebrantamiento, es decir desde la situación previa a la obtención del puesto de trabajo hasta la culminación del vínculo laboral, el cual se materializa con el despido (en determinados casos) o el cese voluntario, en el particular nuestra carta magna, en su artículo 27, otorga protección ante el despido, inclusive fomenta su acceso como se ve en su artículo 22, sin embargo, no resulta suficiente la sola existencia del derecho al trabajo para presumir su efectivo cumplimiento y su naturaleza ineludible, siendo incluso el estado (representado por sus funcionarios) parte de su transgresión,

Dicho ello, no está demás acudir a lo que nos menciona al respecto nuestro más alto tribunal, pues de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1124-2001-AA/TC, seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, en su fundamento 12 precisa:

Este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. ...en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es. ... entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (2002)

Se advierte, que el tribunal mediante su pronunciamiento judicial así como la doctrina, coinciden que el derecho a permanecer en un puesto de trabajo forma parte del derecho al acceso al trabajo, salvo causa justa de despido; resaltando el rol del estado de adoptar las idóneas medidas que sirva para asegurar el derecho al trabajo, lo cual también se puede entender como las medidas para asegurar la permanencia en dichos puestos de trabajo, sin embargo, la legislación nacional ha fijado prohibiciones de despido, así como sendos pronunciamientos judiciales al respecto, ello al ser parte del rol de estado asegurar el cumplimiento de este derecho, más sin embargo, son los empleadores, que hacen caso omiso a todo el progreso sobre la normativa laboral, por lo que, parte de una alternativa para la disminución en la vulneración este derecho es la sanción pecuniaria a este empleador irrespetuoso de los derechos laborales, fortaleciéndose así la adecuada tutela procesal efectividad en relación a los daños y perjuicios ocasionados por la vulneración de este derecho.

CAPÍTULO IV: CATEGORÍAS JURÍDICAS

4.1.RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

4.1.1. *Nociones generales*

La responsabilidad civil, deviene del incumplimiento de una obligación adquirida por el acreedor contractual frente al beneficiario, entendiéndose para tal que, del vigente compromiso, unas de las partes obligadas incumplen el acuerdo pactado previamente, generando el daño.

El letrado Fernández (2019) define la responsabilidad civil como “el conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que queda expuesto un sujeto en cuanto es titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja” (p.18). Entendiéndose ello como la repercusión que se tiene en el aspecto jurídico patrimonial, el cual nace al momento de satisfacer el interés de otra persona, lo que pone al responsable obligado en una situación de desventaja, pues es este quien tiene responsabilidad en dar cumplimiento al compromiso adoptado, y ante un posible incumplimiento doloso, deberá responder de manera patrimonial, de ser el caso; sin embargo, ante tal situación jurídica subjetiva de desventaja, a la que hace alusión el doctrino, responde directamente a la voluntad de aceptación y compromiso previo adoptado por el titular responsable, es decir es una situación de desventaja buscada y aceptada, como el riesgo normal que adoptan las personas al suscribir contratos, contratar servicios, entre otros, por lo que ante lo dicho por Fernández, respecto a la responsabilidad civil, estimamos necesario añadir la particularidad de que se trata de una desventaja buscada y aceptada, lo cual le otorga un equilibrio razonable ante las posibles responsabilidades por el incumplimiento.

Resulta necesario mencionar que la responsabilidad civil, además de surgir por el incumplimiento de obligaciones o la denominada responsabilidad contractual, la legislación y la doctrina las individualizan, siendo la otra forma de responder ante un daño que se manifiesta fuera de una relación obligacional, es la responsabilidad extracontractual o aquiliana, en la cual se comprende al daño moral, así entonces, tenemos el daño contractual y extracontractual, respecto a esta última

Espinoza (2019), precisa que “La responsabilidad extracontractual supone, entonces, la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación)”(p.90), resulta necesaria esta distinción ubicada dentro de la responsabilidad civil contractual o de incumplimiento de obligaciones, dejando sentado que nos limitaremos en abordar el incumplimiento de las obligaciones del empleador en relación al contrato de trabajo suscrito o la relación laboral existente y la responsabilidad patrimonial que recae sobre este al incumplir lo pactado o lo legalmente establecido para este tipo de contrato.

No se debe dejar de lado que la presente investigación tiene incidencia en el derecho laboral, siendo necesario su alusión en al momento de fijar las pautas tóricas, como se viene haciendo. Ahora bien estando delimitado este primer apartado solo a la responsabilidad civil contractual, es oportuno aludir a lo que nos dice el doctrinario Taboada (2020) respecto a esta institución jurídica señala: “Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones” (p.23) tal como nos hace mención y lo desarrollado hasta el momento, la responsabilidad civil contractual surge a raíz del incumplimiento de una obligación contractual previa, lo cual se puede extrapolar al derecho laboral, en donde la obligación contractual nace propiamente de la existencia de la remuneración, subordinación y prestación personal de servicios entre dos partes, surgiendo así el contrato de trabajo (escrito o verbal), este incumplimiento se da por la inejecución del contrato o por su ejecución frustrada a causa del empleador, quien de manera unilateral se desprende o pretende desconocer su obligación.

4.1.2. Elementos de la Responsabilidad Civil

a. La Antijuridicidad. Dentro de los elementos de la responsabilidad civil, la antijuridicidad es la base para evaluar los siguientes elementos, al respecto nuestro

ordenamiento ha establecido efectuar el pago de una indemnización por el incumplimiento de las obligaciones el cual se encuentra presente en el artículo 1321 del C.c. donde se fijan las conductas típicas y antijurídicas, las cuales se da por la inejecución de la obligación, el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, es decir son estas conductas las que nos permitirán arribar a la conclusión de que nos encontramos ante un acto antijurídico; en esa línea, Ossola (2016) nos dice que al determinarse la autoría del incumplimiento de la obligación, sea por el deudor o el acreedor, deviene de antijurídico salvo que exista causa de justificación.(p.62)

Es por ello que podemos indicar que la antijuridicidad se trata de un elemento matriz que ayuda a encaminar el patrón de la responsabilidad civil contractual, al ser un accionar contrario a derecho, y siendo más específicos un actuar antijurídico, entendiéndose para tal efecto la mera contravención a lo normado y a lo pactado, generando un perjuicio a la parte vinculada por determinada obligación contractual, es decir, que elemento de la antijuridicidad se evidenciará con la vulneración a la norma civil que decanta en el incumplimiento a la obligación adoptada por las partes.

b. El Daño. El daño como elemento de la responsabilidad civil, nace a consecuencia de la antijuridicidad; el cual se a criterio de Lláguéz (1993, como se cita en Gálvez, 2014) se genera por:

Perjuicio, detrimento, molestia, pérdida, ruptura, que haya padecido la persona en cuanto a sí o sus bienes, extendiéndose en su modalidad material a la ganancia lícita que se deja de obtener, o las desventajas que se ocasionan dentro del patrimonio del perjudicado. (p.45)

Estando a ello, tenemos entonces que este elemento, se da como consecuencia del actuar antijurídico efectuado por alguna de las partes, el daño causado se ve reflejado en el nivel de afectación al agraviado, donde puede estar comprendido el daño patrimonial o lucro cesante, este tipo de daño puede ser sintetizado como todas aquellas ganancias dejadas de percibir a razón del acto antijurídico cometido; y, el daño moral, es aquel comprendido por una afectación a la esfera emocional, psíquica, a su paz o tranquilidad, entre otros preceptos no

patrimoniales, si bien el daño puede ser subclasificado en otras categorías, para la presente investigación resulta ser relevante el daño en el extremo del lucro cesante.

c. La Relación Causal. Denominado también como nexo causal, la misma esta referida a la vinculación entre el actuar antijurídico y el daño provocado, “Hace referencia a la relación que debe darse entre la lesión del bien jurídico o el daño con la conducta activa u omisiva desplegada por el agente causante del daño” (López, 2009, p.108) es decir, que dicho en estricto el daño generado debe ser a raíz del incumplimiento de la obligación contractual, no pudiéndose sumar al daño provocado alguna conducta antijurídica que temporal o espacialmente pudiera haber acaecido en conjunto, inclusive acrecentar algún daño, siempre y cuando estas guarden relación alguna, puesto que ello es resultado de una actuar antijurídico ajeno al que se le podría atribuir a la parte obligada, esta breve distinción resulta necesaria a fin de poder identificar este elemento de la responsabilidad civil.

d. Factor de Atribución. Según la doctrina unificada, el factor de atribución responde a dos parámetros iniciales, la responsabilidad extracontractual, como un sistema subjetivo; y la responsabilidad contractual, como sistema objetivo, subdividiéndose la primera en los factores de atribución por culpa y riesgo creado, y la última en dolo, culpa leve y culpa inexcusable (Taboada, 2020, p.30). Como se ha señalado, la presente investigación se va ceñir estrictamente en el extremo del daño causado por responsabilidad contractual, es decir al sistema objetivo, el cual se encuentra presente en el Artículo 1321 del C.c. es así entonces, que el factor de atribución es el nivel de responsabilidad que tiene el agente agresor en relación al daño causado a la víctima.

4.1.3. Responsabilidad Civil Contractual en Materia Laboral

Como se detalló de manera previa, la responsabilidad civil contractual, se encuentra sujeta a ciertos elementos, los cuales deberán de insertarse en una conducta atribuida al agresor y siendo el tema central de la presente investigación de materia laboral, tal conducta se ejecuta, por el empleador ello en el momento en

el cual se cesa de manera arbitraria al trabajador, así las cosas, resulta pertinente enmarcar los elementos previos conceptualizados, ahora en su acepción laboral.

a. La Antijuridicidad. Ha quedado fijado, que la antijuricidad es aquel acto que transgrede las reglas establecidas en nuestro ordenamiento y en materia laboral, la antijuricidad se puede ejecutar, por ejemplo, en los casos en los que no se brindan los elementos de seguridad al trabajador, por enfermedades sobrevinientes producto de la actividad laboral, el despido, entre otros.

Lo que nos convoca en la presente investigación, es el despido del trabajador como causal de antijuricidad, esto por incumplimiento de las obligaciones, como lo es el contrato de trabajo, el que puede ser escrito o verbal, lo que no afecta o distingue la relación contractual, es así que producto del incumplimiento de esta obligación, manifestada en el despido se comete una trasgresión al derecho al trabajo; siendo que tal despido es ejecutado estrictamente por su empleadora y al no mediar causa justa, el despido adopta ser un acto material lesivo (despido arbitrario).

Ahora bien el despido per se no configura un acto antijuridico, si no que tal hecho debe ser sometido ante el escrutinio judicial, donde será el juzgador, a través del debido proceso, extenso y tedioso muchas veces, que declare si el despido no se realizó con arreglo a ley; esto se logra mediante procesos judiciales denominados proceso reposición laboral, nulidad de despido, etc., ello bajo las reglas del derecho laboral, o inclusive en algunas pretensiones en materia de acción contenciosa administrativa, donde se peticiona la nulidad de resoluciones administrativas que ponen fin a la relación laboral de manera arbitraria.

Concluido el proceso, con sentencia consentida o con calidad de cosa juzgada, donde en la misma se reconozca que el despido fue arbitrario (irregular) o nulo, es que queda acreditado que el despido fue un acto antijuridico, herramienta que el trabajador podrá usar en un nuevo proceso a fin de que sea resarcido por los daños causados, sin embargo, se debe acreditar, además los demás elementos de la responsabilidad civil.

b. El Daño. Es aquel que nace producto del acto antijurídico cometido por el empleador, esto a consecuencia del despido, ahora bien, nuestro código matriz, establece que el daño ante el incumplimiento de las obligaciones (esto es el contrato de trabajo), devienen de dos grandes afectaciones, el daño patrimonial y el daño moral, en el daño patrimonial están comprendidos como aquellas ganancias dejadas de percibir a causa del hecho lesivo, en este caso producto del despido, este tipo de daño suele ser de sencilla comprobación o verificación por parte del juzgador, al poder acreditarse de manera objetiva estas ganancias dejadas de percibir, las cuales se rescatan o se pueden probar con la revisión de la remuneración que perciba el trabajador al momento del despido, es así que, producto de este acto lesivo, se genera el daño patrimonial materializado en la ausencia del ingreso económico mensual o periódico, en el caso del despido arbitrario, se debe tener en cuenta que ciertamente el daño patrimonial surge a raíz de tal acto, sin embargo, no cesa hasta que el trabajador es efectivamente repuesto a su puesto de trabajo, entendiéndose que el daño se extiende por un periodo de tiempo prolongando, no disminuyendo o cesando con el transcurso del tiempo, si no con el cese efectivo y real de este tipo de perjuicio.

Mientras que el daño moral, tiende a ser caracterizado por la subjetividad, ello al ser de difícil comprobación o verificación por parte del juzgador, así como de ser acreditado por el demandante, esto se da a razón de que el daño moral está conformado por aquella vulneración a la esfera emocional o sentimental del trabajador despedido, pues este hecho le pudo haber generado un detrimento, menoscabo o un quebrantamiento a su psique. La forma de cuantificar este tipo de daño, aún se encuentra en discusión en la doctrina, así como en la práctica jurídica, al no existir un consenso que pueda acertar o unificar criterios de manera que sea predecible para los justiciables, ello a razón, quizá de tan delicada labor de valorar el acto de despido, pues ciertamente el mismo puede significar mucho o poco para el trabajador, ello podemos distinguir con la propia profesionalización del trabajador, ya que cesar a un obrero, que con mucho esfuerzo y suerte, quizás (alusión atrevida de mi parte), es que ha podido optar por un puesto de trabajo, y que con su no muy amplia o reducida formación técnica, se le es más complicado

poder acceder a otro puesto de trabajo, por lo que no es difícil discernir que el daño moral en este tipo de trabajador será mayor a la de otro trabajador que si cuenta con mayor grado de profesionalización, donde el mercado laboral demandaría sus servicios, sin embargo, ello no es totalmente certero, ya que la afectación emocional puede devenir en gran escala y de manera indistinta si se trata o no de trabajadores con poca o alta formación técnica o profesional.

Como se ha reiterado esta investigación no tiene el propósito de cubrir lo que respecta al daño moral, sin embargo, no está demás brindar pequeños alcances a fin de no dejar de lado tal extremo ello al encontrarse dentro de la figura de la responsabilidad civil; como se precisa, el daño moral aún se encuentra en una constante discusión, y se sugiere a la comunidad jurídica continuar con el progreso doctrinario; y que bien haría a la Corte Superior de Justicia de Tacna en revisar y actualizar sus conocimientos respecto al daño moral, pues lastimosamente los juzgados laborales vienen otorgando en los procesos de indemnización por daños y perjuicios (respecto al daño moral) las ridículas y minúscula suma de mil soles, o en el mejor de los casos y de manera inusual cinco mil soles, lo que llama poderosamente la atención al advertirse la insuficiencia de cubrir este perjuicio moral. En estos procesos, el estándar común, se sustenta en no adjuntar o presentar un examen psicológico que acredite esta afectación, como si ese fuera un paso a seguir de manera inmediata después de ser despedido, argumento absurdo, pues que trabajador recién despedido busca como primer gasto sesionar con un profesional de la salud mental; por lo que basarse en la ausencia de este examen destaca la insuficiencia motivación, para aquel trabajador que se vio afectado por el despido.

c. La Relación Causal. Al ser este elemento el vínculo o relación que existe entre la conducta antijurídica y el daño, se manifiesta (en este caso), sobre la conexión del despido arbitrario y el daño patrimonial y moral causado al trabajador, al respecto se tiene claro que el empleador, tiene la facultad de dirigir y sancionar a los trabajadores, así como de despedir por causa justa, lo prevé de esta forma el artículo 31 de la LPCL, por lo que el infringir esta disposición, que está completamente atribuida y aislada al empleador ya que dentro de la relación laboral

es el único facultado para materializar un despido, indistintamente de los subordinados o responsables del área que actúan en su representación, como pudieran ser el gerente, gerente de recursos humanos, etc.

Entonces en el despido, se lesiona el derecho al trabajo que se encontraba inmerso dentro del contrato de trabajo (relación obligacional) ante tal incumplimiento contractual se configura el acto antijurídico, lo cual se comprueba o verifica en un proceso judicial previo (por ejemplo un proceso de reposición), en este proceso se reconoce que efectivamente el trabajador ha sido despedido de manera arbitraria por parte de su empleador, acreditándose de esta forma el incumplimiento de la obligación contractual, donde finalmente el juez ordenara la reposición a su centro de labores en el cargo que venía desempeñando, sin embargo, en el transcurso del proceso el trabajador cesado habría sido lesionado patrimonial y moralmente por su empleador, esto es el daño causado; de esta forma se verifica que el empleador es el agente exclusivo generador del daño y el agente agraviado es el trabajador, es decir que el nexo causal entre la conducta antijurídica y el daño es el despido arbitrario, acto que solo puede ser materializado por el empleador en la relación de trabajo.

d. El Factor de Atribución. Al ser el factor de atribución la culpa sobre el nivel de responsabilidad que tiene el agente generador del daño o el empleador, en este punto se debe establecer si se encuentra dentro del dolo, la culpa leve o inexcusable. Tal como se precisó, el reconocimiento de un despido arbitrario en sede judicial, acredita de manera indiscutible que el acto fue antijurídico (además de generar daño, y que solo pudo ser realizada por el empleador en perjuicio del trabajador), entonces al estar judicialmente acreditado que se trató de un acto o despido arbitrario (o cual fuera su denominación de despido) este sería un acto deliberado por parte del empleador, pues la decisión de cesar a un trabajador recae solo este.

Entonces consideramos que ante el despido arbitrario se trataría de un incumplimiento de las obligaciones por dolo, ya que el Código Civil en su Artículo 1318 precisa que “Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la

obligación.” al tener el empleador conocimiento de que se trata de un despido injusto, al no respetar las reglas mínimas del derecho laboral, que como empleadores tienen la obligación de conocer y que estando la obligación contractual vigente (contrato de trabajo), este debió respetar el vínculo hasta la renuncia del trabajador o por despido justo.

Podemos incluso advertir la posible aplicación del Artículo 1319 y 1320, los cuales están referidos a culpa inexcusable y leve, respectivamente, donde la negligencia y la ausencia de la debida diligencia, forman el eje central para que se configure estos niveles de atribución sobre despido, ciertamente pudieran ambas, además del dolo, encajar en el despido del trabajador; sin embargo, al momento de clasificar estos niveles, el legislador fijó cubrir el grado del incumplimiento. Si bien en la práctica judicial, no existe debate sobre este punto, ya sea porque, al haberse probado el despido en un proceso judicial o por no tener mayor relevancia el precisar el grado de afectación (factor de atribución) en el proceso de indemnización, es que no suele clasificarse el factor de atribución según la clase o tipos de despidos, al menos hasta donde he podido observar, ya que el artículo 1321 del C.c. sobre indemnización cubre los daños patrimoniales a causa del incumplimiento de la obligación, como premisa base, y el artículo 1322 sobre el daño moral, siendo esta la herramienta legal usada para demandar el resarcimiento, lo cual es aceptable; no estando demás clasificar los tipos de despido, que la legislación y jurisprudencia han fijado.

4.2. CLASES O TIPOS DE DESPIDOS EN EL PERÚ

Las clases de despido se encuentra fijadas en nuestra legislación, como lo es en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y así también su desarrollo a través de la jurisprudencia, teniendo así el Expediente 976-2001-AA/TC, de fecha 13 de marzo del 2003, donde se desarrolla estos tipos de despidos, que a su vez ha servido al juzgador y los justiciables al momento de postular y resolver controversias en materia laboral, los cuales se precisan:

4.2.1. El Despido Nulo

Según lo establece el Artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, el despido será nulo cuando se tenga como motivo de la culminación de la relación laboral, la afiliación o participación sindical; el candidato para representante, representante o exrepresentante de trabajadores; el que presente queja o lleve un proceso contra el empleador; la discriminación en cualquiera de sus causas; y, el embarazo y sus consecuencias, dentro de los noventa días posteriores o anteriores a este.

Al configurarse cualquiera de estas causas, el despido acaecido hacia el trabajador, será nulo, ordenando el juez su reposición en su puesto de trabajo, con el resarcimiento o indemnización fijado en el Artículo 38 del mismo cuerpo legal, se tiene que tener presente que este tipo de despido está ligado estrechamente a la vulneración de derechos constitucionales. El acto de despido es una herramienta para efectuar la vulneración al goce y disfrute de sus derechos fundamentales (Expediente N.º 976-2001-AA/TC), como por ejemplo la discriminación por sexo, religión etc., la conformación de un sindicato, entre otros, es decir el despido nulo se configura por la vulneración de los derechos constitucionales, cuyo tramite es la vía del derecho laboral.

Ahora bien, yendo en la idea previa, se busca en este apartado, categorizar el nivel de atribución del despido en relación al tipo de despido que padeciera el trabajador, así ello, al quedar claro que el despido nulo es por una limitación o restricción al goce de los derechos constitucionales, la simple ejecución de este despido es doloso de manera pura, o llamado también el dolo malo o *animus nocendi*, ya que, en este caso el despido es la herramienta para afectar derechos fundamentales, los mismos que no pueden ser alegados desconocer, y al ser un acto deliberado en realizo por el empleador, se concluye que al despido nulo posee el factor de atribución doloso, previsto en el artículo 1319 del C.c. al existir una obligación de ejecución del contrato y que este culmina a causa del empleador de manera deliberada.

4.2.2. *El Despido Arbitrario*

Por otro lado, el despido arbitrario comprende dos subcategorías, como es el despido injustificado e incausado, entonces se entiende como despido arbitrario como una denominación general para los demás tipos de despido, distintos al despido nulo por sus propias particularidades, así además para efectos de la presente investigación, se utiliza la denominación despido arbitrario, para referirnos al despido que no se da con arreglo a derecho y que es causal para accionar la indemnización por pago de daños y perjuicios.

a. Incausado. Se materializa cuando el despido del trabajador se da sin expresarle causa que la motive, como puede ser su conducta o labor para la empleadora, este tipo de despido puede darse de manera verbal o escrita (Expediente N.º 976-2001-AA/TC). Este tipo de despido se encuentra presente en el Artículo 34 de la LPCL, tal como lo dispone su propia denominación en este tipo de despido no media causa alguna que motive el despido (sea justa o injusta) si no la sola terminación de la relación laboral. Comprende el despido incausado tutela reparatoria y restitutoria (Expediente N.º 1124-2002-AA/TC), es decir se dispone la reposición del trabajador y el pago de una indemnización.

b. Injustificado. El máximo intérprete de la constitución estableció que un despido será injustificado (o arbitrario), cuando no se exprese causa; se incumplan las formalidades procedimentales, no se prueben la causas de despido alegadas en un proceso; y, que los alcances de la protección jurisdiccional ya sea de reposición o indemnización dependan del trabajador despedido (Expediente N.º 976-2001-AA/TC), sin embargo, en párrafos previos de la referida sentencia, se señala que el despido injustificado posee solo tutela resarcitoria, es decir se invoca este tipo de despido solo para el cobro de una indemnización, y no para la reposición del trabajador. Pese a que el despido injustificado tiene gran similitud con el despido fraudulento, al ser la imputación el elemento principal (Neves, 2015, p.230), la extensa jurisprudencia, así como la doctrina no ha manifestado mayor discusión al respecto, ello quizá a la alusión de que la estabilidad laboral no es absoluta, como el voto singular (y reiterado) del magistrado Sardón quien respecto al pedido de reposición de un trabajador, señala que “considero que nuestra Constitución no

establece un régimen de estabilidad laboral absoluta” (Exp. N.º 6459-2013-TC/AA), y en efecto es así, ya que pese a que en nuestra legislación exista una gama de motivos por los cuales al trabajador puede ser cesado o despedido, lo que la jurisprudencia y la legislación han fijado las reglas mínimas por el respeto al despido justo, esto es a través de algún procedimiento disciplinario con arreglo a ley, lo que mínimamente se puede esperar de un estado de derecho, en aras de armonizar el derecho a la estabilidad laboral (en el extremo de una protección adecuada) y el debido procedimiento (una correcta tipificación, una causa prevista por ley, etc.), ambas constitucionalmente reconocidas, por lo que resulta errado anunciar que esta protección es un fortalecimiento desproporcionado hacia el trabajador o asegura una estabilidad laboral absoluta.

4.2.3. *Despido Fraudulento*

Es aquel despido que se da con el cumplimiento de las reglas del debido procedimiento, pero que internamente se tramitan con falsedad en las imputaciones al no existir las mismas, simularlas o fabricarlas por el empleador, con aparente causa justa no existente o no sancionables por el ordenamiento, es decir, es el irrespeto al principio de tipicidad (Expediente N.º 976-2001-AA/TC). Este tipo de despido posee tutela resarcitoria como restitutoria, y que en función a la gravedad que pueda revestir el despido, se puede enmarcar la misma en distintos niveles de atribución, según las reglas del Código Civil. Se precisa además que este tipo de despido se genera por el desarrollo jurisprudencial, es decir no se encuentra plasmado el derecho sustantivo, lo que ha llevado a cuestionamientos por parte de diversos juristas, como lo hace Neves (2015) al cuestionarse si es que se puede crear mediante una sentencia, algún tipo de despido, donde señaló: “algunas de las instituciones jurídicas más importantes no han nacido de una acción legislativa si no jurisprudencial, el control difuso y la discriminación (Estados Unidos), el proceso de amparo (México) del despido Nulo (España)”(p.230) . Es así entonces, que muchas veces los más altos tribunales de los estados, perfeccionan la legislación vigente, con el máximo respeto de su constitución y las reglas internacionales, y consecuentemente se legisla en el sentido resuelto por la

jurisprudencia ello para positivizar lo que judicialmente se viene aplicando; por su puesto, este tipo de creaciones jurisprudenciales, no suplen o enervan la facultad legislativa del estado.

4.2.4. *Despido de Hecho*

Este clase de despido nace a razón de reiterados actos de hostilidad las cuales son equiparables al despido, así tenemos lo previsto en la LPCL, en su artículo 30 como son la falta de pago de las remuneraciones, su reducción, o cambio inferior en la categoría, traslado a otro centro de trabajo, faltamiento grave de palabra, discriminación, hostigamiento sexual, entre otro; al sentirse hostilizado el trabajador, deberá de comunicar al empleador a fin de que emita sus descargos o enmiende su conducta.

Dichos actos se encuentran sujetos a la voluntad del empleador, y que sin la corrección de dicha conducta hostil, el trabajador podrá optar por accionar vía judicial a fin de que sea el juez quien ordene el cese de los actos de hostilidad, estando sujeto a las sanciones establecidas por ley contra el empleador, sin embargo, tal como la ley prescribe las conductas establecidas en el artículo 30 son equiparables al despido, optando por el cese del acto hostil (con intervención judicial) o en su defecto darse por despedido, a fin de ser indemnizado como se hace por el despido arbitrario según el artículo 35 y 38 de la LCPL respectivamente; este despido comprende tutela resarcitoria, referida a la indemnización y tutela restitutoria al equipararse al despido arbitrario.

4.3. MARCO LEGAL LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL

4.3.1. *En Nuestra Legislación*

Habiéndose precisado lo que comprende a la responsabilidad civil contractual, así como los elementos que la componen, resulta necesario abordar lo que respecta sobre la responsabilidad civil contractual en materia laboral, ello al encontrarse inmersa la presente investigación en dicho campo del derecho, a raíz

de ello tenemos que mencionar como prima facie, al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad laboral aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR (1997), el cual en el párrafo segundo de su artículo 34 nos habla de la indemnización por despido arbitrario, el literal b) del artículo 35, en el artículo 38 y artículo 76.

Caso contrario se presenta para los otros regímenes laborales, como lo son ley de la Carrera Administrativa o Régimen Laboral 276, los Contratos Administrativos de Servicios del Decreto Legislativo 1057, entre otras existentes, las mismas se basan y se acuden solo a las reglas de la Responsabilidad Civil Contractual en cuanto fueran aplicables.

4.3.2. En la Legislación Internacional

En el derecho internacional, también se presentan reglas de carácter general y cumplimiento irrestricto, en ese sentido, se recurre al tratado de Derechos Humanos (1948), el cual en su artículo 23 nos presentan reglas que los estados deberán seguir respecto a este derecho, como son el derecho al acceso al trabajo, la protección contra el desempleo a una remuneración justa y equitativa entre otras, las cuales, por lo que de la vulneración de este derecho, como lo es el despido arbitrario, se colige su reparación, se encuentra amparada en las reglas del derecho internacional, pues según las Naciones Unidas precisa de manera muy acertada, que la reparación (entiéndase para el propósito de la esta investigación, como la responsabilidad civil contractual) se da en función a lo establecido en el Artículo 8 de la declaración Universal de Derechos Humanos (2021), el cual nos señala que toda persona, le corresponde el derecho a acceder al recurso efectivo, ante los tribunales que sean competentes, a fin de buscar la protección legal de sus derechos como lo es el resarcimiento por incumplimiento de obligaciones devenidas en la afectación al derecho al trabajo.

Además de ello, es preciso recordar que la presente investigación tiene incidencia central en el derecho civil, pero por incumplimiento de una obligación contractual laboral, es decir de manera conjunta con el derecho laboral, es entonces necesario remitirnos a lo que nos dice la Organización Internacional del Trabajo,

respecto a la reparación ante el despido de un trabajador (en relación a la responsabilidad civil contractual), específicamente en el Convenio número 158, sobre la terminación de la relación de trabajo (1958) el cual en su artículo 10, nos habla sobre el empleador quien deberá pagar una indemnización adecuada al trabajador agraviado por el despido arbitrario generado u otra reparación apropiada; aunque si el artículo 10 de del mismo convenio menciona que la indemnización se hará en función al tiempo de servicio y el salario percibido esto en sede nacional ha quedado fijado que es distinto al resarcimiento, lo cual se detalló en apartados previos, sin embargo, no está de más recordar dicha precisión; entonces nos encontramos ante un respaldo internacional respecto a la reparación por el despido, lo cual acrecenta la postura, ya reconocida, de una indemnización producto de un despido o cese arbitrario.

4.3.3. Aplicación Legal de la Indemnización por Despido

Es oportuno abordar la aplicación de la normativa laboral respecto al incumplimiento de una obligación contractual, el cual ciertamente se manifiesta en las relaciones de trabajo y posterior despido arbitrario, para los fines de la presente investigación y al fortalecer y enmarcar la protección indemnizatoria ante el acto de despido en favor de los trabajadores, es necesario tener como primera base la jurisprudencia internacional al ser los lineamientos generales de los cuales los estado se puedan ceñir.

a. Pronunciamiento Internacional. De los pronunciamientos internacionales referidos a la solución de controversias ante despidos arbitrarios, se tiene los que ha resuelto la Corte interamericana de Derechos Humanos en aplicación del Convenio Internacional de Trabajo y la propia declaración.

Trabajadores cesados del congreso contra Perú; este proceso llevado ante la Corte, versa medularmente sobre los despidos masivos a diversos trabajadores del congreso, al implantarse un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, disponiéndose cesar o despedir a un grupo de trabajadores que finalmente acudieron a la Corte Internacional, al punto que nos atañe, es la figura que la corte estima oportuno insertar en sentencia, esto es el daño material, el cual debe entenderse

como el aspecto económico vulnerado, el cual deberá repararse, al respecto señala:

Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. (2006, p.55)

La corte es específica al señalar que la naturaleza y el monto a reparar depende del daño material e inmaterial sufrido, es decir deberá de otorgarse esta reparación en función proporcional al daño sufrido

Sucede lo mismo en el caso Canales Huapaya y otros contra Perú, trabajadores del congreso cesados también bajo la misma situación del Gobierno de Emergencia, desarrollado el proceso y visto en instancia supranacional, la Corte dentro de su pronunciamiento considerara la reparación del daño material e inmaterial como forma de resarcir los daños por el despido, sin embargo, en este extremo las partes agraviadas, tanto como el estado presentan montos y cálculos con alta diferencia en su cuantificación, por lo que la corte estima pertinente incluir, “en un solo monto en equidad, lo correspondiente a daño material e inmaterial.” (2015, p. 60)

En las aludidas sentencias, se observa y reconoce la reparación que debe hacerse bajo el concepto de daños materiales, como son pérdidas económicas, gastos incurridos, ganancias dejadas de percibir y cualquiera que pueda darse a consecuencia de la vulneración del derecho al trabajo, así además el daño inmaterial como aquel sufrimiento y aflicción del trabajador despedido.

En esta misma línea es importante el caso Trabajadores Cesados de Petroperú, donde en las mismas circunstancias que los casos previos, han sido separados de su centro de trabajo, la Corte hace mención, respecto al daño material, citando a su vez al caso de trabajadores cesados del congreso; especificando que este tipo de daño son las pérdidas de los ingresos económicos de las víctimas o aquellos gastos realizados y que tuvieran como motivo y consecuencia el hecho de ser despedidos (2017, p.79) es así que la Corte de manera reiterada ha reconocido la reparación por el despido, entre estos el daño material (o daño económico) no discriminando en ninguno de sus pronunciamientos algún ingreso que el trabajo

percibiera durante el despido, u otro concepto que pueda hacer inferir que esta reparación material está sujeta a deducciones, al contrario ha señalado

“La Corte advierte que el representante no aportó suficientes comprobantes para determinar el ingreso específico que percibía la totalidad de las víctimas por sus actividades al momento de los hechos.... Sin embargo, no es posible determinar con certeza los criterios utilizados para establecer los montos que corresponderían a dichos trabajadores.” (2017, pp. 79-80)

Lo que nos permite concluir que en tales casos de haberse presentado información precisa y objetiva que pueda permitir a la corte determinar los ingresos perdidos, el tribunal supranacional los hubiera considerado al momento de fijar el monto a resarcir, lo que no sucedió; sin embargo, por equidad, fija un monto a fin de que sean compensados los trabajadores cesados, no siendo pasible de alguna deducción o disminución en caso de percibirse algún ingreso económico remunerado, como el haber laborado para otra empresa u otra entidad, limitándose a que solo sea descontando los montos recibidos por concepto la compensación económica, es decir indemnizaciones previas.

b. Pronunciamiento Nacional. Estando a la revisión de estos relevantes pronunciamiento de la Corte, es necesario abordar también que dicen los tribunales nacionales al respecto, haciendo la precisión que ese en el ejercicio del derecho, donde se ven aplicadas todas las reglas en materia laboral y en función supletoria las reglas del derecho civil; al encontrarse concertadas y cumpliendo su función normativa, con el propósito de resolver la controversia de la responsabilidad civil contractual o como nuestra legislación la denomina: responsabilidad por inejecución de obligaciones, la cual se ve manifestada al momento de postular una demanda de indemnización por daños y perjuicios (como consecuencia de reconocimiento judicial de la existencia del despido arbitrario) es necesario mencionar que el derecho civil se manifiesta en este tipo de proceso de manera casi protagónica, siendo el derecho laboral, solo el delimitador.

Dicho ello, incluiremos en este apartado, al Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, (2019); realizada en Tacna, el cual, en el Tema I de discusión, aborda los criterios adoptados para determinar el cálculo del lucro

cesante, postura en la que no guardamos conformidad, debido a su incorrecta aplicación, la misma que se abordará con mayor amplitud en los apartados precedentes. Siguiendo esta línea, a fin de lograr los objetivos planteados, se analizarán diversas sentencias judiciales que presentan una postura distinta al criterio adoptado por el pleno jurisdiccional aludido, las cuales están comprendidas por la Casación Laboral N.º 12149-2020-Tacna de fecha 28 de septiembre del 2023 resuelta por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria; la Casación Laboral N.º 10956-2017-TACNA de fecha 15 de enero del 2020, la Casación Laboral N.º 2017-2023-Tacna de fecha 26 de agosto del 2024, ambas resueltas por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria;; y, la Sentencia de Vista Contenida en la Resolución N°35 de fecha 26 de junio del 2024 del Expediente N.º 01312-2014-0-2301-JR-LA-02 de la Corte Superior de Justicia de Tacna, Casación N.º 28523-2022- Lima resuelta por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, las mismas que serán materia de análisis en la presente, desarrollando la debida crítica en los párrafos que preceden.

4.4. ANÁLISIS PLENARIO, CUESTIONAMIENTOS A UNA POSTURA MAL APLICADA

4.4.1. Pleno Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2019

Este Pleno Laboral se llevó a cabo en la ciudad de Tacna el 23 y 24 de mayo del 2019, el cual abordó un total cinco temas, el que nos acude a esta investigación se encuentra inmerso en el Tema I sobre “Otorgamiento y cálculo del lucro cesante y daño moral en caso de despido”, que desarrolla el subtema “Otorgamiento y cálculo del lucro cesante en caso de despido”, dentro del cual se adoptó por mayoría la siguiente postura:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado o fraudulento declarados judicialmente como tales; 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; y cuya existencia real y objetiva deberán ser acreditadas a fin de determinar la cuantificación que se sustentará en un parámetro temporal referido al tiempo de duración del cese; un parámetro cuantitativo referido al importe de los ingresos ciertos que hubiera dejado de percibir; y cualquier otra circunstancia que tuviera incidencia directa en dicha cuantificación; deduciéndose los ingresos que hubiese obtenido el demandante por servicios realizados en dicho período de cese y los gastos que hubiera efectuado en el caso de continuar laborando, para la obtención de sus remuneraciones" [cursiva agregada] (2019)

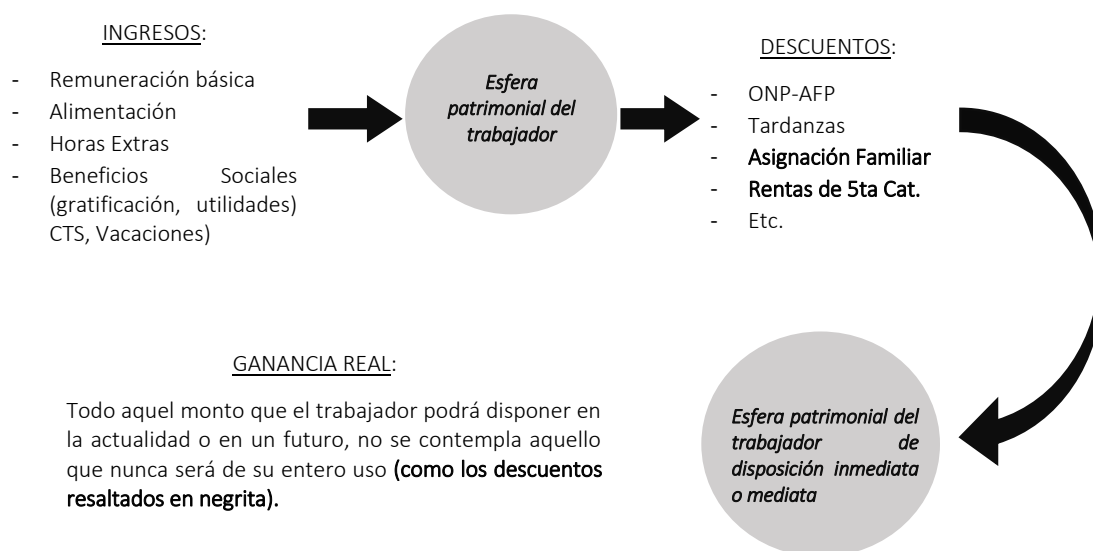
A fin de poder desarrollar un análisis preciso de la postura adoptada, la misma deberá de ser extraída en los puntos o extremos resaltantes (los cuales fueron diferenciados con cursiva agregada), ello con el propósito de generar la mayor precisión y especificación en el análisis buscado, a fin de lograr los objetivos planteados, siendo así, se disgrega estos extremos para poder entender su aplicación dentro de los procesos judiciales laborales cuya pretensión este referida al pago por daños y perjuicios, y de esta forma proferir los cuestionamientos respectivos, se así entonces se desarrolla lo siguiente:

Sobre el extremo de “*el daño patrimonial debe de considerarse como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir*”: al respecto se podría concluir de manera previa e indudable por la propia lectura de la premisa, que todo ingreso que el trabajador debió percibir por su actividad laboral deberá ser considerada al momento de calcular el daño patrimonial o lucro cesante generado por el despido arbitrario, y tal como se ha referido en los párrafos que anteceden, el lucro cesante no es más que la ganancia dejada de percibir por una de las partes por el incumplimiento del contrato, es decir, que es aquel monto dinerario que no ingresó a la esfera patrimonial del trabajador, estando claro entonces que se comprende como todo aquel concepto que se le pagaba al trabajador los mismos que obran en sus boletas de remuneraciones, entre estas: remuneración básica, asignación familiar, alimentación entre otras que se pagan de manera mensual, así como otros conceptos que son efectuados sólo en determinados meses, como por ejemplo las

gratificaciones por fiestas patrias y navidad, vacaciones, utilidades; si bien en estos distintos conceptos, algunos se le abona al trabajador de manera mensual, otros solo se realizan una o dos veces al año, lo que no significa que dejen de ser ingresos patrimoniales que debió percibir el trabajador, dinamizando este concepto de debe tener presente el siguiente diagrama:

Figura 1

Ganancia del trabajador computable para el cálculo de lucro cesante.



Lo que nos permite concluir, en este punto, que no solo se pueden efectuar un cálculo del lucro cesante sobre la remuneración básica o remuneración neta, como se viene haciendo al momento de resolver causas que tienen como pretensión la indemnización por daños y perjuicios, pues se estaría desvirtuando la postura adoptada por el propio pleno laboral, ya que en él se acordó “debe de considerarse como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir” lo cual condice con lo fijado en el artículo 1321 de nuestro C.c. pues en su segundo párrafo señala “El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución” (1984)

ciertamente, aquella consecuencia directa e inmediata que deviene del despido, es la pérdida de los ingresos que se introducían a la esfera patrimonial del trabajador, ya que el incumplimiento de la obligación de laboralidad tiene como consecuencia directa la pérdida de los conceptos remunerativos, refiriéndose entonces el pleno, así como el Código Civil, a la relación de causalidad entre el despido y la pérdidas de estos ingresos remunerativos, en esta misma línea Osterling y Castillo señalan que “entre hecho y daño debe haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante” (p.235) así entonces, el daño es la pérdida económica de los ingresos contemplados como la remuneración, como consecuencia necesaria del despido, al no existir otro motivo para la pérdida de las remuneraciones; los citados doctrinos afirman además que el agresor, deberá de indemnizar por los daños ocasionados en un periodo de tiempo que nacieron a raíz de la inejecución de su obligación (p.517) debiéndose entender por periodo de tiempo como el lapso de meses o años en el que trabajador estuvo cesado de manera arbitraria hasta la obtención de su reingreso a su puesto de trabajo, y por daños ocasionados en la pérdida de sus ingresos comprendidos por sus remuneraciones mensuales, ello nace a raíz de la inejecución de la obligación del empleador de no cesar al trabajador salvo causa justa y en cumplimiento del debido procedimiento.

Sin embargo, tales premisas no se cumplen puesto que son los mismos juzgadores quienes vienen aplicando de manera errónea dicho precepto, no siendo un error de interpretación, pues de manera literal se puede comprender que, al señalarse que el lucro cesante no deberá ser las remuneraciones dejadas de percibir, (remuneración neta) si no que, los ingresos dejados de percibir (aquello que no puedo ingresar a la esfera patrimonial-económica del trabajador) como consecuencia del despido, por tal, el aplicar el cálculo en base a solo las remuneraciones neta, estaría yendo en contra de la postura adoptada en el tema I del pleno materia de análisis.

Resulta casi obligatorio en este punto abordar la Casación Laboral N.º 10955-2017 en su argumento decimo, señalan que el lucro cesante no puede equipararse a las remuneraciones, renta o ganancias dejadas de percibir (2019, p.

7), guardando conformidad con dicha premisa, pues las remuneraciones dejadas de percibir (remuneración neta) son aquellas que están sujetas a los descuentos de ley, impuestos, descuentos tardanzas, entre otros, siendo erróneo realizar un cálculo indemnizatorio usando como parámetro cuantificador tal monto, pues como se viene explicando, se debe comprender todo monto dinerario que no ingresó a la esfera patrimonial del trabajador, y al momento de realizar el cálculo por lucro cesante con los referidos descuentos (o remuneración neta), se estaría equiparando propiamente a las remuneraciones percibidas, pues ambos conceptos se encuentran sujetos a los descuentos labores de ley.

Sobre el extremo *“un parámetro cuantitativo referido al importe de los ingresos ciertos que hubiera dejado de percibir”* el parámetro cuantitativo al cual hace alusión el referido acuerdo, no es más que aquellos importes cuantificables, y ciertos (reales y comprobables) que el trabajador hubiera dejado de percibir, esto es todo ingreso económico que el empleador pagaría al trabajador naturalmente, los cuales guardan certeza con su realidad remunerativa, este extremo del acuerdo adoptado, genera interrogantes respecto a los importes ciertos, es decir que aquellos que pudo o no pudo percibir el trabajador como consecuencia de distintas circunstancias de su labor así como la naturaleza de sus funciones, como tal podemos ejemplificar, el caso de un trabajador cuya remuneración se le adiciona el pago de comisiones (como lo son los analistas financieros o vendedores), si bien dicho concepto ingresa a su esfera patrimonial, y es un ingreso cierto, solo por el mes laborado, este pierde certeza de continuidad, al no poder ser verificable con máxima certidumbre que dicho monto por comisión sean replicados en los meses posteriores; otro concepto que tiene certeza temporal, mas no continua de su existencia, es el pago de horas extras, si bien el trabajador de manera continua pudo haber laborado horas extras, las cuales fueron remuneradas respectivamente, es incierto que dicho concepto fuera a replicarse en los meses posteriores, por lo cual podríamos enmarcar dichos conceptos remunerativos y aquellos que se asemejen, como ingresos con certeza temporal, puesto que si es verificable y determinable su existencia actual, mas no su existencia futura y constante no siendo objeto de cuantificación al momento de fijarlas como ingresos ciertos; por tal deberán de

repararse aquellas ganancias ciertas dejadas de percibir a consecuencia del daño, mas no ganancias hipotéticas o ganancias que carezcan de certidumbre (De Trazegnies, 2001, p.37) sumando a lo que nos dice el doctrino la característica de que deberá de contar estos ingresos es que tienen que ser ganancias ciertas futuras y constantes, como bien podría ser el pago por gratificaciones, CTS, utilidades, entre otros, al ser montos que nacen con el tiempo, pero que si ingresarían en el patrimonio del trabajador en caso el empleador no hubiera inejecutado su obligación contractual.

En esta misma línea, tenemos que establecer, cuáles son los conceptos de los importes ciertos dejados de percibir, los cuales resultan de sencilla identificación, pues percibirlos, no acarrea una acción adicional del trabajador, dado que por el solo hecho de laborar para el empleador o acreditar la correspondencia previa de algún concepto específico (por ejemplo la asignación familiar) genera certeza para poder determinar dichos conceptos, dentro de los cuales pueden ser: remuneración neta, asignación familiar, vale de alimentación, gratificación por fiestas patrias y navidad, etc., quedando claro que son ingresos ciertos cuantitativos, tal como regula el extremo del pleno abordado.

Sobre la premisa *“deduciéndose los ingresos que hubiese obtenido el demandante por servicios realizados en dicho período de cese y los gastos que hubiera efectuado en el caso de continuar laborando, para la obtención de sus remuneraciones”*. La controversia surge en esta última línea del acuerdo, al precisar que se deberá deducir o descontar aquellos ingresos percibidos por el demandante/trabajador, por los servicios realizados durante el periodo del cese, pudiendo ser estos ingresos el haber laborado para otra institución pública o privada, por haber ejercido libremente la profesión u oficio, inclusive los ingresos que pudiera haber obtenido por las ganancias de rentas o alquiler; debiendo recordar que el citado acuerdo versa sobre el cálculo del lucro cesante (daño patrimonial) en este sentido según este último apartado al daño patrimonial causado por el empleador (agente generador del daño) se ve resarcido por el trabajador cesado, en medida de los ingresos que éste hubiera obtenido durante el cese, es decir sería el propio trabajador quien se auto indemnizará pues textualmente se precisa que se

deducirán al cálculo del lucro cesante los ingresos ya mencionados; presentándonos un escenario que afecta a la institución de la Responsabilidad Civil Contractual, así como el debido resarcimiento, punto que se aborda con amplitud en los acápites que preceden.

4.5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL; PRONUNCIAMIENTOS CONTROVERTIDOS Y EL FORTALECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

4.5.1. *Cimientos Jurisprudenciales para una Modificación de Criterios.*

En la misma postura en la que se viene desarrollando la presente investigación y del estudio sobre la problemática, al tener en cercanía procesos judiciales que versan en la aplicación del Pleno Jurisdiccional Laboral 2019, ello producto de la propia práctica jurídica, me he encontrado con pronunciamiento judiciales, en grado de casación, que al igual que la presente tesis, contradicen el ya obsoleto y mal aplicado pleno aludido, generando los cimientos para una reforma en estos procesos civil/laboral, denominadas incluso por la Casación Laboral N.º 34845-2022 como la “tesis que señalan que las remuneraciones (y todos los ingresos del trabajador) son lucro cesante” (2024, p. 22), para tal fin, se hará un preciso y breve análisis, suficiente para lograr la convicción sobre una futura modificación al criterio actual que vulnera la institución jurídica de la responsabilidad civil contractual, en mérito a los siguientes pronunciamientos casacionales.

a. Casación Laboral N.º 12149-2020 Tacna. Esta casación contiene puntos relevantes para la presente tesis, así como para el fortalecimiento de los procesos judiciales en material laboral, es por ello que es pertinente desarrollar un análisis de la misma.

Respecto a los hechos; es un proceso seguido por un trabajador contra la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa, sobre indemnización por daños y perjuicios producto del despido arbitrario causado por

su empleador, dentro del trámite del proceso, la causa se eleva en grado de casación, la cual fue formulada por la municipalidad contra la sentencia de vista, que confirmó la sentencia de primer grado, la cual resolvió otorgarle la suma de S/173,400.00 ello al haberse calculado en base a su última remuneración S/3,400.00 por los cincuenta y un (51) meses que no laboro. (Corte Suprema de la República del Perú, Casación Laboral N.º 12149-2020-Tacna). Así además corresponde continuar como se desarrolló la misma en la instancia suprema.

Respecto a la infracción normativa invocada; la demandada, alega infracción normativa del Artículo 1332 del C.c. y a los incisos 3 y 5 del artículo 139 de nuestra constitución.

Respecto a la solución del caso concreto; en lo referido al daño patrimonial, de su argumento décimo primero, la sala suprema señala e innova con su postura de que el lucro cesante, en el caso despido, no están comprendidos sólo por las remuneraciones, sino también por las gratificaciones, asignaciones, bonificaciones, compensaciones por tiempo de servicios, entre otros, y en el mismo argumento concluye “no solo comprenden las remuneraciones dejadas de percibir, sino todo los ingresos que el trabajador no percibió como consecuencias del despido inconstitucional” esta conclusión arribada por la sala suprema, es innovadora, pues se desprende de los clásicos pronunciamientos que señalan que el lucro cesante se calcula en base de la remuneraciones dejadas de percibir (como monto referencial) mas no de los ingresos económicos totales (como los demás beneficios sociales).

Sin embargo, en su argumento décimo segundo, plantea un límite, señalando que no se trata de una simple operación aritmética, que responde desde la fecha de despido hasta su reincorporación, puesto que al amparo del artículo 1317 del Código Civil, se establece que el deudor no responde por los daños causados por causas no imputables a él, dando otro argumento de alto interés para la presente investigación:

Esta disposición normativa que impide atribuir al deudor los daños y perjuicios generados por causas no imputables, es similar a la técnica empleada en el artículo 40 de la LPCL, cuando establece que en el cálculo de las remuneraciones dejadas de percibir como consecuencia del despido

se debe deducir los periodos de inactividad procesal no imputable a las partes. (p. 11)

Esta delimitación planteada puede aplicarse en el ya histórico, caso de circunstancias del aislamiento social por la pandemia, pues, es un hecho que escapa de las manos de los justiciables, por tal no son imputables a éstos, así como en los casos en las cuales los juzgados tardan de manera excesiva el trámite del proceso (carga procesal, huelgas o paralizaciones), sin embargo, estas deducción deben aplicarse también en aquellos casos cuando las partes generen o coadyuven a la paralización del proceso de reposición o cuando dilaten de manera negativa el reingreso del trabajador, dicho extremo se desarrolla con mayor amplitud en el análisis de la presente sentencia.

Respecto a la decisión arribada; la Sala Suprema, advierte infracción normativa al artículo 1332 del C.c., en aplicación del criterio equitativo, y por los argumentos previamente expuestos, fija el monto indemnizatorio por lucro cesante la suma de S/100,00.00, casando y reformando la sentencia de vista.

Análisis del pronunciamiento casatorio; este extremo está referido sólo a los argumentos vertidos en la casación, mas no sobre el caso en su totalidad, pese a no ser de gran complejidad, a fin de dinamizar y ser específicos me limitaré en los argumentos que sirvieron para motivar la decisión de la Sala.

Como se precisó, el argumento décimo primero, presenta una postura innovadora, pues la sala reconoce que el daño patrimonial (lucro cesante) no solo se limitan a las remuneraciones propiamente (remuneraciones neta) sino también a los demás beneficios adquiridos como trabajador, o en este caso a los beneficios laborales-patrimoniales que debieron ingresar a la esfera económica del agraviado, sin embargo, no fue así, a causa del despido generado por su empleadora, pues del propio razonamiento de la sala, estos ingresos son ganancias patrimoniales no percibidas, en esa misma línea se aplica lo previsto en el Artículo 1331 del Código Civil, esto respecto a la cuantía de los daños generados, es decir el monto objetivo por cual se tendría que resarcir al agraviado mas no el artículo 1332, ya que este último entra en aplicación cuando no se tenga la certeza de un monto objetivo, situación que no ocurre en la presente causa.

Sin embargo, en el argumento décimo segundo la sala estima la aplicación del artículo 1317 del Código Civil, este está referido a que el deudor (empleador) no responde por causales inimputables a él, es decir aquellas circunstancias en las que estén fuera de su control, la sala argumenta que se aplicaría en escenarios como es la inactividad procesal; ciertamente el artículo 1317 del C.c., hace alusión a aquellos casos en las que el obligado no respondería por los daños y perjuicios como consecuencia de la inejecución de su compromiso contractual, siendo este el despido propiamente, teniendo en cuenta que los procesos de indemnización se busca la reparación del daño causado por la decisión unilateral y atribuible al obligado en este caso al empleador, daño que se extiende desde el despido hasta su reincorporación; aunque la sala equipara esta figura del derecho civil con el artículo 40 de la LPCL, se debe realizar precisiones al respecto, ello porqué este último se ciñe al pago de remuneraciones dejadas de percibir producto de un proceso de nulidad de despido (naturaleza netamente laboral) y no de un proceso de indemnización por daños y perjuicios propiamente, aunque es cierto que en el fondo ambas son una forma de resarcimiento por el despido, dando camino a que las remuneraciones dejadas de percibir tienen relación con el lucro cesante reconocido por el derecho civil; y siendo en el supuesto negado que de manera supletoria se fuera aplicar, se debe tener en cuenta que aquel agente que ocasiono el daño, debe tener un rol que se incline a reducir el perjuicio es decir el empleador, no pudiendo aludir al artículo 40 de la LPCL de manera arbitraria, aunque es el rol del agraviado también relevante para no caer excesos; debe tenerse en cuenta si se trata de dilaciones innecesarias por el agraviado, dicha causal no sería atribuible al obligado, siendo este escenario favorable para el obligado.

Retornando a la premisa previa, cierto es que el agresor no responde por los daños y perjuicios que este no cause, sin embargo, lo previsto en el artículo 1317 del C.c. se refiere al perjuicio naciente por el incumplimiento de la obligación, como la de incumplir el contrato de trabajo y sus consecuencias. El perjuicio está contemplado dentro un periodo lesivo, el cual se extiende desde el momento del despido al momento de la reincorporación efectiva o cese del perjuicio, sin embargo, tal como se viene argumentando, este periodo puede verse suspendido,

por causas no imputables a las partes, donde ciertamente no responderían por esa extensiones no atribuidas a ellos, el artículo 40 de la LPCL lo menciona, aunque lo hace respecto al pago de remuneraciones dejadas de percibir, rescatando la premisa de periodos inimputables, los cuales deberán de ser descontados por el juez que conoce la causa al igual que en el cálculo del lucro cesante.

El argumento décimo quinto, continua con la premisa de las causas no imputables, si bien este si deberá aplicarse, al hacerlo en base al artículo 1317 del C.c. y equipararlo al artículo 40 de la LPCL puede inducir en error a los justiciables y a los agentes jurídicos, al ser formas de resarcimiento distintas, sin embargo, se tiene reconocer que existen circunstancias en las cuales el obligado se encontraría exento del resarcimiento por causas específicas, pues dentro de las no imputables, se encontrarán aquellas situaciones fuera de su control, como lo son actos procesales dilatorios por parte del demandante o agraviado, desastres naturales que afecten su patrimonio, daños materiales a la empresa, que pueda afectar el cumplimiento de su obligación, estados de emergencia, crisis sanitaria (como por ejemplo la pandemia del Covid-19), huelga de trabajadores del poder judicial, ataques a las instalaciones juzgados donde se encuentren su expediente en caso se trate de un expediente físico, entre otros numerosos ejemplos, en los cuales el obligado no pueda responder o hacer frente.

Como conclusión; el pronunciamiento de la casación, a criterio propio, no hace una adecuada aplicación del artículo 1332 del C.c. puesto que el mismo está referido a otro escenario jurídico, sin embargo, nos da lineamientos base que nos ayudan a acercarnos a lograr los objetivos de la presente investigación, como primer punto: (i) El lucro cesante, no está referido sólo a las remuneraciones dejadas de percibir, sino también a los beneficios laborales que el trabajador pudo haber adquirido por ser ganancias patrimoniales. (ii) no es preciso equiparar lo previsto en el artículo 1317 del C.c. con el artículo 40 de la LPCL, el primero esta referido a daños y perjuicios y el segundo a remuneraciones dejadas de percibir, advirtiendo la naturaleza común de resarcimiento entre ambas; y, (iii) La existencia de causas inimputables al obligado, deberán de deducirse al cálculo de lucro cesante, como causas de fuerza mayor no atribuibles a este.

b. Casación Laboral N.º 10956-2017 Tacna. De igual manera esta casación es relevante en tanto a la postura adoptada en su pronunciamiento, la cual se pasas a analizar.

Respecto a los hechos: es un proceso seguido por un trabajador contra el Proyecto Especial Tacna - PET sobre indemnización por daños y perjuicios producto del despido arbitrario causado por su empleador, del desarrollo del proceso, se elevan en grado de casación el recurso formulado por el PET contra la sentencia de vista de fecha treinta y uno de marzo del dos mil 2017, la cual confirmó la sentencia de primer grado, que declaró fundada en parte la demanda. (Corte Suprema de la República del Perú, Casación Laboral N.º10956-2017-Tacna)

Respecto a la infracción normativa invocada: la demandada, alega infracción normativa del Artículo 1332 del Código Civil.

Respecto a la solución del caso concreto: la Sala Suprema se pronuncia de manera novedosa, puesto que, en su argumento octavo, se precisa que la demandada solicita la aplicación del artículo 1332 del C.c. debiendo tener en cuenta que el demandante (el trabajador) estuvo brindando servicios a otro empleador, estimando la sala que este argumento vulnera el derecho al resarcimiento de daño y el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente.

En este mismo argumento, añade que la obligación no cumplida por el empleador (el respeto al contrato de trabajo), se transmuta en una nueva obligación a indemnizar por tal incumplimiento, dado que dejó de percibir remuneraciones que comúnmente le brindaba su empleadora; en este escenario, la sala estima que se tiene que dejar de lado el hecho de que si el demandante, percibió ingresos durante el periodo de cese, y de no ser así se estaría vulnerando el derecho el actor a obtener una fuente económica para salvaguardar su subsistencia; la sala sintetiza esta idea señalando que:

Los ingresos adquiridos por el actor son el fruto del ejercicio de su derecho constitucional al trabajo, ya que, de hacerlo, caemos en el absurdo que la víctima se pague a sí mismo el lucro cesante, y llegar al extremo de exonerar al victimario del daño, a no pagar la indemnización, trastocando las

funciones de la responsabilidad civil, mucho más que aquello, significa desplazar la responsabilidad a un evento fuera de la relación jurídica que la motivó. (p.10)

Estando a esta postura, propiamente se reconoce una deficiencia en cómo se viene aplicando las decisiones de diversas cortes de justicia, en este caso no se considera atendible, que el ejercicio del derecho al trabajo, desmerezca o reduzca parte o incluso la totalidad los daños patrimoniales ocasionados, dicho punto se desarrollara con amplitud en el análisis de la presente sentencia.

Respecto a la decisión arribada: De los argumentos descritos, la corte suprema, decide declara infundado el recurso de casación interpuesto por el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna-PET, en consensua no casaron la sentencia de vista venida en grado.

Análisis del pronunciamiento casatorio: Este pronunciamiento se alinea con la postura adoptada en la presente investigación, lo que motiva traerlo a colación, por tal se señala lo siguiente:

La sala suprema reconoce que no es amparable, incluso resulta violatorio al derecho constitucional al trabajo y el derecho al debido resarcimiento, situación que los juzgados laborales, de manera unificada, han acordado que todo ingreso económico percibido por el agraviado, sea descontando sobre el quantum o lucro cesante del daño patrimonial causado, pues ciertamente, el agraviado (extrabajador) necesariamente buscará asegurar su propia subsistencia y la de su familia o los que de él dependan, por tanto al acceder a un trabajo, percibirá ingresos económicos por tal actividad, sin embargo, no existe conexión lógica, razonable de proporcionalidad o equidad, que permita concluir que estos ingresos obtenidos, producto de una nueva relación laboral a la que se vio forzado recurrir por un despido arbitrario previo, sea usado a favor del anterior empleador que cometió el acto lesivo a fin de que este sea vea beneficiado en ejercicio del derecho constitucional al trabajo.

Pese a ello los juzgados vienen aplicando de manera coordinada este absurdo legal, lo que no hace más que acrecentar la ya marcada supremacía del empleador, ahora no solo en las relaciones laborales sino, además, en los procesos judiciales. Este criterio unificado por el pleno laboral del año 2019, hizo caer en el

absurdo de que sea el propio trabajador vulnerado quien pague su reparación civil, podemos mencionar que se trataría de un agraviado responsable del daño causado contra él, pues ante el trabajo (posterior del cese arbitrario) que este realizó se estaría resarciendo el daño que un tercero ocasionó, en esta lógica si la fuerza de su trabajo se extiende en el tiempo o económicamente supera el daño patrimonial que su empleador le causó, este último, no tendría que pagar monto dinerario alguno por responsabilidad civil contractual patrimonial.

Otro escenario que inevitablemente emerge de este criterio adoptado es, en aquellos casos en los que no exista registro de haber percibido ingreso durante el periodo a indemnizar, puesto que, como ya es sabido la informalidad prima en nuestro estado, y el sector laboral no es ajeno a esta situación incluso datos recientes del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (2025) advierten que la informalidad laboral está representada en el 70,7%, es decir sin prestaciones ni seguro social y contrario a ello el empleo formal se limita al 29,3% según se advierte del último estudio de Abril 2024-Marzo 2025 (p.17), en estas circunstancias, no se podría documentalmente acreditar los ingresos percibidos por estos trabajadores, que posterior al despido desempeñaron labores de manera informal, pese a tener ingresos económicos estos no se verían reflejados en los sistemas de declaraciones de la SUNAT o de Afiliación en EsSalud, por lo que en los proceso de indemnización, no sufrirá ser el agraviado responsable de sí mismo sobre el daño causado, sin embargo, llama la atención, pues si bien no se estaría desmejorando el lucro cesante, no se encontrarían bajo los “efectos” del Pleno laboral del 2019, es decir que por no poseer un empleo formal durante el periodo de cese, estarían sujetos a una suerte de “discriminación” por el sistema de justicia, pues el pleno aludido solo resultaría aplicable a aquellos trabajadores que laboraron o prestaron servicios de manera formal, incentivando incluso la informalidad laboral, a fin de no perjudicar un futuro resarcimiento.

Como conclusión: La suprema corte deja sentado en sus argumentos la no viabilidad de que sea el agraviado quien responda por el daño causado por su empleador, ello al ejercer su derecho constitucional al trabajo, ya que se afectaría el derecho al debido resarcimiento, lo contrario resulta un absurdo legal además de

ir en contra de la institución de la responsabilidad civil contractual.

Ante la informalidad laboral existente en la realidad del país, nos encontramos en una situación de no aplicación idónea del pleno revisado, pues regularmente no es cotidiano acceder a un empleo formal, o no existe una cultura de formalidad tributaria (en relación a los prestadores de servicios) para que estos ingresos se vean reflejados en los sistemas de declaraciones de rentas, por lo que existiría un vacío para que se pueda aplicar este pleno a cabalidad, lo que beneficiaría a cierto grupo de trabajadores que laboraron durante su cese, en un empleo informal, promoviéndose de esta manera una cultura de informalidad laboral lo que a largo plazo afecta la recaudación tributaria, y por tal al estado.

c. Sentencia de Vista del Expediente Laboral 1312-2014. Se ha identificado, un caso particular en la Corte Superior de Tacna, sobre la forma de calcular el quantum indemnizatorio, criterio que no debe dejarse de lado, es así que se hace la revisión del mismo.

Respecto a los hechos: El presente es un proceso contencioso administrativo en grado de apelación, donde se cuestiona una indemnización por daños y perjuicios (daño patrimonial y moral) por despido arbitrario por parte de la Municipalidad de Alto de la Alianza contra un trabajador, es decir el proceso es de naturaleza laboral (Corte Superior de Justicia de Tacna, Expediente N.º 01312-2014-0-2301-JR-LA-02)

Respecto a la expresión de los agravios: la demandada, alega que se debe tener en cuenta el Pleno Jurisdiccional Nacional y Procesal Laboral 2019, entre otros.

Respecto a la solución del caso concreto: la primera Sala Civil permanente, se pronuncia de manera novedosa respecto al cálculo del lucro cesante o daño patrimonial, usando para tal la media entre los gastos per cápita mensual año 2008 y el las remuneraciones mínimas vigentes durante el periodo de desvinculación, los cuales fueron de cuarenta y dos meses y tres días. utilizando dichos datos para estimar el daño patrimonial, pues utiliza parámetros numéricos externos a los que obran en autos.

Respecto a la decisión arribada: La Sala Civil Permanente, revocó la sentencia de primer grado que otorgó S/44,100.00, reformando dicho extremo, estimando que el daño patrimonial es de S/23,608.56.

Análisis del pronunciamiento de vista: Distintamente a los pronunciamientos de la Corte Suprema, que se analizaron previamente, resulta útil traer a colación el pronunciamiento de la Primera Sala Civil de la Corte de Justicia de Tacna, puesto que, plantea un criterio o estilo de resolución de la controversia del lucro cesante, un tanto diferente, pues en aplicación de parámetros numéricos externos, como son el costo de vida per cápita y las remuneraciones mínima vital vigentes, estima un resultado para lograr el valor de la indemnización por daño patrimonial, lo que a mi punto de vista estimo conveniente cuando no se pueda estimar de manera cierta el monto objeto de resarcimiento, sin embargo, en la aludida sentencia de vista, se advierte que el monto preciso ascendió a S/.1000.00, es decir al estar determinado, con operación aritmética en base a dicho monto se debió calcular el daño patrimonial, sin embargo, no se reta merito al análisis hecho por la sala, pues en los casos en lo que no se pueda tener certeza del monto preciso sería el escenario adecuado en el cual aplicarlo, estamos hablando de los supuestos que se enmarquen en el Artículo 1332 del C.c. sería una alternativa más acertada para cuantificar el daño patrimonial.

Adicionalmente al extremo señalado, resaltamos el argumento contenido en el punto 1.4.5.1 de la sentencia de vista, puesto que el colegiado señala en su literal “e)” que, el agraviado, en este caso el trabajador despedido, debe adoptar una actitud diligente respecto a su proceso de reposición, buscando propiamente que se le reincorpore a su centro de trabajo, esto pudiendo ser mediante una medida cautelar al obtener sentencia de primera instancia favorable (en el caso de procedencia especial de la medida cautelar) o con la ejecución anticipada de sentencia; este actuar diligente genera certeza al juzgador de que el agraviado, no busco deliberadamente demorar su reposición para que el futuro resarcimiento por daño patrimonial sea superior, este criterio guarda relación con lo expuesto en la Casación Laboral N.º 12149-2020-Tacna analizada previamente, pues que el trabajador cesado que retrase o demore innecesariamente el resultado de la

sentencia, sería una conducta no imputable a su empleador, dando como resultado el eximirse de responsabilidad patrimonial por dichos períodos de tiempo en el cual el agraviado extiende innecesariamente la ejecución de su sentencia, pues sería un contradictorio a su pretensión de reposición laboral.

La sala civil en su argumento 1.4.5.3., hace alusión al pronunciamiento que se revisó previamente, esto es la Casación Laboral N°10956-2017-TACNA, armonizando con la postura que el trabajador una vez despedido no se encuentra imposibilitado para ofrecer sus servicios a otro empleador, es decir el conseguir la ganancia, y si en caso el trabajador genere estos nuevos ingresos no exime al empleador el pago de la indemnización por daño patrimonial.

Como conclusión: Del análisis de la referida sentencia, se tiene claro que, si bien se aparta del Pleno Nacional y Jurisdiccional Laboral 2019, nos presenta una alternativa a fin de determinar el daño patrimonial causado, sin embargo, este se hace ante la imposibilidad poder determinar el monto fijo, escenario que comúnmente no se presenta, puesto que el monto cierto utilizado para fijar la indemnización es la remuneración e ingresos que se percibió como trabajador.

Otro criterio ya utilizado en pronunciamos de la Sala Suprema, es el retraso indebido de la ejecución de la sentencia que ordena la reposición o un actuar no diligente por parte del agraviado, significando esto, que busca de mala fe, verse beneficiado por una indemnización mayor, sin embargo, al presentarse tal situación se trataría de una conducta no atribuible al empleador, no cuantificando dicho periodo el lucro cesante.

d. Casación Laboral N.º 28523-2022 Lima. Este es un pronunciamiento reciente, lo que da cuenta que los criterios judiciales respecto a determinar el daño patrimonial en su acepción del lucro cesante, se encuentran aún en debate.

Respecto a los hechos: El presente caso versa sobre un proceso de indemnización por daños y perjuicios seguidos por un trabajador repuesto judicialmente, en el cual la sala laboral ordena el pago de S/ 300,000.00 por tal concepto, siendo el Ministerio del Interior quien interpone el recurso de casación contra tal decisión. (Corte Suprema de la Republica del Perú, Casación Laboral N.º 28523-2022-Lima, 2025)

Respecto a la expresión de los agravios: La demandada, alega que se habría incurrido en infracción normativa del inciso 5 del Artículo 139 de la constitución del estado e infracción normativa del artículo 1332 del Código Civil, entre otros.

Respecto a la solución del caso concreto: La Sala Suprema, presenta un argumento peculiar, en comparación a la resolución de controversias sobre la misma materia en su amplia mayoría, y a su vez condice en parte a los argumentos que se plantean en la presente investigación, sin embargo, se puede advertir que aunque incluye argumentos previos ilustrativos, se reduce todo al argumento decimo primero de su sentencia donde se habla sobre el cálculo del lucro cesante en base a parámetro objetivos, en la cual reconoce que no solo comprende las remuneraciones dejadas de percibir, sino todos los ingresos laborales que el trabajador no percibió como consecuencia del despido irregular, descontándose los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes, en atención al Artículo 1317 del Código Civil y el Artículo 40 de la LPCL.

Respecto a la decisión arribada: La Sala Suprema, resuelve declarando fundado el recurso de Casación presentado por el Ministerio del Interior, esto es casaron la sentencia de vista, y confirmando la demanda que declara fundada la demanda modificando el monto de indemnización a la suma de S/. 150,000.00.

Análisis del pronunciamiento Casatorio: Como se ha adelantado sobre en la solución al caso concreto, corresponde acudir a los argumentos utilizados por la Corte Suprema y realizar un breve análisis respecto a la aplicación de las normas y el sentido en el cual se emite la sentencia.

En la sentencia, la sala estima pertinente abordar una breve digresión relevante al asunto *sub litis*, lo cual resulta oportuno mencionar pues si bien se alude al despido nulo lo asemeja a las otras clases de despido (como el despido arbitrario o irregular en general) los cuales forman parte de los ejes teóricos centrales de la presente investigación, mal se haría si se deja de lado tales alusiones, máxime si aporta argumentos que respalda parte de los objetivos planteados.

Así las cosas, la Sala Suprema, menciona dos formas o herramientas para tutelar el daño causado por el despido constitucional, esto es a través del artículo 40 del Decreto Supremo 03-97-TR del TUO de la LPCL y el artículo 1321 del

Código Civil, en el argumento sexto de la sentencia menciona que dichas herramientas son lo mismas al poseer naturaleza indemnizatoria, lo cual no es preciso, dejando abierta una breve discusión al respecto, pues de manera estricta lo que establece el artículo 40 de la LPCL es el pago de remuneraciones no gozadas desde el momento del cese hasta su reincorporación y lo que establece el Código Civil, es el pago de una indemnización por daños y perjuicios, contemplada principalmente por el daño patrimonial y daño moral. Sin embargo, esta alusión adolece de ser absurda e incoherente con la múltiple jurisprudencia que de manera casi homogénea señala que la indemnización no deberá de equipararse a las remuneraciones dejadas de percibir, al ser de naturaleza distinta, además de que usar la última remuneración percibida para el cálculo del lucro cesante sería realizar el pago de una contraprestación no efectuada, lo que conduciría a un enriquecimiento indebido, si bien no nos encontramos de acuerdo con esta última alegación, que repetidamente la jurisprudencia hizo mal en fomentar, es necesario hacer una distinción entre el pago de remuneraciones dejadas de percibir (que se da en el caso del despido nulo) y el pago (indemnización) por los daños y perjuicios ocasionados por el despido arbitrario (o cese irregular).

Distinción entre clases o tipos de despido, tal como se ha detallado en el punto 4.2 sobre “Clases o tipos de despido en el Perú” de la presente, donde se ha podido disgregar y detallar las clases o tipos de despidos, dejando sentado que esta investigación no pretende abordar lo referido al resarcimiento en el despido nulo, ya que concretamente el artículo 40 de la LPCL ordena, una vez declarada fundada la demanda, el pago de remuneraciones no percibidas y CTS, que se realizara en beneficio del trabajador, sin embargo, ello no es un resarcimiento o indemnización. Contrario a ello, se encuentran los otros tipos de despidos, los cuales no corren la misma suerte, pues en estos se acuden a lo previsto en el Artículo 1321 del C.c., sobre los daños y perjuicios ocasionados, los cuales se ven sujetos a descuentos no objetivos (aplicación del Artículo 1332 del C.c) y otras variaciones no acordes con la búsqueda del debido resarcimiento y que colisionan con la institución de la responsabilidad civil, como lo es el acuerdo adoptado del Tema I del Pleno laboral del 2019, dicho ello la sentencia casatoria en comento, unifica estos conceptos,

llegando a la conclusión, en su argumento séptimo, de que todos estos tipos de despidos tienen su origen en el proceso de amparo, pues como se sabe se atendían en esta vía antes de que establezca que se tramiten en el proceso ordinario laboral, si bien su origen nace del proceso constitucional, no es correcto afirmar, como lo hace la sala, que el despido nulo es igual a la otra clase de despido, pues es la propia norma es la que las distingue, así como la voluntad del legislador, lo que sí podríamos decir es que es igual en su origen mas no su distinción normativa y jurisprudencial que se logró con el progreso jurídico sobre la materia.

Estando claro que no se pueden asemejar el despido nulo con otra clase de despidos (incausado, arbitrario, etc.) tampoco sería coherente aparejar la forma de reparación o resarcimiento entre ambas, por lo que corresponde distinguir dentro de estas la reparación o resarcimiento que pudieran comprenderse, dejando claro que el pago de remuneraciones dejadas de percibir no es una forma de resarcimiento, dicho ello se dinamiza en el siguiente cuadro:

Tabla 1

Conceptos no contemplados en el resarcimiento según los tipos de despidos.

Tipo de Despido	Forma de Resarcimiento	Conceptos no Contemplados
Despido nulo	No contempla forma de resarcimiento, ya que el Art. 40 de la LPCL. establece el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el pago CTS, lo que no se puede equiparar con el resarcimiento, aunque en estricto reduciría el daño del lucro cesante.	El lucro cesante, daño moral y el daño emergente.
Despido irregular (arbitrario, incausado, injustificado, etc.)	Art. 1321 del C.c establece el pago del daño emergente, el lucro cesante. Art. 1322 del C.c. establece el pago por el daño moral.	Las remuneraciones dejadas de percibir, el pago de las CTS y sus intereses. <i>(en aplicación del pleno laboral del 2019)</i>

Se advierte tanto en el despido nulo y en las otras clases de despido, que

contienen formas de resarcimiento que en el otro no, aunado que para el despido arbitrario se aplica el pleno laboral del 2019, no debiéndose dejar de lado la premisa de que las remuneraciones dejadas de percibir son ingresos ciertos que el trabajador pudo y no percibió por motivo del despido, es así que en el fondo, el pago de estas remuneraciones dejadas de percibir cumple una función resarcitoria (refiriéndonos solo a la disminución del lucro cesante) sin embargo, en estricto deberá entenderse de que no, por lo que, al existir esta diferenciación y semejanza paralela, se abre el debate de que si realmente son equiparables ambos conceptos, premisa que se abordara a continuación.

Retornando a la discusión, ¿Es entonces el pago de las remuneraciones devengadas es igual al pago por daño patrimonial? En concreto, no, pero la explicación se desprende no solo de la lectura de la premisa normativa contemplada en la regla laboral (Art. 40 de la LPCL) y la regla civil (Art. 1321 C.c.) como lo alude la Sala Suprema, indicando estas son solo denominaciones y que ambas tienen naturaleza indemnizatoria (entendiéndose resarcitoria), si no en que el resarcimiento per se, busca la reparación o resarcir el íntegro del daño causado al agraviado o trabajador despedido, y como se observa del cuadro previo, en ambas formas de resarcimiento vigentes, no se contemplan ciertos conceptos que en otra si, por lo que en el caso del despido nulo no se estaría hablando de un resarcimiento en estricto, pero si de un pago parcial del daño causado que se puede deducir del monto final del resarcimiento por daños y perjuicios en el extremo del lucro cesante.

Otro argumento esencial para traer a colación es el décimo primero de la casación comentada, pues expresamente señala “podemos concluir que la indemnización por lucro cesante como tutela resarcitoria frente al cese irregular no solo comprende las remuneraciones dejadas de percibir sino todos los ingresos laborales que el trabajador no percibió como consecuencia del despido irregular.”(2025) Esta afirmación guarda armonía con el argumento central que se viene presentando en esta investigación, esto es que se debe considerar para el cálculo del lucro cesante, además de las remuneraciones dejadas de percibir, todos los ingresos no percibidos como consecuencia del despido irregular, es decir bonificaciones, incentivos, asignaciones, etc.

Es la propia sala quien presenta una limitación a esta regla o estimación para el cálculo, la cual manifiesta en su argumento décimo segundo, citando propiamente al artículo 1317 del C.c. la cual esta referida a que el agresor o deudor responsable, no responderá por aquellas causas que no se le sean imputables, lo que se armoniza de manera relativa, con lo que prevé el artículo 40 de la LPCL. Sobre la deducción de aquellos periodos de inactividad procesal; esta deducción se considera razonable y ciertamente los juzgados no la aplican, ya sea por no plantearse en los argumentos de contestación de la demanda, o por la propia dificultad de comprobar que periodo no es imputable a las partes, presumiendo que no es un argumento de defensa que sea utilizado comúnmente por la dificultad señalada.

Sin embargo, pese a que la sala considera que no solo la remuneración deberá ser utilizada para el cálculo del lucro cesante, si no otros ingresos que debió percibir como trabajador, limita, esta vez de manera errada, el quantum indemnizatorio con la aplicación del artículo 1332 del C.c., aduciendo condiciones de equidad, con montos excesivos o diminutos si fuera el caso, posición que de manera insistente declaramos estar en contra, pues la aplicación del aludido artículo se está ejerciendo de manera indiscriminada, y siempre en beneficio del empleador o agresor, ya que son pocas veces, en las que el juzgador aplica el artículo 1332 del C.c. en favor del agraviado, ya que tiene una tendencia en indemnizar para abajo, es decir fija un monto menor al existente, con el argumento ya desgastado y vacío de guardar un criterio de equidad, lo que ciertamente carece de lógica jurídica, al no argumentar como es que llega a reducir los montos indemnizatorios y no tomar en cuenta el rol tuitivo laboral del estado y por tal de la administración de justicia; ya que en el pronunciamiento casatorio en comento, se fija inicialmente, y confirmado por los jueces de primera y segunda instancia, la suma de trescientos mil soles, sin embargo la corte suprema, en aplicación del “criterio de equidad” reduce tal monto en un cincuenta por ciento, bajo un argumento lógico y razonable inexistente.

Como conclusión: De lo ya vertido en el análisis del pronunciamiento casatorio, podemos advertir que:

La indemnización o resarcimiento contemplado en el despido nulo y el

despido irregular o arbitrario, no son iguales, partiendo de la base normativa que las ampara, y al contener conceptos que en el otro sí.

Que, si bien la Corte Suprema reconoce que no solo debe utilizarse los montos de remuneración, si no también todo ingreso que percibió el trabajador, para el quantum indemnizatorio, es este mismo órgano jurisdiccional que aplica una reducción del quantum final por presuntos criterios de equidad en los cuales no manifiesta un fundamento real, lógico o razonado que permita dejar clara la decisión final del porqué tal reducción, dejando en evidencia una reiterada inclinación o favorecimiento procesal continuo y desigual a favor del empleador quien además es responsable del daño causado el trabajador.

4.6. COLISIÓN ENTRE INSTITUCIONES JURÍDICAS: ¿UNA PARCIALIDAD JUDICIAL?

La jurisprudencia casacional comentada, como se mencionó, es de un razonamiento, análisis o postura judicial, no muy difundida o promovida, puesto que la generalidad de decisiones judiciales sobre la materia, se reduce y limita en efectuar el cálculo por lucro cesante, usando como base la remuneración neta, o en aplicación de artículo 1332 del C.c. que el legislador lo contemplo para otro escenario, y que a pesar de ello se ha utilizado por los Juzgados, Salas Superiores o la Corte Suprema, para restringir, reducir o limitar el debido resarcimiento por parte del empleador, utilizando premisas que lejos de ayudar a dar certeza a las decisiones judiciales generan controversias jurídicas, extendiendo las brechas ya existentes entre el trabajador y empleador perpetuándolas a instancias judiciales, lugar donde se presume estar en igualdad.

4.6.1. Criterio Judicial Pro-Empleador: La Prevalencia de la Disparidad en las Relaciones de Trabajo y su Extensión en Sede Jurisdiccional

Más allá de la evidente diferencia que existe entre el trabajador y el empleador, por la sola representación mental que se le pueda dar, a fin de abordar este apartado se debe dejar sentadas estas diferencias. En primer lugar, la

desproporción entre ambos se presenta desde el momento previo a iniciar la relación laboral, esto desde la suscripción del contrato de trabajo, ya que es el trabajador quien se somete a las cláusulas fijadas en el contrato, es nula o reducidos los escenarios en la que un postulante a un trabajo, profiera o imponga el cambio de alguna cláusula a la empresa contratante. En segundo lugar, iniciada la relación de trabajo, es el empleador quien tiene la facultad de dirección y fiscalización sobre sus trabajadores; en tercer lugar, al momento de la conclusión de relación de trabajo, es el empleador quien cesa al trabajador por causa justa o de manera arbitraria, manteniendo esta disparidad en todo lo que involucre la relación laboral de inicio a fin.

Principio in dubio Pro operario; ante la desigualdad manifiesta existente y constante entre el trabajador y empleador, la legislación adopto como contra peso en esta desigualdad, la aplicación del principio in dubio pro operario, el cual juega un papel relevante en el derecho laboral; este principio, según Deveali (1983, citado por Cadena, 2022), “otorga un amparo a la parte más frágil del contrato de trabajo, parte más débil que precisamente a consecuencia de su vulnerabilidad, se encuentra en la mayoría de los casos en la situación de acreedor.”(p.44), de esta forma se busca equiparar en posiciones similares a ambos agentes desde su relación en el entorno social (contractual) y su paso en sede judicial, es decir esta nivelación legal se extiende desde el inicio del vínculo hasta su conclusión.

Así entonces la aplicación del principio in dubio pro operario, debe practicarse también en sede judicial, el juzgador deberá equiparar ambos agentes entendiendo que se busque una alternativa razonable para al momento de emitir sus decisiones, sin embargo el Tema I del Pleno Laboral del 2019 adopto un criterio que contraviene este principio, y no por una simple alusión, sino porque efectivamente en el derecho laboral o procesos laborales, se rige por este principio, situación que no se presenta en los procesos civiles donde se demandan la indemnización por daños y perjuicios (inejecución de obligaciones) y en estos procesos civiles ambas partes poseen condiciones de igualdad; situación que no ocurre en los procesos laborales sobre esta misma materia, es decir la desigualdad natural entre trabajador y empleador se extiende en los juzgados y no se aplica de

manera idónea el principio *in dubio pro operario* a fin de no se transgreda la institución de la responsabilidad civil por la desigualdad entre las partes, ya que las decisiones arribadas en aplicación del Tema I del Pleno Laboral del 2019, se advierte esta desigualdad y la inaplicación del principio en mención.

En puntos previos se estableció que el pleno aludido, adopto dentro de su fórmula diversos sub elementos que en su conjunto generaron parámetros para la disminución del resarcimiento al trabajador agraviado, o que equivocadamente se han venido aplicado; ya que en el extremo que señala que se deba deducir los ingresos que percibió, es decir del trabajo realizado durante el tiempo que duro su despido, carece de lógica en la sola lectura de la premisa, pues qué sentido tiene buscar el resarcimiento en sede judicial si es que es el propio juzgador quien reducirá el resarcimiento por el trabajo realizado por el agraviado.

Aunque el pleno en mención adoptara una postura cuestionada en esta investigación, es necesario traer a colación la discusión previa, es decir la otra postura que un grupo de magistrados sostuvo, reflejada en la segunda ponencia la cual tuvo treintaisiete votos, perdiendo ante los cuarentaiocho votos de la ponencia ganadora y a la cual cuestionamos en la presente. En este sentido, los comentarios, críticas e ideas parten del respaldo de treintaisiete votos de magistrados en material laboral del país ya que, en el Tema I del pleno laboral del 2019 respaldaron su postura, señalando que debe practicarse el lucro cesante en base a las remuneraciones dejadas de percibir durante el cese (grupo 4), así como la imposibilidad de descontar los ingresos percibidos durante dicho cese (grupo 5) (Poder Judicial del Perú, 2019).

La desigualdad que se alude, se extiende por decisiones judiciales, como el criterio adoptado, pues los magistrados participantes debieron tener en cuenta este desequilibrio entre las partes y compensarlas en una decisión plenaria, que repercutiría sobre cientos y miles de justiciables que buscan ser resarcidos por la vulneración de sus derechos, entonces este criterio o ponencia ganada en mayoría, deja en evidencia la disparidad entre trabajador y el empleador la cual se extendió a sede jurisdiccional.

4.6.2. La Errónea Aplicación del Artículo 1332 del Código Civil como Desmejoramiento del Resarcimiento

Como se ha venido adelantando con la jurisprudencia revisada, la Corte Suprema, en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios por el despido del trabajador, han aplicado el artículo 1332 del C.c., sin embargo tal artículo hace alusión que su uso se dará cuando no pueda precisarse el monto exacto a cuantificar para el cálculo indemnizatorio, así lo indica nuestro Código Civil “Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa” (1984) queda claro que ante la imprecisión o falta de corroboración que pueda existir en un proceso, es que el juez deberá aplicar tal precepto

Ahora bien, tal artículo no hace distinción alguna, sobre si se aplicara solo a los conceptos por daño patrimonial, daño moral, daño a la persona u otro, esto es ciertamente la imprecisión que pueda darse en alguno de estos, aunque más sobre los daños no cuantificables o de compleja determinación como lo son aquellos revestidos de subjetividad, como el daño moral o daño a la persona que claramente contiene una evaluación precisa y detallada de determinadas características de la víctima, el daño, el deudor y su capacidad. Es en estas situaciones en las que el legislador ha optado por incorporar al código esta alternativa, no busco descartar la aplicación de este artículo sobre el daño patrimonial o lucro cesante, puesto que pueden existir numerosas circunstancias en las que la parte agraviada no pueda acreditar el lucro cesante, como la pérdida de información, destrucción de indicios, etc.

Así además lo indican Osterling y Castillo (2003) al señalar que en “el caso del artículo 1332 del Código Civil, en el cual nuestro legislador ha previsto un mecanismo para cuantificar el resarcimiento de los daños de difícil probanza”(p. 495) es así que la aplicación del 1332 se circunscribe o se limita su aplicación a la dificultad probatoria para la cuantificación de un concepto a resarcir, que claramente no debería darse cuando las partes, entre ellos el agraviado, acreditan de manera documental aquellos ingresos que dejó de percibir (o aquellos gastos en los que incurrió producto del daño), por lo que ante la existencia de documentales

que fehacientemente acredita este perjuicio económico mal haría el juez en aplicar el 1332 pues este está condicionado ante la eventual dificultad probatoria, por lo que la aplicación ante una calidad probatoria suficiente devendría de ser una errónea e incorrecta aplicación de dicho artículo lo cual repercutirá de manera directa en la debida motivación que están obligados a poseer los pronunciamientos judiciales.

Dicho ello como se ha presentado en apartados previos, la sentencias casatorias, optan por aplicar dicho precepto, sin embargo ante un proceso donde existen suficientes documentos los cuales acreditan, por ejemplo, el lucro cesante, se presentan al proceso boletas de remuneraciones donde se advierte los ingresos mensuales continuos de los trabajadores, es decir existen medios de pruebas suficiente que acreditan tal daño, sin embargo, los jueces al resolver solo mencionan el extremo de una valoración equitativa, el cual no debería ser aplicado cuando exista prueba fehaciente sobre el daño sufrido, y solo deberá limitarse ante la propia dificultad de acreditar tal daño, tal como el legislador lo ha previsto.

Ante esta errónea aplicación, el agraviado puede concluir que se trata de un beneficio a favor de los empleadores, que pese a ser los que ocasionaron el daño, son beneficiados por el sistema de justicia al momento de ver reducido el monto a indemnizar, ello con el resguardo de un artículo mal aplicado, pues se puede advertir una intencionalidad por parte del juzgador en forzar el argumento de una valoración equitativa, para así reducir en diez, veinte o hasta treinta por ciento del monto fijado por las instancias menores, bajo el argumento ligero de valoración equitativa. De esta forma se ve propagada la fortaleza o supremacía que posee el empleador sobre el trabajador con el respaldo del sistema de justicia, lo que inevitablemente genera una sensación de no neutralidad o no imparcialidad, esto puede ser el inicio de un replanteamiento en lo que se ha concebido como legislación compensatoria ante la desigualdad entre trabajador-empleador, pues esta compensación debe darse o extenderse también en sede judicial.

4.6.3. El Ejercicio del Derecho al Trabajo y su Uso como Eximente de la Responsabilidad Civil Contractual

Como se ha resaltado de manera previa, los juzgadores, en aplicación del

Tema I del pleno laboral del 2019, excusan la reducción del monto a resarcir del lucro cesante, a las deducciones que se deban efectuar sobre el trabajo realizado por el agraviado, permitiéndome inferir una conducta notoriamente inclinada a favor del empleador, puesto que no se ha podido encontrar o identificar un argumento válido sobre el porqué el ejercicio del derecho al trabajo (y el ingreso económico generado por su práctica) tendría que eximir parte o el total de la responsabilidad por incumplimiento contractual, específicamente por el daño patrimonial causado, excusándose de que se habría percibido ingresos durante el periodo de cese, por el simple hecho de haber laborado para su propia subsistencia.

De lo que se está hablando y lo que autoriza el pleno, es que el trabajador vulnerado responda ante el daño que el empleador le propino; la propia víctima se hará cargo con el costo de lo sufrido, sobre el auto resarcimiento Torres señala que “En dicho escenario, el perjuicio subsiste por el valor de la reparación, el mismo que deberá ser resarcido por el responsable.”(p.90, 2019) Es decir que el perjuicio continuara aun sin la propia víctima busco la forma de suprimir el daño, porque en tal situación no existe una reparación del deudor, ni su intervención, entonces será el quien finalmente deba responder por los daños sufridos en su conjunto, y si la victima acciono para suprimir su propio daño, deberá ser resarcido también por aquellos gastos incurridos por tal acción; no se puede hablar de reparación si es que se trabajó para otra empresa, ya que se da a costa de la fuerza física que el trabajador presta a un nuevo empleador, situación que nunca debió darse si es que el primigenio empleador no hubiere despedido.

Como se especificó al inicio de esta investigación el derecho al trabajo, supone la protección y el acceso al mismo, es un derecho y un deber de las personas; un derecho porque no se le puede limitar su acceso y tolerar su restricción, ya que tiene consecuencias directas con la subsistencia de la persona y de los que el dependan, y un deber porque es pieza fundamental para el desarrollo de la economía estatal como en la recaudación de impuestos, sin embargo yendo más a fondo con el criterio del pleno laboral, el cual fija que los ingresos percibidos serán deducidos al daño patrimonial, esto inevitablemente colisiona con el ejercicio del derecho al trabajo y la debida reparación del daño o reparación integral, ya que como

mencionan Pizarro y Vallespinos (1999):

Si el propio responsable es quien ha resarcido el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento. Si, por el contrario, el menoscabo es solventado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio y debe ser reparado. (p.653)

Aunque resulte lógico, muchas veces los jueces de distintas instancias no han asimilado el respeto estricto al cumplimiento de las obligaciones contractuales (como lo es el contrato de trabajo) y la reparación del daño ocasionado con su inejecución, así como el respeto al derecho al trabajo (quebrantado con el despido y utilizado como un eximente a la responsabilidad del deudor).

Haciendo la revisión de la doctrina respectiva, este aspecto responde a ciertos criterios e incluso a normas específicas del Código Civil, sin embargo de manera errónea el pleno no lo menciona, pero la doctrina y la ley si lo contempla, se entiende entonces que las deducciones responden al deber del agraviado de mitigar el daño, ello coincide con el ejercicio del derecho al trabajo, pero que no se ha sabido individualizar o identificar, en lo que respecta a los pronunciamientos judiciales, lo cual genera una expectativa de injusticia a los trabajadores, además de existir una motivación poco desarrollada o limitada en ese aspecto, estos extremos se desarrolla con mayor amplitud en el siguiente apartado.

4.6.4. *El Deber de Mitigación del Daño*

No abordar este punto, dejaría sin duda un vacío en la investigación ya que se encuentra ligada de manera nuclear al pleno cuestionado, así como al criterio que se viene aplicando, denominado por la doctrina como el deber de mitigar el daño, el cual está presente en nuestro ordenamiento, por lo que acudimos al Código Civil, donde en su artículo 1327 señala: “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.” (1984) Este artículo refiere a que el acreedor, es decir el ahora agraviado, en ejercicio de facultades ordinarias, que no signifique un acto complejo previo a realizar, no será resarcido si pudo haber evitado este daño generado por el deudor,

es decir el agente agresor; extrapolando a la materia que nos convoca, este artículo refiere que el trabajador agraviado con el despido, no será resarcido por el daño (lucro cesante) generado por su ex empleador, ya que en ejercicio de su derecho al trabajo se podrá evitar esta afectación. Esta alusión resulta un tanto extrema, pues la aplicación de este precepto legal en el despido nos clarifica el escenario ya mencionado, que es el resarcimiento por el mismo agraviado, lo cual supondría el debilitamiento de las obligaciones o los contratos per se, dicho ello reservamos el análisis jurisprudencial, lo que se aborda con profundidad en los acápites posteriores para un armonioso desarrollo de la presente.

La mitigación del daño, resalta ser un deber, mas no una obligación, aunque nuestro Código Civil no lo especifica, resultaría contradictorio que se genere una obligación cruzada al momento de que una de las partes incumpla la obligación inicial, al respecto Ayala (2022) señala que, “si la mitigación del daño constituyera una obligación, la víctima estaría obligada con la otra parte, a realizar actos razonables para disminuir el daño ocasionado” (p.108) no siendo una alternativa razonable que el deber de mitigar el daño pase a ser una obligación, pues se entraría en el absurdo del auto resarcimiento.

Algunos autores como Hermosilla y Reyes denominan a la mitigación del daño por parte del acreedor como una carga (Ayala, 2022, p. 109), sin embargo, dicha condición perturba la naturaleza de la mitigación al estar vinculada con el agente generador el daño y el futuro resarcimiento que este tenga que hacer; pudiéndose entender como una obligación; a fin de aclarar este punto acudimos al histórico doctrino Carnelutti (1944, citado por Gomes, 2024) que precisa que la obligación se impone al interés ajeno, mientras que la carga al interés propio, y en esta misma línea Santoro reconoce la carga como aquello que otorga beneficio propio o evita un daño (1944, pp.46-47); queda visto entonces que la carga no supone una obligación para el agente agraviado ni una exigencia que deba hacer al agente agresor, pero si la salvedad del primero, ya que busca evitar su propio daño, o dicho de otra forma, es una obligación consigo mismo, es responder ante sí; sin embargo, al quedar sentado que no se trata de una obligación, el agente agresor, no tendría que exigir al agraviado el cumplimiento de acciones o diligencias que tengan

como propósito encaminar la reducción del perjuicio.

No concluimos este apartado atribuyendo a la mitigación del daño como una carga, pues ciertamente algunos doctrinos la encasillan como tal, no obstante la denominación otorgada por la propia doctrina, esto es la mitigación como un deber, debe de ser atendida como tal, se entiende entonces el deber jurídico, como la conducta de acción u omisión exigible, que tiene una persona a otra como, una forma de restricción a la libertad (García, 2002, p. 268) debiéndose entender que el deber si bien es exigible, en su acepción más limitada, no es de obligatorio cumplimiento, es más un compromiso social con otro individuo u individuos, el deber se trata de un comportamiento de buena voluntad, esperable de una persona integrada en sociedad, sin embargo sobre el deber debe primar el interés propio, por ello es que no es el deber una obligación encubierta que un tercero pueda exigirte cumplir, ya que “en toda obligación hay un deber, pero no en todo deber hay una obligación” (Troncoso, 2011, p. 357)

Con las premisas abordadas, sobre la mitigación del daño, queda claro que no es una obligación, pues de ser así, ante el incumplimiento de un contrato, quien no cumplió exigiría al agraviado buscar la manera de suplir tal incumplimiento, para que este no se vea afectado por el daño y consecuentemente el monto a indemnizar no se potencie; por lo que denominar obligación a la mitigación del daño desnaturalizaría las obligaciones contractuales, pues estas carecerían de una protección, respaldo o compromiso que deba cumplir la otra parte, excusando la extensión del daño a la ausencia de la mitigación, entonces estaríamos hablando a un debilitamiento de los contratos y consecuentemente del resarcimiento ante tal incumplimiento.

Así las cosas, se pasa a sintetizar a la mitigación del daño según como la doctrina lo ha fijado, así como la postura del investigador.

Respecto a la mitigación como carga, la doctrina fija la misma como la satisfacción en beneficio propio, así como la de evitarse un mayor daño, es decir una responsabilidad consigo mismo, por supuesto ello no configura obligación con terceros, por tal no es una exigencia por parte del agente generador del daño, si no una acto interno del propio agraviado, destacando la evitabilidad o extensión del

daño para sí, por lo que la mitigación del daño podría tener incidencia en ser considerada como carga.

Respecto a la mitigación como deber, propiamente dicho, el deber no responder a un acto en favor propio (aunque consecuentemente lo sea) si no que se da en favor a la armonía social o armonía con terceros, en este caso, es una suerte de acción en favor del agente agresor, pues el deber de mitigación (si fuera una carga o el supuesto negado de ser una obligación), tendrá como repercusión ciertamente la disminución del daño, dejando claro que, dentro de la esfera del daño, cuando el agraviado pretenda ejecutar actos de mitigación se denominara carga, y cuando esta se exteriorice, se denominara deber, es decir la mitigación del daño posee dos etapas, una interna o carga (la acción de mitigar internalizada en favor propio) y la etapa externa o de deber (la acción de mitigar ejecutada que intrínsecamente tiene efectos en favor de terceros). Entonces en el escenario de indemnización por inejecución de obligaciones o por daños y perjuicios la mitigación del daño resultaría ser un deber por parte del agraviado, sin embargo, en necesario abordar doctrina y jurisprudencia relevante para zanjar este extremo.

a. La Mitigación del Daño en el Derecho Internacional Comercial. A fin de buscar un certero entendimiento al respecto, se acude a las reglas del derecho internacional a fin de poder verter un adecuado abordaje al deber de mitigación del daño y su aplicación la presente investigación.

De esta forma, la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fija en su artículo 77 señala que:

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida. (Naciones Unidas, 1980)

La convención deja claro el deber de la parte agraviada en ejecutar todo acto razonable a fin de que el daño que padezca no se extienda en su perjuicio, incluso

fija la potestad de la parte agresora de pedir la reducción de la indemnización que el agraviado pudo haber reducido, claro que, ciñéndose a las reglas de las medidas razonables, en este entendido, el deber de mitigación del daño se encuentra comprendido dentro del derecho mercantil internacional.

Así demás acudimos a los principios de UNIDROIT, que alude a la mitigación del daño, bajo la denominación atenuación, en la cual en su artículo 7.4.1 señala:

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño. (1964)

Este artículo forma parte de los principios de unificación del derecho privado en Europa, nos deja una premisa relevante en consonancia con lo señalado por las Naciones Unidas, esto es la reducción del daño que deberá buscar la parte agraviada, con el uso adecuado de las medidas razonables que el agraviado deberá adoptar para esta disminución, aunque es relevante su segundo apartado, donde añade que la parte agraviada podrá exigir a la parte agresora, recuperar el gasto generado para la reducción del daño, dicho extremo se abordara de forma posterior por su relevancia.

b. El Deber de Mitigación del Daño en la Legislación Externa. Si bien en el punto previo se ha hecho mención de esta institución jurídica en a la legislación internacional, se encuentra referida propiamente a relaciones comerciales internacionales, lo que no desvaloriza su aporte a la presente, pues deja claro que el resarcimiento es un deber por parte del agraviado quien debe buscar verse menos afectado en las relaciones comerciales internacionales, sin embargo, a fin de poder expandir el campo de análisis, resulta oportuno acudir la legislación interna de otros países que compartan nuestro sistema jurídico, con el propósito de poder dilucidar el deber de mitigación, su aplicación o tratamiento por parte de otros estados.

b.1. Código Civil de Italia. La legislación italiana ha tenido influencia en nuestra legislación nacional es así el caso en relación a la responsabilidad civil, por tal resulta oportuno traer a colación lo que nos dicen respecto a la mitigación del daño, aunque de la revisión del *Codice Civile* italiano, no se encuentra prevista bajo esa denominación o alguna sinónima, sin embargo si se puede identificar la intención del legislador italiano en el precepto ubicado en su artículo 1227, sobre *la contribución del acto negligente del acreedor*, donde señala:

Si el acto negligente del acreedor contribuyó a causar el daño, la indemnización se reduce en función de la gravedad de la falta y la magnitud de las consecuencias resultantes. No procede indemnización alguna por los daños que el acreedor hubiera podido evitar actuando con la debida diligencia. (1942)

Dicho artículo hace mención a la evitación del daño, entonces, hace alusión al cumplimiento del deber de mitigación, especificarse es su segundo párrafo el cual se centra en dicho deber en relación a las normas internacionales mencionadas con anterioridad. Este apartado guarda relación con el Artículo 1326 y 1327 del C.c peruano, ya que las mismas refieren sobre el actuar del acreedor (agraviado) quien deberá adoptar un comportamiento diligente, ello según la doctrina nacional que ha interpretado acertadamente como el deber de mitigación del daño.

Entonces ambos códigos comparten dicho precepto, si bien no hacen expresa alusión al término, queda claro su contenido sobre la mitigación del daño, ahora bien para poder suplementar este extremo, recurrimos a la jurisprudencia italiana, a fin de identificar la aplicación práctica de la norma, así tenemos la Casación Civil N.º 2422/2004(2004), la cual se sustenta en el proceso de indemnización por daños y perjuicios seguidos por una inquilina contra su arrendadora, donde en el segundo piso del lugar del alquiler habría tenido desperfectos con una lavadora, lo cual generó que se inundó el primer piso, el cual se alquiló, como consecuencia de esta inundación se demandó daños y perjuicios, sin embargo el tribunal advierte que en aplicación del artículo 1227 párrafo 2 la inquilina agraviada pudo evitar el daño con la debida diligencia de retirar sus objetos de valor del lugar luego de tomar conocimiento de la inundación, además

de obrar en el expediente que la inundación fue parcial, solo afectando a prendas de ropa, daño que se pudo haber evitado si la inquilina hubiera retirado sus objetos y no dejarlos ahí por toda una temporada a la espera de la solución por parte de su arrendadora. La corte italiana hace efectiva alusión y aplicación al deber de mitigación del daño, en el actuar que debió adoptar la agraviada, que, si bien el daño nació y perjudicó sus productos, estos pudieron verse menos perjudicados si se retiraban a tiempo, con una debida y ordinaria diligencia y no esperando una solución por parte de su arrendadora.

Además de ello traemos a colación la Casación Civil N. 27298/2013(2013), la cual versa sobre los daños y perjuicios que surgen a raíz de la construcción deficiente de un edificio, la empresa contratista no pudo ejercer actos que reduzcan el daño por la construcción deficiente, pues ello significaría eliminar evidencias de un bien relacionado a un ilícito, por consiguiente, no es exigible el actuar diligente para evitar la progresión del daño. Esta sentencia del tribunal, alude a que si bien la empresa contratista pudo subsanar deficiencias que pueda limitar el daño, esta no se pudo practicar porque repercutiría en la investigación de un ilícito penal relacionado a la propia construcción, por lo que significa una exclusión al deber de mitigación con el propósito de buscar un fin superior, como es la obtención de la verdad en un ilícito.

Ahora bien, se advierte una deficiencia de especificación en el artículo 1227 (legislación italiana) donde contiene o refiere la mitigación del daño, sin embargo como se visto en las sentencias, la mitigación solo se encuentra en el segundo párrafo de dicho artículo, siendo que el primer párrafo habla sobre la identificación del agente agresor o generador del daño, al igual que lo hace el artículo 1326 de nuestro CC., con el propósito de dinamizar estas diferencias y con efectos de poder identificarlos de forma idónea en la legislación italiana como en la nacional, se plasma lo siguiente:

Tabla 2

Comparación de artículo del Código Civil de Italia y Perú.

Dañ o (R. Civil)	Código Civile (Italia)	Código Civil (Perú)
Individualización del daño	Contribución del acto negligente del acreedor Art. 1227 parrf. 1: Si el acto negligente del acreedor contribuyó a causar el daño, la indemnización se reduce en función de la gravedad de la falta y la magnitud de las consecuencias resultantes	Reducción del resarcimiento por actos del acreedor Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven
Mitigación del daño	Contribución del acto negligente del acreedor Art. 1227 párr. 2: No procede indemnización alguna por los daños que el acreedor hubiera podido evitar actuando con la debida diligencia	Liberación del resarcimiento Artículo 1327.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario

En el primer apartado del cuadro previo, se observa que el código italiano contempla bajo la premisa de que del actuar negligente del acreedor reducirá la indemnización, esto es la contribución a la causalidad del daño o la contribución a la generación del daño, es decir el nivel de responsabilidad que pueda tener el acreedor por el daño que se generó a sí mismo, mientras que la legislación peruana la contempla como la reducción del resarcimiento, esto en consonancia relativa con el código italiano, sin embargo este razonamiento es errado.

Antes de hablar sobre el segundo párrafo y el segundo artículo respectivamente, el investigador considera a criterio propio, que ambas denominaciones o titulaciones del artículo 1227 y 1326 (Italia y Perú, respectivamente), son imprecisas, aunque en mayor medida el precepto de legislación nacional, ya que dicha de denominación puede llevar a confusión.

El código italiano, en su artículo 1227 habla sobre un actuar negligente del acreedor, sin embargo, de su contenido se desprende además la mitigación del daño (segundo párrafo), por lo que es impreciso que la denominación del artículo 1227

haga referencia solo sobre al actuar negligente del acreedor, máxime si en su contenido se abarca figuras totalmente distintas, por un lado el actuar negligente del acreedor o quien es el agraviado se encuentra relacionado el hecho material o comportamiento que ejecuto el acreedor para que se dé inicio o se genere el daño, es decir es el paso inicial para la contribución del daño o daño naciente, mas no está referido al daño ejecutado en toda su extensión, entonces no se trata de una contribución a la extensión del daño, si no a un actuar inicial, lo que claramente no es la mitigación del daño, pues el deber de mitigación se ejecuta cuando el daño está sucediendo.

En otras palabras, lo que hace referencia el párrafo primero del C.c. italiano, es a la identificación de los agentes que contribuyeron al origen del daño, lo que sin su actuar no se hubiera generado o de generarse de otra forma, es una individualización que se hace en la etapa de la evaluación de los presupuestos de la responsabilidad civil, específicamente en el factor de atribución del agente responsable.

En este mismo razonamiento el C.c. nacional, estima en su artículo 1326 donde se habla sobre la reducción del resarcimiento, al igual que la norma civil italiana por la contribución del acreedor en el daño, sin embargo, como ya se ha mencionado, ello resulta erróneo, pues la denominación que se da al artículo es contradictorio con su contenido, ya que el artículo en sí mismo habla sobre la identificación de la atribución del daño que genero cada individuo, mas no alude a una reducción del resarcimiento ya que no se puede reducir un monto de resarcimiento sobre aquel daño del cual no eres responsable, por lo que, tanto el código italiano como el nacional, debieron fijar una denominación más acorde al contenido de sus preceptos; y, centrándonos en la legislación nacional, el artículo 1326 se encuentra erróneamente denominado, lo correcto podría ser “la individualización de la responsabilidad” a criterio propio este artículo es impreciso, iniciando con su denominación y parcialmente en su contenido, quizá por la premura de copiar a la norma extranjera.

Continuando con el desarrollo del cuadro plasmado, es el segundo párrafo del artículo 1227 y artículo 1327 (Italia y Perú, respectivamente) se contempla

intrínsecamente el deber de mitigación, limitadas con un actuar diligente, reiteramos que es en aplicación de este artículo en el cual se analiza el comportamiento del agraviado para evitar la progresión del daño contra sí mismo, no siendo necesario ejercitar actos que puedan significar un riesgo para si o para terceros, en esta línea Messineo, (1971, citado por Ugarte), refiere que respecto al segundo párrafo del artículo 1227 abarca aquel escenario en el que ocurrió el incumplimiento y supondría, una abstención culposa de actuar para evitar un mayor daño (2018, p.127), el doctrino alude a un comportamiento culposo del agraviado en no accionar para evitar el agrandamiento del daño, esto es una inacción o incumplimiento al deber de mitigar el daño. Damos cuenta que, en la legislación italiana, así como en su aplicación judicial, la mitigación del daño está comprendida como un deber que el agraviado debe adoptar para evitar un mayor perjuicio, corresponde el análisis de esta figura en la codificación civil de países vecinos cercanos.

b.2. Código Civil de Colombia. Es importante abordar, además, lo que dice la legislación de Colombia, respecto a la mitigación del daño, aunque como se advierte con el C.c. italiano al igual con el peruano, no hay una denominación expresa al deber de mitigación, sin embargo existen preceptos o articulados que tienen dicho propósito, es así que acudimos al C.c. de Colombia, en el cual se ha podido identificar el artículo 2357 sobre la Reducción de la Indemnización, que señala “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente” (1873).

De la lectura de este artículo, se puede advertir que el legislador, ha fijado la responsabilidad que posee el agraviado respecto a su actuar frente al daño, es así que denomina como acto imprudente la exposición a este; de esta forma se puede entender que esta exposición es aquella inacción del agraviado de apartarse o extraerse del escenario que le causa perjuicio, sin embargo, a diferencia del código italiano y el nacional, el C.c. de Colombia no menciona un actuar diligente para evitar el daño, en esta línea se puede entender como un actuar diligente la acción del agraviado en una *no exposición al daño* en merito a un comportamiento prudente para evitarlo.

Se debe dejar en claro además, que este artículo habla, a su vez de la individualización del daño, así lo entiende Oviedo y Cuartas (2025) al precisar que dicho artículo refiere sobre el supuesto “en el que la culpa de la víctima concurre con la del victimario, y aquel en el que la culpa de la víctima es posterior” (p.162), es decir habla sobre la contribución que tuvo el acreedor en dar inicio al acto dañoso y de su contribución al seguir sufriendo el daño, sobre esta última alusión, el C.c. colombiano, en su artículo 2357 proscribire la reducción cuando el que ha sufrido el daño dilato su estancia en esa situación; entonces, cuando el daño ya ocurrió se aplicara la reducción ante su exposición prolongada voluntaria (es decir ante la permanencia por parte del agraviado) ello ante el incumplimiento del deber de evitar un mayor daño. Como se señaló en el segmento anterior, el daño naciente es el momento en el cual el daño surge o se da lugar en la realidad y el daño ejecutado es cuando sus efectos empiezan a tener mayores consecuencias ante el agraviado, en esta misma línea se puede encasillar el daño ejecutado como la exposición a él en el tiempo, lo que repercutirá en la apreciación o cálculo del monto a resarcir; pues, al ser la víctima única responsable del deber de mitigación (como parte agraviada) podría estimarse una conducta culpable y limitando así a la responsabilidad del victimario (Oviedo y Cuartas, 2025, p.164), entonces se razona que la legislación colombiana habla también sobre el deber de mitigar el daño, como una actuación necesaria por parte de la víctima a fin de evitar la extensión del mismo.

Es necesario abordar la aplicación de este articulado por parte del sistema de justicia de Colombia, es por ello que estimamos conveniente la lectura de la Casación signada con el N.º de Radicación 11001-3103-008-1989-00042-01 tramitada en la Sala de Casación Civil (2016), la cual versa sobre la controversia generada entre la empresa Petrofert Ltda quien se encargaría de transportar y distribuir el envío de mercaderías vía marítima cuyo destinatario sería la Caja Agraria, sin embargo la empresa emisora (Petrofert Ltda) al momento de hacer la entrega de la mercadería se presentaron inconvenientes formales para que sea recibida por la Caja Agraria, lo que causaría un perjuicio económico a Petrofert Ltda quien conservaría en su poder dicha mercadería sin poder entregarla a su

destinatario, lo que significaría pérdidas económicas al no poder transportar otros productos y no habersele pagado por el transporte, pagos que debió hacer la Caja Agraria; y, finalmente no se hizo la entrega por estos defectos documentales. Es así que Petrofert Ltda, demanda el pago por daños y perjuicios por aquellas pérdidas económicas a la Caja Agraria, sin embargo la Caja alude que la demandante, no habría hecho uso de su derecho contenido en el artículo 1033 del código de comercio de Colombia, que le faculta a la transportadora, es decir la agraviada, pasado los treinta días hábiles, el pedir autorización para solicitar el depósito y la venta de la mercadería no entregada, evitándose así un mayor perjuicio económico, y no esperar el paso del tiempo para que finalmente sea liberada la mercadería en vía judicial, la Sala añade que dicha inacción responde a un actuar negligente por parte de Petrofert Ltda según lo prevé el artículo 2357 del C.C. colombiano, contribuyendo la agraviada, de alguna forma con el aumento del daño, estimando la sala que la reducción del monto a resarcir en favor a la agraviada Petrofert Ltda fue correctamente aplicada al no cumplir con su deber de no adoptar medidas razonables para aminorar los daños, esta reducción de daños se discrimina de la siguiente forma: responderá al agresor por los 30 primeros días (los cuales duraría el trámite de la venta de la mercadería no recibida) y “La condena por los demás días de parálisis, 82 días 11 horas. se reducirá a la mitad, dada la concurrencia de culpas a aplicar” es decir una reducción del 50% del lucro cesante respecto a ese extremo, y sumado a ello el agente generador del daño “Se condenará también al pago de los costos y gastos incurridos en la venta de la mercancía” (2016, p. 17), respondiendo así, por toda acción que el agraviado impulso para verse menos perjudicado exteriorizada en gastos incurridos.

El razonamiento de la Corte Suprema, es válido conforme aplica el artículo 2357, sin embargo aludir a una concurrencia de culpas, estimo no es del todo preciso, ya que ello podría dar a entender que fue el propio agraviado quien contribuyo para que se origine el daño, cuando el originador del daño fue la Caja Agraria, lo más certero seria mencionar que el agraviado contribuyo en parte a la extensión del daño, de esta forma lo entiende Cely, sobre esta misma jurisprudencia:

La Corte incurre en un error al utilizar el nombre de la concausa o la concurrencia de culpas cuando aplica la mitigación del daño, ya que estas instituciones son distintas; en la primera de ellas, la víctima del incumplimiento es coadyuvante en la generación del daño y, en la segunda, el afectado no es colaborador en la producción del hecho lesivo, sino que en un momento posterior surge para él la oportunidad de evitar la propagación del perjuicio. (2021, p. 26)

Es preciso mencionar tal incidencia, pues como se han detallado en acápites previos, la contribución a generar el daño, es distinta a la propagación o incremento de un daño ya generado, por lo que estimar una concurrencia de culpas, es impreciso, siendo lo correcto el incumplimiento al deber de mitigación del daño cuando el agente agraviado no colaboro ni fue parte para darse inicio a la conducta dañosa pero no ejerció un actuar diligencia para que el daño no incremente.

Además de ello, y en mérito al efectivo deber de mitigación que debe tener la parte agraviada, a fin de evitar su propio y mayor daño o la extensión de este, ya que la legislación de Colombia previno algún escenario respecto a las mercancías estancadas o no entregadas, pudiendo la agraviada ponerlas a depósito y solicitar su venta pasado el plazo de treinta días, esto sería ciertamente un actuar no complejo ni que le pueda causar mayor daño, al contrario le serviría para mitigarlo, ya que como se ha mencionado todo actuar que tenga como propósito recudir o aminorar los daños pero que signifique una acción compleja o de alto riesgo que contrario a aminorar podría generar mayor perjuicio, no deberán ser adoptadas o tomadas por el agraviado, sin embargo si la legislación aprueba un escenario que pueda repercutir en la disminución del daño, y que este solo se da con una simple solicitud o petición administrativa, la empresa debió optar por ello, es decir que si la legislación prevé una forma de aplicar deber de mitigación, y a su vez existe norma específica que intrínsecamente pueda tener ese propósito, el agraviado debe dar uso a esas herramientas con el fin de verse menos perjudicado, ya que no significa un actuar temerario al ser imprudente o inseguro para el que lo ejecuta, a consideración propia, esta forma de mitigación carecería de propósito si es que la empresa agresora o responsable se hubiera opuesto a esta venta de la mercadería, ya que

existirá un daño prolongado por el propio agente responsable, situación que ocurre en nuestra legislación específicamente en la materia de la presente investigación, punto que se desarrolla más adelante.

En esta misma línea, y por resultar oportuno y necesario, se continua abordando la aplicación práctica del artículo 2357 del C.c. de Colombia, es así que la Corte Suprema de este estado ha resuelto numerosas causas, entre ella de rescata la contenida en aquel signado con el N.º de Radicación 11001-31-03-032-2015-00230-01, la cual se tramita en la Sala de Casación Civil (2021), la misma que versa sobre indemnización por daños y perjuicios seguida por Leopoldo Suárez Carrillo como parte agraviada producto del perjuicio ocasionado por las empresas Village Design & Arquitect S.C.A. y Construvillage S.A., la causa se ciñe a la construcción de un edificio realizada esas constructoras, dicho inmueble era contiguo al domicilio del demandante agraviado don Leopoldo Suarez; las empresas, durante el proceso constructivo del edificio levantaron un muro de cuatro metros, altura que no estaba permitida por las reglas del municipio, lo que tuvo consecuencias pues además de incumplir con el reglamento de la zona causo daños al domicilio del agraviado, y que producto de la ubicación del muro, se generó una filtración de aguas de lluvia, lo que no hubiera pasado si el muro tuviera una altura de 3 metros. Como consecuencia de estas filtraciones, se presentó humedad en las paredes, vidrios rotos, agrietamientos de muros y pisos entre otros; ante la inminente daño ocasionado al inmueble el agraviado realizo obras a fin de evitar la propagación de estas filtraciones y así reducir los daños que se estaban causando, reparaciones que se constató en la pericia correspondiente, donde la sala indico “en la tasación de lucro cesante resulta pertinente reconocer el valor de ... las reparaciones que a la postre realizó el demandante” (2021), además de ello aun existían daños que se tendría que reparar por el agente generador del daño, ordenado la Sala Suprema el pago de los demás conceptos, como lucro cesante y daño emergente en favor del agraviado.

En esta casación se puede verificar la acción previa que tomo el agraviado a fin de evitar un mayor daño al bien inmueble de su propiedad, siendo que este actuar fue reconocido por el órgano jurisdiccional que resolvió la causa, es de esta

forma que el cálculo realizado para la cuantificación del daño se consideró el daño reducido por el agraviado y delimitando el daño efectivamente padecido, sumando a ello los gastos incurridos en la reparación, lo cual deberá ser cubierto por el responsable en forma conjunta con otros montos cuantificados. Si bien el monto resarcitorio se vio reducido por la acción pronta del agraviado, esto responde a su propio actuar de verse menos perjudicado y cuyo propósito es no presentar mayor daño, ya que el resarcimiento no es una forma de enriquecimiento si no de reparación, siendo reparado además con el gasto tomado para las acciones que disminuyeron el daño lo que puede considerarse como daño emergente.

Como se ha visto hasta este punto, el deber de mitigar el daño no posee un reconocimiento expreso en las legislaciones, sin embargo es imposible negar su existencia en las mismas, así sucede también en la presente legislación estudiada, en esta misma línea la doctrina colombiana, ha identificado, del análisis jurisprudencial que realiza el doctrino Pérez, donde inserta en esta figura el deber de evitar los daños, distinguiéndola al deber de mitigar, el primero refiere a un deber del agraviado de evitar que el daño surja o nazca y el segundo es mitigar la propagación del daño que ya existe (2015, p. 12) dicha característica identificada en la doctrina y jurisprudencia colombiana, considero que es imprecisa, y recae nuevamente en el error o la confusión de la figura de concurrencia de culpas o la no individualización del daño, situación que ocurre también en nuestra legislación y la parte de la nacional; ya que el “evitar” el daño (según lo descrito por el autor) es dicho de otra forma la contribución que el agraviado hace para generar el daño y como se detalló de manera previa, es una contribución al daño naciente en el cual ciertamente el agraviado no tiene un rol, pues concretamente no puede existir una reducción o disminución del resarcimiento cuando se ha realizado la debida individualización de responsabilidades, siendo que cada agente culpable responde por el daño efectivamente realizado, figura que la mitigación aborda de una forma distinta, pues, este se aplica si y solo si el daño ya sucedió y se encuentra como daño ejecutado y recién el agraviado cumple un rol activo (accionando u omitiendo conductas) a fin de afrontar el daño; entonces lo dicho por el autor, resulta impreciso, inclusive podría usarse dicho termino como una acción sobreviniente del

acto de mitigar, ya que este último es usado para evitar un mayor daño.

b.3. Código Civil de Chile. Continuando con la revisión legislativa y jurisprudencial, recurrimos al país vecino de Chile quien, dentro de su marco normativo comparte semejanzas con el C.c. Colombiano, pudiendo presumir un calco de su norma referida a la mitigación del daño, aunque se deja constancia de la dificultad en hallar su aplicación jurisprudencial en el sistema integrado de jurisprudencia nacional de Chile, no siendo ello limitante para el proseguir de la presente.

El Código Civil chileno, como los demás códigos, no contemplan de forma expresan la figura de la mitigación del daño, sin embargo, como va quedando claro, si existen apartados normativos que cumplen ese rol, no siendo una excepción este estado, es así que recurrimos a su Código Civil, que al respecto señala en su Artículo 2330 “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.” (2000) este artículo guarda similitud a la prevista por el código colombiano, sin embargo, ese punto no es transcendental para los fines de la presente investigación, ya que la existencia de la mitigación en ambas legislaciones nos da mayores indicios para respecto al uso de esta figura y su respaldo en la legislación latinoamericana.

Como se ha señalado es oportuno incidir en la aplicación del respectivo artículo en el sistema de justicia de cada país, sin embargo pese a la correcta y dinámica sistematización de la jurisprudencia en Chile, se ha ubicado sentencias que si bien abarcan el artículo 2330 del C.c. chileno, están referidas a la concurrencia de culpas, es decir de un actuar donde el agraviado contribuyo para que el daño nazca, y si bien dicho artículo si puede referir a ello, el propósito de la mitigación del daño es un sentido distinta al que se le aplica, sentido en que también se contiene en el mismo articulado.

Dicho ello estimo necesario, recurrir a la tesis doctoral de Fuentes, quien ha podido acopiar sentencia referidas a la mitigación, las cuales se salvan en la presente y se extienden a fin de poder concurrir en la aplicación del artículo 2330, así tenemos la sentencia no publicada, con fecha 05 de diciembre del 2002, en la cual

un agricultor demando al ayuntamiento por la pérdida de sus cultivos, ello se dio cuando el ayuntamiento cerro unos pases de agua lo cual evito que se inunde la comunidad, pero dichas aguas se dirigieron al predio del agraviado, causándole daños a sus cultivos y cosechas, ante ese escenario la Corte Suprema estimo que el agricultor actuó de manera negligente durante la duración de la épocas de lluvias, el que duro un mes, la corte citada por Fuentes (2008) menciona

Resulta inexplicable que el demandante, agricultor no hubiera tomado en todo el mes en que se mantuvo la inundación, medida alguna para corregir la situación ... permite al tribunal presumir negligencia de su parte, pues una intervención oportuna hubiera podido eventualmente, haber salvado parte de lo perdido. (p. 545)

Ante la inacción del agraviado quien, al ser agricultor por años en la zona, tenía conocimientos suficientes sobre que en determinadas épocas la zona presentada inundaciones por lluvias, por lo que pudo prever la misma situación, aunado a que ante la perdida que tuvo, el agricultor pudo vender o retirar sus cultivos por dicha temporada, es así que la corte reduce en un cuarenta por ciento de lo ordenado por el tribunal inferior.

En la sentencia recurrida, se advierte que ciertamente según refiere además el autor, la corte “no invocó derechamente el principio de mitigar el daño” (Fuentes, 2008, p. 546) aunque de la lectura de la misma si se puede identificar el uso de esta institución, se estima conveniente esta sentencia, ya que diferencia la contribución de culpas, puesto que el origen del daño se dio por causas de la naturaleza y de un actuar del municipio, sin embargo la extensión del daño se da por que el agraviado no actuó de manera oportuna para retirar su cosecha del lugar, a sabiendas que ese daño podría suceder en esa época del año, configurando el incumplimiento a su deber de mitigar.

Como se señaló de manera previa, la jurisprudencia revisada, no posee un alusión específica a la mitigación del daño ello en concordancia con el artículo 2330 del C.c. de Chile, sin embargo se halló una sentencia suprema, que aborda el actuar de deber de mitigación por el agraviado es así que, se tiene la sentencia signada en ROL 53575-2024 la causa versa sobre una estafa por llamada telefónica donde el

agraviado, recibió una llamada de un supuesto funcionario de su banco, y producto de la llamada el agraviado le otorgo datos bancarios que finalmente le sirvió al estafador para sustraerle dinero de su tarjeta; ante esa situación el agraviado activa su seguro por fraudes y estafas ante su aseguradora, sin embargo la misma desconoce su obligación de resarcirlo, señalando que fue el agraviado quien otorgo datos delicados de su tarjeta a terceros vía telefónica; la sentencia en comento alude en su argumento sexto:

Que quien debe probar la actitud negligente del asegurado ante el daño será la aseguradora, en el sentido que aquél encontrándose en circunstancias de tomar medidas para frenar la extensión del daño omitió hacerlo y que su conducta obedeció a una actitud de negligencia. (2025)

Este argumento, señala que el agraviado debió adoptar medidas para evitar la extensión del daño, sin embargo, más adelante señala:

Siendo carga de la prueba de la aseguradora probar que el asegurado tuvo una actitud negligente, que éste con su actuar no mitigó los daños a los que se vio expuesto, aquella no lo hizo, así como menos aún probó, que el actor haya incurrido en una conducta dolosa o con culpa grave. (2025)

Aquello resulta contradictorio, pues si bien por un lado alude a las actitudes de mitigar el daño que debió adoptar el agraviado, y que al no hacerlo fue negligente, ciertamente en determinado escenario sería así, pero tal como se describen de los hechos, el estafador sustrajo un cantidad de dinero determinada, lo que sucedió en un solo momento, por lo que el deber de mitigar suele darse cuando el daño se extiende en el tiempo, es decir ante este mismo ejemplo podría ser si es que el estafador, durante semanas o meses estuviera usando su tarjeta para sustraerle dinero, es ahí cuando realmente se hablaría de un acto de mitigación, ya que ante el daño existente (robo inicial o uso no autorizado de la tarjeta) el agraviado actúa reportando el robo o con un bloqueo de tarjetas. Así entonces en el segundo párrafo citado se menciona una no probanza de un actuar doloso o culposo del agraviado, siendo ello una individualización del daño o concurrencia de culpas, como ya antes se ha desarrollado.

Finalmente, la corte resuelve conforme al artículo 1585 de C.c. de Chile, el

cual esta referido al factor de atribución, doloso o culposo del agente, reduciendo el monto de indemnización al contribuir el agraviado en el daño, confirmando la sentencia de la instancia menor.

Queda claro que, con todo lo desarrollado, lo que alude la corte al momento de resolver la causa, es la concurrencia de culpas, o la individualización del daño, lo que si bien puede estar contenido en el artículo 2330 no es el propósito de este apartado, pese a ello se trae a colación esta sentencia ya que son escasas las encontradas referidas a este tema, siendo esta corte la que se atrevió en abordar la mitigación del daño, citando doctrina puntual que también se ha usado en la presente, y dado a la publicación actual de la sentencia, podemos presumir un desarrollo en esta figura por parte de la jurisprudencia del vecino país, pues como lo dice Fuentes (2008) la doctrina a descuidado el criterio de extensión del daño, lo que repercute en la jurisprudencia que se desarrolla y aplica sobre la materia.

b.4. Código Civil de Argentina. Siguiendo la revisión de la legislación de otros estados, traemos a la presente el Código Civil y Comercial de Argentina, el cual, respecto a la mitigación, considero a criterio propio más completo y abordado, pese a no hacer referencia expresa a la mitigación del daño, la desarrolla y contempla en mayor medida en comparación de otras legislaciones, así tenemos que su artículo 1710, sobre el deber de prevención y mitigación del daño, señala:

Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo. (2014)

La legislación argentina, dentro de su norma civil, contempla a diferencia de los otros estados, en primera línea a la mitigación como un deber, zanjando este

extremo de manera liminar, aunque ya otros estados, según doctrina también la contemplan como tal; además de ello, dentro del citado artículo, también obra la concurrencia de culpas, como en otras legislaciones lo hacen, sin embargo, es más específica respecto a sus alcances.

Así en su literal “a)” esta referido ciertamente a la concurrencia de culpas o a la individualización de responsabilidades, ya que el generar un daño, significa la no culpabilidad total del agente agresor si no una responsabilidad en conjunto con el agraviado, esta incidencia también se presenta en el literal b) cuando indica el evitar que se produzca el daño, es decir dichos extremos del citado artículo están contenidos dentro de la individualización de responsabilidades o concurrencias de culpas.

Además de ello es importante resaltar una figura que no ha sido contemplada de manera cierta en las legislaciones revisadas, esta es la interferencia de un tercero sobre el daño, quien también tendrá un rol de mitigador del daño, pudiendo ser reembolsados los gastos ocasionados para la disminución del daño, siéndole exigible al responsable del perjuicio.

Dicho ello, queda claro que el literal b) de este artículo presenta significativos avances respecto a la mitigación del daño, pues contempla adoptar las medidas razonables para su disminución en aras de la buena fe, además incluye del reembolso que deberá hacer el tercero responsable por los gastos incurridos para evitar dicho daño, estos preceptos solo se habrían observado en la jurisprudencia que aplicada en cada corte en determinados países mas no figuraba su existencia en su legislación tal como ocurre en el estado argentino, lo que denota sin duda el gran progreso respecto a esta materia.

Aunado a ello contempla el respeto a las reglas del enriquecimiento sin causa, lo que en otras sentencias o legislaciones no se precisa, quedando solo al análisis de los magistrados que resuelven las controversias, como así sucede en nuestro estado; y, siendo aún más específicos, el legislador argentino, en el literal c) señala el deber de no agravar el daño si ya se produjo, lo que ciertamente cierra y completa la figura de la mitigación del daño en su legislación, no dejando incertidumbres respecto a la interpretación ya que es certera la alusión a la mitigación.

De esta breve lectura se advierte que el estado argentino presenta un progreso resaltante sobre la mitigación del daño, diseño que en sede nacional se debe replicar por su especificidad y relevancia jurídica, dicho ello, es oportuno como se ha hecho hasta el momento, hacer lectura de la aplicación jurisdiccional de dicho precepto, así entonces recurrimos a jurisprudencia de dicho estado.

Así tenemos el fallo 323:2855 de la Corte Suprema de Argentina, el caso trata sobre los daños y perjuicios ocasionados a un menor de edad que se encontraba detenido en una comisaría de la ciudad de Corrientes, el menor estaba aislado en una celda acondicionada en el comedor de la comisaria, en el tiempo que estuvo ahí, el cielo raso de la zona donde se encontraba se desplomó, producto de termitas que anidaron en el lugar y corroyeron la madera, debilitándola y haciendo que se desplomara en el momento que se encontraba el perjudicado en dicha celda, como consecuencia de la caída del cielo raso le provocó daños en el rostro y cráneo contando con secuelas estéticas, zumbidos, vértigo, alteraciones en la visión entre otros; los daños estéticos fueron atendidos con prontitud por los padres de la víctima, cuyos gastos incurridos para la cirugía estética serán indemnizados por el agente generador del daño, la corte precisa además sobre las consecuencias no patrimoniales o morales, en su fundamento octavo, que:

El daño estético no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno u otro o ambos ... cabe considerarlo al establecer el daño moral. ... debe ser prudentemente apreciada si se toma en cuenta que la cirugía reparadora podrá atenuar en buena medida sus efectos. (1998)

El agraviado alude además otros daños en su salud, sin embargo, no los acredita, por lo que la Corte emite su pronunciamiento fijando el monto de reparación respecto al daño emergente comprendido en los gastos incurridos para cubrir la operación estética por el daño en su rostro, así como el daño moral devenido del accidente.

Como se pudo identificar, ciertamente la corte no alude de manera extensa ni continuada sobre la mitigación del daño; al contrario, su aplicación se extrae de una alusión breve en la sentencia, pues como se puede observar, la mitigación se ve reflejada en la acción del agraviado en una intervención quirúrgica para corregir los

daños en su rostro que el accidente le causó, esos gastos incurridos en la intervención acertadamente serán reintegrados por la demandada; se resalta además que la Corte menciona que esta operación estética al rostro del agraviado atenuó los efectos en buena medida del daño emocional o sentimental que pudiera devenir de las cisuras, ya que ello pudo acrecentar el daño a su pique o autoestima por la exposición natural a su entorno social, sin embargo se advierte que el agraviado actuó con la debida diligencia, o incluso mayor diligencia a mi consideración, pues el realizarse una operación estética significa ciertamente un grado superior a la debida diligencia, ya que reciente doctrina argentina comparte la premisa de un actuar ordinario, así el “parámetro aplicable es el de la diligencia ordinaria con adecuación a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso.” (Morea, 2025) en el escenario del proceso descrito previamente, el agraviado optó por reparar el daño a su rostro esto es una situación objetiva con diligencia superior, pero dicha decisión sirvió a su vez para mitigar el daño moral el cual es una circunstancia subjetiva, que indudablemente atenuó un mayor daño futuro.

En esta misma línea, se tiene el Fallo 315:2469, el cual aborda el proceso de daños y perjuicios seguidos por un ciudadano quien conducía un automóvil usado para brindar el servicio de taxi, el cual fue embestido por un auto estatal conducido a alta velocidad, provocando la volcadura del taxi y daños físicos en el conductor, se demandó el pago de lucro cesante, despojo del uso y gastos de remolque y custodia del vehículo, la corte estima conveniente ordenar la indemnización por dichos gastos, dentro de ellos el tiempo que el automóvil embestido estuvo en reparaciones para que volviera operar esto es noventa días, y el daño ocasionado al chofer del taxi por la incapacidad para laborar por unos doce días. Se destaca, además, la acción del agraviado del servicio adquirido para remolcar el vehículo siniestrado y la custodia del mismo, pues la Corte señala: “la realización del gasto y su monto, es evidente que el automóvil no pudo ser trasladado sin el empleo de ese medio, debido al estado en que quedó después del accidente” (1992) y, en el párrafo siguiente “pues cualesquiera que fuesen entonces las condiciones físicas del chofer, no puede asignársele la carga de conseguir un trabajo temporario para superar las consecuencias del accidente” (1992), ordenado finalmente la

indemnización a la propietaria del vehículo siniestrado y el chofer.

Si bien del fallo visto por la Corte no puede distinguirse de manera cierta el deber de mitigación revisado en este apartado, si se puede identificar los actos entorno a este deber, al reconocerse por un lado el gasto incurrido en el traslado y custodia del automóvil por parte del agraviado, ya que ello significo una pronta atención a la reparación del vehículo, situación que no habría ocurrido en el caso de dejarse el automóvil en el lugar a la espera de su traslado por parte de la dependencia correspondiente, es así que de determinada forma el agraviado, mitigo el daño que pudiera significar la demora en el traslado del vehículo que a su vez repercutiría en su tiempo de reparación.

Otro segmento en el cual se puede entender como mitigación, es la señalada por la corte que precisa que no se le puede fijar la carga al chofer de buscar otro empleo con el propósito de superar las consecuencias del accidente, es decir los magistrados estiman no valida la acción de mitigar los daños, inclusive la identifican como una carga y no un deber; claro está que dicho fallo es anterior a la vigencia del código estudiado, sin embargo deja ciertas consideraciones que se tiene respecto a la mitigación del daño, por un lado el compromiso interno que significa el atenuar el daño, al denominarlo como carga, y la no exigencia de cumplirla.

Queda claro que la legislación argentina, presenta un progreso normativo sobre a la mitigación el daño, a comparación con la legislación de los otros estados consultados, aunque todas coinciden con no denominarla como mitigación de manera expresa, pues en el contenido de los códigos respectivos, el legislador ha optado por nombrarlos de manera distinta, sin embargo en el fondo y en esencia tratan de lo mismos; junto a ello también se destaca la no muy promovida o reducida aplicación de esta institución en la jurisprudencia argentina significando desde la experiencia del autor de la presente, un tanto complicada en hallar pronunciamientos que le haga referencia a comparación de los pronunciamientos de otros países consultados.

c. El Deber de Mitigación en el Perú. Corresponde hacer mención al deber de mitigación dentro de la legislación nacional, como ya se ha adelantado el estado

peruano no es ajeno a la inclusión de esta figura en su Código Civil, así entonces recurrimos al Artículo 1327 que menciona: “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.” (1984) el legislador mantuvo la línea del precepto legal italiano, la igual que la de otros países, esto es una normativa “suficiente” un tanto reducida y poco específica, y producto del análisis de la doctrina nacional y extranjera se logra centrar la idea de entenderse como la acción de evitar el incremento del daño por el propio agraviado limitando esta acción a la de un actuar ordinario.

c.1. La Mitigación no es Aplicable a la Indemnización. En esta línea nos permitimos desmembrar el artículo 1327 con el único propósito de llegar un acertado y solido entendimiento del mismo, así tenemos primero el termino inicial “*resarcimiento*” como quedo fijado, el resarcimiento hace alusión a la efectiva reparación que se le otorgara al agraviado distinguiéndola de la indemnización; es decir se encuentra fuera de la indemnización, ya que este se encuentra tazada o estandarizada; la indemnización es aquella que la ley ha fijado, entonces en los casos o escenario donde se compute una indemnización tazada no cabe la disminución por actos de atenuación del daño, esto quiere decir que esta indemnización tazada no es más que una reparación formal y legal establecida no reducible, no pudiendo ser objeto de disminución o alegación por parte del agente generador del daño o del juzgador para que sea mermada la indemnización, entonces la mitigación solo está comprendida para el resarcimiento según lo contempla el Código Civil.

c.2. Evitación y Mitigación, la Confusión del Legislador. Así además, el artículo 1327 nos habla sobre una restricción al resarcimiento, ya que para el resarcimiento no deberá contemplarse aquellos daños que el agraviado pudo evitar, no se debe confundir este último término “*evitar*” con el deber de mitigación del daño, pues como la doctrina extranjera a identificado, la evitación del daño, conduce a obtener un resultado de no producción del daño (Morea, 2025), así Diez (citado por Pérez) señala que el deber de mitigación tiene que ser entendido en un sentido más amplio, esto es que se encuentra dentro de la mitigación el deber de

evitación (2015, p. 21), así además, Ugarte (2022, p. 441) señala, a estos dos, como parámetros de la imputación objetiva y subjetiva de los daños, es decir también los considera como uno solo, alusiones en las que no guardamos conformidad, pues el deber de evitación, a diferencia del de mitigar, no le corresponde solo al agraviado, si no al agente generador del daño, además de que se aplica en un momento distinto del daño; la doctrina no hace una diferenciación precisa ni adecuada para estos deberes, pues las asemeja dentro de un mismo propósito, el de reducir los daños al agraviado, pero no parte solo de la interpretación de los estudios del derecho sobre el precepto legal existente, sino de la propia especificación que dan los códigos civiles, lo que no significa que no sea objeto de cuestionamiento por parte del autor de la presente, es así que me permito especificar ambos deberes.

El Deber de Evitación del Daño; se centra en la acción de “evitar” palabra que es definida por la RAE como “Apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda; y excusar, huir de incurrir en algo” (Real Academia Española, s.f.) se reduce el acto de evitar o la de accionar para la no generación de un daño, es decir una acción previa al hecho dañoso para el sujeto; la evitación del daño se presenta en un momento anterior al daño per se. Esta etapa incluso no podría enmarcarse dentro de la cadena de hechos que devienen del daño, ya que se encuentra desde de la suscripción de la obligación o su existencia implícita (contractual o extracontractual) hasta su ruptura.

Por lo que el deber de evitación corresponde en mayor medida al sujeto o la parte que posea en su accionar o su obligación una posición superior a la del que pueda representar la otra parte, sin embargo, en aquellos casos en los que ambas partes se encuentren en iguales condiciones tienen también que cumplir su deber de evitación de manera proporcional a la que puedan ejercer. Por ejemplo, no es lo mismo el deber de evitación cuando se atropella a una persona, pues el conductor tiene mayor poder sobre los peatones, por lo que su deber de evitación es superior a comparación con el de los peatones; a diferencia con el deber de evitación en un contrato de trabajo donde el empleador al tener el poder de dirección sobre sus trabajadores, deberá evitar cualquier daño a su persona como brindar los

implementos de seguridad, y el deber de evitación del trabajador es menor conforme al uso adecuado de estos implementos, incluso estando sujeto al deber de evitación del empleador pues ante la no existencia de los implementos, el deber del trabajador de evitar el daño se ve más reducido pero no por eso deja de existir.

El Deber de Mitigación del Daño; por otro lado, la acción de mitigar se define por la RAE, como “Moderar, aplacar, disminuir o suavizar algo riguroso o áspero” (Real Academia Española, s.f.) claro queda, que la acción de mitigar responde ante el nacimiento del daño, cuyas secuelas o potencias se busca limitar, suprimir o reducir en medida de lo posible, es decir el deber de mitigar nace por el daño, sin el daño la mitigación no tendría razón de ser, su mera existencia no sería comprendida para la relación obligacional que no se vio truncada o frustrada. La doctrina y la legislación revisada ha fijado a la mitigación como un deber solo del agraviado pues es este quien, a fin de evitar un creciente daño propio, deberá de actuar y ejecutar toda medida razonable que pueda significar verse en una situación mejor a la que le provoco el daño, sin embargo dicha premisa también cuenta con la desaprobación del autor de la presente, pues no resulta razonable, que, ante el deber de mitigación del daño solo sea el agraviado quien cumpla este deber, ya que le corresponde a ambos sujetos ello en aras de la buena fe de las partes comprometidas y la autotutela; ciertamente carece de sentido que solo sea el agraviado quien deba tomar acción, dado que de la doctrina y la jurisprudencia estudiada, no hace este análisis sobre el deber de mitigación, sin embargo coinciden en que el agraviado tenga que accionar para verse menos perjudicado, no siendo ello del todo preciso.

El deber de mitigación se encuentra también sujeto al agente generador del daño, en cuanto advierta el daño provocado este deberá de ejecutar toda acción inmediata para ver al agraviado menos perjudicado y consecuentemente el mismo verse menos perjudicado, no es lógico que el agresor espere un pronunciamiento oficial para resarcir los daños que el causo, esto sin duda, a mi entendimiento, es un daño continuado por el mismo agresor, este punto se retoma y desarrolla con mayor amplitud más adelante.

Entonces la acción de mitigar un daño, trae como propósito central el verse

menos perjudicado, ejemplificando este deber, en el caso de un accidente de tránsito, si el agraviado está en las posibilidades de cubrir las intervenciones quirúrgicas más urgentes para evitar que las lesiones se agraven que pudieran significar pérdidas de movilidad de extremidades o mayor tiempo de recuperación, deberá de adoptar dichas medidas (y de todas formas lo hará), para atenuar un mayor daño para sí mismo; en el caso de que un arrendador encuentre el predio alquilado con daños superficiales en sus instalaciones, deberá de repararlas para que pueda volver a poner en alquiler, no debiendo esperar el pago del anterior inquilino para que recién repare dichos daño y poner en arriendo nuevamente pues hasta que suceda el pago por los daños puede pasar mucho tiempo.

A modo de síntesis de este apartado, el deber de evitación y mitigación del daño comprenden dos momentos, el primero se da antes de ocurrido el daño y durante toda la extensión que dura la obligación y el segundo se da luego del hecho dañoso, el deber de evitación existe siempre cualquiera sea la obligación, mientras que el deber de mitigación solo nace producto del daño; se dinamiza el deber de evitación y el de mitigación del daño en el siguiente diagrama:

el deber de evitación del daño y el deber de mitigación, diferenciación en el momento en el que se practican.

Figura 2

El deber de evitación del daño y el deber de mitigación, diferenciación en el momento en el que se practican.



Entonces, el deber de evitar nace y acompaña la obligación, contractual o extracontractual, hasta su culminación; sin embargo, ante la ruptura o ante la inejecución de la obligación surge el daño, el cual se extiende por un tiempo determinado o hasta el cese del mismo, con el surgimiento del daño nace a su vez el deber de mitigar, practicando este deber el daño se verá atenuado y por tal

reducido.

Retornamos nuevamente a lo que menciona el artículo 1327 del C.c. ya que al indicar que el resarcimiento no se dará por los daños que el agraviado habría podido evitar, el legislador estaría posicionándose en una situación previa al daño, por lo que es una imprecisión en el aludido artículo, pues sencillamente se podría tener el mismo sentido que el artículo 1326 sobre reducción del resarcimiento, en el cual el agraviado tuvo un rol protagónico en el daño por concurrencia de culpas; entonces lo que alude el artículo 1327 es una acción del agraviado por no evitar el daño o pudiendo hacerlo no lo hizo; claro está que si el artículo 1326 hace mención a la individualización de responsabilidad, por actos del propio agraviado, queda por descarte entender el artículo 1327 como una situación posterior a la del daño, como en los códigos extranjeros se han aplicado, sin embargo ello no enerva las imprecisiones de las cuales se encuentran sujetas este artículo, pues por un lado se atribuye al deber de evitación como si de mitigación se tratara, ya quedo claro que la evitación es para evitar el nacimiento del daño, no cuando el daño surgió pues si estrictamente entendemos el artículo 1327 como evitar que el daño surja estaríamos ante la concurrencia de culpas, ya que el agravio tendría que tener un rol de acción y omisión para que el daño no pase, lo que ya se ventila en el artículo 1326, por lo que lo que para que el artículo 1327 cumpla su ideal propósito, como lo hacen en la legislación extranjera, se deber precisar que la acción del agraviado sea la de mitigar o atenuar los daños.

c.3. Diligencia Ordinaria como Elemento Delimitador de la Mitigación.

El artículo referido a la mitigación contiene además la diligencia ordinaria como un delimitador para la acción de mitigación del daño, ya que al prever que la conducta del agraviado sea solo en base a actos ordinarios deja previsto un actuar que no signifique un esfuerzo superior o extraordinario para el agraviado.

La diligencia ordinaria se encuentra además fijada en el Artículo 1314 del C.c. sobre Inimputabilidad por diligencia ordinaria, que dice “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación” (1984) entonces la diligencia ordinaria son aquellos actos esperados no tendientes

a incumplir una obligación, si no que en su cumplimiento hubo un factor externo que impidió su incumplimiento, en esa línea el deber de mitigación, se da también en ese sentido, es decir con actos requeridos, estimables para verse menos perjudicado, por lo que el practicar el deber de mitigación con actos esperables para mitigar, responde a la efectiva intención del agraviado de verse menos perjudicado; sobre esta diligencia ordinaria el doctrino Ugarte, señala:

La idoneidad de las medidas mitigadoras debe evaluarse en función de la naturaleza de la obligación (tipo de contrato) y de las circunstancias de cada caso concreto (personas, tiempo y lugar), de modo que la medida que fue razonable en un caso no puede a priori generalizarse para todos los demás. (2018, p.149)

La razonabilidad e idoneidad de la medida adoptada para mitigar juega un rol determinante ya que se da en función a la obligación que se vio incumplida, debiéndose tener en cuenta el momento en el cual se encuentra la obligación y la acción oportuna que pueda realizar el agraviado para debilitar el daño. En esa misma línea Castillo y Rivas precisan que para la debida diligencia se toma el tiempo, lugar y naturaleza de la prestación obligacional para determinar qué acción podría ser un acto diligente o cuidadoso (2014, p.140) para que se logre la mitigación.

De esta forma podemos deducir que la mitigación solo se extiende hasta donde los alcances de una debida diligencia puedan darse, considerando que esta diligencia se encuentra vinculada a la naturaleza o tipo de prestación u obligación y el estado hasta donde se desarrolló la obligación que finalmente se frustró; la mitigación aparte de no poder ser exigida, al ser un deber, si se espera su realización por ese mismo motivo, con la limitación de ser llevada a cabo por actos ordinarios y de simple realización por el agraviado; por ejemplo, en el caso de que una empresa constructora contrate la mano de obra de otra empresa la cual le otorgara una cuadrilla adicional de obreros para la cimentación del techo de un edificio, cuyas maquinarias, permisos y materiales se programaron para una fecha determinada, sin embargo, la empresa proveedora de los obreros, comunica que sus trabajadores entraron en huelga el mismo día programado ello por motivos de recorte de

remuneraciones de los trabajadores obreros, viéndose impedidos del personal adicional para la empresa constructora, ante esta situación, la constructora debe actuar con la debida diligencia, esto es recurrir a la búsqueda de otra empresa proveedora de servicios (de obreros) pues se encuentra en juego la programación de permisos municipales, matearlas y maquinaria para la cimentación el techo, la diligencia ordinaria para la empresa que desarrolla su actividad en la construcción es el conocimiento de ese mercado y por tal de trabajadores u obreros que puedan suplir esa necesidad, de esta forma evitará perder los permisos, materiales, etc., es decir evitara un mayor perjuicio, pues de no proceder con la ordinaria diligencia el daño a su proyecto inmobiliario será mayor, finalmente la empresa contrata el personal faltante el mismo días horas más tardes de programado el inicio de la jornada lo que finalmente llevo a terminar la cimentación a altas horas de la noche pero sin mayores pérdidas.

Una situación distinta en la cual la diligencia ordinaria no pueda ser realizada para atenuar el daño en consecuencia no se cumpliría el deber mitigación, por ejemplo en el caso donde una comunidad campesina se abastece de agua de un único rio, sin embargo toman conocimiento que el agua que baja por el pueblo se encontraría contaminada por los desechos de una empresa minera que tiene sus instalaciones kilómetros más arriba, sin embargo, al no existir otro rio, pozo, o comunidad cercana donde pueda extraer agua para cubrir sus necesidad más básicas, siguen usando el agua del rio contaminado, pese a hervirla no es apta para consumo humano, en esta situación los pobladores por desconocimiento y por su reducida capacidad económica no puede acceder a otra fuente de agua, ni adquirir sistema de purificación o filtración, por lo que ello conllevaría una diligencia extraordinaria, por lo que no habría acción que puedan tomar para verse menos perjudicados en su salud, hasta la intervención de la autoridad competente, puesto que las acciones a realizar serian extraordinarias, lo cual supera el deber de mitigar.

En tal sentido, resulta claro que la diligencia ordinaria que debe tomar el agraviado, es aquella que pueda estar dentro de su marco de acción, ya sea por su no complejo desarrollo o por estar en torno a la actividad común que realiza, así entonces, todo acto que suponga un grado superior a lo ordinario, no debe ser

tomado por la agraviada para mitigar el daño pues por el contrario podría perjudicar aún más su situación u ocasionar un perjuicio distinto, del cual el agente generador del daño no tendría una mínima responsabilidad, entonces la diligencia ordinaria es el claro limitador del deber de mitigación, situación que puede ser aludido por la parte agraviada en caso se aluda el no cumplimiento de este deber.

c.4. El Acuerdo de las Partes de No Mitigar. La premisa fijada por el código y lo que resalta de su lectura además de los puntos ya mencionados, es que el acreedor, es decir solo el agraviado, sea quien deba mitigar el daño; esto además de una particularidad, no vista en las otras legislaciones, de pactar el no mitigar.

Claro está que este acuerdo de no mitigar el daño que se está sufriendo solo parte de las obligaciones contenidas en el contrato, ya que el código es expreso en tal punto; aunque no se descarta que en una determinada situación en la que el acreedor se encuentre perjudicado por el incumplimiento de obligaciones extracontractuales y se suscriba un compromiso o acuerdo de no mitigar, pudiendo ser esto el acuerdo que hace el responsable en correr con todos los gastos para reparar el daño, siendo así el agraviado no atenuará su propio daño a la espera del respaldo o compromiso del agente agresor.

Retornando al punto de análisis respecto a concertar la no mitigación, es importante resaltar que las cláusulas del contrato forman un todo para el mismo, siendo así al pactarse el no atenuar los daños generados por el deudor guarda cierta coherencia más aún si ambas partes acuerdan ello, entonces ante un eventual pronunciamiento oficial, el deudor tendrá pleno conocimiento de la magnitud del daño que tendrá que resarcir por incumplimiento de su obligación

Este pacto posee también un efecto disuasorio al incumplimiento, ya que al consignarse tal cláusula las partes guardarán mayor celo en el cumplimiento de la obligación sabiendo que el agraviado queda supeditado a un resarcimiento totalmente cubierto por el deudor. Por otro lado, se genera también una incógnita relevante, ¿dónde es que queda el deber de autocuidado? ¿realmente el perjudicado puede quedarse inactivo ante el daño que está padeciendo?; en los puntos previos se ha dejado sentado que el agraviado no puede accionar más allá de lo que pueda

ser considerado como diligencia ordinaria, entonces el pacto de no atenuar es efectivamente no realizar ni la más mínima debida diligencia, en otras palabras, es esperar a que el daño haga todos sus efectos, lo que significa un mayor resarcimiento a favor del agraviado a costa de procurar no disipar el daño.

Determinada doctrina ha manifestado su disconformidad con tal acuerdo, pues lo asemejan al Artículo 1328 del Código Civil peruano, el cual está referido a la prohibición del pacto de no responsabilidad o de no resarcir al acreedor en caso incumplimiento por inejecución de obligaciones, así Beltrán (et al. 2010), sobre esta aparente igualdad, señala:

Nos parece que si el sujeto acreedor no cumple con sus cargas debe soportar las consecuencias de su actuar y no sería justa la exclusión de su responsabilidad, más si la pérdida de la prestación se deba a una conducta dolosa o negligente grave de éste. (p. 701)

El doctrino considera a la mitigación como una carga de la cual el acreedor está sujeto a cumplir, haciéndolo incluso responsable por no cumplir con ésta, como si de una obligación de tratase, postura que no comparto, además la línea seguida, hace concluir una imprecisión por parte del citado, pues da entender una concurrencia de culpas en la que el agraviado tuvo un rol para que se genere el daño lo que es distinto al deber de mitigar, según mi apreciación además de considerar responsable al acreedor por no mitigar, como si estuviera pasible a sanción, la asemeja con el Artículo 1328 lo que es errado al estar ubicado en un plano de la inejecución de obligaciones distinto.

Por otro lado, Mostajo (2023) ante el pacto en contrario, la nombra como la “distribución de riesgos contractuales”, en las cuales ambas partes se posicionan de manera tal que asumen el riesgo ante el incumplimiento de la obligación, mostrándose a favor de este pacto, es acertada la denominada distribución de riesgos por el doctrino; pues, toda obligación lleva consigo un riesgo natural en cumplirse o no, por lo que este pacto significa una distribución de riesgos per se, pues será el deudor a quien le corresponder resarcir por los daños que ocasiono, lo que hace el pacto en contrario es efectivamente una distribución de riesgos, o incluso podría denominarse una doble protección y aseguramiento a un

resarcimiento íntegro y de liberación del deber de mitigar en favor del posible perjudicado; cabe resaltar que el aludido autor no está de acuerdo con la semejanza que se le pretende dar al pacto en contrario de no mitigar con la del artículo 1328 en merito a la propia distribución de riesgos ya mencionadas.

El artículo 1328 contiene un propósito mayor, pues ante el supuesto negado de que se fije en un contrato esta cláusula, es decir el pacto de no resarcimiento o no responsabilidad por incumplimiento, la obligación debilitaría sus efectos, pues qué contratante respetaría un contrato cuya clausula fija la no responsabilidad por su incumplimiento, claro que ésta cláusula no puede existir dentro de la relación contractual pues además de su prohibición legal, existe una obligación superior a la que propiamente se emana del contrato y esa es la obligación general de no dañar a otro.

Situación que no es igual al deber se mitigar, pues se está hablando de un daño que ya ocurrió por un incumplimiento existente, y que lo padece el mismo que lo tiene que mitigar, además de ello se trata de un deber, no siendo de igual que la exigencia legal de resarcir por el incumplimiento de una obligación. ¿Entonces, es válido el pacto de no mitigar? A mi consideración si es válida, pues no contraviene otro derecho como en la comparación o lo previsto en el artículo 1328, es más, se encuentra respaldado por el derecho positivo, sin embargo queda sujeto a la voluntad de las partes en consignarla, sobre todo en la facultad del acreedor de actuar frente a un daño que pueda generarle mayor perjuicio por el transcurso del tiempo al que se ve expuesto, generándose incluso la premisa, de que, si el acreedor mitiga el daño estaría incumplándose cláusula que a este le favorece, pero ello no podría significar un perjuicio al ya existente, entonces este pacto en contrario al deber de mitigar, seria facultativo en cumplir por el agraviado, solo en el extremo de no verse más perjudicado, por otro lado el deudor deberá dar cumplimiento cabal al mismo, cuando del acreedor optara por no atenuar el daño.

c.4. El Deber de Mitigar en la Jurisprudencia Peruana. Al igual que en otras legislaciones, el deber de mitigar el daño o cual fuere su denominación, no ha sido tratada a profundidad o de manera reiterada por la jurisprudencia nacional, por lo que se ve dificultado su desarrollo por lo menos en este apartado, que se busca

ceñir o limitar al derecho civil, por lo que aquellos pronunciamientos encontrados respecto al derecho civil se ven reducidos, incluso sin un pronunciamiento de fondo relevante, pero con argumentos que podrían ser considerados para este apartado.

Así tenemos la Casación N.º 547-2010 de La Libertad, la cual trata sobre una proceso de daños y perjuicios seguidos por los agraviados, quienes alegan que la letra de cambio de hipoteca con la cual fueron perjudicados se encontraba adulterada en el tipo de moneda, de soles a dólares, esta letra de cambio fue cobrada en proceso único de ejecución sin embargo los agraviados no presentaron oposición o recurso alguno para alegar esta adulteración, aluden al artículo 1327 al precisar que el acceder a una defensa, pagar el proceso o contestar la demanda significaría una diligencia mayor, pues económicamente no se encontraban en una situación en la que puedan cubrir dichos gastos, por lo que el resarcimiento se debía dar en función a que llevar o seguir un proceso judicial contra el agente generador del daño supera la diligencia ordinaria prevista en el Artículo 1327 por lo que la corte estima no aplicar el deber de mitigar los daños por parte de los agraviados y deben ser resarcidos; aunque la casación finalmente fue declarada improcedente por no fundamentarse los agravios incurridos, se rescata la alusión que se hace respecto al artículo comentado.

Este caso en particular trata sobre la defensa que no pudieron ejercer los agraviados, ello al estar en una situación económica limitada, viéndose impedidos de pagar una defensa legal, significando un actuar superior al ordinario exigidos por la norma para mitigar los daños, pues ciertamente una persona con ingresos económicos reducidos no tiene la facilidad de pagar una defensa, y además esto significaría una diligencia extraordinaria, pues un proceso judicial está sujeto a la imprevisibilidad de resultar o no favorable para quien los promueve o contra quien se promueve, aunque en ese caso en particular fueron los propios agraviados quienes reconocieron que la letra de cambio se encontraba adulterada, es así que de manera relativa tenían certeza que el resultado final del proceso les sería favorable, pues entendían que el sistema de justicia podría darles la razón, siendo la limitante su situación económica, sin embargo se rescata la certeza previa que tiene el agraviado antes de practicar su derecho de acción, lo que lo conduciría a ejecutar

actos que superen la diligencia ordinaria a fin de ver mitigado su propio daño; esta diligencia superior o extraordinaria no está prohibida, inclusive ayudaría en reducirse el monto a indemnizar por parte del deudor, pero podría significar un mayor perjuicio para el agraviado, pues el actuar superior al ordinario lo conduce a estar en una situación en la que busca cubrir o reemplazar la obligación del deudor en consecuencia suprimir el daño sufrido lo que en determinadas ocasiones podría no ser viable por la compleja actividad que significaría.

Accionar judicialmente significa una acción superior a la ordinaria, en el caso de una cirugía mal practicada, el operarse nuevamente significaría un acción superior por los costos de la intervención, en el caso de accidentes de tránsito, si la persona accidentada busca irse del lugar por sus propios medios sabiendo que su estado es delicado y no espera a una unidad médica, podría significarle un mayor daño en su salud; es así que existen situaciones en las cuales, si bien el agraviado tiene conocimiento o estima que al actuar de determinada forma puede verse menos perjudicado, esto debe hacerse con mucho cuidado, debiéndose evaluar cada situación de manera específica y aislada. La premisa que se busca rescatar de esto es que ante la acción superior a la ordinaria realizada por el agraviado es el deudor quien debe también contribuir a que dicha acción sea conducida para mitigar o suprimir en su total extensión el daño que se está padeciendo, ello desde el momento en que tomo conocimiento de esta acción extraordinaria o superior que está realizando el acreedor lo cual responde a la buena fe del deudor ante su incumplimiento, esta es una premisa que considero relevante y que se ampliara en acápites posteriores.

Siguiendo con la aproximación en la jurisprudencia respecto al artículo 1327 de nuestro código civil, se ha logrado ubicar la Casación N.º 4239-2009 de Lambayeque, la cual versa sobre demanda de daños y perjuicios interpuesta por la empresa demandada en el proceso seguido por persona natural, la empresa solicita el alquiler de vehículos para sus actividades, el agraviado le alquila a la empresa dos vehículos; pasado el tiempo toma conocimiento que uno de ellos habría sufrido un siniestro, al caer por un barranco, quedando en destrucción total y con la muerte del conductor, el alquiler del vehículo significan ingresos importantes para su

familia por lo que demanda la indemnización por dicha pérdida, la empresa alega la ausencia de una póliza de seguro por lo que tanto el agraviado como la empresa son responsables por las pérdidas económicas invocando así el artículo 1327, la Corte Suprema al respecto señala que la empresa debió hacerse cargo de mantener en integridad el vehículo pues asumió su obligación de cuidado por lo que la víctima no incumplió con un deber diligente, ya que en merito al contrato suscrito debió ser la empresa quien actúe con la debida diligencia para evitar que el daño ocurra, como podría ser contratar a choferes con mayor experiencia, finalmente la corte declara infundada el recurso de casación interpuesta por la empresa demandada.

La sentencia casatoria en comento, resuelve la controversia finalmente señalando que no se ha vulnerado el artículo 1237 pues era el deudor quien tenía que cumplir con evitar que el daño se genere, esta situación se da al tener en su poder el uso del vehículo y que en ese momento ocurrió el daño, no habría forma en la que el acreedor pueda mitigar el daño, incluso la demandada alude que el agraviado no contrato una póliza de seguros siendo que en el fondo busca responsabilizar en parte al agraviado, es decir alega la existencia de la concurrencia de culpas, hecho que no paso tal como las instancias inferiores y la Corte Suprema han dado cuenta, pese a aludir a una doble responsabilidad y a su vez recurrir a la infracción del artículo 1327 por parte del acreedor, no resulta viable al tratarse de situaciones jurídicas distintas, ya que la concurrencia de culpas es la individualización de responsabilidades mientras que el deber de mitigar proviene de la acción del propio agraviado luego del daño, por lo que corte sentencio correctamente al estimar la no vulneración a tal artículo.

d. La Mitigación como Parte Integrante del Daño Emergente. Una premisa relevante que se rescata y sustrae tanto de la jurisprudencia de los países revisados, así como de la propia revisión del Código Civil nacional respecto a la indemnización por inejecución de obligaciones es el pago por daño emergente, pues el mismo está previsto en el artículo 1321 del C.c peruano, así entonces, más allá del entendimiento que se comprende por dicho concepto, es oportuno mencionar lo que nos dice Trazegnies al respecto: “[El daño emergente] se produce en distintas

épocas, pero siempre como consecuencia del acto dañino primitivo y siempre se expresan en una pérdida de lo que la víctima ya tenía. Por consiguiente, el daño emergente comprende tantos daños inmediatos como daños futuros”. (2001, p. 37)

El doctrino hace la precisión y de manera muy acertada, engloba al daño emergente como aquellas pérdidas económicas que el agraviado sufrió al momento de cubrir los daños que se le causo, estos daños son inmediatos o futuros pero siempre a consecuencia de este hecho matriz que le causo perjuicio, y la pérdida a la que refiere es la disminución económica que sufre para cubrir estos daños, ciertamente habla sobre un empobrecimiento, situación distinta del lucro cesante, que es la pérdida de ganancias futuras, extremo que no nos atañe en este punto de la investigación. Es entonces el daño emergente esta reducción en el capital global del agraviado como consecuencia de la inejecución de la obligación por parte del agente generador del daño, este último tendrá que resarcir al acreedor dentro de los demás conceptos, también por el daño emergente, hecho del cual no queda duda.

El acto de mitigar el daño ejecutado o concretado por el agraviado, no es más que parte o casi la totalidad del resarcimiento por daño emergente que deberá hacer el agente agresor, pues la acción del agraviado por un hecho dañoso sufrido, velera por su propio interés o integridad, buscando la solución oportuna dependiendo de su circunstancia; en el caso de un accidente de tránsito, el agraviado, más allá de lo que la póliza de seguro que pueda cubrir, dependiendo de su posibilidades buscara las mejores clínicas, terapias, consultas, etc. para que pueda recuperarse, esto ciertamente es el cumplimiento del deber mitigar el daño, pues de no tomar dichas acciones, aunque más allá de las ordinarias, estas buscan disminuir su propio daño, y que con el debido acopio de recibos, boletas o informes de gastos, el agraviado en un futura demanda de indemnización podrá hacer valer el reintegro o devolución por dichos conceptos gastados al agente agresor bajo el concepto de lucro cesante.

Ante la claridad de estos conceptos, el daño emergente no es más que los gastos incurridos producto del daño, el empobrecimiento del perjudicado, mientras que la mitigación del daño, genera también un empobrecimiento por parte del acreedor, pues utilizará sus propios medios para atenuar o reducir el daño, la

naturaleza de la mitigación es reducir el perjuicio para ello ocupa necesariamente una inversión por parte del agraviado, mientras que el daño emergente requiere también dicha inversión económica, ambas cumplen el propósito de apartar el daño del agraviado, por lo que me permito concluir en este punto que el deber de mitigar se encuentra subsumido e integrado dentro del daño emergente.

A fin de superar la posible incógnita de por qué ambas no son lo mismo, es que en el fondo ambas mitigan o buscan superar el daño, la respuesta se encuentra en el mismo artículo 1327 del C.c. pues como ya ha quedado claro, tanto en nuestra legislación como al externa, el deber de mitigar se encuentra limitado a la premisa de un actuar ordinario, mientras que el daño emergente nace por los gastos incurridos por el agraviado producto del evento dañoso, gastos que serán devueltos, siendo así no existe un límite para la cuantificación del daño emergente, más que la de los propios gastos incurridos para superar el evento perjudicial del cual se vio envuelto el acreedor; así entonces, el agraviado en la vía para recuperarse del daño o salir de tal situación tiene un camino segmentado en dos etapas, el primero de ellos se denomina el deber de mitigación mientras que el segundo la pérdida por los daños, este último podría ser considerado también como parte de una diligencia superior o extraordinaria del agraviado, ambos sujetos a ser pasibles de resarcimiento por el concepto de daño emergente, diagramado de la siguiente forma:

Figura 3

Los gastos incurridos en el ejercicio del deber de mitigar y la pérdida por los daños como conceptos integrantes del daño emergente



Ante el evento que causa el daño, se activa el deber de mitigar, siendo así el agraviado acciona con la limitante de una diligencia ordinaria, todo acto posterior que pueda significar un acto superior para atenuar el daño deja de ser parte del deber de mitigar, es así que pasa denominarse pérdida por los daños (o diligencia extraordinaria).

La pérdida por los daños son aquellas que denomino al conjunto de diligencias extraordinarias, los cuales son acciones de mayor complejidad llevadas a cabo por el agraviado, estas diligencias no poseen un límite (como sucede con el deber de mitigación) pues culminan cuando el daño a cesado o se a superado, tanto la ejecución del deber de mitigar como la pérdida por los daños incurridos por el agraviado se encuentran subsumidas o integradas dentro del daño emergente por lo cual el deudor debe deberá de resarcir dichos conceptos en cuantos sea comprobables o indemnizables por el agraviado en un proceso judicial. Considero este punto relevante para el desarrollo posterior de los siguientes acápite pues permitirán la respuesta de las interrogantes planteadas en la presente investigación, así además se cierra el extremo referido al derecho civil dentro de la presente, corresponde analizar el deber de mitigar respecto al derecho laboral, como parte relevante para el correcto abordaje teórico, posterior discusión y una completa conclusión.

e. Deber de Mitigación en el Derecho Laboral. Corresponde abordar al deber de mitigación, ahora en el extremo del derecho laboral, ya que el apartado anterior, se hace entorno a las reglas del derecho civil, los que se aplica de manera supletoria al proceso laboral, es así que en el caso de ausencia una norma o ley

específica referida al deber de mitigar en el derecho laboral, se deberá entender la aplicación de la regla civil ya abordada, por lo que estimo que este apartado pese a su no tan desarrollada normativa, buscara en medida de lo posible la aplicación del deber de mitigación en el derecho laboral, así entonces, se precisa que los siguientes puntos desarrollados, abordan la forma de indemnización o resarcimiento en diversas legislaciones, y posterior a ello si estas cuentan o no con una norma laboral específica al deber de mitigación o el que haga sus veces.

e.1. En Sede Internacional Laboral. En apartados previos, se ha hecho mención a lo que la Organización Internacional del Trabajo reconoce y establecer sobre la indemnización para aquellos trabajadores cesados, esto en conjunto con los pronunciamientos de la Corte Internacional, por lo que en este apartado se ampliara respecto.

Sobre la indemnización o resarcimiento; tenemos la CO44, referido al convenio sobre el desempleo que, en su artículo primero, numeral 1 y literal a, establece el pago de una indemnización a los trabajadores cesados de manera involuntaria, esto es “el pago de una cantidad devengada con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario afiliado a un sistema obligatorio o voluntario” (Organización Internacional del Trabajo, 1934) y en su literal posterior fija el subsidio el cual la distingue de la indemnización.

Se rescata que la OIT fija en tal convenio el pago de una indemnización el cual se calcula en base al monto de los pagos realizados como aportaciones, y percibidos en virtud al trabajo realizado, es decir la cuantificación que establece se hace en base al monto integro aportado y la combinación con un subsidio, todo ello como producto de un despido involuntario, es decir prevé esta protección resarcitoria y lo hace en base a montos cuantificables, es decir en una primera premisa, señala una cantidad devengada, este subsidio “puede constituir la remuneración de un empleo en trabajos de asistencia organizados”(1934) esto refiere a que las remuneración como subsidio puede comprender un servicio de asistencia a estos trabajadores cesados, entonces la aplicación de ambas formas tanto indemnización como subsidio buscan remplazar la pérdidas de ingresos del

trabajador despedido.

Sobre del deber de mitigación en el CO44 de la OIT; está claro que dicho convenio de manera expresa no plasma un deber de atenuar por parte del trabajador desempleado, pero si se puede rescatar indicios que le hacen alusión; como ya ha quedado establecido, el resarcimiento se da en función al daño sufrido por el trabajador como secuencia de quedarse sin empleo, los convenios reconocen y fijan también dicha indemnización, sin embargo tal resarcimiento no se dará cuando efectivamente el daño haya desaparecido o enervado sus efectos, esto es el numeral 1 del artículo 10 del mismo convenio, que señala “Se podrá suspender el derecho a indemnización o a subsidio, durante un período adecuado, al solicitante que rechaza un empleo conveniente” (1934) se desprende de la lectura del mismo un deber intrínseco del trabajador despedido, pues ante la indemnización y subsidio (como se denomina en el convenio) no se dará si el trabajador rechaza un empleo conveniente, es decir nos hablan de una condición para otorgarse la indemnización, esto es la acción del despedido de concurrir a un nuevo empleo, para no verse más perjudicado, pero nos deja en el aire otra premisa: el trabajador despedido que acepte un nuevo empleo, seguirá recibiendo la indemnización por el despido, por un periodo determinado, entonces puede entenderse que indistintamente si luego del despido, se trabaja o no, queda la deuda del empleador infractor de indemnizar al trabajador cesado, esto está aún más claro con el numeral 3 del mismo artículo que señala que el trabajador que “haya recibido de su empleador...una compensación aproximadamente igual a la pérdida de salario durante un período determinado, podrá perder el derecho a indemnización y subsidio durante dicho período” además de fijarse en dicho convenio la acción que debe tomar el despedido para volver a laborar (lo que consideramos deber de mitigar) se establece que la indemnización deberá darse por un determinado periodo por el empleador, y la única forma de suspender y perder tal indemnización es ante una inacción del despedido (de no volver a laborar) y ante el pago previo por dicho concepto por parte del empleador, respectivamente. Queda claro que en el convenio se fija una responsabilidad no disipable del empleador, pues será este quien deberá pagar la indemnización para que el trabajador despedido se vea por satisfecho ante las

pérdidas que el despido pueda significar (daño económico).

De este convenio se puede extraer que ciertamente existe fijada la acción que debe tomar el trabajador despedido para que no se vea suspendida su indemnización, lo que a criterio propio se considera deber de mitigar, y se fija también la obligatoriedad del empleador a indemnizar por el acto de despido por un periodo determinado siendo indistinto si el trabajador labora para otro empleador, siempre que medie la voluntad e intencionalidad de buscar este nuevo empleo favorable.

e.2. La Mitigación en el Derecho Laboral de Italia. A fin de poder ver si el deber de mitigar se encuentra comprendido en el derecho laboral italiano, es necesario recurrir al cuerpo legal que la contiene, así entonces se tiene la Ley N.º 297 que trata sobre la indemnización por despido y pensiones (1982), en la cual dentro de sus disposiciones finales incluye la indemnización por despido dentro del *Codice Civile* Italiano la cual se plasma de manera medular en el Artículo 2120, que entre otros, señala “Esta indemnización se calcula sumando, por cada año de servicio, una parte igual, pero no superior, al salario devengado correspondiente a ese año dividido entre 13,5.”(1942) además se añade un porcentaje de tasa compuesta entre otra forma de cuantificar la indemnización por despido, sin embargo aunque en los artículos de dicho capítulo denominado “Sobre la terminación de la relación laboral” así como en sus disposiciones finales, no se advierte alguna alusión expresa o tacita sobre el deber de mitigar, presumidamente ante la convergencia del precepto de indemnización por despido, y demás disposiciones laborales, dentro de su código civil, es decir la legislación italiana presenta una normativa laboral ceñida a la par de las reglas del C.c., lo cual simplificaría la labor de los justificables, de esta forma no queda mayor duda de que el deber de mitigar ante el despido se contempla y aplicaría conforme el artículo 1227 del dicho código.

De esta forma, en el deber de mitigar el daño producto del despido deberá de aplicarse las reglas de la mitigación por el dañado, para así poder ser resarcido conforme a las reglas de la responsabilidad civil. Se advierte además, que pese a contemplarse los conceptos indemnizatorios dentro de los apartados pertinentes a

la responsabilidad civil, el *Codice Civile*, fija una formula general por despido, mediante porcentajes, tasas y parámetros numéricos, nos permite concluir que dentro de este método, referido a la indemnización, el legislador italiano reconoce parcialmente que este concepto se da en respuesta del acto del despido mas no de las consecuencias de este (daño patrimonial, moral, a la persona) entonces se trata, al igual que en sede nacional, de una indemnización tasada o indemnización legal, que se estipula en el ordenamiento para hacer frente al despido, es por ello que no hay línea alguna que indique que esta indemnización será la única forma de reparación, pues el resarcimiento que se desprende por daños y perjuicios tienen en cuenta otros elementos que la indemnización por despido no ha contemplado.

De esta forma se prevé los resarcimientos, además de la indemnización tazada por la norma expresa, sobre conceptos como el daño patrimonial y moral, la jurisprudencia italiana se ha pronunciado al respecto, a través de su corte suprema, se tiene en la sección laboral la Casación N.º 8006-2014, que indica:

Según jurisprudencia constante de esta Corte, en el régimen de tutela real la predeterminación legal del daño resarcible a favor del trabajador (con referencia a la retribución global de hecho desde el día del despido hasta el de la reintegración) no excluye que el trabajador pueda solicitar el resarcimiento del daño ulterior que le haya derivado del despido. (p.8, 2014)

La corte italiana, ampara las pretensiones referidas al pago de un resarcimiento ulterior al despido, es decir aquellos conceptos que están más allá de la indemnización legal por el acto de despido, tal cual se viene practicando en sede nacional, claro queda, que la legislación italiana, vio oportuno contener sus reglas ante despido dentro de su Código Civil, lo que nos permite concluir que las pretensiones provenientes del pago de resarcimiento por el despido se aplican de manera directa las reglas del mismo código, entre estas la cual es materia del presente estudio, esto es la contenida en el párrafo segundo artículo 2227 de su C.c. que alude a la mitigación del daño.

Respecto a la jurisprudencia laboral italiana, sobre mitigación del daño; se ha logrado recabar una sentencia casatoria reciente sobre la materia, la Casación 7274-2024, de la Sala de Casación Civil en su sección laboral la cual trata sobre el

despido de una trabajadora por una casual de la presunta comisión del delito de malversación de fondos contra el municipio donde laboró, sin embargo al ser absuelta del delito, demanda el pago de una indemnización por el periodo dejado de laboral; la demandante posterior al despido percibió un pago por concepto de alimentación por su empleadora, y demanda ahora la diferencia entre el pago de alimentación y el monto total de su remuneración que dejó de percibir. Se tiene además que posterior a la absolución del delito de malversación, la trabajadora no informo a su empleadora de manera inmediata de tal situación, hecho que alega el municipio, pues la trabajadora pudo evitar los daños si hubiera comunicado a tiempo su absolución y así verse menos perjudicada alegándose el párrafo segundo del artículo 1227, sobre el actuar diligencia que debe tener el agraviado, la corte señalo al respecto:

Independientemente de si su conducta constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales, no es menos cierto que la trabajadora podría haber evitado fácilmente el daño por el que solicitaba y obtenido la indemnización, ejerciendo la diligencia ordinaria, es decir, ejerciendo el derecho a solicitar la revocación de la suspensión cautelar del servicio. (pp. 4-5, 2024)

La corte, es clara al señalar que la trabajadora cesada, pudo actuar con la diligencia ordinaria para verse menos perjudicada, ya que la comunicación que debió dar a su empleadora ante la absolución de cargos penales, supondrían solo una diligencia ordinaria, es decir no mostraría un esfuerzo superior o adicional que pueda significarle pérdidas superiores al despido que ya viene padeciendo, la trabajadora al encontrarse impedida de laboral en el municipio mediante medida cautelar, pudo pedir su revocación y volver a laborar, en consecuencia recibir su remuneración habitual, no hacerlo es faltar a su deber de mitigar el daño. Además de ello es importante rescatar el valor probatorio que tiene el acreditar la diligencia ordinaria por parte de quien lo alega, en este caso el empleador, así además en la misma sentencia se menciona:

El apelante no alega (ni mucho menos demuestra) haber invocado la excepción específica del artículo 1227, apartado 2, del Código Civil durante el procedimiento sobre el fondo...es doctrina consolidada de este Tribunal

que, a diferencia de la concurrencia de culpa a que se refiere el apartado 1..., la relevancia de la posibilidad, para el acreedor, de evitar el daño con la diligencia ordinaria exige una excepción de parte en sentido estricto y, por lo tanto, debe plantearse oportunamente en el juicio sobre el fondo.(p.5, 2024)

Finalmente, la sentencia casatoria fue declarada inadmisble, aunque no existe un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se puede rescatar, la necesidad y exigencia que además de alegarse, debe acreditarse que la negligencia ordinaria no se ha cumplido, ya que quien alega un hecho debe probarlo, y esto se debe hacer en las instancias de fondo y no ante un recurso de esa naturaleza como lo es la casación, es así que la corte ante la no probanza de no actuar con la debida diligencia por parte de la trabajadora, desestima el recurso por parte del municipio.

Dicho ello, tanto la legislación como la jurisprudencia italiana, nos da muestra clara de la aplicación y existencia de la mitigación del daño ante las consecuencias del despido, pues además de contar con una indemnización tazada o legal, los trabajadores cesados pueden recurrir en vía de acción a fin de petitionar el pago de daños y perjuicios a consecuencia del despido, debiendo tenerse en cuenta que el deber de mitigar el daño, tiene como delimitante la diligencia ordinaria, la cual debe ser adoptada por parte del acreedor o agraviado y probada por quien la alega.

e.3. La Mitigación en el Derecho Laboral de Colombia. Sobre la indemnización por despido en Colombia, se recurren al Código Sustantivo del Trabajo concebida por la Ley N.º 2663, donde se advierte de su contenido una gama amplia de formas de indemnización por diversos conceptos, como lo es el pago a destiempo de las remuneraciones, conductas evasivas del empleador, etc. (1950); entre ellos, el que atañe a esta investigación es la indemnización por el despido, y tal cual sucede en la legislación nacional en Colombia se ha previsto en su norma específica, previamente aludida, su artículo 64 que señala “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización

comprende el lucro cesante y el daño emergente.” (1950) precisando el pago del monto hasta cumplir el plazo del contrato, en caso de contratos a plazo fijo y en sus literales a. y b. una cuantificación correspondiente a los meses o años laborados.

Se desprende y destacada de este artículo que el legislador ha previsto la denominación directa de los conceptos el lucro cesante y daño emergente en su propia ley laboral, de los cuales me permito inferir que la indemnización laboral es además un resarcimiento parcial por los daños causados, aunque, por otro lado, al fijar montos tazados legales, es una suerte de postura mixta de la reparación por el despido, entre el resarcimiento e indemnización, pues no prevé el daño a la persona ni el daño moral.

Aunado a ello, el Decreto 2351, de ese país, incluye y extiende la indemnización en caso despido sin causa justa, entre ellos es relevante el numeral 5 de su artículo 8, que señala que aquel trabajador que superase los diez años de servicios continuados y cesa cesado sin causa justa, será repuesto, o como se denomina en Colombia reintegrado, así además se contempla conjuntamente con la reposición “el pago de los salarios dejados de percibir” (1965) como se ha indicado, ello podría entenderse bajo el razonamiento de la legislación nacional, una forma de resarcimiento, como lo es el daño patrimonial, sin embargo no se ha logrado hallar una referencia a tal concepto sobre la indemnización por despido; ahora bien, la ley colombiana prevé un plazo de laboralidad diez años para optar por el pago de los salarios caídos, sin embargo en la práctica confluyen diversas circunstancias para que se efectué dicho pago, como lo es la protección reforzada o fuero circunstancial, la modificación por convenio que fijen un plazo menor para optar por la indemnización y reingreso, entre otros que se han identificado con la sentencias revisadas.

Es oportuno ver la aplicación práctica de la ley aludida, así recurrimos a la sentencia casatoria de la Corte Suprema de Colombia, entre las revisadas se Destaca la Casación con numero de Radicación N.º 100380 de la Sala de Casación Laboral, el cual trata sobre un trabajador despedido sin causa justa, su empleadora, la cervecería Unión S.A. alega supuesta ejecución deficiente de eventos comerciales de la cervecería, luego del procedimiento del despido, concluye en el despido del

trabajador, este último alude la falta de pruebas que acrediten una ejecución deficiente del evento, y que el procedimiento de despido se alegaban hechos distintos, solicitando su reintegro (reposición) a su centro de labores además de un subsidio e indemnización, al respecto la sala analiza las circunstancias y el caso llegado a instancia suprema, donde profiere la existencia de un procedimiento valido pero la no existencia de causa justa, por lo que estima favorable el reingreso del trabajador, sumado a ello el pago de una indemnización prevista en el artículo 64 del CST, es decir un monto legal o tazado, “como el tiempo total de trabajo equivalentes a 5 años, 9 meses y 17 días, la indemnización por despido injusto a cancelar asciende a la suma de \$39.191.631, que corresponde a 91,95 días por el salario diario del actor”(p.58, 2024) sin embargo ello no se debe confundir con el pago de otros conceptos como el daño moral, que en ese caso no se probó, pero de hacerlo, si sería un monto resarcible.

Otro punto a resaltar, es que las decisiones que ordena el reingreso del trabajador a su puesto de trabajo contemplan de forma uniforme el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en la misma sentencia revisada, se resolvió, entre otros: “el reintegro del demandante, junto con el pago de los salarios generados hasta la data de la efectiva reinstalación” (p. 60, 2024) este reintegro es la reposición ciertamente del trabajador, y el pago de los salarios generados son aquellos que dejó de percibir producto del despido, los cuales deberán de ser abonados hasta su efectiva reposición o reintegro al trabajo.

Lo mismo sucede en la Casación con numero de radicación 76001-31-05-012-2020-00038-01 de la Sala de Casación Laboral, el proceso versa sobre una trabajadora del Hospital del Valle Universitario, la demandante se encontraba en un proceso de sindicalización a fin de obtener mayores beneficios, posterior a ello el empleador señala que enfrenta una restructuración interna, prescindiendo de las funciones de la trabajadora, es así que da por concluido el contrato, el empleador alega que la restructuración es una causal válida para el cesar a trabajadores, si bien esto es cierto, la trabajadora contaba con un protección reforzada al estar siguiendo un procedimiento sindical contra su empleadora, lo que en dicho país es denominado fuero circunstancial, por lo cual la corte estimo el reintegro a su puesto

de trabajo, “[La terminación del contrato] no constituía una justa causa que pudiese enervar el reintegro, de ahí que la demandante debía volver, sin solución de continuidad, a su cargo con el correspondiente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.” (p.31, 2025)

Concluye la sala en confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó su reintegro, o reposición, a su puesto, con el pago de los salarios y prestaciones no percibidas, esto nos permite entender que, para el sistema colombiano, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir es vistas como un requisito acompañado al reingreso del trabajador, lo que para nuestra legislación podría entenderse parte del lucro cesante.

Se tiene que dejar sentado, que algunas de estas circunstancias específicas, donde se materializa el despido a consecuencia de la actuación sindical, gestación, maternidad o paternidad, se encuentran bajo una protección reforzada del trabajador, lo que se podría equiparar con el despido nulo en sede judicial peruana, añadiéndose que en Colombia puede existir un pacto sindical, que plasme reglas adicionales o específicas que den como resultado el reintegro o reposición del trabajador, como se detalló previo.

Sumado a ello tanto en sede nacional como en la legislación ahora revisada, se ordena el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, con la distinción de que en Colombia se extiende a otros conceptos que en Perú no, como las prestaciones sociales, y que en el estado peruano solo cabe el pago de estos conceptos por causales previstas de manera expresa en la ley. Lo que nos muestra indicios de una situación mayor en cuanto reparación, sin embargo, en Colombia, en aquellos casos en los que un trabajador “común” sea despedido la ley a previsto solo una indemnización tazada comprendiendo el lucro cesante y daño emergente, dejando evidencia la real intención del legislador, esto es, el no reclamo por dichos conceptos en procesos judiciales en caso se declare el despido injusto y no se encuentre le trabajador bajo la protección reforzada, al estar el trabajador en un contrato sin plazo fijo, a mi criterio y ante las reglas de la doctrina y jurisprudencia peruana, no obtendría tutela resarcitoria efectiva ante el lucro cesante y daño emergente, como el código sustantivo del trabajo de Colombia pretende hacer creer.

La jurisprudencia de Colombia, sobre el deber de mitigar el daño en materia laboral; consultados los pronunciamientos que puedan hacer alusión al deber de mitigar el daño, se ha encontrado uniformidad respecto a la ausencia de una alusión expresa o tacita de la misma, salvo investigaciones posteriores específicas que debelen una situación contraria; sin embargo, ello no resulta extraño ante el escenario legislativo que presenta Colombia, tenemos que retornar a los parámetro o ideas de secciones previas, pues se concluyó que el deber de mitigar se encuentra contenida dentro del cálculo que se realiza en torno al daño emergente.

Así, por un lado, la jurisprudencia laboral colombiana en tanto a la aplicación de su derecho positivo, esto es la aplicación de su Decreto 2351/95, ha dejado sentando que, como consecuencia del despido injusto, se ve acoplado ante el reingreso del trabajador el pago de los salarios caídos, los cuales efectivamente corresponde al lucro cesante, como las pérdidas que padeció el trabajador fruto del despido, esto en situaciones laborales específicas.

Estando eso claro, la mitigación del daño, como ya se advirtió, se da ante el deber del agraviado de no verse más afectado, lo que en otras circunstancias se vería reflejado directa o indirectamente al quantum del lucro cesante. El caso de Colombia es particular pues dentro de norma laboral contempla el lucro cesante y el daño emergente como indemnización ante el despido, y en la práctica jurídica, esto se viene aplicando, específicamente en el lucro cesante se ve reflejado por la devolución de los salarios caídos que ordena el juez, sin ser determinante o incluso ser considerado por el juzgador un concepto adicional deducible como el daño mitigado, es decir es indistinta la situación laboral del trabajador luego del despido, pues los salarios no percibidos son devueltos hasta su efectivo reingreso a su puesto de trabajo. Ahora bien, como ya se ha señalado estas circunstancias son relativamente similares en tanto a la nulidad de despido, en la que se ordena también el pago de las remuneraciones no percibidas, donde tampoco se ha previsto una acción mitigadora del agraviado, entonces ante la previsión limitada del lucro cesante y daño emergente tazados, no sé a observado un deber de mitigación del daño.

e.3. La Mitigación en el Derecho Laboral de Chile. siguiendo la línea de los argumentos previos, para luego hablar de la mitigación del daño, se debe iniciar con la legislación laboral de Chile, respecto a lo que contempla o establece sobre la indemnización en caso de despido, ante una revisión rápida se advierte una relativa similitud entre la legislación chilena y colombiana, respecto a la indemnización por despido.

Chile cuenta con el Código del Trabajo, que dentro de su extensión contempla la indemnización por despido, así tenemos el primer párrafo del artículo 163 que indica el pago de una indemnización al trabajador despedido que haya superado el año de servicios, esta indemnización podrá ser estipulada individual o de manera colectiva (2002) este pacto del monto indemnizatorio resulta interesante, al poner el manos de las partes un acto de resarcimiento futuro por el posible despido, pero no dejando de lado que se trata de un monto indemnizatorio tasado o legal, en el párrafo siguiente se señala que ante la no estipulación “el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.” (2002) queda claro que la legislación contempla montos tazados, que ciertamente responde a una indemnización, pero recordando que, para fines de esta investigación, se está buscando hallar líneas legislativas que convengan en un resarcimiento ante el despido, esto es una reparación integral por parte del empleador, es así que deba estar incluidas en el pago resarcitorio el monto por el lucro cesante, daño emergente, daño moral entre otros, que garanticen una efectiva protección resarcitoria.

Al igual que la legislación colombiana, Chile contempla escenarios específicos en los cuales el empleador deberá abonar las remuneraciones caídas o dejadas de percibir en caso despido, lo cuales a consideración del autor, es parte del pago por lucro cesante, al ser una ganancia dejadas de percibir como consecuencia del despido, que a su vez están incluidas dentro del monto general que pueda adquirirse por indemnización por daños y perjuicios; estos escenarios particulares, según diga el Código del Trabajo de Chile se dan cuando se despiden a trabajadoras

en estado de gestación, a padres con hijos recién nacidos o con su cónyuge embarazada, al accionar como parte de un sindicato laboral, religión, opinión, libertad en el trabajo, discriminación etc. (2002) así lo establece su artículo 485, condiciones en las cuales el trabajador podrá optar por la reincorporación según su artículo 489, estos escenarios específicos, son denominados como la protección que brinda el fuero laboral, donde los trabajadores no podrán ser cesados salvo causa justa y siempre con la autorización judicial, así lo describe de manera amplia el mismo código en su artículo 174, donde es un tribunal quien dispone la situación laboral del trabajador protegido, en caso no se disponga la terminación de su relación de trabajo el C. del Trabajo, ordenara:

Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales. (2002)

A consideración propia, el pago de remuneraciones y beneficios que se abonen por el periodo de separación, forma parte del lucro cesante, que el empleador deberá de abonar al cesado, sin embargo como ya se ha mencionado, al igual que el caso de Colombia, Chile, con el fuero laboral presente un símil con el despido nulo de Perú, donde de igual manera se dispone el pago de las remuneraciones no pagadas durante el cese, ante ello es oportuno revisar puntual jurisprudencia a fin de ver cómo es que los tribunales del vecino país presentan la indemnización por daños y perjuicios ante el despido.

En esta línea, se tiene la Casación de fondo ROL: 3336-2008, resuelta por la Corte Suprema de Chile la cual trata sobre el despido padecido por la demandante, quien contaba con fuero maternal, incumpléndose el debido procedimiento, es así que las instancias correspondiendo amparan su pretensión al evidenciar que la trabajadora se encontraba inmersa en la protección que el fuero laboral le otorga, de esta forma además “debiendo el empleador pagar a la demandante las remuneraciones y demás derechos laborales devengados entre

el 20 de septiembre de 2004 y el 16 de febrero de 2005 o las indemnizaciones y recargo legal indicados en el presente fallo, según opte la trabajadora en la etapa pertinente” (2008) fecha última de la comunicación por el despido y según montos pecuniarios opte en ejecución de sentencia la trabajadora vulnerada, se advierte en este caso el pago de las remuneraciones dejadas de percibir a consecuencia del despido a su vez al contar con protección del fuero laboral, esto es al estar en estado de gestación, lo que formaría parte del lucro cesante.

Así además, como consecuencia del despido, se viene adelantando la prerrogativa legal que debe contar el despido en tanto el cumplimiento efectivo del resarcimiento íntegro, esto es entre otros el pago de lucro cesante, daño emergente, entre otros, se trae la sentencia Juzgado de Letras y Garantía de Litueche con ROL: O-8-2025, la cual versa sobre accidente de trabajo, de un personal que labora para un supermercado como reponedor de pasillos, sin embargo por órdenes de su empleador realizada también labores de apanador repostero, sin contar con capacitación al respecto es que sufre un accidente laboral en la máquina de amasado, donde su mano es arrastrada por la masa que a su vez traccionaba la máquina, a tiempo logra parar la máquina, pese a ello los dedos del trabajador presentaron heridas severas y leves con dolor continuado, llevando terapias para su recuperación, determinándose que sufrió una pérdida del 15% en su capacidad de trabajo, es así que el juzgado resuelve conforme a otorgarse el daño moral y lucro cesante, este último concepto, lo desarrolla tomando en cuenta la edad y años laborables con los que contaba el actor, al tener 23 años a la fecha del accidente, además de tomar en cuenta la remuneración percibida cuyo monto cuantificable será el 15% de la remuneración, concluyendo: “la remuneración determinada asciende a \$124.492 y que multiplicado por la cantidad de meses de vida laboral que le restan antes de cumplir los 65 años de edad, esto es, 504 meses, asciende a un total de \$62.743.968 suma que es precisamente la demandada” (p.30, 2025) sin embargo al haberse reinsertado al campo laboral, y al calcularse en base al valor bruto el juez estima reducirse en un 40 % el monto por lucro cesante, declarando fundada en parte la demanda; si bien no se advierte el cómo llega a determinarse la reducción por el monto de cuarenta por ciento al monto a indemnizar, en aras a una

reducción prudencial que estima el juez conveniente practicar al caso.

En esta misma línea jurisprudencial, específicamente a los que nos atañe, el daño materializado referido el lucro cesante, se tiene la Sentencia con RIT O-417-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, donde un trabajador demanda el despido injustificado por parte de su empleador así como el pago de la indemnización laboral y el lucro cesante, este concepto estaría comprendido por las remuneraciones que el trabajador ganaría hasta al conclusión del contrato de obra determinada, sin embargo ante el despido intempestivo sufrido, el trabajador se vio cesado de percibir tales ingresos, el empleador alega que la indemnización que fija el derecho laboral, por tal el Código de Trabajo de Chile, establece un solo monto indemnizatorio por lo que no cabría otra forma de reparación al trabajador, pidiendo que no se otorgue el lucro cesante en favor este. Guardando sinonimia con sede nacional respecto a la indemnización tasada, el juez señala “Un sistema de reparación de daños tasado se caracteriza siempre, por lo demás, porque la víctima puede acceder a otras indemnizaciones, conforme a las normas del Derecho común”(2017) alusión que resulta interesante y armoniza el panorama respecto al resarcimiento producto del despido, no limitando a los trabajadores a una indemnización tasada por numeraciones y parámetros estáticos que bridan la norma específica, permitiendo recurrir a las reglas del derecho civil o derecho común, tal como lo afirma el juez de la causa.

Así entonces, no siendo ajeno el derecho indemnizatorio laboral al derecho común, por convenir reglas generales en ambos, el juez ante la pérdida de las ganancias prevista ante el contrato suscrito entre las partes, ha señalado:

Al suscribir el contrato las partes convinieron recíprocamente la prestación de un servicio personal bajo subordinación y dependencia, por un tiempo específico que está dado por la conclusión de una determinada obra, y el pago de una remuneración...vale decir el efecto dañoso que esta conducta generó es que el trabajador dejó de percibir un ingreso al cual el empleador se había obligado, por lo que procede que se le indemnice con la suma correspondiente a dicha pérdida patrimonial. (2017)

Se contempla un respeto por el contrato suscrito por las partes, ante una

situación en el cual el empleador incumplió parte de sus obligaciones, esto es la duración de la relación laboral hasta el plazo fijado, por lo que no ha existido causal que pueda disminuir tal apreciación cuantificada en las remuneraciones por percibir y la duración del contrato. La sentencia revisada contribuye al reforzamiento de las relaciones obligacionales que se suscriben por las partes no contemplando actuación externa que pueda ver afectado la indemnización lo que muestra un respeto judicial de lo pactado por las partes.

La jurisprudencia sobre el deber de mitigar en Chile sobre materia laboral; como ha ocurrido en otras legislaciones, el deber mitigador no está ampliamente abordado en la jurisprudencia, siendo aún más complejo en los casos referidos en materia laboral, aunque, como también lo ha señalado el juzgado laboral, en las sentencias revisadas previamente, el derecho laboral no es ajeno al derecho común por lo que las reglas de este último les serán aplicadas, entendiendo por tal el deber de mitigación del daño, ahora bien claro quedo que la indemnización el lucro cesante se cuantifica conforme al periodo restante no cumplido por el empleador, cuando se trata de contratos a plazo fijo, y cuando se trata de la protección del trabajador al contar al fuero laboral, se abonaran las remuneraciones caídas, y debas beneficios, sin embargo cuando no se cuenta con estas características, es decir de un contrato a plazo fijo y el de contar con protección reforzada, la legislación a provisto solo una indemnización tazada, por lo que en la revisión de pronunciamientos judiciales no se ha logrado ubicar una forma de implementación, ampliación, alusión o mención a la mitigación del daño referido a su incidencia directa en la disminución del quantum indemnizatorio del lucro cesante.

Dicho ello, al resultar oportuno y altamente relevante para el desarrollo de los acápites posteriores de esta investigación, se logró ubicar un auto cautelar, el cual cuenta con relación directa a la mitigación del daño laboral; pese a haberse señalado en la párrafo previo que no se encontró un pronunciamiento judicial referido a la mitigación laboral, es oportuno precisar que al tratarse de un auto cautelar, no cuenta con certeza judicial que pueda ser respaldada con la concretización de una decisión judicial, pues lo propio de la cautelar es un provisionalidad, hasta la culminación del proceso principal, aunado a que se trata

de una situación jurídica particular, sin embargo altamente relevante y sustancial para el deber de mitigación del daño, es así que se tiene el Recurso de Protección ROL 20589-2025, resuelta por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, la cual versa sobre una funcionaria publica de la Ilustre Municipalidad de Melipilla quien fue cesada por un Decreto Alcaldicio la cual deja sin efecto la continuidad de sus contratos, además la ley ha establecido un procedimiento distinto pues el cese tendría efectos solo después de 30 días de habersele notificado la culminación de sus labores, infringiéndose además el debido procedimiento al no tener a trabajadora la oportunidad de una audiencia, viciándose al acto de despido, señalando la corte:

Debiendo pagarle las remuneraciones desde que fue separado hasta aquella en que debe reincorporarse, y las que se devenguen posteriormente por el ejercicio del cargo mientras este último Decreto no se invalide legalmente y hasta su término por el vencimiento del plazo legal, esto es, el 31 de diciembre de 2025. (2025)

Siendo así el trabajador cesado deberá ser repuesto en su cargo, sumándose las remuneraciones no pagadas, hasta la invalidación del decreto que da por concluido el vínculo laboral o hasta al vencimiento del plazo legal, en caso de Chile, es hasta el último día del año para funcionarios públicos, es decir su vínculo se mantendrá vigente gracias al pronunciamiento judicial cautelar, que incide de manera directa en la mitigación del daño, esta vez por parte del empleador, herramienta altamente útil para evitar un acrecentamiento del daño sufrido por el trabajador, punto que se abordara ampliamente más adelante.

e.4. La Mitigación en el Derecho Laboral de Argentina. Las reglas del derecho laboral argentino se encuentran en la Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 245 que al igual que en otros estados, cuenta con una forma de tasación de la indemnización, dependiendo siempre de los años laborados y la remuneración percibida, entre otros parámetros, así demás se destaca entre estos, su Artículo 95, que nos habla respecto al despido injustificado sobre aquellos contratos a plazo fijo, donde se resalta que: “Además de las indemnizaciones que correspondan por

extinción del contrato en tales condiciones, a la de daños y perjuicios provenientes del derecho común, la que se fijará en función directa de los que justifique haber sufrido quien los alegue.” (1976) la premisa relevante a destacar por parte de la regla laboral argentina, es la inclusión expresa al derecho del trabajador de accionar en vía civil o derecho común por los daños y perjuicios que puedan darse producto del incumplimiento del contrato de trabajo, lo que significa un respaldo al pacto celebrado por las partes, así como el posterior resarcimiento ante tal incumplimiento.

En esta línea, la Ley del Contrato de Trabajo, en su artículo 213, indica que el empleador deberá abonar las remuneraciones faltantes para el vencimiento del contrato si es que se da por algún accidente de trabajo o enfermedad atribuible al empleo, o hasta la fecha del alta médica, según pueda corroborarlo el trabajador despedido (1976) este precepto nos deja dos ideas importantes, pues por un lado proscribire el pago de las remuneraciones no percibidas faltantes hasta el vencimiento del contrato o hasta el alta médica, lo que puede significar la extensión del pago de una remuneración o ganancia dejada de percibir; y, que el empleador responderá hasta donde la extensión del daño generado por este o por el daño en mérito a la ausencia de medidas de seguridad se extienda. Claro está que en una condición médica delicada producto de un accidente de trabajo, impedirá en gran medida el actuar el trabajador para mitigar el daño provocado por el despido, como trabajar en otro establecimiento, al contrario, podría verse menos perjudicado o poner en duda su estado médico real.

Así, además, el artículo 224 del mismo cuerpo legal, incluye también el pago de los salarios perdidos, en caso exista una suspensión por denuncia criminal, siempre que el trabajador denunciado sea absuelto o sobreseído, pese a ello el empleador puede optar por no reincorporarlo debiendo pagar “la indemnización por despido, a más de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva” (1976) existe la prerrogativa legal del respaldo del pago de los salarios no percibidos por los trabajadores, incluso al tratarse de situaciones complejas como investigaciones penales, así como su reincorporación; cabe decir que la reincorporación puede ser ordenada por el tribunal en tanto se configure un despido

injustificado.

Sobre esta línea, se trae la jurisprudencia respectiva, se tiene la Casación contenida en el fallo N.º 333.2306 resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; de la causa se extrae los hechos acaecidos por un grupo de trabajadores que fueron cesados de sus respectivos puestos de trabajo, ello como represalia por sus actividades sindicales dentro de la empresa, motivo por el cual demandan su reincorporación a su puesto de trabajo así como la indemnización correspondiente, tanto la primera como segunda instancia atienden su pretensión y confirman la reincorporación así como la reparación por el despido, la decisión es impugnada por la empleadora, es así que la Corte en la sentencia de casación señala “La reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, por un despido” (p.17, 2010) ello sumado a numerosas alusiones respecto a la reparación del daño, supone una completa restitución de una situación previa al despido, en tanto a la reincorporación del cargo desempeñado así como a la indemnización económica, finalmente la corte confirma la decisión de la primera instancia que otorga la reparación ya mencionada, se tiene que añadir, que si bien la norma específica, respecto a las relaciones laborales plasman la facultad del trabajador cesado de exigir la reparación ordinaria o las que se prevén en el derecho civil, no son muy numerosas los pronunciamientos supremos al respecto, viendo complicada su recopilación por parte del investigador, sin embargo ello no descarta su innegable aplicación por parte de los justificables ante la positivización de la posibilidad de reclamar de manera íntegra el resarcimiento por el despido.

En esa línea, se rescata la sentencia definitiva N.º 8941 resuelta por la V Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, la cual versa sobre el despido de un trabajador por su actuación sindical, se ordenó su reincorporación a su puesto de trabajo por orden judicial cautelar, sin embargo posterior a ello el trabajador fue nuevamente cesado, alega su empleador que no se contaba con sentencia definitiva, posteriormente por decisión judicial nuevamente se ordenó su reingreso; y, además de su reincorporación, el trabajador demandó el pago de los

salarios caídos, centrándose la discusión en dicho extremo, el juez de la causal señala muy acertadamente:

Los jueces no podemos desconocer la realidad imperante ... pues debe garantizarse -por mandato constitucional- que los créditos de naturaleza laboral y alimentaria que se adeudan no se transformen en sumas ínfimas, ya que de lo contrario estaríamos aniquilando la función resarcitoria comprendida en el régimen de contrato de trabajo ... se abdica no sólo de la función protectoria contra el despido arbitrario sino que -incluso- permitiríamos exceptuar el dolo obligacional contrariando el orden público de protección y el orden constitucional. (pp. 6-7, 2024)

Postura que considero idónea para los propósitos que busca la institución de la indemnización o debido resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos, pues no basta con la aplicación de una cuantificación superficial sin tener en cuenta todos los parámetros o condiciones que tienen incidencia al proceso, en este caso, el monto a resarcir resultaba ínfimo pues por la crisis inflacionaria que atraviesa Argentina por muchos años, el monto utilizado para el pago de los salarios caídos (la remuneración) resultarían minúsculos a la fecha en la cual se está resolviendo la controversia, es así que de manera acertada la corte le da respaldo al derecho del debido resarcimiento, además de desvirtuar el dolo que existe en los despidos, esto es el incumplimiento de los contratos de trabajo, pues de lo contrario se estaría consintiendo la intencionalidad que tiene el empleador al cesar a su trabajadores de manera arbitraria o injustificada, es así que finalmente la Sala estima la demanda en favorable para los trabajadores, ordenando el pago de los salarios caídos durante todo el periodo que se encontraron cesados hasta el pago total efectivo de los mismos (p.9, 2024).

La jurisprudencia sobre el deber de mitigar en Argentina en materia laboral; ante el precepto legal fijado en la propia LCT sobre la aplicación del derecho común en relación a los daños y perjuicios que puedan devenir del incumplimiento contractual laboral, se tiene entendido que la acción de mitigar que el CCyC. argentino prevé en su artículo 1710 se podrá aplicar como ya es habitual al derecho laboral, esto no es una novedad, incluso se presume la aplicación del derecho común

en caso vacíos, ciertamente la ley de contrato trabajo, no prevé un apartado o artículo que haga alusión al deber de mitigar.

Como ya se ha resaltado con anterioridad, a criterio propio, el deber de mitigar no recae solo sobre el trabajador vulnerado, sino también por parte del deudor, es así que toda acción que el empleador realice para disminuir el daño, lo disminuirá incluso hasta de forma total, sin embargo dicha acción es ignorada por parte de los empleadores; sobre esta idea se trae el pronunciamiento supremo 1230/2017 resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la misma versa sobre un pedido cautelar, solicitado por un trabajador despedido a causas gremiales dicho pedido fue concedido; instancias inferiores indican que la medida cautelar no es definitiva, sin embargo la reincorporación del autor debe continuar hasta la culminación del proceso, por otro lado el empleador presenta un argumento destacable para esta investigación pues señala que la medida cautelar obliga al empleador a confiar parte de su mobiliario de transporte de pasajes a un trabajador que ya dejó de ser de su confianza, se limita además las facultades de dirección del empleador, limitación en abordar medidas disciplinarias, así como afectación a su libertad de contratar (p.2, 2017) argumentos que la corte estima suficientes para anular el pronunciamiento venido en grado y se revuelva nuevamente, a fin de que el inferior en grado se pronuncie sobre dichos argumentos, si bien se ha agotado las alternativas para dar seguimiento a dicho proceso a fin de presentar también el nuevo pronunciamiento, no se ha logrado hallarla, ello no reduce, lo relevante de los argumentos que presenta el empleador, pues ciertamente la reincorporación provisional, si bien respondería a una acción de mitigar el daño, podría también afectar determinadas facultades del empleador, este punto se retomara más adelante, al ser preciso reservar esta discusión.

e.5 La Mitigación en el Derecho Laboral Peruano. Finalmente, se acude a la mitigación del daño laboral, en la instancia nacional, como en secciones previas se ha visto, el despido contiene prerrogativas legales que importan una indemnización tasada así como al pago del resarcimiento por daños y perjuicios en aplicación de las reglas del derecho civil, este extremo queda sajado en el punto

3.2.4 de la presente investigación, sin embargo a fin de recordar y sintetizar la misma, se precisa que efectivamente la LPCL, fija montos tazados por conceptos de indemnización en sus artículos 34; 35 y 38 y además de ello el trabajador tiene la facultad de ejercer su derecho de acción a fin de que se le pueda resarcir por daños y perjuicios producto del despido, el cual comprendería los conceptos de lucro cesante, daño emergente, daño moral entre otros, es decir aquellos que el derecho civil ha contemplado en caso de inejecución de obligaciones; al ya haberse abordado y al quedar fijado que el trabajador despedido de manera arbitraria tiene acceso a una indemnización legal o tazada así como al resarcimiento, por lo que corresponde en esta oportunidad la discusión sobre el deber de mitigación.

La jurisprudencia sobre el deber de mitigar en Perú en materia laboral; en la revisión de la jurisprudencia sobre la mitigación en caso despido, se ha corrido la misma suerte como en otras legislaciones revisadas, pues pese a la búsqueda realizada, son reducidos los pronunciamientos al respecto; claro que, más allá de su aplicación tacita, como lo es el pleno del 2019, esto es la deducción que los jueces aplica por los ingresos percibidos durante el cese, pues lo que se busca es un pronunciamiento expreso, en caso se pueda identificar una motivación que recurra a la reglas del código civil en materia laboral.

Eso significa cantidades ínfimas de pronunciamientos que tienen el poder judicial al respecto, pues el deber de mitigar sigue siendo una institución aun en desarrollo por parte de la administración de justicia laboral, así como los justiciables.

Es así que se trae la Casación N.º 954-2020 Lambayeque resuelta por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, dicho proceso versa sobre la demanda de indemnización por daños y perjuicios seguida por un trabajador despedido, el periodo a indemnizar se extiende desde febrero de 1993 hasta abril del 2006, esta última fecha el trabajador estaba facultado para solicitar su reposición laboral, sin embargo no fue hasta abril del 2013 en el cual se apersona para su reingreso, por lo que el trabajador solicita la indemnización por todo el periodo que dejó de laboral es decir desde 1993 hasta el 2013, por lucro cesante, daño emergente y daño moral, ante ello la Corte estima el desinterés por parte del trabajador en no

acudir en el momento en el cual estaba facultado para su reposición, siendo así indica:

Estando a que era deber del demandante evitar o mitigar el daño (es decir, exigir inmediatamente el cumplimiento de la sentencia que ordenó su readmisión en el empleo), los daños generados con posterioridad a dicha sentencia, no pueden ser atribuidos a la entidad demandada (empleador). De modo que, los perjuicios que se generen o mantengan como consecuencia de la negligencia o desidia de la víctima, son enteramente imputables a su parte. (p.18, 2024)

Así finalmente, la corte no casa la sentencia de vista y queda en autos la ejecución de la venida en grado, la cual otorga un monto indemnizatorio reducido a lo peticionado por el actor, ello valiéndose del deber de mitigación incumplido por el trabajador, nos deja claro por un lado que el deber de mitigación responde a un actuar diligente del trabajador por lo que ante la negligencia del mismo en no recurrir o actuar ante una decisión existe favorable que reconoce su reposición, es ciertamente una conducta que no debe ser imputable al empleador, máxime si quien acciona la demanda de reposición es el propio trabajador pues es el más interesado en ser repuesto, aunque por otro lado, también puede alegarse la acción del empleador culpable de actuar de manera diligente para que se deje constancia su intencionalidad de dar cumplimiento a la sentencia y por tal dejar sentado que se pone fin al daño que el propio empleador generó, de esta forma se perfecciona la conclusión o el cierre del daño, aunque eso no descarta que es el trabajador la parte más interesada en reducir el daño que padece, por lo que efectivamente se rescata que no todo daño generado por el despido es atribuible al empleador, sino también a la conducta del trabajador al no actuar de manera diligente.

En esta misma línea se trae la Casación N.º 18231-2023 Lima resuelta por la cuarta sala de DCST de la Corte Suprema, de igual manera al caso anterior, este proceso versa la indemnización por daños y perjuicios que persigue un trabajador por el periodo de desvinculación laboral que se dio a causa de los ceses colectivos de la década de los noventa, si bien existió una reparación legal para estos trabajadores, que disponían la reincorporación, indemnización entre otros, en la

práctica para que se materializara la reincorporación, tuvieron que pasar años, sin embargo la Corte señala, que no se dispuso indemnización por la demora (alusión que considero absurda) en el cumplimiento de las reincorporaciones, y siendo que el trabajador eligió el beneficio de la reubicación laboral, por lo que se estima que la empleadora habría dado cumplimiento a resarcir los daños y perjuicios sufridos, la corte indica que “obliga a concluir que la demandada a resarcido los daños al demandante por la demora en su reposición alegados en el proceso, no existiendo por tanto obligación de indemnizar algún daño” (p.13, 2023) aunque en el recurso de casación se invocó entre otros la afectación al artículo 1327 del C.c. la corte no desarrolla de manera idónea como es que llega a la conclusión de que no se vulnero dicho artículo, pues se limita en indicar que la ley no proscribía la indemnización por la demora, pese a estar legalmente reconocida la reposición que le correspondía al trabajador, ello puede dar inicio a una serie de alegaciones en la defensa de los empleadores, indicado la ausencia presupuestal que puede ser utilizado como justificación para que el daño no tenga consecuencia indemnizatoria, lo que es además una postura judicial de desequilibrio en favor del empleador, pues si bien el trabajador es la parte interesada para reingresar a su puesto de trabajo, sería incorrecto uniformizar la prerrogativa de que por presunta falta de presupuesto no pueda darse la reposición del trabajador y así fin al daño; ya que ante el escenario de un pronunciamiento u orden judicial que dicta el reingreso o reposición del trabajador y que el mismo trabajador manifieste su voluntad de reingresar, en ese momento estaría materializando su deber de mitigar el daño, el cual se verá limitado o suprimido si es que los empleadores alegan una falta presupuestal, estarían yendo contra el cumplimiento del deber de mitigar que busca practicar el trabajador, siendo así el empleador estaría nuevamente generando el daño (prolongación del daño) que antes ya inicio, punto que también se abordarán de manera posterior para un mayor análisis.

A modo de síntesis general de este apartado, se extrae de las legislaciones revisadas respecto a la indemnización y al resarcimiento por despido, que el derecho positivo de los países consultados, contemplan una indemnización tazada o legal que le otorgará al trabajador como consecuencia del despido, por otro lado el único

estado que podría entenderse que el resarcimiento por el despido queda zanjado de manera conjunta con la indemnización es en Colombia, respecto solo al lucro cesante y daño emergente, mientras que en los otros países como Italia, Chile, Argentina y Perú, el trabajador puede optar por la vía del derecho común a fin de petitionar su derecho a resarcimiento por daños y perjuicios (lucro cesante, daño emergente, daño moral, etc.) por el despido, así además todos estos países poseen un fuero laboral de especial protección, como lo son en los casos de despido por causal de maternidad, sindicalización, entre otros derechos constitucionales protegidos lo que es equiparable en sede nacional con el despido nulo, y de igual manera además de ordenarse la reposición, se ordena el reintegro o pago de las remuneraciones caídas, otro punto relevante que se rescate de los países como Colombia, Chile y Argentina es que para que los trabajadores que posean fuero especial o fuero laboral por derechos constitucionalmente protegidos, deberán de tener la autorización de la autoridad laboral o el juez respectivo para que se efectivice su despido por causa justa, alternativa que puede ser replicada en nuestro país. Cerrando así este apartado se señala también que todos estos estados no presentan un desarrollo jurisprudencial relevante que pueda significar un punto de apoyo para observar a la mitigación del daño en materia laboral, pues se presume su reciente desarrollo en sus respectivas decisiones judiciales, situación que también ocurre en el Perú, este apartado ha servido como parte sustancial para la aplicación de la mitigación del daño, sus limitaciones e ideas que se puedan aplicar a la realidad jurídica nacional respecto a la deducción del daño patrimonial a consecuencia del despido.

4.7. PROTECCIÓN A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN EL DERECHO LABORAL, INCIDENCIAS Y ALTERNATIVAS

Con el propósito de circuir la base argumentativa de la presente la investigación y para efectos de llegar a los objetivos propuestos es indispensable discernir dos momentos identificados respecto a la protección de la institución

jurídica de la responsabilidad civil contractual o RSC en el derecho laboral y su ejercicio, esto es la RSC aplicada y la RSC reforzada; la RSC aplicada o actual, es la que se encuentra siendo instrumentalizada por los operadores de justicia, los que han meritado vulneraciones a dicha intuición, la RSC-a presenta debilitamientos en tanto a la imprecisión desmedida de la aplicación de los preceptos legales, con la excusa de la valoración equitativa, los juzgadores cometen un desequilibrio al momento de pronunciarse sobre los daños y perjuicios que la parte agraviada busca reparar.

Por otro lado la RSC reforzada, es aquella que busca el punto medio real, y no ficticio que actualmente se aplica, ello en una ponderación de situaciones específicas en la que debe considerarse no el salvamiento o beneficio de la parte infractora (deudor) si no de una efectiva reparación a la parte perjudicada, la RSC-r se propone como una alternativa ideal que los jueces deban aplicar en mérito al efectivo cumplimiento del principio de la tutela jurisdiccional efectiva, entendiendo que dicho principio opera no solo como un precepto legal continente, si no como regla nuclear en su acepción interna de la protección del derecho material solicitado.

Esta actual vulneración a la RSC se evidencia en gran medida en el derecho laboral, lo que motivo la presente investigación y cuyas incidencias y alternativas para su reforzamiento se abordaran en el presente acápite.

4.7.1. La Relevancia del Trabajo del Hombre para el Estado y Para Sí

Más allá de la declaración normativa del derecho al trabajo, tenemos que entender a esta actividad como una acción humana la cual genera la ganancia de un capital usado para adquirir bienes o servicios, para la propia subsistencia de la persona y la de su familia, además de ello, el realizar una actividad económica, la persona se ve en la posibilidad de adquirir mayores bienes y servicios, los cuales de manera directa o indirecta influye en la recolección de impuestos, inclusive en el propio fomento de la base capitalista del que parte nuestro país “Para que el capitalismo funcione bien, es imprescindible garantizar el empleo. Sin trabajo no hay producción ni consumo” (Badilla y Urquilla, p. 192, 2008), y desde nuestro propio sistema económico reconocido por nuestra constitución en su artículo 115,

esto es una economía social de mercado Olivos señala que se “exige que el Estado cumpla una serie de funciones de modo que garantice los derechos fundamentales que ésta reconoce” (p. 168, 2011) entre estos derechos, el del acceso al trabajo y su conservación, ello desde un plano económico, pues en este mismo razonamiento, se puede hablar además de que el contar con un puesto de trabajo el individuo o sujeto poseerá una sensación de utilidad social y familiar, desarrollo personal y de estima fortalecida; desde una perspectiva psicológica, el trabajo, es una actividad social, en la que los individuos invierten y dedican tiempo creando un sentido de pertenencia y siendo agente socializador que posibilita tanto la transmisión de creencias como de valores, es una actividad que requiere un esfuerzo y un deber físico como mental. (Dakduk y Torres, 2013)

En tanto, el trabajo como acción humana propia del individuo, no solo se limita al ejercicio de un derecho, si no por el contrario, se ven implicados diversos elementos sociales, como son el desarrollo de la persona, crecimiento económico familiar, así como su contribución al propio sistema económico de un estado en los diversos niveles de gobierno, esto a través del pago de impuestos o tributos y el fortalecimiento de la seguridad social. El MEF, en su estudio de rendimiento de tributos a identificado que “en 2024 la recaudación del IR de quinta categoría (trabajadores dependientes) ascendió a S/ 12 693 millones, registrando una expansión de 4,7% en términos reales, respecto del 2023” (p.52, 2025) esto es un incremento en la recaudación tributaria de trabajadores, que si bien se hace en función a aquellos que están contemplados en ingresos de quinta categoría, no demerita su aporte a la economía fiscal nacional, esto es gracias a los impuestos de aquellos trabajadores formales, siendo este el escenario, ante el despido de uno de estos por parte de sus empleadores, los estarían orillando a privarse de laborar de manera formal o de conducirlos al autoempleo, que no necesariamente pueda significar una declaración de impuestos al fisco, por lo que permanecer en formalidad repercute en buena forma y cantidad al sistema de recaudación. Es así que, desde el ámbito social, la formalización laboral contribuye a reducir desigualdades sociales; así ante la propagación del acceso a la formalidad laboral, se acrecenta también la exigencia de mayores derechos y participación ciudadana,

facilidades de créditos, y el fortalecimiento de políticas públicas por el incremento de la recaudación fiscal (Observatorio CEPLAN, 2025)

No cabe duda de la importancia que posee el ejercicio del derecho al trabajo para la persona, más aún sus implicancias directas e indirectas como el crecimiento familiar, subsistencia y aporte tributario, es decir el desempeño de un trabajo conlleva parte del crecimiento social y económico de un país, siendo así, el empleador tiene la obligación y la responsabilidad social (más allá de una obligación legal) de no despedir de manera arbitraria o inmotivada a sus trabajadores, pues esto le significara un costo económico y social al estado, como a su propia empresa.

4.7.2. El Derecho Tuitivo Laboral, el Principio Indubio Pro Operario, y el Principio pro Homine, ¿Son irrelevantes para el resarcimiento laboral?

a. Derecho Tuitivo Laboral. En tanto al derecho tuitivo, función o rol tuitivo que debe tener el estado, así como sus representantes más directos como la administración de justicia, es la protección a la parte más débil de la relación jurídica dual existente, como se da entre el consumidor y la empresa, el menor de edad frente a sus progenitores o la sociedad, el incapaz, la población vulnerable, como madres gestantes, población afroamericana y afrodescendientes, comunidades campesinas personas LGTBI+, etc., agraviados y trabajadores.

Definida también como “Carácter de la norma o institución jurídica creada para amparar, proteger o defender a la parte débil de una relación jurídica y a los incapaces” (Poder Judicial, s.f.) es decir prima sobre la función tuitiva la protección a la parte más vulnerable, ello por la simple logicidad de encontrarse en una situación real de desventaja, siendo así el sistema debe equiparar o elevar al débil a un nivel jurídico en el cual puedan encontrarse en igual condiciones a la parte más fuerte.

De la Villa (2003), hace la precisión de que el rol o función tuitiva es también abordado como el principio de protección (citado por Gamonal Contreras, p. 427, 2013) el principio de protección contiene una gama de sub principios que en la práctica se han identificado como directrices centrales y básicas para el derecho laboral ante la evidente desigualdad de los trabajadores frente al

empleador, Pasco citando al maestro Plá (1978) sobre el principio protector señala que esencial para el derecho laboral, cuya intención es allanar desigualdades (p.152, 1994) esto comprende además al derecho procesal laboral, en merito a la flexibilidad que debe existir en favor del trabajador, tanto el ofertorio de pruebas, así como la propia defensa que pueda contratar el trabajador despedido, Pasco añade sobre este punto “el desequilibrio, la posición preeminente del empleador frente al trabajador propias de la relación de trabajo, se trasladan a la relación jurídico-procesal, donde adquieren nuevas manifestaciones.” (p.153, 1994) como se identificado en esta investigación, la supremacía del empleador en la relación dual con el trabajador no solo se ve manifestada en la propia relación de trabajo, si no que, ante la ruptura de esta, el empleador orilla al ahora desempleado, a la búsqueda de recuperar su derecho perdido, esto es su derecho a poseer y conservar su empleo, e iniciada la litis, ante el poderío probatorio, que posee el empleador por contener en su poder las documentales del trabajador, es que la legislación contemplado la inversión de la prueba, así se advierte del artículo 36 de la NLPT (2010), la presunción de laboralidad, contemplado en el Artículo 4 de la LPCT (1997) así como otros mecanismos legales en favor del trabajador, sin embargo, la positivización de prerrogativas favorables a este no se limita al aspecto procesal o al plano real en la presunción de laboralidad; esta debe extenderse en su aplicación proteccionista por parte del juzgador al momento de identificar y otorgar tutela resarcitoria, esto se ha manifestado en la evaluación integral de los daños generados producto del despido, como hemos advertido hasta el momento, el resarcimiento laboral se ve influenciado por premisas alejadas a una función tuitiva por parte del juzgador.

b. El Principio Pro Operario. Del principio protector se destaca y desprende el Principio Pro Operario, el cual es identificado como aquel favorecimiento de la norma en beneficio del trabajador en caso exista duda o no especificidad de la misma, para el magistrado Velarde el Principio Pro Operario en su acepción más amplia comprende dos finalidades, entre estas “la finalidad tuitiva de protección de la persona y la dignidad del trabajador... y la finalidad compensadora de reequilibrio del poder contractual” (p.83, 1992) este principio

resguarda no solo la protección del empleo en sus diversas aristas, ya que también ve al trabajador como ser humano, más allá de la fuerza de trabajo que pueda aportar a la empresa, ello significa un resguardo de su dignidad, uniformizando las condiciones de desequilibrio existentes.

En esta misma línea, nuestra carta magna a contemplado el favorecimiento interpretativo al trabajador, ello se extrae en el numeral 3 del Artículo 26, que señala sobre los principios que rigen la relación de trabajo, se aplicará una “interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma” (1993) la interpretación que se dará por el juzgador, autoridad u otro empleador en caso le corresponda o busque aplicar una norma al caso que pretenda resolver o situación jurídica en la que se encuentra, deberá de ser orientada en favor del trabajador, ello no en mérito del simple capricho del legislador, pues tiene como condición nuclear y determinante la duda, este elemento es la pieza clave que le otorgara o no al trabajador una interpretación favorable, y por tal al empleador una interpretación presumidamente desfavorable a sus intereses, la duda se genera entonces por las alegaciones que los trabajadores, las defensas o los sujetos puedan generar o identificar de la propia interpretación o lectura normativa, al advertirse e implantarse la duda, no queda más alternativa que el favorecimiento unilateral al trabajador, dicha situación tiene carácter constitucional, sin embargo es ignorada y solo practicada, en algunas, instancias judiciales

c. Norma más Favorable. Se encuentra también dentro del principio protector, la norma más favorable al trabajador, a diferencia de la duda en la interpretación que puede desprenderse en la aplicación del Principio Por Operario, la aplicación de la norma más conveniente o favorable no supone duda alguna, si no que se entiende como la búsqueda y aplicación de aquella que le genere más beneficio al trabajador, a diferencia de otra que aunque beneficiosa, no alcanza el nivel de mayor conveniencia; de esta premisa se desprende también la aplicación de la norma más favorable; está claro que aquella que otorgue mayor rédito será la aplicada, no obstante en el caso de normas que jerárquicamente se contraponen, surge la duda de cual aplicarse sin afectar el principio de legalidad; sin embargo,

esta regla no soslaya la jerarquización normativa nacional, ya que se prima en toda medida la norma superior sobre la inferior en casos donde exista contradicción (Pasco, p.157, 1993), no cabe duda respecto al favorecimiento normativo que deberá aplicarse a un trabajador, es decir el camino legal que permita ver más beneficiado a este, situación contraria, sería la búsqueda de argumentos o base legal e interpretación de la misma que conduzcan a un resultado más desfavorable para el trabajador, claro está que la aplicación de la norma más favorable, no supone el quebrantamiento de las reglas del derecho, o vulneración a de los derechos del empleador, ya que eso viciaría todo el proceso.

d. Principio Pro Homine en el Derecho Laboral. Aunque de una superficial lectura se pueda desprender que el Principio Pro Homine puede estar equiparado al Principio Pro Operario, pues ambas se rigen por la duda en la aplicación del sentido de una norma o ante la forma de su aplicación, ciertamente en conjunto con el principio pro reo y pro operario, nacen del principio de pro persona – homine, aunque estén estrechamente ligadas, pues ambas buscan el rescate de la aplicación de los derechos fundamentales, por un lado la libertad y por otro el derecho al trabajo o la igualdad, el principio pro homine, es un pilar nuclear de aplicación obligatoria por los juzgadores, pues debe primar el respeto a los derecho humanos, de las personas en tanto las circunstancias fácticas y legales pueda permitir su aplicación

El máximo intérprete de nuestra carta magna en el expediente de amparo N.º 00299 2015-PA/TC ha señalado:

El principio pro homine, denominado también "regla de la preferencia", que establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el Juez Constitucional escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio. (2015)

Es de alta relevancia que además de la aplicación de los demás principios en materia laboral, los jueces, contemplen e interioricen la obligatoria aplicación

del principio Pro Homine dentro de sus pronunciamientos judiciales, la prevalencia de este principio cumple un rol vital a favor del trabajador en coyunturas judiciales donde en efecto se discuten derechos ligados al derecho humano al trabajo como la búsqueda de tutela resarcitoria y restitutoria, si bien el principio pro homine suele tener una mayor aplicación en el derecho penal, en caso se discutan la libertad de una persona, no quiere decir que su aplicación solo se circunscribe a dicha materia, por el contrario este principio es uno de los más relevantes para el derecho en general, ya que importa para los derechos humanos, siendo así la pérdida del empleo contempla también un debido resarcimiento y la reparación del daño sufrido por quien ha vulnerado el derecho al trabajo.

Este principio debe de entenderse para el derecho laboral, como una de las prioridades estatales. Esto es la implementación y fortalecimiento de reglas judiciales generales y sociales de respeto por el derecho al trabajo, pues en la actualidad se ven mellados estos derechos incluso por las mismas instituciones públicas al despedir de manera arbitrarias, el impago de beneficios sociales o las propias remuneraciones a sus trabajadores o ex trabajadores, transgrediéndose así el derecho de estos, así las cosas, la aplicación del principio pro homine, en conjunto con los demás principios protectores en materia laboral deben cumplir un papel protagonista al momento de resolverse controversias laborales, de esta forma, y en revisión conjunta con el principio de mitigación del daño, se estima adecuado un protección fortalecida al trabajador no solo en sede legislativa, si no en la vía judicial, al momento de resolver las diversas controversias relativas al resarcimiento por el despido, será prudente aplicar las reglas de la mitigación del daño laboral, sin embargo considerando que al promover una causa en sede judicial ya supone una acción extraordinaria por parte del trabajador, y en caso este último durante el trámite del proceso no siga actuando de manera diligente (como promover medidas cautelares, ejecución anticipada de sentencia, entre otros) será razonable una disminución de hasta el 50% del monto total del lucro cesante, siempre evaluando caso por caso, así como también la voluntad del empleador, lo que será determinante, para que este porcentaje se vea reducido. Se propone el cincuenta por ciento, ya que el trabajador al accionar en sede judicial, ha superado la barrera de

una diligencia ordinaria que la ley proscribe, además de estar inmerso a la protección del principio pro homine y demás que el derecho a otorgado al trabajador.

4.7.3. *El Enriquecimiento Indebido ¿Una Excusa Argumentativa?*

Un argumento aplicado de manera incesante por parte de la gran mayoría juzgadores al momento de cuantificar el daño patrimonial o lucro cesante, es la negativa rotunda en la utilización de la remuneración como monto base para la cuantificación del lucro cesante (en su cantidad íntegra), pese a que este es una suma de sencilla identificación, pues se extrae de las boletas de remuneraciones del trabajador despedido, ya que solo es utilizado solo como una suma referencial al momento de efectuar el respectivo cálculo.

La Casación 2192-2020 Lima, sobre la remuneración y el quantum del lucro cesante señala “De ninguna forma puede asimilarse ello a las remuneraciones o beneficios sociales devengados, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada” (2022) así también la Casación N.º 10614-2017 Moquegua en esa misma línea señala “No puede asimilarse a las remuneraciones devengadas, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada” (2020) de igual manera una gran parte de la jurisprudencia laboral que resuelve sobre la misma materia, recurren a dicho argumento; la premisa principal en el temor a utilizar a la remuneración como monto base para determinar el lucro cesante, se da por la inexplicable idea arribada por los juzgadores, de que al momento de cuantificar en base a la remuneración dejadas de percibir se estaría pagando por una labor no efectuada y por tal configuraría el enriquecimiento indebido, hecho que no puede permitir el juzgador, aunque no se ha logrado ubicar un argumento salvable del porque es que llegan a esa conclusión tan particular, por el contrario parece ser un argumento excusable para no otorgar sumas mayores al trabajador, por un favoritismo al empleador, a fin de poder llegar a una respuesta en este apartado, resulta necesario abordar lo que es el enriquecimiento indebido, y si es que realmente se aplica en los casos de indemnización por daños y perjuicios derivado del despido y en su acepción particular que es el lucro cesante.

a. Enriquecimiento Indebido. Como idea previa, el enriquecimiento sin causa, conocido también como enriquecimiento indebido, surge o se da por las ganancias que ingresan al patrimonio de una persona, sumas de dinero o beneficio que no le corresponde, a costo del perjuicio de otra persona, el C.c. en su Artículo 1954 lo atribuye a “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.” (1984) ahora bien la sección del código donde se encuentra contenido este artículo no adiciona alguna particularidad sobre el enriquecimiento sin causa, salvo el artículo posterior que habla sobre la improcedencia del enriquecimiento indebido, punto que se aborda más adelante. Entonces queda recurrir a la doctrina relevante a fin de que pueda detallarse lo que implica efectivamente el enriquecimiento sin causa.

En esta línea, el enriquecimiento indebido, para Von, está incluida en las fuentes de obligaciones, donde el perjudicado tiene el derecho de ejercer vía tutela de acción la restitución de aquello por parte de quien se vio beneficiado (p.299, 1999) para el citado, el enriquecimiento indebido, debe aplicarse bajo el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad civil, postura en la cual no estamos de acuerdo por la llana razón de que se trataría como un proceso más de indemnización por daños y perjuicios lo que pondría en duda la mera existencia del enriquecimiento sin causa, lo que sería errado, al estar considerado por el legislador como una institución distinta, sin embargo queda a salvedad lo indicado por el autor pues resulta relevante para este apartado contar con distintas perspectivas.

Por otro lado, para Alvarez, estudia al enriquecimiento sin causa como una regla moral o principio general, concluyendo que además de su exigencia en su positivización, “[La] restitución del enriquecimiento obtenido mediante acto injusto es el del daño sufrido por el empobrecido —aunque ciertamente ampliado: lo obtenido y debido obtener— pero los lucros indebidamente obtenidos no se restituyen cuando se deben a la iniciativa del enriquecido”(p.190, 1993) el autor citado presenta una premisa adicional, esto es que la ganancia obtenida con el uso de lo indebido no sea devuelta, lo que por otro lado, no niega que se pida el pago por el deterioro generado.

Una posición que más armoniza con esta institución es la descrita por Castillo y Sabroso, quienes consideran que el enriquecimiento indebido no proviene de un acto ilícito, además de que se puede prescindir de los elementos como el dolo y la culpa (2016) se entiende que para los autores el enriquecimiento indebido se sale de la institución del resarcimiento, ya que no es necesario verificarse que se cumplan los elementos de la responsabilidad civil, lo que de cierta forma armoniza con la distinción que el legislador busco para estas dos instituciones.

Trazegnies señala que aquel que ha salvado lo suyo, se ha visto consecuentemente enriquecido o no empobrecido, utilizando lo de otro sin causa válida, o sin razón que lo amerite (p.226, 2001) sin embargo menciona ello entorno a la aplicación de la inexistencia indemnización por daños y perjuicios que ocurren en el caso de pérdida o deterioro de un bien por estado de necesidad, es decir aparta la figura del enriquecimiento indebido a la de una obligación en la cual se deban cumplir los elementos de la responsabilidad civil.

Retornando a Castillo y Sabroso, aciertan en mencionar que el efecto del indebido enriquecimiento “es restituir el equilibrio patrimonial alterado ... por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido.” (p.21, 2016) los autores, en general, coinciden en que esta institución se caracteriza por una ganancia no correspondida ni justificada al beneficiado, además de no ser fuente de obligaciones pues no se exige el cumplimiento de sus elementos y con la exigencia restituir lo pagado, ganado o el provecho obtenido a quien se vio mermado en su patrimonio de alguna forma.

Se debe tener presente que el enriquecimiento sin causa, es una intuición jurídica no tan abordada en la doctrina, por lo que no se puede presentar una gama de posturas consolidadas, sin embargo se logra aterrizar las principales características que se desprenden de esta institución, como las que se mencionan en la parte final del párrafo previo; sin embargo, Montero analiza esta institución de manera muy acertada y sencilla, pues la compara con las diversas premisas legales que puedan contener un enriquecimiento indebido, como una forma de cuasicontrato, pago indebido o la gestión de negocios ajenos, concluyendo que el

enriquecimiento sin causa es “a) es un principio general del derecho; b) es una fuente autónoma de obligaciones” (p.21, 2015), siendo así, corresponde abordar aquellos elementos que debe tener el enriquecimiento que obtiene una persona para que sea considerado como uno indebido.

b. Elementos del Enriquecimiento Indebido. La doctrina y jurisprudencia han identificado los elementos que componen esta institución, es cierto además que determinados autores así como para la jurisprudencia nacional, se encuentran denominaciones diferentes, sin embargo comprenden el mismo propósito, por lo que se incluirán ambas para efectos prácticos; es así que el pago indebido posee como elementos: el enriquecimiento, el daño o empobrecimiento, la relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, la ausencia de una causa justa del enriquecimiento, la subsidiaridad o ausencia de acción útil para remediar el perjuicio; las mismas que se desarrollan a continuación.

b.1. Enriquecimiento. Es entendida como la ganancia patrimonial, monetaria, en bienes o activos a la esfera económica de una persona, para la letrada Zumaquero el enriquecimiento “es producido por la transmisión patrimonial de un bien o por un ahorro del gasto” (p.35, 2017) en este mismo razonamiento Palacios, considera al enriquecimiento como la forma objetiva obtenida por un sujeto, es su esfera de ventajas (p.640, 2010) entonces de manera breve se puede concluir que el enriquecimiento, es la mera obtención de una ventaja económica de una persona, obtenida mediante la ganancia de un bien o el no gasto de los suyos, que pueda significar una situación patrimonial positiva a su favor, no es pertinente para esta investigación profundizar o generar discusión al respecto, pues se trata de un elemento, que no entra a controversia para los objetivos de la presente.

b.2. El Daño o Empobrecimiento. Como parte contraria al elemento previo se encuentra el empobrecimiento, que puede ser entendido en forma genérica como aquella pérdida económica o patrimonial del sujeto, ello en cumplimiento de una obligación, por perdida, robo o imprudencia, lo que significa un daño patrimonial

de la persona, sin abordar otra particularidad, el daño o empobrecimiento es la pérdida económica.

Ahora bien, la doctrina alude al empobrecimiento, como aquella relación directa con el uso por un tercero o enriquecido a costas del empobrecido, si bien esto es cierto, corresponde al elemento contiguo a este, y no estrictamente al elemento de empobrecimiento o daño, por poner un ejemplo Josserand, al respecto señala que el empobrecimiento es un decaimiento patrimonial que nace ante la ganancia o beneficio de un tercero ajeno, a costa del empobrecido (p.234, 1952) otro ejemplo es lo que menciona Castillo y Sabroso “Esto significa que el enriquecimiento (y correlativo empobrecimiento puede derivarse tanto de dinero, otros bienes, créditos, deudas y demás situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y correlativas de desventaja).” (p. 15, 2016) no se niega tal alusión ni a las otras menciones halladas en ese mismo sentido por parte de la doctrina, sin embargo el letrado refiere a la relación que hay entre estos dos elementos, enriquecimiento y empobrecimiento; el empobrecimiento, de forma estricta, además de lo que se señala en la parte inicial de este acápite, es la reducción patrimonial que presenta una persona, sea cual fuere el motivo, aquello que desprende, reduce o desmedra parte de su esfera patrimonial, es considerando una causa de empobrecimiento, y el resultado de ello es el propio empobrecimiento del sujeto, hasta este punto no debe considerarse si es que está ligada a una causa justa, o si seguida del empobrecimiento, viene un enriquecimiento, como en los casos de suscripción de contratos de compra venta, inversiones, una contraprestación, etc., dicho ello se concluye que el empobrecimiento está presente en cualquier actuar jurídico ordinario, por lo que, por sí solo no puede arribarse a un enriquecimiento sin causa por parte de quien se vio beneficiado.

b.3. Relación Entre el Enriquecimiento y el Empobrecimiento. Este elemento puede comprenderse como el nexo entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, es decir que el primero se da a costa del segundo, Zumaquero al respecto señala que “debe existir una correspondencia clara entre el enriquecimiento y la desventaja producida.... Si no se produce un enriquecimiento

o una desventaja en los términos que aquí se recogen, no estaremos ante un caso de enriquecimiento injustificado.” (p. 37, 2017) la relación queda clara, una debe ser a consecuencia de la otra, esta estrecha relación entre una y otra supone, para el enriquecimiento sin causa, una desventaja real y permanente, es decir no existirá empobrecimiento indebido si al final el empobrecido a percibido ganancias por su previa disminución patrimonial, como en la devolución íntegra de lo perdido más sus intereses, o la restitución del bien con el pago correspondiente y sus mejoras, o si nunca llego a tener conocimiento de esa pérdida, como en el caso del persona que utiliza el estacionamiento de su vecino incluso alquilándolo mientras éste se encuentra de viaje, y previo a su retorno lo encuentra en las mismas condiciones que la dejo, inclusive podría hablarse de un enriquecimiento indebido con ausencia del empobrecimiento, pues el vecino que viajo no tuvo nunca el propósito de alquilar su estacionamiento, y si nunca llegase a enterarse de este uso por un tercero, pues simplemente no existiría para el empobrecido, en esa misma línea para Álvarez, señaló que puede presentarse una excepción al momento de verificarse los elementos del enriquecimiento indebido, esto es, la inexistencia del empobrecimiento, la procedencia de esta pretensión se da por haber utilizado el bien de otro para su enriquecimiento sin existir una justa causa (pp. 97-88, 1993), claro está que estos escenarios se deben evaluar de manera rigurosa ante la presentación de la demanda, no estando de más hacer la precisión respectiva.

b.4. La Ausencia de Causa Justa del Enriquecimiento. Este elemento, es uno de los que considero más importantes y determinantes, pues de este decanta si efectivamente el empobrecimiento y posterior enriquecimiento de quien se vio beneficiado responden directamente a un actuar dañoso, o si se trata de un empobrecimiento justo, Alvarez nos dice que “el enriquecimiento es justo si se funda en un contrato válido, ... el enriquecimiento proveniente de la justa retribución del trabajo o de la cesión de la propiedad”. (p. 60, 1993) aunado a ello Sirena (2003) señala que “el enriquecimiento debe considerarse obtenido sin causa cuando el sujeto (responsable) no está legitimado por el ordenamiento jurídico a gozar de un beneficio que es atribuido exclusivamente a otro sujeto (tutelado)” (p.

243) para que se configure el enriquecimiento sin justa causa, la persona que se vio empobrecida así como la beneficiada, no debieron ser parte de una relación jurídica de algún tipo, no debe mediar acción judicial que reconozca un derecho económico o patrimonial, el pago de una obligación, etc. por poner ejemplos, en materia penal, el pago de una reparación, el agraviado se verá enriquecido mientras que el sentenciado empobrecido, en materia de derecho familia, el obligado se verá empobrecido, en materia civil, el deudor se verá empobrecido por la suma no cancelada, en la indemnización por daños y perjuicios el agente generador del daño deberá resarcir económicamente al agraviado.

Estos escenarios presentan una similitud importante, de aquello que motiva el enriquecimiento y empobrecimiento se encuentran ligadas por una causa debidamente sustentada, muchas veces por un acto jurídico o una decisión judicial, arbitral o legal, no violatorio del ordenamiento, es decir que al existir un respaldo justo de desprendimiento patrimonial en beneficio otro no se configuraría el enriquecimiento indebido, por lo que toda alusión que se haga respecto a esta institución, debe estar debidamente motivada, teniendo en cuenta del porque el monto a otorgarse no se sustentaría en causa justa.

b.4. La Subsidiaridad o Ausencia de Acción Útil para Remediar el Perjuicio. Como se ha adelantado, el enriquecimiento sin justa causa, tiene una particularidad respecto a su aplicación, pues como lo prevé el artículo 1955 del C.c. “La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.” La subsidiaridad es un elemento de descarte para esta institución, en caso se identifique que la pérdida patrimonial pueda ventilarse en otro proceso, como obligación de dar suma de dinero, devolución de dinero etc., no deberá de ser considerada como enriquecimiento sin causa, pues sería otro el camino legal más idóneo para su ejercicio, De Roviera hace una la precisión, al respecto, pues identifica que esta institución es una de naturaleza anómala, encontrándose como ultima ratio a recurrir dentro de la materia patrimonial civil, que si bien el injusto enriquecimiento no es ilegal, ni se ampara en las leyes, se encuentra igualmente

repudiado por la legislación, (citado por Oramas, 1988, p.51) por lo que solo cuando se trata de escenarios específicos no previstos por nuestro derecho positivo, deberá acudir a esta herramienta que es carácter residual, y con el debido cumplimiento de los elementos ya abordados.

Entonces, lo que se desprende del entendimiento de este elemento, es que la situación concreta de pérdida patrimonial por enriquecimiento de un tercero, debe superar una evaluación interna del hecho jurídico que ha generado el empobrecimiento, vale decir, es el estudio del caso en concreto y su no aplicación a otra prerrogativa legal que conduzca a un proceso más idóneo, pues es el propio código quien advierte que ante el incumplimiento de este elemento, la pretensión por enriquecimiento sin causa será improcedente.

c. ¿Es una Excusa el Enriquecimiento Indebido para Desmejorar el Resarcimiento Laboral? De lo revisado en los puntos previos, es prudente realizar una breve extrapolación de los elementos que componen el enriquecimiento sin causa o indebido, y si es que realmente llegan a cumplirse cada uno de ellos para su efectiva alusión al momento de que los jueces decidan respecto al resarcimiento por daños y perjuicios generados por el despido arbitrario.

c.1. Respecto al Enriquecimiento. Como se señaló, significa el incremento o ingreso de bienes patrimoniales adicionales a los cuales la persona posee, en este caso el trabajador; si es que el trabajador se verá resarcido por el despido sufrido tanto por conceptos de daño moral o lucro cesante, indudablemente este se verá enriquecido conforme a este nuevo monto dinerario que ingresara a su esfera de poder, será entonces adicional o superior a la que actualmente posee, vale decir, que en un primer momento el trabajador se vio empobrecido por el acto del despido, por las ganancias previsibles y privadas por su empleador, por lo que el resarcimiento a esa situación busca reparar tal desequilibrio generado, de esta forma, como en cualquier resarcimiento o indemnización existirá siempre un enriquecimiento por parte del resarcido o indemnizado, señalar lo contrario supondría un contrasentido de la propia esencia de la reparación y enriquecimiento, aunque de manera repetida, la doctrina ha señalado que el resarcimiento no es una

forma de enriquecimiento para el perjudicado sino reparar el daño padecido de forma económica, ello no suprime el innegable hecho de que esta reparación materializa en dinero es un enriquecimiento patrimonial para el afectado.

c.2. Respecto al Empobrecimiento o Daño. Lo padece quien ha visto mermado su patrimonio, en la forma que fuere ha encontrado un menoscabo al mismo, ya que al verse enriquecido aquel trabajador despedido de manera arbitraria, como consecuencia de una reparación, es cierto que el empleador, deberá extraer de su propia esfera patrimonial un monto ordenado por el juez, a fin de que repare los daños generados por el despido que ocasiono, por lo que indudablemente, vera su patrimonio reducido en relación directa al monto a resarcir, lo que significaría un daño a su economía, pues no obtendrá redito o ganancia alguna de esa salida de dinero. Sin duda, el elemento del empobrecimiento, que viene ligado al pago de reparaciones o indemnizaciones, por simple razonamiento existirá siempre que se tengan que realizar estos tipos de pagos.

c.3. Respecto a la Relación entre el Enriquecimiento del Trabajador y el Empobrecimiento del Empleador. Ante la obviedad que se desprende de los elementos previos, y estando a la premisa de este apartado, en la cual se dejó sentado que el enriquecimiento sin causa aludido por los juzgadores, surge en merito al pago de las reparaciones por daños y perjuicios a consecuencia del despido de un trabajador de manera arbitraria, en la cual usar los monto íntegros como la última remuneración resultaría ser enriquecimiento indebido, por lo que queda claro que la relación entre el enriquecimiento del trabajador y el empobrecimiento del empleador, son conexas al ser una consecuencia de otra, cuyo fundamento es la propia reparación por el despido arbitrario.

c.4. Respecto a la Ausencia de la Causa Justa del Enriquecimiento. Este elemento resulta ser uno de lo más relevantes, pues de él depende que el enriquecimiento posea o no causa justa, detallado previo y se trae nuevamente a colación, que se entiende por causa justa aquel enriquecimiento que nace por un acto jurídico o una decisión judicial, arbitral o legal, sin la vulneración de las reglas

previstas en nuestro ordenamiento, vale decir, en respeto del principio de legalidad, se presume el respaldo justo del desprendimiento patrimonial en beneficio de otro, por lo que en estos escenarios no se configuraría el enriquecimiento indebido.

Así entonces, en los procesos de indemnización por daños y perjuicios seguidos por el trabajador que ha sufrido un despido, la causa que provoca este incremento patrimonial del trabajador despedido no es más que la propia reparación por el cese, es decir se da en mérito de la tutela resarcitoria que el trabajador busco en el sistema de justicia, por tal la causa que genera este enriquecimiento se da en merito a reparación por el despido padecido a manos de su empleador.

En esta misma línea, la causa del empobrecimiento que el empleador sufrió o sufrirá ante una futura ejecución de sentencia, es la consecuencia directa del acto de despido que ocasiono, para seguidamente el trabajador verse enriquecido, en forma de reparación ante el daño que ocasiono el despido, como puede ser daño moral, lucro cesante, etc. por lo que la causa justa que motiva el enriquecimiento es la reparación misma.

Sin embargo, queda en el aire la discusión de que si en estos procesos de indemnización, sea laboral o civil, puedan configurarse o existir el enriquecimiento indebido, pues como actualmente sucede, son los propios juzgadores quienes practican una reducción del monto a resarcir a fin de que no se dé el enriquecimiento indebido, lo que a consideración del autor es errado.

Como primer punto a este fundamento errado por parte del juzgador, es que no se cumplen los elementos del enriquecimiento indebido, este incumplimiento se completa o configura al momento de existir una causa justa del enriquecimiento del trabajador, esto es la reparación.

Como segundo punto, es el caso en el que se indemnice o repare por un daño no sufrido o que ya fue objeto de resarcimiento, sin embargo en dichos casos es oportuno efectuar un análisis integro por el juzgador conforme al daño efectivamente sufrido, pues tampoco se trata de otorgar al agraviado todo concepto que invoque; queda sentado que todo lo que se alega debe probarse, ello en mérito de la carga de la prueba, teniendo en cuenta además que no todo es acreditable por la dificultad probatoria, la imposibilidad de obtener medios de prueba idóneos y

efectivos sobre determinado hecho recurriéndose incluso a sucedáneos, sin entrar a discutir a profundidad del tema probatorio, pues el mismo es complejo y amplio, se deja sentado que el daño en debe ser probado de manera íntegra o en sus formas más cercanas al mismo, por lo que la cuantificación del monto a resarcir se discutirá íntegramente en el proceso de indemnización, por lo que resulta ilógico que sea utilizado el argumento de que se incurrirá en enriquecimiento indebido, pues el enriquecimiento del trabajador despedido y el empobrecimiento del empleador que genere el daño posee causa justa la cual es la propia reparación.

Es esta misma línea, queda claro que juzgador en merito a una la calificación integral probatoria deberá de evaluar el daño patrimonial sufrido, el daño moral, daño a la persona, etc. por lo que al otorgar una reparación por determinados conceptos, deberá tener en cuenta si realmente se encuentra sustentada, pues en el caso de resarcirse por lucro cesante, el juez deberá de determinar si efectivamente el trabajador dejo de percibir ingresos mensuales por parte de su empleador, pues en el caso de que el trabajador despedido, retornara a laborar durante el trámite del proceso de reposición, se estaría hablando del levantamiento o cese del lucro cesante, por lo que serán montos que no se computaran al momento de efectuar el debido calculo por ese concepto; en el caso de considerarse dichos periodos laborados para el mismo empleador que lo despidió y que finalmente se indemnice por ello (presumiéndose un error judicial), se estaría hablando recién de un enriquecimiento indebido, pues se estaría resarciendo el lucro cesante no ocasionado o enervado previamente, sin embargo ello se discute o ventila durante de forma estricta en el trámite del proceso de indemnización, tanto al momento de contestar la demanda o en las posibles impugnaciones.

Queda claro que la causa justa es el resarcimiento o reparación por el despido, y que el otorgar montos que efectivamente no corresponden se evalúan en el estudio del caso concreto y al momento de determinar los montos por los conceptos de reparación, sea lucro cesante, daño moral entre otros, por lo que no se estaría hablando de un enriquecimiento indebido, ya que cuando el demandado considera que existen excesos injustificables, deberá de oponerse o ventilarse en el trámite del proceso, en sus diversas etapas; entonces se concluye que elemento de

causa justa del enriquecimiento en el caso de resarcimiento por despido, se encuentra cubierto, no existiendo enriquecimiento indebido en los procesos de indemnización por despido arbitrario, ya que la causa justificante es la reparación.

c.5. Respecto a la Subsidiaridad o Ausencia de Acción Útil para Remediar el Enriquecimiento. Dejándose claro que existe causa justa del enriquecimiento del trabajador y consecuentemente empobrecimiento del empleador, no es necesario abordar el último elemento, pues al existir causa justa, ya no existiría enriquecimiento indebido, sin embargo, es importante para los objetivos de esta investigación, ver si el enriquecimiento sin causa es la vía residual o única prerrogativa legal para remediar un enriquecimiento indebido que se generaría en el supuesto negado de que se fije un monto resarcitorio superior.

Se debe tener en cuenta que en los procesos de indemnización o resarcimiento por el despido se presenta una particularidad respecto al enriquecimiento indebido, pues es en merito a un proceso judicial de indemnización que se determinara un monto para la reparación, por lo que no se trata de un hecho jurídico externo, privado o clandestino que pueda suponer el enriquecimiento de una persona que por su actuar que genera empobrecimiento, si no que en estos casos existe un tercero imparcial quien determinara el monto en cierta cantidad, que dicho sea de paso se ampara en la prerrogativa de reparar un daño como lo es el despido arbitrario.

Entonces, la acción útil para remediar o evitar el, enriquecimiento indebido, es el propio proceso de indemnización por daños y perjuicios, donde será el mismo empleador o demandado quien en uso a su derecho de contradicción podrá presentar los fundamentos, teoría del caso o medios probatorios que estime conveniente para que no pueda verse afectado en lo que el consideraría enriquecimiento sin causa en favor del trabajador.

Para ser más puntuales y sintetizar este apartado, ante el supuesto negado de que el resarcimiento por el despido no es justa causa, corresponde discutir si el precepto de enriquecimiento sin causa, es la vía residual o subsidiaria para tratarse o ventilarse este enriquecimiento indebido, y como se señaló, al existir un proceso

previo que respalda este ingreso patrimonial al trabajador, es el tercero imparcial, es decir el juez, quien evaluara los conceptos a resarcir, no existirá enriquecimiento sin causa o indebido alguno, pues todo monto que pretenda ser reducido por el motivo que fuere, debe discutirse, acreditarse y motivarse, siendo el mismo proceso de indemnización la vía idónea para reparar este empobrecimiento y no la sola alusión del enriquecimiento sin causa.

A modo de conclusión, considero que alegar enriquecimiento sin causa en las sentencias, tanto de instancia de juzgado, superior o suprema, es una “excusa” argumentativa por parte de los juzgadores al momento de emitir sus fallos, pues por un lado no se cumplen todos los elementos que componen al enriquecimiento sin causa, ya que al poseer causa que justifica tanto el enriquecimiento del trabajador a consecuencia del empobrecimiento del empleador, esto es por la propia reparación, por lo que se quiebra el cumplimiento dicho precepto. Por otro lado, las decisiones que se apoyan en la aparente intencionalidad de evitar el enriquecimiento sin causa, recaen en deficiencia de la motivación externa, por ausencia en la justificación de las premisas, tal como lo señalo nuestro máximo tribunal, en el expediente. N.º 0896-2009-PHC/TC donde se precisa que deficiencia de la motivación surge “en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones”(2010) es decir que los jueces que decidan recurrir ante esta prerrogativa, deberán de desarrollar como es que se cumplen o se cumplirán por el fallo que emitan, cada uno de los elementos del enriquecimiento sin causa, lo que hasta el momento no se ha pasado, ya que no puede simplemente alegarse que se incurrirá en enriquecimiento sin causa sin mínimamente analizar que se hayan cumplido los elementos que la componen. Por ello es que se considera que recurrir a este precepto, no es más que una excusa argumentativa que presentan los juzgadores, a fin de reducir el monto a resarcir, lo que generaría una vulneración al debido resarcimiento en favor del trabajador, pues además de la deficiencia en la motivación de la resolución judicial que contiene la decisión, se estaría incumpliendo los principios generales del derecho laboral.

4.7.4. La Remuneración y el Resarcimiento: ¿Equiparables o No?

Otro de los argumentos usados por el juzgador al momento de determinar de manera restrictiva el quantum indemnizatorio por lucro cesante, es la premisa, de que la remuneración y el resarcimiento no son equiparables, ya que ambos poseen naturaleza distinta, por lo que usar la última remuneración percibida por el trabajador al momento del cese, como monto base para determinar la cantidad total a resarcir (lucro cesante), sería efectuar el pago por un servicio no prestado, seguido de mencionar que hacer ello correspondería un pago indebido por una labor no efectuada o realizada.

Como ya se señaló en el acápite previo, en los casos donde medie un proceso de indemnización por daños y perjuicios, no corresponde aludir enriquecimiento sin causa al momento de cuantificar el daño patrimonial, ya que la causa que justifica el enriquecimiento del trabajador es el propio resarcimiento por el despido, siendo dicho proceso el único lugar donde se pueda discutir la cantidad que se entregara por reparación al trabajador, sin embargo un argumento repetido y que suele usarse de manera seguida al enriquecimiento indebido, es que tanto la remuneración como el resarcimiento no son equiparables por tal la primera no puede ser usada, al menos de manera total, para determinar el resarcimiento, pero si su uso referencial, como un indicador o variable previa. Es así que en este apartado corresponderá identificar si es efectivamente ambos conceptos se pueden asemejar o si es que es también esta premisa, un argumento excusable para el desmejoramiento de la reparación al trabajador.

a. El Resarcimiento. En las primeras secciones de esta investigación ya se detalló aquello que define o enmarca al resarcimiento, no estando demás recordar que es aquella reparación económica que se le otorga al agraviado por el daño sufrido, esta no busca enriquecer al acreedor, si no restituir el daño ocasionado por el deudor, de manera que pueda estar en una condición similar a la que estaría en caso de no haberse generado el perjuicio; el monto a resarcir es uno determinable por aquellas pérdidas económicas, entre ellas las ganancias dejadas de percibir o el lucro cesante, los gastos incurridos a consecuencia del daño, como es el daño

emergente y aquella vulneración emocional y mental del agraviado entendido como daño moral.

Además de ello, se tiene que precisar, que entre estos conceptos o aquellos que la legislación reconoce, se resalta, que el de mayor y compleja determinación el concepto por daño moral, por la dificultad que atañe su evaluación y acreditación, así como el criterio del juez que al final fijara un monto menor o mayor, segundo el considere prudente. Situación distinta se presenta en aquellos conceptos de sencilla o fácil acreditación, estos son, las ganancias dejadas de percibir y los gastos incurridos, esto es el lucro cesante y el daño emergente respectivamente, estas últimas se caracterizan por que se acredita la pérdida o el gasto incurrido de manera documental o con parámetros objetivos, no muy debatibles por su propia naturaleza, estas se encuentran revestidas de certeza, en tanto efectivamente se acrediten.

b. La Remuneración. Por otro lado, la remuneración es aquel ingreso económico que percibe un trabajador por su actividad laboral en favor de su empleador, el artículo 24 de nuestra carga manga indica que “el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual” (1993) en ese mismo sentido, el artículo 6 de la LCPL señala que la remuneración es “el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición” (1997). Es decir, de forma concreta, la remuneración es aquel pago, retribución, contraprestación o salario que percibe una persona, denominada trabajador, como consecuencia directa e irrenunciable de la relación laboral en favor del empleador, ante la labor realizada corresponde su pago, denominado como remuneración.

c. Distinción entre Resarcimiento y Remuneración. Ante la breve descripción de estos derechos, claro queda que no poseen o corresponde una semejanza entre estas, pues ambas nacen y se aplican para circunstancias o escenarios diferentes, vale decir que son naturaleza jurídica distinta, sin embargo comparte elementos genéricos, como muchas figuras en el derecho positivo lo que se ampliará más adelante; por un lado el resarcimiento busca reparar el daño

ocasionado por el deudor, daño que es cuantificable por aquellas ganancias dejadas de percibir o gastos incurridos, mientras que la remuneración es aquel pago que se efectúa por el empleador al trabajador por haber ejecutado una actividad específica o haber prestado su mano de obra. Mientras que el resarcimiento se desarrolla en el derecho civil, la remuneración se practica en gran medida en el derecho laboral.

Aunque hecha la distinción de manera breve y sencilla, en la práctica es complicado distinguir las misma, pues, aunque sea reiterada la premisa de que el resarcimiento no es equiparable a la remuneración, son los propios jueces quienes incurren en esta semejanza, ya que es la propia motivación de los pronunciamientos judiciales, que tratan a la remuneración como resarcimiento y viceversa, como, por ejemplo, la Casación N.º 2192-2020 Lima, en el cual, en su fundamento decimo primero señala:

En tal sentido si bien es cierto que, el despido ilegal efectuado a la demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, por la pérdida de ingresos; de ninguna forma puede asimilarse ello a las remuneraciones o beneficios sociales devengados, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada. (2022)

El magistrado ha identificado de forma cierta el daño o lucro cesante sufrido por el trabajador, sin embargo, introduce a la remuneración y beneficios dentro de este concepto como si se tratase de un proceso de pago de remuneraciones, pues señala que no se puede dar el pago por una labor no efectuada, lo que sería correcto si es que no se estaría en un proceso de indemnización, sin embargo, esta premisa viene siendo aplicada en los procesos en lo que se buscan la reparación por el despido, lo que ciertamente es un craso error, pues al momento de identificar o introducir a la remuneración como una contraprestación la identifica de manera plena, pero distorsiona su inclusión al señalar que el daño patrimonial no debe de asemejarse, es este punto, donde el magistrado no distingue la naturaleza de ambos y las converge para finalmente indicar que considerar estos conceptos (remuneración y beneficios sociales) sería enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada, siendo ese momento donde se consuma el aparejamiento de estos derechos que es el propio juez quien indica que no deben de asimilarse

cayendo en contradicción; en esta misma línea se tiene la Casación Laboral N.º 7625-2016 Callo, en donde en su fundamento decimo primero señala que:

El haber comparado al lucro cesante y las remuneraciones dejadas de percibir, las mismas que tienen naturaleza jurídica distinta, mientras que el primero, es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; el segundo, son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva de trabajo, tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, lo que implica establecer una diferencia conceptual y de categoría jurídica.(2016)

Al igual que el pronunciamiento previo, en este caso el magistrado cumple con identificar la naturaleza distinta de ambos conceptos, indicando inclusive que el lucro cesante es la pérdida de una ganancia legítima como consecuencia del daño, mientras que la remuneración, se da por contraprestación, es decir por el trabajo efectuado, el magistrado confunde ambas premisas al momento de tratar de asemejarlas, pues la comparación o distinción de ambas es irrelevante para la discusión del lucro cesante, ya que es el mismo juez quien indica que se trata de una pérdida legítima, no señalando que dicha pérdida legítima deba o no ser por un trabajo, contrato, préstamo etc. Al igual que estos pronunciamientos, la jurisprudencia nacional, cuenta con números razonamientos en este mismo sentido, por lo que se considera innecesarios citar más de ellos, sin embargo, se trajo a colación por ser relevantes para el análisis de este acápite.

Queda claro, que el razonamiento jurisdiccional ha conducido a los jueces en una confusión generalizada que ha errado el entendimiento y ha propiciado la vulneración al derecho del debido resarcimiento, pues son los propios administradores de justicia, quienes han incurrido en el craso error de asemejar la remuneración al resarcimiento (lucro cesante) al momento de emitir sus fallos, al entender de manera limitada a la remuneración como un concepto de contraprestación y no como un elemento objetivo determinante para el quantum del lucro cesante.

También debe mencionarse que toda alusión referida a efectuar el pago de las remuneraciones no percibidas por el trabajador luego del cese como forma encubierta de la cuantificación del lucro cesante, es impreciso y erróneo, pues indicar ello es también equiparar ambos conceptos, ya que para algunos litigantes el resarcimiento son aquellos montos comprendidos por las remuneraciones caídas que tendrán que reintegrarse como parte del pago del resarcimiento por el despido, es decir como lucro cesante como si se tratase de un despido nulo, donde el legislador si a previsto el pago de estas remuneraciones no percibidas por el periodo de cese; hecho distinto se desarrolla en el despido arbitrario, pues nuestra legislación no permite el pago de remuneraciones caídas es esta clase de despido.

Cabe mencionar que el derecho común nacional, no ha previsto limitación alguna al lucro cesante respecto a la naturaleza o precedencia de la ganancia dejada de percibir, siendo solo en los procesos laborales donde se ha identificado esta situación tan particular. Queda en evidencia, además, que a consecuencia de esta semejanza que incurren los jueces, es respaldada la alusión de incurrirse en enriquecimiento indebido, premisa que ya se abordó y aclaro que no se configura en los procesos de indemnización por despido.

Así entonces, tanto el artículo 1314 al 1332 de nuestro Código Civil, la cual esta referida a la inejecución de obligaciones, o para efectos de esta investigación indemnización por daños y perjuicios, no ha previsto premisa alguna, para la deducción del lucro cesante por la procedencia de la ganancia no percibida; así como indica el artículo 1327 del mismo cuerpo legal, la consecuencia directa e inmediata para el proceder del lucro cesante debe ser a causa del daño generado, en este caso por el despido, así también el 1326 que nos habla de la concurrencia de culpas, no habla sobre la distinción de la procedencia del lucro, lo mismo sucede con el 1327 sobre la liberación del resarcimiento o mitigación del daño, teniendo en cuenta que el proceso de indemnización nace del derecho civil se acuden a las reglas del mismo y aunado a ello al consultar a la legislación laboral nacional, no existe prerrogativa legal alguna que hable sobre la inutilización del monto remunerativo al momento de cuantificar la indemnización o resarcimiento.

d. Punto de Convergencia del Resarcimiento y la Remuneración. Como se ha señalado, la remuneración y el resarcimiento, poseen naturaleza distinta, ello es indiscutible; además de haberse identificado la confusión en la que incurren los juzgadores con dichos conceptos, pues en el razonamiento utilizado para determinar el lucro cesante se asemejan estos conceptos, contradiciendo sus propias premisas, ello con la sola aplicación de la remuneración como un concepto contraprestativo y no como un elemento objetivo determinante para la cuantificación del lucro cesante, y justamente esta última premisa es el punto de convergencia entre el resarcimiento y la remuneración, es decir, que si bien ambas formulas no pueden ser equiparadas, es inevitable su uso para la identificación del daño patrimonial sufrido en el extremo de lucro cesante.

La forma más acertada de poder tomar a la remuneración, no como un pago por un servicio prestado, si no como un dato objetivo y determinante, es la sola verificación del mismo, el tratamiento numérico que deba dársele y el desprendimiento de su naturaleza, pues de los pronunciamientos judiciales que existen, se advierte que la remuneración no es tratada como un dato objetivo, si no aquella contraprestación que seguiría vigente o se trasladara al proceso de indemnización específicamente al momento de cuantificar las perdidas por lucro cesante, es decir no extraen a la remuneración de su naturaleza, si no se busca trasladar dicho concepto en su total integridad legal, es decir los jueces buscaran que la remuneración, como dato objetivo del lucro cesante lleve consigo todos sus elementos para que sean considerado como tal, esto es que exista una contraprestación o subordinación, es ahí que nace el errado argumento, que no se puede equiparar a la remuneración con el lucro cesante-daño patrimonial porque sería un pago por una labor no efectuada, entonces se concluye que efectivamente existe una imprecisión entre la remuneración y el resarcimiento siendo este un punto de convergencia errado, que indudablemente afecta los derechos de los trabajadores que demandan el pago de una reparación por el despido sufrido.

Como se ha indicado en el primer párrafo de este apartado, el único y efectivo punto de convergencia entre la remuneración y el resarcimiento, que no vulneraría derecho alguno, sería la utilización de la remuneración como cifra, solo

como un dato objetivo y determinante para el quantum de las ganancias dejadas de percibir, es decir deberá de ser utilizada como aquel monto económico que mensualmente percibía el trabajador e ingresaba a su esfera patrimonial de manera conjunta con todo concepto adicional y previsible, como gratificaciones entre otros. Bajo ninguna consideración, deberá de considerarse a este monto como el pago por una contraprestación pues no se trata de un proceso de pago de remuneración o remuneraciones devengadas, donde efectivamente si se tendrá que considerar que se prestó un servicio de forma subordinada, hecho contrario ocurre en los procesos de indemnización por despido, donde se pretenden el resarcimiento por las ganancias dejadas de percibir entre otros conceptos, por lo que el punto de convergencia utilizable es aquel que se desprende como monto objetivo, cifra real y verificable, nunca llegando a aplicar su propósito legal original.

4.7.5. Subsistencia del Daño a Causa del Empleador, la Reinstalación Precautoria como Alternativa Mitigadora

Quedando claro las diversas incidencias que atañen y llevan consigo el proceso de indemnización por daños y perjuicios producto del despido arbitrario, es necesario fijar aportes y alternativas relevantes para un adecuado tratamiento jurídico del daño ocasionado por el empleador a causa de su acción, es decir el despido arbitrario. Cabe resaltar que estos procesos tienen como objeto el reparo del daño por el despido (daño moral, lucro cesante, daño emergente) lo que sin duda significará un perjuicio al patrimonio del empleador ya que deberá cumplir con el pago que se ordene en la sentencia.

Es así que se trae a colación lo desarrollado en esta investigación, dentro de lo que consideramos más relevante para este apartado es la mitigación del daño, la cual se practica a fin de que el acreedor se vea menos perjudicado, con la limitación de que debe realizar un actuar diligente y ordinario, que no lo lleve a verse más perjudicado que su estado previo. En este sentido como se ha desarrollado en puntos previos y se recalca nuevamente, el deber de mitigación no acompaña de manera estricta solo al acreedor, pues pese a que nuestro código civil en su artículo 1327 proscribiera que será practicada la liberación del resarcimiento solo por este, a

consideración del autor esta tesis, es errada la visión del legislador, al no contemplar también al deudor en este escenario.

Efectivamente, ante la impericia del legislador al momento de plasmar el artículo 1327 la cual es una premisa que limita el actuar al propio perjudicado, ya que es este a quien le recae el deber de mitigar el daño, esto nos deja un panorama un tanto desigual e injusto máxime que por simple razonamiento el más interesado de reparar el daño es el deudor o agente generador, pero no por una suerte de buena voluntad, o de reconocimiento del incumplimiento de su obligación, si no para que con el paso del tiempo no se vea más perjudicado con el acrecentamiento del lucro cesante, daño emergente, entre otros, es decir a fin de cuentas es el propio deudor quien se verá menos perjudicado por el daño que causo.

a. Subsistencia del Daño. Aunque el derecho positivo proscriba solo el deber de mitigar el daño por parte del acreedor, es decir del perjudicado, por estrategia legal y económica del responsable, es también necesario que este deber recaiga sobre el deudor, más allá de la necesidad de una variación en el artículo 1327 para que se contemple también al deudor como aquel sujeto o parte que deba cumplir con el deber de mitigar el daño, pues como ya se señaló en apartados anteriores, a criterio propio, la atención del daño debe ser también un deber del agente que genere el daño, sin que esto suponga o suprima el hecho antijurídico de la inejecución de la obligación, además de ello en la práctica jurídica, se evalúa si el deudor a practicado actos mitigadores o a resarcido en parte con alguna suma de dinero al agraviado, lo cual finalmente se descontará, dando un monto total ordenado en la sentencia.

Para fines prácticos, se ejemplifica; es el caso de un arrendador quien pone en alquiler un almacén de su propiedad donde el arrendatario guardara unos productos para su negocio de venta de electrodomésticos por temporada de fiestas de navidad, donde la expectativa de venta es alta, sin embargo pasado un par de días, luego de depositar todos los electrodomésticos en el almacén, el techo del mismo colapsa por falta de mantenimiento, cayendo todos los cimientos en la mercancía del arrendatario, generándole cuantiosas pérdidas económicas, de hasta la mitad de todos los electrodomésticos, en este caso, la responsabilidad por el

mantenimiento del almacén recae sobre el arrendatario, ya que al alquilarlo en condiciones no optimas, genero una pérdida económica al arrendador, además de las ganancias que pudo sacar de estos productos al venderlos, es decir existe perdidas por daño emergente y lucro cesante, ante este escenario el arrendador puede demandar por aquel daño, inevitablemente ello le tomara tiempo, si bien es evidente una futura sentencia favorable a fin de que se le repare el daño, el deudor deberá aplicar el deber de mitigar el daño, ello al entregarse un monto económico para que el agraviado pueda comparar nuevamente los productos y así no verse afectado por el lucro cesante, en este escenario ante un proceso judicial, no solo el daño emergente se verá disminuido, incluso suprimido, también lo será con el lucro cesante y un posible daño moral, es decir con la sola aplicación del deber de mitigar el daño por parte del deudor, es el mismo quien en un futuro se verá menos perjudicado al momento de resarcir los daños, lo que sin dudar es favorable para este.

En el supuesto, de que el responsable del daño, no efectuara acción alguna, es decir al incumplir su deber de mitigar, estaríamos hablando de la subsistencia del daño o inacción reparadora, por parte de aquel que dañó; pues pese al conocimiento de que la responsabilidad del perjuicio recae en él, no practicaría acción alguna para mitigar, el daño ciertamente estaría latente hasta que el mismo sea superado; si bien se trata el atenuar el daño, se trata de un deber, no debe dejarse de lado la premisa clara y evidente que, el deudor quien ha incumplido su obligación y con conocimiento evidente de estar en falta no busca rectificar su conducta dañosa. Puede inferirse incluso, que el legislador a previsto que, ante el incumplimiento de lo pactado por parte del ahora deudor, no haría falta estipular su inclusión en el 1327 del C.c. pues ante el claro incumplimiento, no sería esperable que le deudor remedie o mitigue el daño que está ocasionando.

Sin embargo, así como existe en el derecho penal, el arrepentimiento activo, en aquellos casos en los que el agente se arrepienta de continuar con los actos ejecutivos del delito, no es desechable la premisa de que aquel que no ha ejecutado su obligación, presente un arrepentimiento del incumplimiento, que si bien en determinadas obligaciones, no pueda continuarse ejecutando, puede el responsable

o culpable adoptar medidas mitigadoras del daño, que conduzcan a no generar un perjuicio mayor o superior que le pueda significar también una mayor pérdida económica. Como se ha visto en el ejemplo previo una adecuada acción mitigadora, puede reducir a fin de cuenta el monto a resarcir, pudiendo inclusive a desmotivar al agraviado de promover una acción judicial, sin embargo, ante la conducta que suelen presentar en la práctica legal aquellos deudores que esperan hasta la ejecución de la sentencia para resarcir aquel daño, lo que puede significar una mala asesoría o por haberse obcecado en no cumplir su obligación ni resarcir de manera oportuna los daños.

a.1. La Prolongación del Daño por Parte del Empleador. Como ya se señaló, así como lo desarrollado en esta investigación, es el deudor o responsable del daño quien puede también hacer práctica del deber de mitigación, es así que ante un escenario donde será el empleador aquel agente que ha incumplido su obligación tendrá toda la facultad legal de poder atenuar los daños que el mismo ocasiono, como forma de arrepentimiento del incumplimiento, lo que en sede judicial será considerado por el juez de forma positiva y en favor del empleador.

Una premisa relevante, es desarrollar por qué se está considerando en este apartado, que el empleador prolonga el daño y aunque se puede inferir de todo lo descrito hasta el momento, es necesario traer a colación los eventos previos que puedan dejar claro al lector la denominación de la premisa.

a.2. De la Acción Previa y Posterior Mitigación por Parte del Trabajador. El trabajador al ser cesado de manera arbitraria, acude ante el órgano judicial competente a fin de que sea repuesto en el cargo que desempeñó para su empleador, es evidente que esto debe ser considerado como una acción mitigadora, pues busca reingresar a su trabajo, para que el daño sea reducido o buscar verse menos afectado, cumpliendo el deber que proscribió el legislador; aunque si bien, el código establece que debe realizar el acreedor, agraviado o en este caso el trabajador solo una diligencia ordinaria y no alguna acción extraordinaria o de gran complejidad que pueda significar un acrecentamiento del daño, por lo que visiblemente el accionar en sede judicial, contratando defensa legal, muchas veces costosa, ante solo una

posibilidad de obtener un resultado favorable, es una diligencia extraordinaria o superior que pueda exigírsele en función a la mitigación.

Dicho ello, se debe considerar también como un riesgo tomado por el trabajador, lo que no significa que pierda su calidad mitigadora por no ser ordinario, al contrario, supera dicha acción, por lo que se puede destacar incluso una voluntad superior de mitigación, lo que deberá ser tomado en cuenta por el juzgado al momento de emitir su decisión.

b. Inacción del Empleador, Reinstalación Precautoria como Medida Mitigadora. Incluso antes de iniciarse el proceso de reposición, el empleador puede reconocer que un trabajador ha sido cesado de manera arbitraria, ya sea si la empresa cuenta con área legal interna o si contrata asesoría externa, siendo así a fin de evitar el daño al trabajador por incumplimiento de la obligación contractual, el empleador puede optar por reincorporarlo, antes de que este accione judicialmente y evitar toda la extensión del proceso, que puede durar incluso años, es decir desde un momento previo al judicial puede cumplir con su deber de mitigación.

Por otro lado, el empleador puede considerar o alegar en el proceso que no efectuó despido arbitrario alguno, y que efectivamente si cumplió con cesar al trabajador con arreglo a ley, por lo que considera prudente no accionar algún actuar mitigador; lo que, de forma relativa, puede ser valido, pero no disipa el actuar antijuridico, es así que, al momento del despido, podemos hablar que el empleador que genero el daño considera haber una certeza baja ante un posible daño antijuridico al trabajador.

En esa misma línea, iniciado el proceso de reposición por despido, hasta antes de emitirse sentencia, el empleador puede optar por reponer al trabajador de manera adelantada, aunque no se debe dejar de mencionar que estos estadios aun no poseen certeza judicial o son de certeza baja, es decir no hay un pronunciamiento judicial que declare que se está ante un despido arbitrario, por lo que el empleador puede alegar ello para no ejercer su deber de mitigación, lo que dependerá de cada juez al momento de determinar si cumplió o no de manera oportuna con dicho deber, ya que es cierto también que no todas la demandas de reposición tienen un resultado favorable para el trabajador, en esos casos el empleador estaría mitigando

un daño que nunca realizó, dejando quizás de contratar a otro trabajador o destinando un presupuesto adicional a aquel trabajador despedido que ya no iba acorde con los intereses de la empresa.

Dicho ello se tiene que resaltar aquellos momentos o etapas en los cuales el empleador si cuenta con una certeza media la cual es suficiente para que pueda practicar el deber de mitigación, sin alegar que no hay una previsión en un resultado favorable, entre estas etapas o momentos con respaldo jurisdiccional están:

b.1. Medida Cautelar Fuera del Proceso. El artículo 608 del CPC del estado, así como el artículo 55 de la NLPT, prevén la instauración de una medida cautelar antes de iniciarse el proceso, es decir previo al conocimiento con la demanda al empleador, otorgada por el juez quien al evaluando que se cuenta con los respectivos elementos, como son la verisimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y la razonabilidad de la medida, por tal el trabajador cesado solicitara la medida de innovar al juez laboral, quien del estudio del pedido cautelar y del cumplimiento de los elementos mencionados, ordenara la reposición provisional o la reinstalación precautoria del trabajador la misma que será de conocimiento del empleador.

En este momento el empleador ya cuenta una con certeza media respecto al hecho antijuridico generado al momento de despedir al trabajador; es decir que, ante la evaluación de los elementos de la medida cautelar por el juez, es que se ha ordenado su reposición provisional hasta que se emita el pronunciamiento definitivo, entonces el deber de mitigación del daño posee ya un respaldo judicial para ser practicado, momento en el cual el empleador deberá atenuar el daño generado por el despido, caso contrario el juez debe de evaluar y considerar la negativa mitigadora por el demandado al momento de emitir su fallo.

b.2. Medida Cautelar Dentro del Proceso. Situación similar a la detallada de manera previa sucede en la cautelar dentro del proceso, en el mismo artículo del código CPC y la NLPT, sumándose que el proceso ya ha iniciado y el empleador

tiene conocimiento de los argumentos de la demanda, y para este momento ya cuenta también con una defensa legal que lo asesore en los argumentos de fondo, quien evaluara los argumentos esbozados en el escrito de demanda sumado al pedido cautelar de innovar y donde finalmente el juez ordena la reinstalación precautoria o reposición provisional de trabajador, se encuentra el empleador con una certeza media del daño que ha ocasionado con el despido, es así que puede también ejercer su deber de mitigar a fin de reducir el daño al trabajador, caso contrario el juez debe considerar que todo actuar contrario es una forma de prolongación del daño.

b.3. Medida Cautelar Especial. Esta medida se encuentra prevista en el artículo 615 del CPC, en la cual se estipula que, ante la existencia de una sentencia favorable de primer grado, no es necesario exponer los fundamentos del pedido ni ofrecer contra cautela, así también en el derecho laboral, específicamente el artículo 55 de la NLPT, respecto a la medida especial de reposición laboral, si bien este artículo prevé la reposición laboral especial, fuera o dentro del proceso, cobra más fuerza cuando se ha emitido una sentencia favorable de primera instancia, siendo que ahora se estaría hablando de una certeza alta del daño generado, teniendo una mayor exigencia de cumplir con el deber de mitigar el daño. Ya que, al tratarse de una reposición provisional, se disminuye el daño generado por el despido, siendo que aquel empleador que cumpla con reponer al trabajador despedido estaría ejecutando actos de mitigación, caso contrario se da cuando pese a existir una sentencia favorable y la orden de reposición por medida cautelar, sin que el empleador efectué la reposición, por tal no mitigue el daño, incurriendo en la prolongación del daño.

b.4. Ejecución Anticipada de Sentencia. La ejecución anticipada, comprende aquel cumplimiento de la sentencia, previo a que esta posea calidad de cosa juzgada, ya que se desprende del artículo 38 de la NLPT que la casación no suspende o interrumpe la ejecución de la sentencia (2010), es decir la etapa de

ejecución continuará su curso conforme lo que se ordenó en la sentencia, en este caso la reposición del trabajador.

Para Ochoa, la ejecución anticipada es un mecanismo cuya propósito es asegurar la tutela judicial efectiva, en especial cuando se protege los derechos fundamentales del trabajador en caso se advierta una demora en la ejecución de la sentencia (p.171, 2025) ante la existencia de una sentencia favorable al trabajador, donde se reconoce que el despido fue arbitrario, y cuyo recurso interpuesto para desestimarlos es uno de naturaleza extraordinaria, como lo es la casación, aunado a que no suspende la ejecución, el empleador se encontraría ante una certeza alta en el daño ocasionado al trabajador, por lo que le corresponde un deber mayor de mitigación, quedando claro que ante el incumplimiento de la ejecución anticipada de sentencia, que se materializa en la reposición del trabajador, se estaría hablando de una negativa en mitigar el daño o de disiparlo, propiciando que el trabajador reiterare numerosos pedidos de reposición, prolongado el daño de forma innecesaria.

b.5. Etapa de Ejecución. Este es el último de los estadios en los cuales el empleador puede ejercer su deber de mitigación, pues al existir una sentencia con calidad de cosa juzgada favorable al trabajador no cabe duda alguna para que el daño sea suprimido en su total integridad, por lo que estamos ante una certeza total, sin embargo no es novedad que los empleadores incumplan con la reinstalación del trabajador alegando diversos motivos, entre ellos ausencia presupuestal, plazas cubiertas o reponer al trabajador en un cargo de inferior jerarquía, situaciones que se presentan en mayor medida cuando se trata de entidades públicas demandadas, extendiendo así la etapa de ejecución en años, durando hasta el doble de las etapas previas.

No solo se está hablando de la no mitigación del daño, si no también de la negativa real de reparar el daño (negativa a tutela restitutoria) siendo también una forma de prolongar el daño al trabajador, pese a la existencia de una certeza total de la antijuricidad del despido, el empleador presenta una negativa injustificable en cumplir una sentencia que restituye al trabajador, por tal una negativa a enervar el daño ocasionado.

Como conclusión de este apartado, queda claro que la reinstalación precautoria o reposición provisional busca reducir el acrecentamiento o extensión del daño ocasionado por el despido arbitrario, la cual por un lado es impulsada o peticionada por el trabajador cesado, cumpliendo por ese lado su deber de mitigar, pues ejerce una diligencia superior o extraordinaria y por otro lado el empleador quien deberá reponer al trabajador en cumplimiento de lo ordenado por el juez, al momento de cumplir con dicha reposición estaría cumpliendo con mitigar el daño, caso contrario, como suele suceder generalmente, ante la reinstalación del trabajador, estaríamos hablando de una negativa expresa a la mitigación, inclusive en extender sus efectos por el tiempo que dure el cese pese a que ya existe un pronunciamiento judicial que respalda la antijuridicidad del despido en diversas medidas.

c. De los Efectos Adversos de la Reinstalación Precautoria para el Empleador. Debe recordarse que la acción mitigadora, no estima su ejercicio si al hacerlo se traspasa y excede aquello que sea entendido como una diligencia ordinaria, es decir aquello que signifique un perjuicio mayor para quien lo practique, en ese sentido, si bien el trabajador agraviado ejerce el deber de mitigación del daño accionando judicialmente, es cierto que supera la diligencia ordinaria, extremándola y ante un posible resultado desfavorable efectivamente se verá más perjudicado, sin embargo asume el riesgo al hacerlo.

También se debe mencionar los efectos adversos que recaerán sobre el empleador al momento de practicar el deber de mitigación, específicamente en la reinstalación precautoria del trabajador, pues si bien lo que se busca es reducir los daños que este ocasiono con el despido, dependiendo del estadio del mismo, será más complejo mitigar sus efectos. Se ha identificado dentro de la práctica jurídica o judicial en los proceso de reposición laboral incluso, que las causas llevadas por los trabajadores poseen una premisa homogénea sobre la negativa de reincorporar al trabajador con respaldo judicial de reposición laboral, esto es la falta de presupuesto del empleador, y la premisa extraída de la jurisprudencia externa, sobre la transgresión a la libertad de contratación por parte del empleador, es así que habiéndose reconocido estas dos premisas generales que podrán contener efectos

adversos al empleador, resulta necesario desarrollarlas a fin de un completo estudio, entre estas *la afectación presupuestal o al principio de legalidad y la afectación a la facultad de dirección y a la libertad de contratación.*

c.1. La Afectación Presupuestal y el Principio de Legalidad. Una de las grandes limitantes que se presentan en los proceso de reposición laboral, cuando se busca la reincorporación del trabajador sea de manera provisional o definitiva, es la falta de presupuesto, en su gran mayoría cuando el empleador demandado es una entidad del estado, sin presupuesto destinado a un nuevo trabajador, no se le podría remunerar o pagar los beneficios sociales que le correspondan, aunado a ello la inexistencia de la plaza exigida dentro del organigrama de la institución lo que también deberá meritarse un procedimiento interno para la creación o ampliación de plazas para que el trabajador sea repuesto.

Sobre lo señalado, en general la ausencia presupuestal es un factor determinante para finalmente reponer o no a un trabajador, para trabajadores del estado es un elemento vital que la entidad a la cual van a retornar cuente con el presupuesto respectivo para su reincorporación; el artículo 77.1 de la Ley N.º 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto establece que aquellos gastos que referidos a la contratación de personal, debe contar con sustento legal, además de la existencia de la plaza que se le asignara y el crédito presupuestario suficiente por el año que laborara para la entidad (2004), estando comprendido también aquellos trabajadores que ingresaran por mandato judicial.

Aunado a ello, el destinar el presupuesto para un nuevo trabajador comprende un procedimiento interno mayor, pues debe estar integrada dentro del Cuadro de Asignación de Personal de la institución, es decir debe contar la existencia de la plaza a la cual se le repondrá, donde muchas veces estas ya están cubiertas o simplemente no existen, debiéndose crear una. Esta inexistencia de plazas para un cargo permanente en la institución nace por haberse contratado de forma fraudulenta al trabajador (bajo otro régimen) o las famosas ordenes de servicios de terceros o de recibidos por honorarios, donde finalmente son cesados, siendo que por mandato judicial se ordena su reposición, sin embargo, como se

señaló, dentro de la organización interna no existe una plaza destinada para ese trabajador eso significa también el no contar con el presupuesto respectivo para que sea remunerado, ya que el gobierno central destina cada año, determinado presupuesto que comprende el pago de las remuneración y beneficios u otros conceptos a los trabajadores, sin embargo al ser repuesto el trabajador, no se ha previsto sus remuneraciones, lo cual deberá hacerse para el siguiente año fiscal lo que retardaría sin duda su reposición, aunado a que son cientos o miles de trabajadores que exigen su reincorporación año tras año, saturando así a la propia entidad que tiene que cumplir con todos los mandatos de reincorporación existentes.

Queda claro que al no contar con un determinado presupuesto, no podría contemplarse una reposición inmediata o célere del trabajador, máxime si existe una “lista de espera” de trabajadores que ya demandaron y que se encuentran vigentes sus pedidos de reposición, ante la ausencia de presupuesto, no puede exigirse de manera inmediata el reingreso del trabajador cesado, pues ello significaría la vulneración al principio de legalidad que debe cumplir toda entidad del estado ya que este “constituye un principio fundamental del derecho público, el cual tiene como contenido básico el sometimiento del poder público a la voluntad de la ley; de esta manera, se cristaliza la seguridad jurídica” (Cristóbal, p. 255, 2020) por lo que se evidencia la exigencia del cumplimiento de estos procedimientos de creación de plaza y asignación de presupuesto lo que se refleja en un evidente demora en la reposición del trabajador, por tal una suerte de limitación al deber de mitigar. No debe dejar de mencionarse la excepción a este procedimiento de reposición, cuando una plaza ha sido liberada, ya sea por renuncia del trabajador titular o jubilación, además de otro cargo que cuente con la misma categoría y remuneración, que también puede ser ocupada por el trabajador que solicita su reposición provisional, pues debe primar el propósito real buscado con el reingreso, esto es practicar el derecho al trabajo, a fin de que pueda solventar sus gastos propios o los que de él dependan.

Sin embargo, condicionar los derechos de los trabajadores, tanto como el pago de sus haberes o el propio ejercicio del trabajo a razones económicas, como el presupuesto público, no puede ser excusa para el incumplimiento de una orden

judicial de reposición, con mayor razón la de una sentencia con calidad de cosa juzgada, esto ya lo señalo nuestro Tribunal Constitucional al hablar respecto al presupuesto público y su incidencia en los derechos de la persona, es así que en el fundamento 35 de la sentencia recaída en el expediente N.º 2945-2003-AA/TC ha señalado:

Aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos. (2004)

Es así que el máximo tribunal ha considerado la superposición del respeto y protección de los derechos fundamentales (como por ejemplo el derecho al trabajo) sobre aquellas incidencias económicas que puedan afrontar las entidades (como la creación de plazas de puestos de trabajo), esta premisa importa una superioridad evidente pero muchas veces ignorada, esto es el no desplazamiento del respeto de los derechos de las personas, aunque el principio de legalidad presupuestal pueda ser interpretado como un limitador de estos, ya el TC deja claro cual derecho deberá primar. En este mismo sentido la Corte Suprema se ha pronunciado en la Casación N.º 5515-2019 Lima, donde en el fundamento duodécimo, la corte identifica que la defensa de la demandada, respecto a no pagar las remuneraciones del trabajador son por razones presupuestarias, donde acertadamente ha indicado que “las normas de orden presupuestal no pueden soslayar la existencia del contrato de trabajo” (2022) permitiéndose entender sobre estas normas de orden presupuestal la reincorporación de un trabajador al puesto que desempeñaba previo al cese, sumando a que este reingreso está respaldado con un requerimiento judicial, por lo que no se puede hablar de un impedimento al derecho al trabajo por razones de presupuesto público.

c.2. La Afectación a la Facultad de Dirección y la Libertad de Contratación. Otro punto relevante sobre los efectos de la reinstalación precautoria del trabajador es la vulneración a la facultad de dirección en la que se pueda incurrir, pues según lo prevé la LPCL en su artículo 9, el empleador posee dicha potestad

sobre sus trabajadores esto es aquellos procedimientos de sanción que se lleve en contra de ellos por alguna falta cometida, así como la efectivización de una sanción, tanto como despedir al trabajador que ha incumplido gravemente el reglamento interno de trabajo. Es importante en una relación de trabajo que el empleador cuente con esta supremacía sobre su trabajador pues esta la distingue de otro tipo de relaciones jurídicas además de fortalecer la misma naturaleza de la relación laboral, la dirección es inherente al empleador desde su mera existencia, es así que el acto de despido que realice responde de manera directa a esta facultad.

Se debe señalar que la facultad de dirección posee claras limitaciones, como la razonabilidad y sin duda todo derecho o principio reconocido por la constitución, entre estos el derecho al debido procedimiento, principio de legalidad u otro que respalde o brinde protección a los derechos fundamentales del trabajador, entonces no se puede hablar de un poder de dirección ilimitado, ya que vulneraría derechos de los trabajadores a merced de la facultad que la ley otorga al empleador, estas limitaciones han generado la protección ante el despido arbitrario, nulo o fraudulento del trabajador, que conjuntamente con la acción jurisdiccional brindan tutela restitutoria y reparadora.

Si bien el empleador, en los procesos de indemnización por daños y perjuicios pueden alegar que al momento de reintegrar a un trabajador de manera provisional por mandato judicial, se estaría vulnerando su poder de dirección (esto es el despedir o cesar al trabajador) no cabría tal factico, ya que el despido a nacido por una extralimitación del poder de dirección que la ley les ha conferido, por lo que dicho argumento carece de sustento, ya que no puede hablarse de una vulneración a la facultad de dirección si a su vez ha vulnerado el derecho de los trabajadores por un despido arbitrario ejecutando prácticas que trasgreden el debido proceso, el principio de tipicidad u otro que debe respaldar el procedimiento de despido el cual la ley exige para que un trabajador sea retirado de su puesto de trabajo.

Otro argumento extraído de la jurisprudencia consultada en tribunales extranjeros, y que se considera oportuno traer a colación, es aquel factico que alude la no reincorporación de un trabajador de manera provisional ante lo perjudicial que

pueda significar su designación por mandato del juez, ya que se trata de un extrabajador que ha perdido la confianza de su empleador, esto es el haber cometido alguna infracción o falta a la empresa, los que motivaron el despido, fuera de ser irregular o no, el empleador ha perdido toda confianza depositada en dicho elemento, por lo que incluirlo nuevamente en su empresa después de la falta grave cometida, pondría en riesgo, a su criterio, los bienes de la empresa, información confidencial, sistemas internos, la relación con otros colaboradores, proveedores u otro elementos que ante un manejo malicioso o de represalia pueda significar un perjuicio a la empresa, por lo que estiman convenientes no reponer de manera provisional al trabajador hasta una decisión definitiva y con calidad de cosa juzgada.

Esto se considera un argumento razonable si se trata de primar la protección de una empresa, sus bienes, los servicios que brinda o su información confidencial, inclusive la protección de sus demás trabajadores, no es descabellado considerar que un trabajador cesado guarde cierta aversión contra aquel empleador que lo despidió, con mayor razón si considera que fue de manera injusta, este recelo puede llevar a considerar alguna represalia contra el empleador, o un temor por este último a confiarle nuevamente a dicho trabajador aquellos bienes o información que antes del despido no cuidó como fue debido, es así que resultaría necesario evaluar cada caso concreto así como la faltas cometidas, donde el empleador primara sus razones para negarse a la reincorporación sobre el incumplimiento de su deber de mitigar, a pesar de que esto signifique un mayor resarcimiento respecto a la extensión del daño por el tiempo de dure el cese arbitrario.

Sin embargo, al igual que el punto anterior, este argumento presenta una debilidad sustancial, por un lado, al tratarse de reincorporaciones provisionales, los jueces que requieren la reposición de los trabajadores, ordenaran que el reingreso sea en un cargo de igual o similar jerarquía, es decir aquel cargo que funcionalmente opere en la misma categoría o nivel del cual fue cesado así como la misma remuneración que percibía, por lo que no hay una exigencia estricta a incluirse en el mismo cargo por lo menos cuando se le repone de forma provisional. Por otro lado, en caso ordenarse la reposición en el mismo cargo desempeñado antes del

despido, ya sea porque es el único en su categoría o al no contar con otro similar, el empleador deberá considerar nuevas plazas en aquellas áreas que considere que el trabajador reincorporado desempeña funciones sin generar un posible perjuicio, ya que su poder de dirección prevalece aun en ese momento.

Se menciona además la vulneración a la libertad de contratar, ya que al reponer a un trabajador cesado, se estaría dejando de contratar otro, limitándose así la libertad de contratación que posee todo empleador, aunque el contraargumento a tal alusión es breve, no se puede pretender la limitación de un derecho como lo es el derecho al trabajo por la de libertad de contratación, ya que por un lado el primero se encuentra vulnerado desde el acto de despido, mientras que el segundo aún no se ha ejercido o busca ejercerse a costa del incumplimiento del contrato de trabajo, salvo que se alegue la no disponibilidad del cargo al cual el trabajador busca reintegrarse, entonces no se puede hablar de la vulneración a la contratación si es que es usada como eximente para el incumplimiento de las resoluciones judiciales de reposición, ya que trae consigo la restitución del derecho al trabajo.

Como conclusión es importante mencionar que aquellas situaciones que contemplen una posible represalia del trabajador no son descartables, así como la duda o desconfianza del empleador de hacer retornar a un trabajador que ha cometido alguna falta grave por la pérdida de la confianza en el manejo de bienes, servicios o información de la empresa, ello significaría un evidente contradictorio con el propósito del proceso de reposición que sigue el trabajador, ya que se requiere una inversión de tiempo y dinero por parte de este, aunado a que el propósito sustancial del proceso de reposición es el ejercicio de su derecho al trabajo, primando este sobre cualquier interés no certero o conjetura distante.

Además, es evidente que al estar inmersos en un proceso judicial, el trabajador se encuentra en constante evaluación por parte de su empleador, máxime que ante algún daño que el trabajador pueda hacer estaría sujeto a ser procesado según corresponda o de indemnizar al empleador, otro argumento que surge de manera conjunta es la vulneración a la libertad de contratar, no obstante no puede ser utilizado para encubrir o limitar un derecho ya vulnerado (como lo es el derecho al trabajo) y el incumplimiento de una obligación contractual previa (el contrato de

trabajo). Es así que se puede ver u observar un argumento que puede ser considerado valido, sin embargo presenta ciertas deficiencias prácticas, pues en la materialización de la reposición laboral, puede ejecutarse en otro cargo, siempre que se encuentre dentro de la misma jerarquía o categoría así como igual remuneración, entonces existen alternativas en caso el empleador considere haber perdido la confianza de aquel trabajador despedido, por lo que no llega superarse el derecho al trabajo con la facultad de dirección y libertad de contratación del empleador.

4.7.6. La Valida Deducción Inimputable al Obligado y el Debido Calculo Resarcitorio

No debe dejarse de lado la premisa legal en la cual se amparan las deducciones judiciales, esto es el principio de equidad al momento de cuantificar o establecer un monto de resarcimiento, sin embargo como se ha visto en el desarrollo de esta investigación, se ha aplicado de forma indiscriminada, deducciones a los montos del daño patrimonial, entre estos el lucro cesante, la aparente aplicación de criterios de equidad, para seguidamente acudir a lo que prevé el 1332 del C.c. o el enriquecimiento indebido u otro argumento variopinto que no hace más que generar una pantalla de justificación sin fondo real o sustento legal para que se vea justificada de alguna forma la disminución del monto que efectivamente corresponde por resarcimiento.

Sin embargo, no se puede desconocer lo previsto en el artículo 1317 del C.c. referido a la inimputabilidad de los daños y perjuicios, donde se señala:

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación (1984)

El citado artículo es claro al señalar que el deudor, o en este caso empleador, no responderá por aquel perjuicio producto del daño que le sea inimputable, pues si bien el acto de despido se extiende por un periodo de tiempo, durante este transcurso existen momentos en los cuales el acreedor puede interferir para que el daño se

extienda en el tiempo, siendo situaciones favorables y previsibles de un resultado positivo, es decir nace una exigencia al acreedor de adoptar medidas diligentes para no verse en un perjuicio mayor, significando esto en un periodo extenso o mayor en el que pueda durar el daño, punto que se abordara en este apartado.

Sé a identificado además que los conceptos por daño patrimonial, específicamente el lucro cesante, deberá comprender la totalidad de los ingresos que el trabajador dejo de percibir durante el periodo de cese, sin embargo, seria errado solo limitarse a ver la fecha de cese así como la fecha de reingreso, y efectuar el cálculo, siendo que existen diversas situaciones o hechos que podrían ser contempladas para la limitación en el resarcimiento, como lo es la carga procesal, la actuación de mala fe del agraviado o la disminución de los efectos del daño, descartando de forma enfática que un motivo para la disminución del resarcimiento sea el ejercer el derecho fundamental al trabajo en otra empresa o institución, aclarado tal punto, se desarrolla a profundidad las causales que ameritan la deducción del resarcimiento.

a. La Carga Procesal. Uno de los grandes problemas del sistema de justicia, es la carga procesal que soportan los juzgados y las cortes del estado, extendiendo los procesos que el derecho positivo los fijó como céleres a ser en la practica procesos latos, lo que claramente influye en la percepción de los justiciables, según indica el Portal Estadístico del Poder Judicial “la carga procesal esta comprendía por la suma de procesos a resolver a inicios del periodo más los ingresando durante el año” (2026) del mismo portal se extrae que del año 2025, entre procesos en trámite y ejecución en los juzgados especializados y mixtos a nivel nacional los cuales tramitan en base a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, se ha cerrado dicho periodo con un total de 319.117 procesos laborales (2026) el cual es un 12.13% en comparación al año 2024, sin profundizar más en la estadística numérica respecto a la carga que soportan el poder judicial, es evidente que la misma viene incrementando, no solo por las demandas que se postulan si no por el arrastre que se recogen de años anteriores.

La carga procesal no solo comprende la cantidad de procesos que existen en el poder judicial sino también aquello que contribuye, como son los propios

abogados al fomentar el iniciar una causa sin un sustento real o promover recursos por el solo hecho de dilatar el proceso, esto no solo se ve por parte de las defensas de los ciudadanos sino también por parte las procuradurías, la famosa máxima litigiosidad del estado; también contribuyen a la carga los justiciables o ciudadanos, quienes con conocimiento de no obtener un resultado favorable final, de todas formas promueven el proceso a fin de generar incomodidad o gasto de recursos de la otra parte, entre otros motivos subjetivos; la propia administración de justicia, muchas veces por parte de sus secretarios, especialistas, proyectistas que inobservan o aplican de manera incorrecta un precepto legal o jueces que no motivan, o de hacerlo es de forma deficiente, lo que a todas luces refleja un agravio a las partes quienes interpondrán los recursos que consideren necesarios, entre otros motivos.

Para Hernández “La carga procesal es un problema siempre activo y que, por tanto, cotidianamente traslada sus efectos desde cada juzgado hacia el ciudadano” (p.72, 2009) tal como se precisó en el párrafo previo, todas las partes de un proceso poseen un rol relevante que trae como consecuencia el incremento de procesos judiciales, o la extensión en el tiempo de los que ya están en trámite o ejecución, considero que para la realidad social en la que se encuentra el estado, no es una alternativa idónea la implementación de medias que fomente una cultura de conciencia en la litigiosidad de los justiciables, ya que más allá de eso, se deben implementar medidas prácticas como lo son el incremento de personal jurisdiccional.

Es por este problema latente, que la carga procesal no puede ser un motivo por el cual las partes deban responder, como lo es en el caso del empleador que debe resarcir al trabajador cesado, por ello se deberá de revisar el proceso de reposición previo, donde se verificara aquellos periodos en los cuales el deudor no deba resarcir, pues surge a raíz de la actuación del juzgado o del agraviado, como por ejemplo en los casos de existan huelga de trabajadores o sindicatos del poder judicial, desastres naturales, accidentes en la infraestructura o base de datos que paralice días o semanas en proceso o la realización de alguna actuación jurisdiccional, como audiencias, diligencias de reposición u otros, sesiones

plenarias, o convocatorias de magistrados a nivel nacional, entre otros que paralicen de determinada forma el proceso y que retrase el mismo.

Otro ejemplo de ello, en los casos cuando el empleador es el estado, donde la reposición toma un periodo de tiempo, pues como se señaló antes, debe ceñirse a un procedimiento interno de creación de plaza, designación del presupuesto etc., siendo tal periodo inimputable al deudor, pues la ley ha fijado un determinado plazo/procedimiento, para que se tenga un cargo o plaza habilitada para un nuevo trabajador o en este caso un trabajador con mandato de reposición, debiendo el deudor aludir ello para que no se considere tal periodo para resarcir al trabajador. Sin embargo, el acreedor, así como el juez, deberán verificar si realmente se cumplió con el procedimiento legal dentro del plazo que la ley fija o si no se dilato este procedimiento de manera innecesaria, además de si existe un auto de ejecución anticipada y pese a ello el deudor no inicio el procedimiento para la creación de una plaza cuando debió hacerlo, significa una conducta dolosa por tal imputable al deudor, no siendo descontable tal periodo. Queda claro que cada caso deberá de ser estudiado de forma particular, por las implicancias que contengan, debiendo considerar siempre que, de existir periodos inimputables, deber tener un respaldo legal o real (acreditable), en los cuales el empleador o deudor no tenga injerencia alguna.

No debe dejar de mencionarse aquellas actuaciones dilatorias del trabajador, como la negativa de ser repuesto en un cargo no igual pero similar al que ocupaba antes del cese, sin alegar un motivo real que justifique tal negativa, así como otras causales que puedan significar la inimputabilidad del deudor por acciones del acreedor, lo que se verá reflejado en un periodo de tiempo que no se debe resarcir por daño patrimonial y otros, estos periodos inimputables, deberán de ser corroborables, es así que al ser alegados por el deudor, deberá acreditar los mismos, siendo lo adecuado detallar de manera precisa el periodo inimputable así como el sustento probatorio que lo respalde, a fin de el juzgador al momento de resolver no considere tales periodos.

b. El Incremento del Lucro a Costa el Daño. Aunque se mencionó de forma breve en el punto anterior, el trabajador puede adoptar una conducta poco diligente dentro del proceso de reposición, no para evitar su reingreso a su puesto de trabajo, si no para hacer que esta tome más tiempo; de forma concreta, según los criterios actuales, el resarcimiento se da en función al tiempo que dure el despido, es decir el periodo de cese del trabajador hasta su efectiva reposición, y aunque ciertos jueces si contemplan la actitud del trabajador dentro del proceso de reposición, es decir un actuar diligente para que sea repuesto lo más pronto posible, no es un criterio general o uniforme.

Si bien promover un proceso de reposición ya es un actuar diligente por parte del trabajador, no basta con esperar a que el proceso concluya de forma favorable y en ejecución de sentencia se reponga al trabajador, sino que debe existir también una diligencia constante, o en su defecto la búsqueda en la mitigación del daño, esto significaría, que el trabajador promueva toda acción en relación al proceso, a fin de que sea repuesto, lo que significara que el trabajador agoto todas las alternativas procesales para su reingreso. Sin embargo, solo debe considerarse para este punto, la medida cautelar especial de reposición provisional y la ejecución anticipada, pues le otorga más certeza al trabajador de un resultado final favorable, pues pese a que la medida cautelar especial significará un gasto adicional ya que deberá de pagar a su defensa para solicitarla, configurándose una diligencia mayor a la ordinaria o diligente, aunque de cierta forma es esperable su aplicación pues la ley ha fijado su viabilidad al igual que la ejecución anticipada de sentencia, donde el trabajador deberá promover su trámite.

Caso contrario se da en la medida cautelar fuera y dentro del proceso, este último, antes de emitirse la sentencia de primer grado, pues no existe, aun una certeza por parte del trabajador de que finalmente se ordenará su reposición provisional, por tal el gasto económico en asesoría en el que incurrirá será significativo, superando esto una diligencia ordinaria, por ello no deberá considerarse estos estadios o momentos por el juez.

Es cierto también, que, aunque se tenga todas las herramientas para promover la reposición del trabajador, el no hacerlo significaría extender el periodo

del daño de forma innecesaria, es decir el tiempo fuera del cargo donde fue despedido, con el propósito de obtener un resarcimiento mayor en forma de lucro cesante, daño emergente o moral que finalmente será ordenado por el juez, siendo esto la incentivación del daño a costa del incremento del lucro, por lo que el juzgador deberá tener en cuenta el periodo comprendido desde el momento en el que puede solicitar la medida cautelar especial de reposición provisional o el auto que declara la ejecución anticipada de la sentencia (en caso no la promueva o impulse) hasta la resolución que declara ejecutoriada la sentencia o la que ordena se remita al área de ejecución.

Además de que, una vez en la etapa de ejecución el juez deberá verificar si efectivamente actuó de forma diligente, pudiendo ser esto constantes requerimientos de reposición al empleador y no dejar el proceso de lado dejando inclusive que se archive, en caso no exista una exigencia procesal en ser reingresado a su cargo, el deudor podrá aludir la falta de interés por parte del trabajador en ser repuesto, siendo así el juez podrá no considerar tal periodo de inacción del trabajador, pues se podría presumir, conjuntamente con lo señalado en el párrafo previo, la búsqueda del incremento del lucro a costa del daño, siendo esto inimputable al empleador, no debiéndose considerar para el quantum por lucro cesante, daño emergente o daño moral.

c. La Disminución de los Efectos del Daño. Este punto debe entenderse como el deber mitigación del daño, figura ya desarrollada en esta investigación, donde queda claro que todo actuar que mitigue los perjuicios ocasionados producto del despido por parte del deudor antes o durante el transcurso del proceso de reposición, no deberá de ser considerado dentro del quantum indemnizatorio final, pues ello significaría que se le estaría indemnizando al trabajador por un daño ya superado o ya resarcido, por lo que se estaría incurriendo en un defecto en la motivación al momento de emitir el fallo.

Al igual que en los escenarios previos desarrollados, quien alega un hecho debe probarlo, siendo así el deudor deberá acreditar haber cumplido con el deber de

mitigar, acreditando de esta forma la disminución del daño al trabajador, lo que generará convicción suficiente al juez para no considerar determinados periodos.

d. La Ganancia Neta; los Gastos Incurridos para la Obtención de la Ganancia. Como se señaló en los puntos iniciales de esta investigación, el lucro cesante no comprende el ingreso bruto, pues existe un costo o gasto incurridos para la obtención de la ganancia, es decir la ganancia neta, la cual finalmente deberá ser considerada al momento de realizar el cálculo por lucro cesante, por lo que todo gasto adicional que una persona incurra para finalmente obtener una ganancia o provecho económico efectivo resultará una vez cubiertos dichos gastos.

Lo que se presenta en el clásico ejemplo, de un taxista cuya herramienta de trabajo es su automóvil, cuando este es embestido o chocado, le impide hacer el servicio de taxi, por lo que demanda a quien genero el daño o deudor el pago del lucro cesante por el tiempo que el auto estuvo en reparaciones hasta que pudo volver a su actividad, sin embargo, el pago que se le realiza no son por los ingresos promedios de un taxista de manera diaria, si no que se le descuenta los gastos habituales del vehículo, como son mantenimiento y combustible, dando así un estimado de dichos gastos, que finalmente serán considerados como la ganancia neta por tal el lucro cesante.

Este ejemplo deja claro de manera sencilla, lo que llega a contener el concepto por lucro cesante, ciertamente, el ingreso bruto, no contempla el ejercicio de las actividades externas con aquellos que genera una ganancia, pues toda actividad tiene siempre un gasto detrás, desconocer ello significaría no observar la dimensión real de una acción, o en estos casos una acción económica; para la venta de un producto, existe un gasto realizado para su producción, para la venta de una casa, existe un gasto en adquirirla, reparar desperfectos o remodelarla, para la venta de comida, existe un gasto en insumos y el pago al personal, lo que da como resultado, en tanto a la inversión realizada más la ganancia bruta, los ingresos netos.

El doctrino De Trazegnies, recurre a jurisprudencia nacional al respecto, donde un ciudadano demanda al estado, ya que la policía no pudo detener los actos vandálicos en la ciudad de Iquitos, impidiendo que su negocio de cinema no pueda

abrir durante seis meses, las instancias de forma uniforme han indicado que si le corresponde indemnización por lucro cesante y daño emergente; sin embargo, la Corte Suprema hace la precisión de que no debe tomarse como lucro cesante, el tiempo que dejó de funcionar los cinemas si no que deberá deducirse aquellos gastos del negocio o los montos que respondan a su explotación (pp.42-43, 2001). Por lo que corresponde en este apartado abordar de qué manera los gastos incurridos para obtener la ganancia se aplica en el caso de los trabajadores, ello a fin de obtener un monto lo más preciso posible, así como aplicar la regla de la ganancia neta como montos cuantificables para el lucro cesante.

d.1. La Identificación de los Gastos y la Ganancia Neta en la Remuneración. Hasta la actualidad uno de los grandes errores que se puede advertir en sendos pronunciamientos sobre la indemnización por daños y perjuicios por el despido arbitrario, es considerar a la remuneración neta, como base el cálculo para el lucro cesante, ello con el propósito de asemejar estos conceptos, pues como se señaló en el párrafo anterior, la ganancia real es el ingreso neto y no bruto, es decir descontándose aquellos montos que sirvieron para lograr la ganancia; sin embargo en aquellas sentencias que consideran el monto de remuneración neto caen en el absurdo, no solo de no aplicar de manera correcta el lucro cesante, si no la propia confusión entre remuneración neta y la ganancia neta, si bien pueden parecer similares, no lo son, incurriendo incluso en asemejando el resarcimiento a la remuneración.

La remuneración neta, es la percibida luego de los descuentos por aportes, tardanzas, adelantos de sueldo, etc. aunque muchas veces es llamada también ingresos netos; mientras que la ganancia neta, es lo obtenido luego de cubrir un monto invertido o los gastos realizados para obtener un beneficio o ganancia final, por lo que ambos no se aplican en la misma situación, siendo un craso error el que viene aplicando los jueces laborales.

Un ejemplo de la incorrecta aplicación se advierte en el pronunciamiento de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en donde la Sentencia de Vista, señala en su fundamento 6.17 que:

La indemnización por lucro cesante, no puede ser otorgada en función a los ingresos brutos que percibiría el trabajador en el supuesto de que la relación laboral hubiera seguido vigente; únicamente se debe considerar la utilidad o ganancia (neta) que el trabajador dejó de percibir; es decir los ingresos netos. (2023)

Si bien podría parecer una correcta aplicación, no se desarrolla en la sentencia como es que se llegó a dicho monto por ganancia neta, pues señalada además que no puede el lucro cesante darse en función a los ingresos brutos, si no ingresos netos, y al no existir un análisis de los gastos incurridos para la obtención de dicha ganancia, se decanta en la aplicación del juez en la remuneración neta para el cálculo del lucro cesante. Debe señalarse que además de utilizarse la remuneración neta, también se utiliza la última remuneración percibida del trabajador, las mismas que serán aplicadas como monto referencial para el cálculo, por lo que no se aplica de manera idónea la correcta la identificación de la ganancia neta para determinar el lucro cesante. Por lo que se estima conveniente plantear una teoría que puedan abarcar la forma idónea los gastos que le trabajo incurre para poder ejercer su labor, a fin de obtener con precisión aquel gasto incurrido, que ciertamente no puede ser nulo, aunado a que los pronunciamientos judiciales no han dado una respuesta idónea a este extremo.

e. El Debido Calculo para Determinar los Daños y Perjuicios Patrimoniales. En este último punto, estimo conveniente proponer la forma idónea de efectuar el cálculo por daños y perjuicios por el despido del trabajador, dentro de estos el monto real y cuantificable por lucro cesante, donde se deberá considerar todo ingreso económico del trabajador, y que se encuentre a su libre disposición, así como aquellos conceptos no imputables al deudor por tal no deberán ser considerados en el quantum indemnizatorio final. Siendo que la presente investigación se limita al daño por lucro cesante este apartado considerara solo tal concepto.

e.1. Teoría de la Identificación de los Gastos en el Restablecimiento de la Fuerza de Trabajo y el Traslado del Agente. Dicho lo anterior se postula una teoría

que busca la forma más precisa de determinar los ingresos netos del trabajador, esto es considerar la fuerza de trabajo del agente, vale decir los gastos que se incurre para restaurar tal fuerza, así como el traslado a su centro de labores, esta tesis se centra en identificar los gastos económicos sobre esos parámetros ligados estrechamente al trabajo y su ejercicio; es decir el debido descuento por gastos incurridos para obtener la ganancia económica que se refleja en parte de la remuneración, la misma que no será discriminada en remuneración bruta o neta, ya que ello no refleja de manera real los ingresos económicos que pasaron a formar parte de la esfera patrimonial del trabajador, es así que es conveniente desarrollar y dejar claro lo siguiente:

Debemos retornar a la parte de las definiciones básicas ya desarrolladas en esta investigación, en concreto, respecto al trabajo, el cual es una actividad ejecutada por un individuo quien utilizara su fuerza de trabajo, física o mental, para cumplir con determinada actividad, para sí o un tercero, mientras que en el contrato de trabajo contiene tres elementos esenciales, entre ellos la prestación personal de servicios, donde el individuo prestara su fuerza de trabajo, a su empleador a cambio de una remuneración o pago por dicha labor. Siendo así se tiene que tener claro, que la fuerza de trabajo física o mental/intelectual es la herramienta propia de trabajo de una persona y los gastos aquello que permite reponer dicha fuerza de trabajo; por ejemplo, para un taxista el automóvil es su herramienta para obtener ganancias y los gastos son el mantenimiento o el combustible; de igual manera para el restaurante, aquellos gastos son los insumos, el personal etc.

Estando a dicha asimilación, queda claro que los gastos que incurre el trabajador para reponer su fuerza de trabajo es (I) el gasto en su alimentación así como (II) el gasto de traslado a su lugar de trabajo; comprendido por pasajes de transporte público, en caso viva lejos de su lugar de trabajo suprimiendo tal gasto si es que el empleador les otorga movilidad o alimentación, siendo erróneo indicar, que los gastos incurridos para obtener esa ganancia (la remuneración) sean los gastos de alquiler de una casa, los gastos de su familia o hijos, ocio u otro concepto que no esté relacionado de manera directa con reponer la fuerza de trabajo del sujeto

así como su traslado o un porcentaje del sueldo aleatorio que suelen practicarse en algunas sentencias.

Es decir, existirá una relación directa en lo gastado con la obtención de la ganancia; como ya se señaló previamente, para efectos del lucro cesante por daños y perjuicios, corresponde identificar aquel monto de dinero que ingresa a su esfera económica, sea directa o indirecta, por lo que no corresponde discriminar entre remuneración neta o bruta pues no refleja el ingreso real del trabajador además de no pertenecer a la misma naturaleza que el lucro cesante, lo que tampoco significa desconocer su existencia (de la remuneración), pues ciertamente nace de la relación laboral, sin embargo, al momento de ser comprendido para determinar el quantum del resarcimiento deja de ser remuneración, pasando a ser un ingreso económico previsible, el cual estará sujeto a los naturales descuentos por los gastos incurridos para su obtención, es decir el gasto en alimentación y traslado al lugar de trabajo, obteniendo finalmente la ganancia del trabajador, el cual se dinamiza a continuación:

Tabla 3

Fórmula para determinar la ganancia neta mensual percibida por un trabajador.

Remuneración mensual que ingresa al patrimonio del trabajador, es:	Ingresos directos o indirectos a la esfera patrimonial del trabajador (IDeI)
Gastos mensuales para obtener su remuneración, es:	(I)Gasto en su alimentación (G.A.) (II)Gastos por traslado (G.T.)
Ganancia real mensual, es:	Ganancia Neta (G.N.)
$IDeI - (G.A.+G.T.) = G.N.$	

Se debe entender como la “remuneración que ingresa efectivamente al patrimonio del trabajador”, aquellos ingresos que pasan a la esfera del trabajador de manera directa e indirecta, este último puede estar comprendida en aquellos

descuentos por AFP o caja de ahorros, cooperativa etc., que signifique que le corresponderá en un futuro al trabajador, y el cual dejó de aportarse por el despido.

No se considera la remuneración bruta, de manera estricta pues este es un monto que estará sujeta a descuentos, como los señalado en el párrafo anterior, de monto que nunca llegarían a la esfera económica del trabajador, ni la remuneración neta ya que existen descuentos que también son destinados de manera directa al trabajador pero que será utilizado o retirado aun en un futuro.

Siendo así, surge la pregunta *¿Cómo determinar los montos por gasto de alimentación y traslado?* por un lado el gasto de alimentación estándar, responde a un estudio nacional que determina el gasto familiar, respecto al valor de la canasta básica familiar, este puede ser un dato objetivo a utilizar para determinar el gasto que significara la alimentación para determinada persona, sin embargo, esto es un parámetro general, al no tener en cuenta el género, edad, tipo de trabajo o actividad, etc. y su relación con el consumo por alimentación, por lo que lo más idóneo es recurrir a monto fijado por la canasta básica, siendo ello así se extrae del Diario El Peruano, el informe realizado por el INEI quien ha determinado que para el 2024 la canasta familiar de alimentos para cuatro personas, ascendía a S/ 1, 024.00 y por persona la suma de S/ 256.00 (2025), estando a ese dato objetivo, el gasto que ocupa un trabajador por alimentación de forma mensual asciende a S/ 256.00, monto que deberá ser descontado para el cálculo del lucro cesante por concepto de Gasto en Alimentación (G.A.).

Respecto al gasto por traslado, no existe una cifra oficial al respecto, al menos hablando de un traslado urbano, ya que varía dependiendo de la región donde se trabaje, lugar de domicilio del trabajador y del empleador, medio de transporte usado, entre otros; no es lo mismo hablar de un transporte público urbano en la ciudad de Lima que cobran según los tramos o distritos, además de contar con servicio de metropolitano o el metro de Lima, siendo distinto en otras regiones, como en esta ciudad, Tacna, que el pasaje es único ascendiendo a la suma de un sol S/ 1.00 por adulto, sin embargo también el traslado del centro de Tacna a distritos más alejados como Pachía asciende a S/ 2.50 o el traslado al distrito de Boca del Río que puede ser de S/ 7.00 a S/10.00 según la temporada, es decir existen

variaciones relativamente significativas respecto al gasto de transporte que incurrirá un trabajador, pues no es lo mismo trabajar en la Municipalidad provincial de Tacna como la de Pachía o Boca del Río, pues también dependerá si se domicilia en esos distrito o en uno alejado, por lo que respecto a este gasto deberá de ser estimado según el caso concreto, teniendo en cuenta, a) el lugar donde domicilia el trabajador, b) el lugar de trabajo y c) el costo de transporte; donde finalmente se calculara por los días que labora al mes teniendo así un estimado del gasto mensual incurrido el cual será considerado como Gasto por Traslado (G.T.)

Estando a la fórmula propuesta, la cual busca determinar los gastos que incurre el trabajador donde finalmente se determinara de forma precisa la ganancia neta mensual que debida percibir, y la cual se le privó por el despido arbitrario, y a fin de poder dinamizar lo señalado, estimo pertinente plasmar un ejemplo para entender su debida aplicación:

Juan es un trabajador que laboró para la empresa “Vitalle S.A.C.” empresa ubicada en el centro de la ciudad de Tacna; Juan domicilia en la zona sur de la región movilizándose con transporte urbano los cinco días a la semana que trabaja; desempeñó el cargo de operador, bajo el régimen de la actividad privada, donde percibía una remuneración bruta de S/ 3,500.00, sin embargo, de manera intempestiva y sin previo aviso es despedido de su puesto de trabajo el 31.10.2022 sin un causa aparente o justa, por lo que decide accionar en sede judicial, mediante un proceso de reposición laboral donde finalmente el juez de trabajo declara que efectivamente se trató de un despido arbitrario, ordenando su reposición de manera definitiva, que se efectivizó el 21.02.2025.

Resulta importante verificar la boleta de remuneración del trabajador Juan, a fin de poder discriminar los ingresos que efectivamente ingresaran a su esfera patrimonial, de manera directa o indirecta, de las cuales puede disponer o podrá disponer más adelante, es así que se detalla:

Figura 4

Ejemplo de boleta de pago, para determinar la ganancia neta mensual.

VITALLE S.A.C. BOLETA DE REMUNERACIÓN				
TRABAJADOR:	Juan Pérez	CARGO:	Operador	Fecha
DNI:	1000000	Régimen Lab.:	D.L.728	31.10. 2022
INGRESOS:		DESCUENTOS:		APORT. EMPL.
Rem. Básica	S/ 1,240.00	Fondo AFP	S/ 188.10	EsSalud S/ 169.29
Asig. Familiar	S/ 93.00	Comisión AFP	S/ 2.77	
Comisiones	S/ 500.00	EsSalud+Vida	S/ 5.00	
Vale Alimentación	S/ 48.33	Seguro Oncológico	S/ 40.00	
REMUNERACION BRUTA		TOTAL, DESCUENTOS:		REMUNERACIÓN NETA:
S/ 1881.33		S/ 325.87		S/ 1,555.46

De los datos que se observan en la boleta de remuneración, se deberá considerar aquellos montos, que tendrán como destino el patrimonio del recurrente, sea a corto o largo plazo, es por ello que fácilmente se extrae del rubro de ingresos aquellos monto que será parte de su patrimonio.

Como se indicó antes, no se trata solo de verificar los ingresos brutos o netos para observar aquellas ganancias que dejaron de ingresar al patrimonio del trabajador producto del despido, en el ejemplo de Juan, además de los ingresos observables, se visualiza diversos descuentos, entre ellos el “Fondo AFP”, pero claramente este concepto será parte de su fondo de pensión al momento de retirarlo, es decir ya forma parte de su patrimonio, aunque no pueda utilizarlo hasta el momento en el que se jubile o retire, sobre la “Comisión AFP” es aquel monto que se descuenta por el servicio de AFP de las empresas encargadas de este servicio, sin embargo, al no existir más depósitos (por el despido) no sería lógico el descuento por este monto y concepto, lo mismo sucede con “EsSalud+Vida” y “Seguro Oncológico” son servicios que no se abonaran, por tal no podrán ser usados producto del despido, en tal sentido carece de lógica descontarlos sobre el rubro ingresos, pues de estos obtendría un beneficios, el servicio que prestan estas entidades de salud, por lo que al dejar de pagársele deja de gozar o adquirir dicho servicio.

Se puede ver, que ciertamente los ingresos previsibles del trabajador Juan, son los que se ven reflejados en su boleta de remuneraciones como “Ingresos”, sin embargo, si existieran descuentos bajo conceptos como “adelantos”, “asignación familiar”, “préstamo bancario” donde efectivamente es dinero que salió de su sueldo, pero, que a su vez no significo ningún servicio a su favor, si no el pago de una obligación previa, dichos montos siempre serán descontados del rubro ganancias, ya que nunca vera un retorno de alguna forma en su esfera patrimonial.

Retornando con el ejemplo del trabajador Juan y habiéndose identificado que:

- Los ingresos mensuales son de s/ 1,881.33
- Fecha de cese fue el 31.10.2022
- Fecha de reingreso fue el 21.02.2025
- Periodo total del daño patrimonial – lucro cesante: 2 años, 3 meses y 19 días (27 meses y 19 días)

Se deberá tener en cuenta, que otros ingresos previsibles que Juan debía percibir, son los beneficios sociales comprendidos en el régimen privado, esto es dos remuneraciones adicionales, una en fiestas patrias y otra en navidad por cada año, CTS; efectuando el cálculo correspondiente se tiene:

- Fiestas patrias y navidad, previsible, de la fecha de despido, es decir por los meses de noviembre y diciembre del 2022, de julio y diciembre del 2023, 2024, que en conjunto dan un monto aproximado de S/ 8, 544.00.
- Por concepto de CTS, correspondiente a noviembre del 2022 a abril del 2023, mayo del 2023 a octubre del 2023, noviembre del 2023 a abril del 2024, de mayo del 2024 a octubre del 2024, noviembre del 2024 al 20 de febrero del 2025, en dan un monto aproximado de S/ 10,203.62

Habiéndose identificado los ingresos previsibles de Juan, se calcula de esta forma el lucro cesante sufrido durante el periodo de despido, de lo cual se deberá observar:

Tabla 4

Cálculo de los ingresos previsibles mensuales de un trabajador, en base al ejemplo planteado.

SUMA DE LOS INGRESOS PREVISIBLES AL TRABAJADOR			
Periodo	del	01.11.2022 al	27 meses y 19 días
despido/incumplimiento		20.02.2025	
contractual:			
Ingresos dejados de percibir:		Ingreso mensual	S/ 1881.33 (27Meses) + (S/1881.33/30*19 Días) = S/ 51,987.419
		Ingresos semestral o anual	S/ 18,747.62
Total, de los ingresos que debió percibir por el periodo del despido o incumplimiento contractual:			S/ 51,987.41

Se puede concluir en este punto, que los ingresos previsibles dejados de percibir por el trabajador Juan, asciende a S/ 51,987.41 por el periodo de inejecución de obligaciones o incumplimiento contractual / despido que se extendió por veintisiete meses y diecinueve días. Corresponde ahora, aplicar la postura planteada, respecto al descuento que debe fijarse sobre los gastos incurridos para el ejercicio de la actividad laboral, como ya se señaló, no solo se trata de fijar o identificar los montos de los ingresos del trabajador, si no también, de los gastos incurridos para obtener la ganancia final, es por ello que se ha establecido como una tesis, el restablecimiento de la fuerza de trabajo y el traslado del trabajador, entendido como la alimentación del trabajador para reponer su fuerza de trabajo y el costo por traslado a su lugar de labores. Por lo que según la formula planteada anteriormente se deberá identificar lo siguiente:

- Alimentación: canasta básica familiar de alimentos por persona S/ 222.50 en el 2022 (INEI, citado por Gamboa, 2022); S/ 251.00 en el 2023 (INEI, 2024); S/ 256.00 en el 2024 y 2025 (El Peruano, 2025)
- Traslado: se verifica; a) el lugar donde domicilia el trabajador, b) el lugar de trabajo y c) el costo de transporte, es así que las actividades

desarrolladas son en Tacna, Juan domicilia en un distrito al sur del cercado de Tacna, la empresa se encuentra en el cercado de Tacna, por lo que el transporte diario, ida y vuelta, asciende a dos soles S/ 2.00, por cinco días de trabajo a la semana, el monto mensual es S/40.00.

De la información previa, que comprende la canasta básica familiar alimentaria, por el periodo del incumplimiento contractual, además de los gastos por movilidad, por el mismo periodo, se disgrega lo siguiente:

Tabla 5

Cálculo de los gastos para la obtención de la ganancia mensual del trabajador, en base al ejemplo planteado.

Gastos por Alimentación	Canasta Básica Familiar por persona (INEI)	Periodo de Despido 01.11.2022 al 20.02.2025
2022	222.50	2 meses $(225.50 \times 2) = 451$
2023	251.00	12 meses $(251 \times 12) = 3012$
2024	256.00	12 meses $(256 \times 12) = 3072$
2025	256.00	1mes+19días $(256 \times 1 + 256/30 \times 19) = 418.13$
Total, por alimentación:		S/ 6,953.13

Habiéndose identificado que el gasto mensual por transporte es de s/ 40.00 por cinco días laborados a la semana, se detalla:

Tabla 6

Cálculo para identificar el gasto mensual por movilidad del trabajador, en base al ejemplo planteado.

Gastos	por	Monto mensual	Periodo de Despido	Calculo
Transporte		(por 5 días a la semana)	01.11.2022 al 20.02.2025	
Transporte público urbano		s/40.00	27 meses y 19 días	$40 \times 27 \text{ meses} + (40/30 \times 19)$
Total, por gastos de transporte:				S/ 1,105.33

Tanto los montos identificados como gastos por alimentación y transporte del trabajador, dan una suma total de S/ 8,058.46, dicho monto está comprendido como los gastos incurridos por el trabajador durante el periodo que duro el despido, lo cual se descontara de lucro cesante, pues son efectivamente los gastos que incurrirá para obtener la ganancia neta producto de su trabajo o del cumplimiento del contrato de trabajo. Es decir que ante los ingresos previsibles del trabajador Juan, que debió percibir durante el periodo de despido ocasionado por “Vitalle S.A.C.” son de S/ 51,987.41; monto que deberá descontarlos los gastos incurridos para reponer la fuerza de trabajo así como el transporte al lugar de trabajo, estos conceptos sumados dan un monto de S/ 8,058.46, este último será descontado de los ingresos previsibles, dando como resultado la ganancia o ingresos netos que debió percibir el trabajador Juan durante el despido es de S/ 43,928.95.

Según esta propuesta para determinar la real ganancia obtenida por el trabajador, luego de los descuentos por los gastos realizados, denominada *Teoría de la identificación de los gastos en el Restablecimiento de la Fuerza de Trabajo y el Traslado del Agente*, se identifican los gastos por alimentación como el restablecimiento de la fuerza de trabajo así como el gasto en transporte al lugar del trabajo, los mismo que son deducidos de los ingresos previsibles del trabajador, teniendo así una cantidad más precisa que pasa de denominarse ganancia neta y en materia de responsabilidad civil será entendida como el lucro cesante. Si bien es cierto, debe tenerse en cuenta que se tendrá que analizarse cada situación específica, como por ejemplo, si el trabajador vive en un lugar cercano a su centro de trabajo, se puede concluir que el gasto por movilidad no lo ocupa, descontando tal cantidad, al igual que si el trabajador posee otra fuente de ingreso que probadamente pueda

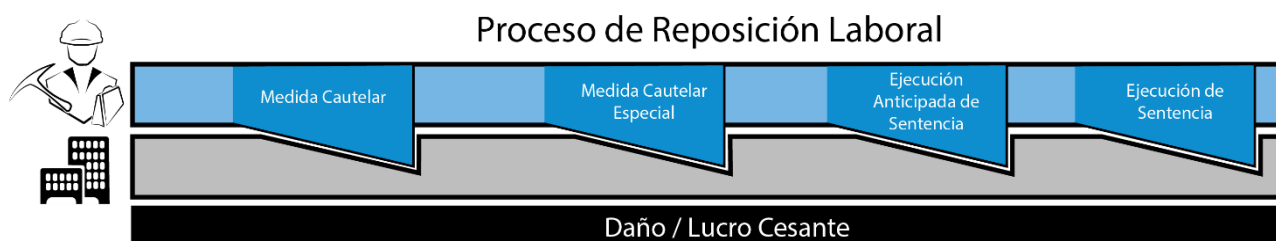
acreditar que le permite cubrir los gastos por su alimentación no deberá descontarse de los ingresos previsibles, siempre y cuando pueda probarse de manera fehaciente.

Otro punto a agregar, es que es cierto, que aquellos trabajadores que ganen una remuneración inferior o mínima serán resarcidos con un monto inferior en comparación de aquellos trabajadores que ganen mucho más, pues en ambas situaciones el gasto por traslado y alimentación será los mismos (ya que se hablan de gastos generales), lo que un trabajador que gana la remuneración mínima, significa un descuento mayor, sobre otro trabajador que gane cuatro veces más, el gasto mensual en ambos será lo mismo, pero el ingreso será distinto; sobre tal extremo, solo queda recordar, que el resarcimiento no es la búsqueda de un incremento patrimonial o forma de enriquecimiento, solo se busca reparar el daño sufrido es decir recuperar esa pérdida económica efectiva, como lo es la pérdida de la ganancia o lucro cesante, lo que se ciñe y se apega a la institución de la responsabilidad civil contractual así como al derecho al debido resarcimiento.

e.2. Cuando se Cumpla con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Trabajador o Acreedor. Es decir, cuando exista una diligencia ordinaria por el trabajador, que comprende el cumplimiento de su deber de mitigación de forma completa, esto es solicitar medida cautelar, ejecución anticipada etc., y sin mitigación del daño por parte del empleador, es el escenario que suele presentarse de manera habitual en los procesos de reposición laboral, siendo así se considerara el periodo total de despido, sin descuento, al cumplir el trabajador con su deber de mitigar y no presenciar una acción mitigadora por parte del empleador, es decir cuando se presente este escenario, sobre el cálculo inicial pretendido en la demanda, no existirá deducción alguna por parte del juez, para un dinámico entendimiento se gráfica:

Figura 5

Deber de mitigación practicado por el trabajador.



Como se observa, dentro el proceso de reposición laboral, el trabajador, más allá de instaurar o iniciar el proceso, el cual de por sí ya es una acción de mitigación, ha promovido diversas medidas legales que han reiterado una conducta diligente para verse menos dañado o perjudicado por el despido, como se observa al presentar una medida cautelar, medida cautelar especial, ejecución anticipada de sentencia y ejecución de sentencia, en todas a buscando insertarse en el daño a fin de que este se vea suprimido o mitigado; sin embargo, ante una acción nula de correspondencia ante estos pedidos por parte del empleador, es decir al no ejecutar estos pedidos de reposición provisional o definitiva, se evidencia un conducta de extensión o permanencia del del daño, pues no permite que el mismo se detenga; cuando se presenta un escenario así en los proceso de indemnización por despido, el trabajador deberá alegar su voluntad de cumplir con su deber de mitigar, adjuntando aquellas resoluciones judiciales que ordenan su reposición provisional o ejecutan la sentencia.

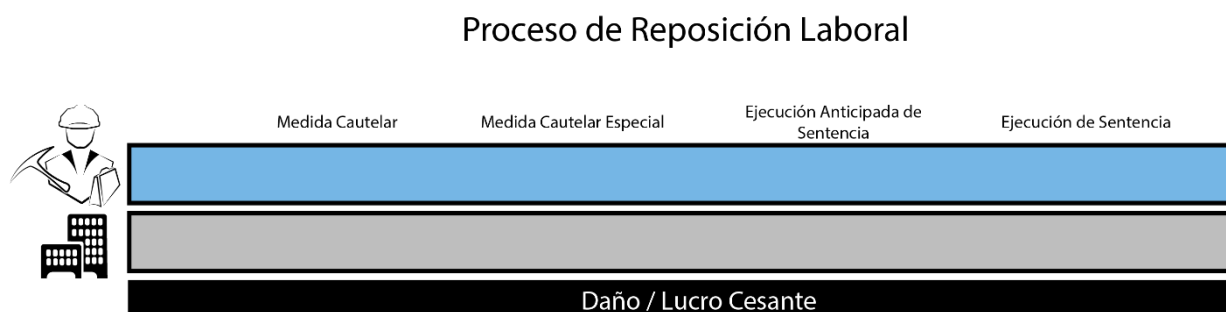
Un ejemplo corto sobre este escenario, es cuando el trabajador Juan, haya identificado el monto por lucro cesante o ganancia dejada de percibir a causa del despido, la suma de S/ 40,000.00 por el periodo de despido (descontados los gastos), siendo que ha interpuesto toda medida de mitigación dentro del proceso de reposición, el juez evaluara la conducta tanto del acreedor como del deudor, siendo esto así, no corresponderá descuento alguno por tal monto identificado como el lucro cesante dentro del proceso de indemnización, salvo una cuantificación que el juez pueda plantear por montos erradamente consignados, sin embargo no cabría

posibilidad de descuento por un actuar poco diligente, por el contrario se refuerza la tesis del incumplimiento de la obligación y la nula intención del deudor de mitigar o atenuar el daño que generó.

e.3. Cuando se Incumpla con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Trabajador o Acreedor. Una situación contraria a la planteada previamente, es la que se presenta con la nula promoción de alguna acción para mitigar el daño, si bien, el trabajador ha iniciado el proceso, que significa una voluntad de reducir el daño, también se presentan diversas etapas dentro del proceso de reposición donde es la propia ley que la otorga una facilidad en buscar su reposición al cargo del cual fue cesado, las cual puede ser la medida cautelar especial, al obtener sentencia favorable, le ejecución anticipada de sentencia y la ejecución de la sentencia, la cual se grafica de la siguiente manera:

Figura 6

Deber de mitigación no practicado por el trabajador



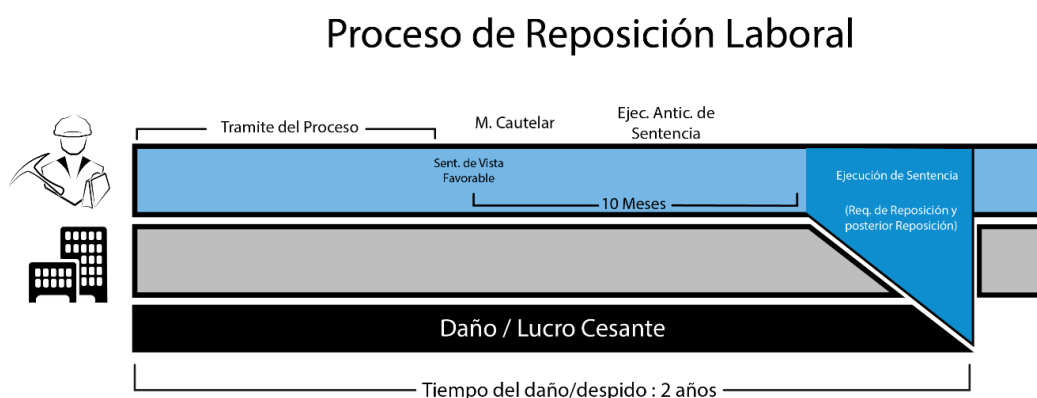
Como se observa, la ley a previsto diversos mecanismos para que el trabajador pueda requerir el cumplimiento de la sentencia de forma adelantada, lo que en el proceso de indemnización por daños y perjuicios puede traducirse como una acción para mitigar el daño, es decir la diligencia necesaria que practicará el trabajador para que este sea repuesto; por lo que, en caso en el proceso de reposición no se advierta estas acciones, el deudor o empleador, podrá alegar tal ausencia de voluntad por parte del trabajador a ser repuesto, con el histórico del expediente donde se advierta la no presentación de medidas cautelares o requerimientos de

reposición ante el juzgado, de esta forma el juez podrá evaluar la conducta del trabajador en el proceso de reposición, pudiendo deducir, hasta un cincuenta por ciento por dicho periodo de inacción del trabajador, pese a tener la posibilidad de poder exigirla, más allá de que si el empleador de o no cumplimiento a los pedidos judiciales de reposición.

Como ejemplo de este escenario, se tiene a Juan como trabajador despedido y posteriormente repuesto, quien en su demanda de indemnización, estima como monto por lucro cesante o ganancia dejada de percibir, la suma de S/ 40,000.00 ello por un periodo de cese de dos años, sin embargo, dentro del proceso de reposición, obtuvo sentencia favorable solo en segunda instancia, sin embargo, no promovió una medida cautelar especial o para obtener su reposición provisional, ni ejecución anticipada de sentencia, limitando solo a requerir su reposición en ejecución de sentencia, donde finalmente fue repuesto el trabajador, la cual significa un periodo de tiempo de diez meses en el cual Juan dejó de actuar de manera diligente, lo que supondría una reducción del monto final por lucro cesante, dicho ello se gráfica:

Figura 7

Deber de mitigación no practicado de forma diligente por el trabajador.



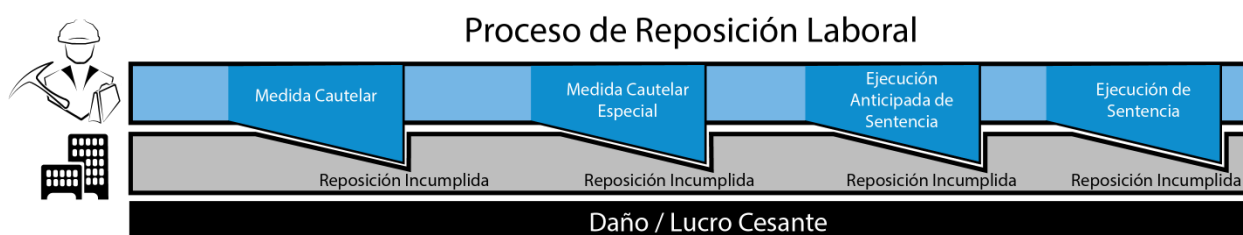
Se advierte que el periodo de despido duro dos años, de los cuales 10 meses, pasaron entre la sentencia de vista favorable, hasta la ejecución de sentencia, donde finalmente Juan fue repuesto, sin embargo, durante esos 10 meses el trabajador pudo accionar (medida cautelar o la ejecución anticipada de sentencia), sin

embargo, al no hacerlo, no a exteriorizado una voluntad de reingresar, por lo que el deudor puede alegar el incumplimiento de su deber de mitigar, y el juez descontar hasta el 50% del monto a resarcir por esos 10 meses, es decir para fines de este ejemplo, ese porcentaje supondría S/ 8,333.33, por lo que dicha monto deberá de ser descontado del lucro cesante total, dando solo la cantidad de S/ 31,667.00, ello solo al no accionar el trabajador cuando estaba facultado legal y procesalmente para hacerlo, en caso Juan no hubiere accionado medida alguna, solo correspondería el cincuenta por ciento del monto total del lucro cesante. Para aquellos casos en los cuales el trabajador dejo de actuar de manera diligente, el juez evaluara cada situación en concreto, por ejemplo si hubiera sido el caso de que Juan tuviera dos sentencias favorables y no adopto medida alguna; el empleador apela el auto de ejecución anticipada, así como postular una casación excepcional, que finalmente solo tuvieron efectos dilatorios, correspondería no aplicar el descuento del cincuenta por ciento de dichos periodos, pudiendo reducirlo por el actuar del empleador o deudor.

e.4. Cuando se Incumple con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Empleador o Deudor. Otro punto que debe tomar en cuenta el juez que ve la causa de indemnización por daños y perjuicios, además del actuar procesal del trabajador, es observar si el deudor o empleador ha cumplido con su deber de mitigar el daño, pues si bien el pedido nace del trabajador quien impulsa el proceso, los diversos requerimientos de reposición provisional o definitiva recaen en la voluntad del empleador, pues será este quien reintegrará al trabajador por orden del juez:

Figura 8

Deber de mitigación no practicado por el empleador.



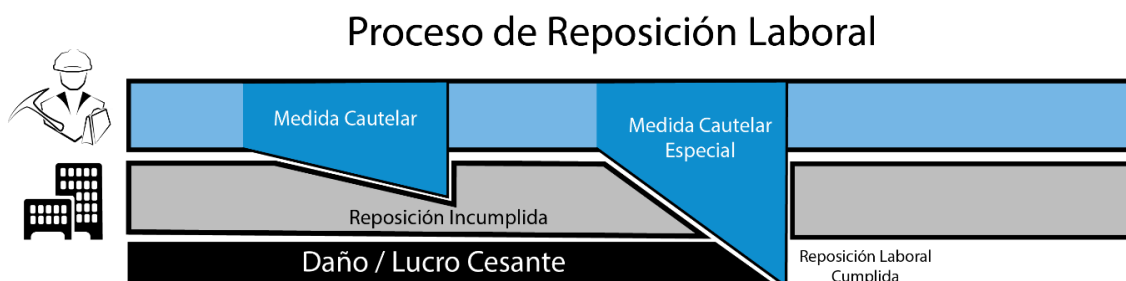
En este escenario se observa que es el empleador quien no permite o facilita la reposición del trabajador para que finalmente el daño sea mitigado o suprimido, pese a la existencia de diversos pedidos de reposición el deudor incumple con los mandatos judiciales lo que evidencia una conducta de extensión del daño, aun existiendo una orden del juez, o ante la existencia de una sentencia favorable, el deudor se presenta reacio al reintegro del trabajador, por diversos motivos, que solo significan una extensión del daño que finalmente deberá de ser resarcido.

Así el juez que ve la causa de indemnización, considerará tanto la voluntad del trabajador en petitionar su reintegro al trabajo y la negativa del empleador de darle cumplimiento a las órdenes judiciales, siendo así el trabajador podrá presentar los diversos requerimientos de cumplimiento tanto de la medida cautelar como de la ejecución anticipada o ejecución de sentencia, pues ante el reiterado requerimiento se advierte la nula voluntad del empleador en dar cumplimiento, debiéndose considerar el monto total por lucro cesante.

e.5. Cuando se Cumple con el Deber de Mitigar el Daño por Parte del Empleador o Deudor. Otra situación que puede presentarse en los proceso de reposición, se da cuando el empleador cumple con su deber de mitigar el daño ante algún pedido cautelar u otra orden judicial ya mencionadas, en esta situación queda en evidencia el cumplimiento de atenuar el daño, por tal que el mismo se reduzca o suprima en su totalidad, lo que sin duda se verá reflejado en un futuro proceso de indemnización, respecto al lucro cesante, o incluso en otros tipos de daños resarcibles, el cumplimiento del deber de mitigar por el deudor en tanto a una orden judicial se puede graficar de la siguiente manera:

Figura 9

Deber de mitigación practicada por el empleador por pedido del trabajador.



Fácilmente se comprende que el deudor o empleador, atiende el pedido de reincorporación a su centro de trabajo por parte del acreedor o trabajador, es decir el deudor cumple con su deber de mitigar el daño, por lo que en un futuro proceso de indemnización, podrá invocar dicha conducta favorable, adjuntando para tal efecto el acta de reposición provisional o definitiva, acreditándose de esta forma que el daño por lucro cesante ha cesado o reducido, siendo así el juez de la causa, podrá cuantificar un monto de acuerdo al daño efectivamente sufrido, y no sobre el periodo total de despido, pues el deudor habría cumplido con enervar el daño en cierta medida.

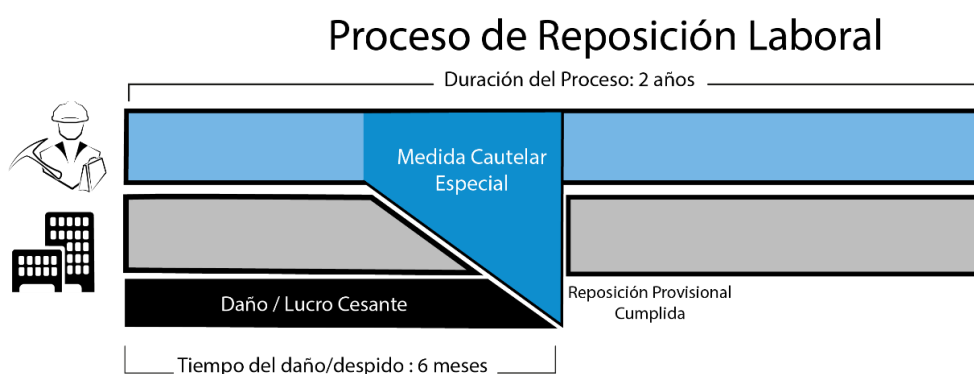
Para determinar de manera adecuada el lucro cesante, deberá de verificarse, los ingresos perdidos y los nuevos ingresos obtenidos con la reposición, es decir en caso de ser repuesto con un ingreso económico inferior al que se ganaba antes del despido, deberá de identificarse la diferencia entre ambos montos para que finalmente sea resarcido el monto faltante que no deja de ser parte del lucro cesante.

Un ejemplo de esto, cuando Juan estime un monto por indemnización, por periodo de dos años que duro el proceso, y donde finalmente se le repuso de manera definitiva, proponiendo como lucro cesante el monto de S/40,000.00, sin embargo, durante el proceso se obtuvo sentencia de primer grado favorable y como consecuencia de ello se interpuso una medida cautelar especial de reposición provisional, pero el trabajador Juan en su demanda de indemnización no descontó tal periodo, proponiendo el periodo total que duro el proceso como el periodo del daño, es así que el empleador en este proceso de indemnización adjunta el Acta de

Reposición Provisional en cumplimiento de la medida cautelar, este ejemplo se grafica de la siguiente manera:

Figura 10

Deber de mitigación practicado por el empleador y la reducción del resarcimiento por lucro cesante del trabajador.



Se observa, que el deudor/empleador accedió al reingreso del acreedor a su puesto de trabajo, es decir dio cumplimiento a la Medida Cautelar Especial, por lo que el daño a resarcir será solo desde el despido hasta su reposición provisional periodo de tiempo que solo duro 6 meses, pues además de haber cumplido con su reposición provisional, concluido el proceso de reposición de manera favorable se le repuso de forma definitiva significando ello que el daño solo tuvo una extensión de seis meses, y no como contrariamente se suele postular, que el daño se da por la extensión de todo el periodo de tiempo que duro el proceso de reposición, si bien en determino casos puede ser así, cuando el deudor cumple con mitigar el daño, este deja de generar un perjuicio, siguiendo su curso habitual el proceso de reposición hasta su efectiva conclusión.

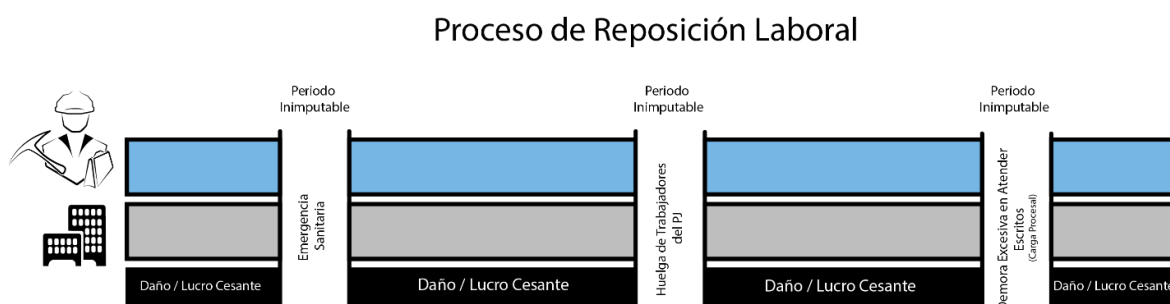
e.6. Cuando exista carga procesal, situaciones imprevisibles o externas no atribuibles al deudor. Este escenario se caracteriza por aquellas circunstancias en las que el deudor o empleador no interfiere de forma alguna en la prolongación del daño, sin embargo, se ha generado una demora o un retraso en el propio tramite del proceso de reposición, entre estos pueden ser la carga procesal, situaciones

imprevisibles como accidentes naturales, estados de emergencia, colapso de base de datos etc. o situaciones externas como huelga de trabajadores; en estos casos, se generó indudablemente demoras en el trámite del proceso de reposición.

De esta forma el deudor deberá de identificar dichas causas no atribuibles a su conducta y acreditarlas en el proceso de indemnización, pues si bien que por causas ajenas a las partes el proceso ha concluido tiempo después del que debía, no corresponde su imputación al deudor o acreedor, por lo que deberá de ser deducido o descontado al periodo total del daño, es así que se grafica lo siguiente:

Figura 11

Periodos inimputables al empleador, deducibles al cálculo del resarcimiento por lucro cesante del trabajador.



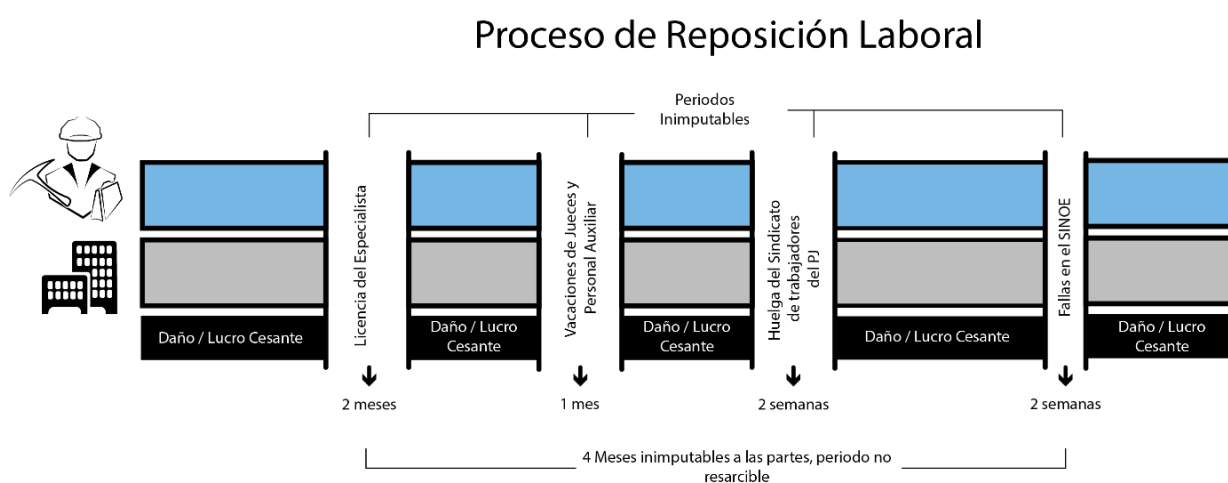
Al igual que los casos previos explicados, estos periodos de inimputabilidad serán descontados del cálculo final por lucro cesante, pues se tratan de hechos aislados y particulares en las que el deudor ni el acreedor han interferido, lo que significa que será un tiempo que deba ser resarcido por el deudor, ya que no ha propiciado que se genere, por lo que no es imputable a su conducta y en consecuencia al daño que se desarrolle durante dicho periodo.

Un ejemplo de este escenario, es cuando el trabajador Juan peticiona en su demanda de indemnización el pago de una reparación por el despido, que asciende a s/ 40,000.00, por el despido por el periodo de 2 años que duro su despido, sin

embargo, el deudor advierte que, durante el proceso de reposición, existieron diversas causas que paralizaron las actuaciones judiciales, por lo que, sumadas, comprenden un lapso de 4 meses que no deberán de imputársele al deudor, pues es ajeno a su actuación:

Figura 12

Identificación de periodos inimputables al empleador, por tal deducibles o no cuantificables en el cálculo del resarcimiento por lucro cesante.



Del diagrama presentado, durante el proceso de reposición existieron diversos periodos inimputables, por un lado la licencia del especialista, genera una demora de las resoluciones judiciales, lo que puede significar parte de la carga procesal, pues al volver de su licencia tendría que proveer escritos acumulados, además de las vacaciones de los jueces que existe en febrero de cada año, donde no se desarrollaran audiencias o diligencias, de igual manera la huelga de trabajadores y fallas presentadas en el sistema *SINOE*, lo que en la suma de estos periodos comprende un total de 4 meses que deberán de descontarse al periodo general que presuntamente habría durado el despido, es decir de los 2 años planteados en la demanda de indemnización, el juez evaluando los periodos inimputables descontara, es decir los cuatro meses comprenderían S/ 6,667.00, los cuales se descontaran de los S/40,000.00 planteado inicialmente, dando como resultado

S/33,333.00, siendo el monto real de reparación por el despido y no el planteado inicialmente por el agraviado.

Es importante destacar, que no toda carga procesal deberá de ser descontada, pues, cierta demora es normal o habitual en el Poder Judicial, siendo este un ritmo habitual, no resultaría razonable descontar periodos de tiempo en el cual el juzgado ha demorado en proveer o atender algún pedido, si es que se hizo dentro del margen de lo que se considera habitual o normal, contrario a ello, sería al tratarse de demoras excesivas, incluso de meses en atender el pedido de las partes, emitir sentencias entre otros.

De lo desarrollado en estos apartados, se puede identificar de manera practica aquellas deducciones no imputables a la partes, ya que se configuran al momento de incumplir con el deber de mitigar el daño por parte del agraviado, o al advertir la nula voluntad del deudor de no detener el daño que causo con el incumplimiento del contrato de trabajo, todo esto deberá de ser considerado por el juez de la causa que practicará y determinará un quantum por lucro cesante de la manera más objetiva que le pueda permitir al momento estudiar los facticos y los medios probatorio que acreditan o no la mitigación o inimputabilidad, dando como resultado un pronunciamiento más certero y evidenciando la afectación real en las ganancias dejadas de percibir, entonces la especifica identificación del daño, ayuda a que el juzgador aproxime el concepto de resarcimiento de manera más idónea y debida.

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN

De lo desarrollado en esta investigación, corresponde la debida concatenación entre los objetivos propuestos de manera inicial, así como el desarrollo teórico desplegado en la extensión de esta tesis, dando finalmente respuesta a cada una de las interrogantes planteadas, los cuales se disgregan a continuación.

Primera Interrogante Específica

¿Cómo la institución de la responsabilidad civil se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicio?

De lo visto en las bases teóricas desarrolladas, así como el problema identificado en la búsqueda de responder la primera interrogante específica, se ha analizado como pilar o categoría jurídica básica la responsabilidad civil contractual, entre estas el cumplimiento irrestricto de los elementos que la componen, como son la antijuridicidad el daño, el nexo causal y el factor de atribución; en materia laboral esto no es distinto, ya que se exige el cumplimiento de las mismas para que efectivamente se esté hablando de responsabilidad civil, el problema identificado, es analizar si efectivamente esta institución se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales, lo cual no sucede; se ha estimado conveniente rescatar diversos pronunciamiento judiciales así como el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2019, en los cuales se ha identificado diversas debilidades o falencias jurisdiccionales que promueven o propicia la vulneración a la institución de la responsabilidad civil por tal a la indemnización por daños y perjuicios,

Por un lado, el Pleno Laboral del 2019 en su Tema I, ha establecido que los trabajadores que hayan prestado servicios o laborado luego del despido o cese arbitrario de su empleador, serán pasibles al descuento o deducción del monto del resarcimiento por aquel periodo laborado, como prueba y aplicación de este criterio se ha advertido diversos pronunciamientos que la aplican o estiman la deducción del monto del resarcimiento por el hecho de haber trabajado para otro empleador;

pese a que en materia laboral se identifica el cumplimiento pleno de todos los elementos de la responsabilidad civil el propósito de este es buscar el resarcimiento por el daño generado por el deudor y no por uno tercero ajeno a esta relación entre agresor y agraviado.

Esta ausencia en la cobertura integral de la responsabilidad civil se ha reconocido en determinados pronunciamientos de la Corte Suprema, como es la Casación Laboral N.º 10956-2017 Tacna, en la cual se llega a una premisa clara, esto es que resulta absurdo que el trabajador agraviado, quien ejerció su derecho al trabajo, genere ingresos y que estos sean descontados del lucro cesante, llegándose al extremo de una exoneración parcial al deudor o victimario, esto de colige con la identificación plena del resarcimiento, ya que este busca reparar todos los daños que se generó con el despido, ya que la doctrina ni la ley han reconocido una suerte de reparación del daño por la propia víctima, es incluso absurdamente violatorio a los derechos de la víctima.

La responsabilidad civil contractual, nace por el incumplimiento del contrato de trabajo entre trabajador y empleador, y ante la inexecución de la obligación por este último, corresponde indudablemente un resarcimiento por el daño generado por este incumplimiento contractual, lo que decanta en la propia identificación de los diversos tipos de daños generado por el despido, como pueden ser el daño moral, emergente u lucro cesante, entonces, no se puede hablar de una cobertura íntegra de la institución de la responsabilidad civil contractual, si es que el daño a resarcir o reparar por parte del empleador o deudor se verá reducido con los actos de propia subsistencia humana que practique el trabajador luego del despido, como lo es el ejercicio de su derecho al trabajo y consecuentemente generar ingresos económicos.

Segunda Interrogante Específica

¿De qué manera de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario reduce la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor?

Ha quedado plasmado en las bases teóricas desarrolladas, que no existe una relación directa entre los ingresos percibidos de un trabajador durante el cese arbitrario y que estos sean causales de reducción de la responsabilidad civil patrimonial de empleador, ya que generar o crear ingresos económicos por parte del trabajador, se encuentra ligado al ejercicio de su derecho al trabajo, por lo que no podría verse reducido el nivel de responsabilidad el empleador con el trabajo del acreedor.

La responsabilidad civil patrimonial, al estar ligada a la pérdida económica del acreedor, se enmarca en aquellos ingresos previsibles o aquel empobrecimiento del trabajador (lucro cesante y daño emergente respectivamente); de forma específica se ha desarrollado en esta investigación respecto al lucro cesante, es decir aquellas ganancias dejadas de percibir, por lo que se destaca el nexo causal entre el despido y la pérdida económica (daño) propiciado por el empleador, siendo así, los ingresos económicos externos del acreedor (ajenos a esta relación obligacional naciente del contrato de trabajo), no corresponde ser insertadas en el marco de la responsabilidad civil entre trabajador y empleador, pues esto significaría que parte de la responsabilidad civil del empleador se vería excluida a ser resarcida o por el contrario, sería reparada directamente por la nueva remuneración que perciba el trabajador despedido en un nuevo empleo.

Sin embargo, se ha identificado también, que existe un escenario en el cual sí puede verse reducida la responsabilidad civil patrimonial del empleador, y ésta se da cuando es éste quien ha cumplido con su deber de mitigar el daño, es decir, que el deudor a resarcido o reparado el daño de manera previa la instauración de un proceso de indemnización por daños y perjuicios, sobre esto se abordó de manera amplia el deber de mitigar el daño, donde la jurisprudencia extranjera, ha hecho mención a esta institución jurídica, y que en sede nacional es denominada como liberación del resarcimiento; del análisis de dicha figura jurídica, se ha podido identificar también que será el deudor quien deberá practicar este deber, ya que el resultado de esto, significaría una reducción final en el nivel de afectación del daño producido por el despido.

El deber de mitigación del daño ha sido identificado como aquella acción del daño para verse menos afectado, sin embargo, ello no es exclusivo solo al agraviado, sino también al agente agresor, si bien la regla actual en el derecho positivo, es que ésta deba ser practica por el acreedor, es necesaria su inclusión y promoción legislativa como el deber también del deudor, ya que en la práctica jurídica, sí se practica; por ejemplo en los procesos laborales, se ven en la reintegración o reposición laboral del trabajador de manera provisional, en este escenario, si bien por mandato judicial, el trabajador es repuesto de manera precautoria en un futuro proceso de indemnización, el deudor puede alegar que aquellos ingresos percibidos durante el periodo de cese, corresponden en cierta medida (en caso sea así) a una reposición provisional al mismo empleo del cual fue cesado, por lo que finalmente el juez que ve la controversia de indemnización, advertirá que el deudor, practicó una reposición provisional en favor del acreedor, dando como resultado la reducción de la responsabilidad civil en el aspecto patrimonial o lucro cesante en favor del empleador.

Tercera Interrogante Específica

¿De qué forma la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario afecta el derecho a la reparación integral?

Según lo estudiado, la reparación integral importa alcanzar, en medida de lo posible, una cobertura del daño de manera total, es decir se buscara reparar en medida de lo objetivamente corroborable o de lo subjetivamente esperado, por aquel quien ha generado el daño; se entiende entonces que la reparación integral además de comprender la restitución al momento previo del daño, en este caso la reposición del trabajador, debe existir un resarcimiento por el daño material causado, o a palabras del Tribunal Constitucional como la Tutela Reparadora, entendiéndose por el daño moral, daño emergente o lucro cesante. Habiéndose centrado esta investigación en el daño emergente, no debe entenderse como conceptos irrazonados o descabellados, lejanos a una certeza o previsibilidad; entendiendo que el trabajador ha sido restituido en su puesto de trabajo, corresponde

también, en aras de una reparación integral, resarcirlo en un aspecto económico, específicamente la indemnización por el lucro césante, el cual es entendido como todo aquel ingreso previsible que el trabajador debía percibir en caso no hubiera existido el despido, entre estos ingresos perdidos, además del monto de su remuneración se ve comprendido, las gratificaciones, compensación por tiempo de servicios y otros que formarían parte de su esfera patrimonial de libre disposición, de esta manera la reparación integral, en su aspecto económico como el lucro cesante, será aquella que se ciña de manera estricta sobre estas ganancias dejadas de percibir.

De esta forma se entiende que la reparación integral buscara, no un resarcimiento desproporcionado, tanto por ser muy ínfima o por ser muy elevada, si no el reconocimiento claro de aquello perdido, específicamente (al ser parte de esta investigación) el lucro cesante, aquellas ganancias truncadas o perdidas producto del despido, pues no se trata de un mero cálculo efectuado de manera ligera en un sentencia, ya que la reparación integral es el derecho de toda persona a ser reparada por el daño real sufrido, premisa vigente y reconocida en diversos pronunciamientos internacionales. Identificar conceptos deducibles como incumplimiento de deber de mitigar el daño, o causas inimputables al deudor, forma parte de una reparación integral, pues deberá tener en cuenta cada uno de los elementos reales a considerar para determinar el daño de manera cierta.

De esta forma, al igual que la segunda interrogante específica, cuando hablamos de deducciones de los ingresos percibidos durante el cese, nos encontraremos en dos escenarios determinantes, en los cuales uno si afectará la reparación integral mientras que el otro será el cumplimiento efectivo de este principio.

El primer escenario, se da cuando el juzgador aplique o deduzca los ingresos del agraviado o acreedor que obtuvo como parte del ejercicio de su derecho al trabajo; siendo en este caso que el trabajo realizado sea ante otra empresa o producto del autoempleo, como se ha señalado la reparación integral será identificar el daño real, previsible y certero, por lo que parte de la reparación no solo será identificar los daños si no que el responsable sea quien los repare, si bien por un lado se puede

haber cumplido con reponer al trabajador (lo que forma parte de la reparación), en el aspecto económico deberá de cumplirse también con el resarcimiento respectivo, de esta forma cuando el juzgador estime reducir al quantum indemnizatorio, aquella ganancia externa que el trabajo obtuvo producto de su trabajo; se estaría transgrediendo el derecho a la reparación integral, pues no se trataría de una reparación el daño de forma total por el empleador, si no que se estaría descartando parte del daño y parte de la responsabilidad del agresor, dando como consecuencia la afectación al derecho a la reparación integral.

El segundo escenario, en el cual puede considerarse que no se afecta el derecho a la reparación integral, es aquel donde es el propio deudor o agente agresor quien cumpla o ejecute prácticas de mitigación del daño o resarcimiento adelantado, es decir que aquellos ingresos que sean generados por una reinstalación precautoria o reposición provisional son deducibles al monto de resarcimiento, por ello no afectan el derecho a la reparación integral.

Cuarta Interrogante Específica

¿Cómo el ejercicio del derecho al trabajo es un eximente de responsabilidad contractual patrimonial en favor del empleador victimario?

Previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en nuestra carta magna, el derecho al trabajo supone parte fundamental de la persona y un rol sustancial para el estado, pues de su ejercicio depende la propia subsistencia de la economía nacional, además de un derecho, es un deber, ya que una persona al practicar este derecho, no solo asegura su propia subsistencia, sino de aquellos que dependan de él o que se encuentren bajo su cuidado. Además de significar para las personas, sentido de pertenencia y utilidad social, es responsabilidad del estado velar por la obtención de un trabajo remunerado y su conservación.

En esta línea, el derecho al trabajo, en su rol sustancial para el estado y para las personas, así como su protección constitucional y su naturaleza de derecho humano, no puede ser utilizada como un eximente de responsabilidad, pues ello resultaría abiertamente violatoria a la propia naturaleza de este derecho, como se

menciona, la conservación del mismo forma parte integrante del derecho al trabajo, entonces, cuando se hable de responsabilidad civil contractual patrimonial, no puede alegarse que el ejercicio del derecho al trabajo (la remuneración ganada) será deducida de la reparación por el despido.

Por un lado, la conservación del trabajo ha sido transgredida por el empleador que despidió de manera arbitraria al trabajador, entonces esta transgresión no puede ser premiada o ignorada por los jueces al momento de determinar el daño patrimonial sufrido (lucro cesante) es decir, al momento de resolverse una causa de indemnización por daños y perjuicios por un despido arbitrario, no puede utilizarse un derecho fundamental como eximente de la inejecución de las obligaciones de forma parcial o total.

Esto sucede con el Tema I del pleno laboral del 2019, donde se ha uniformizado el criterio de que al monto de reparación se deducirá aquellos ingresos que el trabajador perciba durante el cese, esto encubre un eximente total o parcial de responsabilidad del agresor, pues se está utilizando un derecho fundamental para que el empleador no repare el daño como es debido, pues es casi improbable pensar que una persona no buscara su propia subsistencia con un nuevo empleo, por lo que este pleno solo ha reforzado la disparidad entre trabajador y empleador, ahora con el respaldo jurisdiccional; considerar el ejercicio del derecho al trabajo como un eximente (total o parcial) de responsabilidad civil tiene su sustento en aquellos jueces que aplican el pleno aludido, o no de aplicarlo, consideran que el obtener un empleo durante el cese, es motivo para reducir o desmejorar el resarcimiento del trabajador agraviado.

Quinta Interrogante Específica

¿De qué manera es respetuoso de los derechos del trabajador el acuerdo adoptado en el tema I del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019 para los procesos de indemnización por daños y perjuicio?

Lo que respecta a los derechos del trabajador agraviado, comprenden no solo el derecho al trabajo, abarcado en el objetivo específico anterior, sino también

el derecho a un pronunciamiento judicial que posea una debida motivación, que a su vez deberá contener la aplicación y respecto máximo al *derecho tuitivo laboral*, *principio indubio pro operado* y *principio pro homine*, los cuales nacen para su aplicación efectiva en los procesos laborales.

Por otro lado, el Tema I del pleno laboral del 2019, transgrede estos derechos de forma parcial, puesto que su aplicación se hace de manera errónea, lo que conduce al incumplimiento de una reparación integral en su conjunto, esto se advierte por un lado, cuando se fija que el lucro cesante serán todos los ingresos dejados de percibir descartando que el lucro cesante serán las remuneraciones no percibidas, sin embargo, las decisiones judiciales se esfuerzan en solo considerar la remuneración neta percibida y descartar otros ingresos previsibles que se obtendrían de manera directa e inmediata por el contrato de trabajo; que, sin embargo, se vieron frustradas al momento de despedir de manera arbitraria al trabajador, por lo que si bien el pleno ha fijado una regla clara en tanto al lucro cesante, su aplicación es deficiente, vulnerándose así el derecho a la reparación integral del trabajador agraviado

En el mismo pleno, se plasma que deberá deducirse los ingresos obtenidos durante el cese, lo que ya se ha discutido en los párrafos previos, sin embargo, en su conjunto el Tema I del pleno no ha considerado los principios que rigen al derecho laboral y las relaciones de trabajo, entre estos el derecho tuitivo laboral, que supone la máxima protección que brinda el estado a los trabajadores, practicado por los que representan y ejercen la administración de justicia; los jueces de manera individual o en su conjunto, incumplen el derecho tuitivo laboral al momento de aplicar los criterios actuales sobre la indemnización por despido arbitrario, donde favorecen y propician un manto de protección al empleador que ha incumplido su obligación contractual, ignorando así el rol fundamental no solo del estado si no de sus representantes, como lo son los jueces o magistrados.

Se tiene que el pleno a nacido para uniformizar criterios que divergen en su decisiones, y a fin de que estos guarden uniformidad es que los jueces reunidos han decidido adoptar un criterio, sin embargo, la postura ganadora, no ha considerado mínimamente el principio pro operario y principio pro homine, ya que no solo se

trata de aclarar puntos específicos sobre la responsabilidad civil en el derecho laboral, si no de identificar las debilidades propias del trabajador en la relación laboral así como en los procesos judiciales seguidos contra sus empleadores, de esta forma, si bien el pleno no es una ley o norma de cumplimiento obligatorio, a uniformizado una postura que incumple o ignora estos principios relevantes para el derecho de los trabajadores, ya que en lo que respecta al principio pro operario, debe velarse a la dignidad del trabajador así como un equilibrio de poder o posiciones; en el pleno o su aplicación no se vela por la dignidad del trabajador despedido, incluso fortalece esta desigualdad entre trabajador y empleador en favor de este último.

En esa misma línea, tanto la aplicación de la norma más favorable y el principio pro homine, se han descartado en el Tema I del pleno del 2019, pues carece de respaldo legal no solo por la trasgresión a la responsabilidad civil contractual (reparación integral), si no al incumplimiento en los principios y pilares básicos del derecho laboral, ignorando toda protección jurisdiccional que debe poseer el trabajador, con un ánimo que se presume en el favorecimiento del empleador y que a lo largo de esta investigación se ha podido develar.

Interrogante General

¿Se vulneraría la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado al trabajador?

De la investigación realizada y del propio análisis generado por el estudio en conjunto de la información recopilada en función de los objetivos específicos planteados, se ha logrado alcanzar responder la interrogante general de esta investigación a fin de determinar aquellos aspectos esenciales de la responsabilidad civil, la misma que surge por la inejecución de la obligación pactada en el contrato de trabajo, en mérito a una homogenización de criterios judiciales referidos al resarcimiento que se practica por el despido de un trabajador, en el rubro específico del lucro cesante.

En primer lugar se identificó que la institución de la responsabilidad civil, no se encuentra cubierta de manera íntegra, pues existe un criterio adoptado por los jueces laborales, en los cuales se acordó que el trabajador cesado que instaure un proceso de indemnización por despido arbitrario, y que en el monto de resolver su pretensión se descontarán el periodo que obtuvo ingresos económicos, vale decir que esta obtención de ingresos económicos es plenamente el ejercicio de su derecho al trabajo, es decir el empleador sería salvado de forma total o parcial de su responsabilidad en caso el trabajador despedido opte por ejercer su derecho al trabajo, esta interpretación o criterio adoptado indudablemente va en contra de la institución de la responsabilidad civil.

Así también, se ha identificado que los ingresos que perciba el trabajador durante la extensión del cese, no deberán de ser deducidos o descontados del quantum de indemnización por lucro cesante pues ello significa que la responsabilidad civil del empleador que genere el daño se vea reducida sin ejecutar acto de resarcimiento alguno, lo que abiertamente transgrede a la institución de la responsabilidad civil; sin embargo, se ha destacado una única excepción y esto es cuando el empleador practique o ejecute su deber de mitigar el daño, esto se manifiesta con la reincorporación o restitución a su puesto de trabajo de manera precautoria o provisional de aquel trabajador despedido, hasta que exista un pronunciamiento judicial definitivo, de esta manera se podría hablar de una forma de resarcimiento adelantado por parte del empleador, pues el trabajador realmente estaría percibiendo ingresos durante el periodo del despido, aunque es claro que esta excepción se presenta en un momento posterior al daño y que muchas veces se espera un pronunciamiento judicial definitivo, por lo que hablando de manera estricta en relación al problema planteado en esta investigación, el cual habla solo sobre aquellos descuentos que se hacen cuando el trabajador presta servicios o labora para otro empleador durante el cese arbitrario sí se estaría incurriendo en la vulneración a la institución de la responsabilidad civil, pues modifica el contenido esencial del mismo, el cual busca una reparación integral de la víctima.

Uno de los ejes centrales desarrollados en esta investigación, es aquella identificada como el ejercicio del derecho del trabajo como un eximente de la

responsabilidad civil contractual del empleador, ya que los actuales pronunciamientos judiciales, con respaldado del Tema I del Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, han estimado conveniente reducir aquellas ganancias obtenidas por un trabajador cuando al ser cesados han buscado un sustento para sí mismo y para los que de él dependan, ha quedado claro que el derecho al trabajo es un pilar fundamental para la sociedad, la persona y para el estado, por lo que toda practica relacionada a esta no deberá ser utilizada como eximente de la responsabilidad de los empleadores que han despedido de manera arbitraria a sus trabajadores, pues es justamente el actual criterio que se viene aplicando, por lo que utilizar el derecho al trabajo como eximente de responsabilidad si afecta la institución jurídica estudiada.

Finalmente, se ha analizado el Tema I pleno del 2019, donde se ha visto que parte de esta vulneración de los derechos de los trabajadores; se desprende en la inaplicación irrestricta de los principios básicos y esenciales del derecho laboral, entre estos el rol tuitivo laboral, función que el estado debe cumplir, así como sus funcionarios o servidores que los personifican, entre ellos los jueces, siendo aquellos que representan y administran justicia a nombre del estado, deben ceñirse y dar cumplimiento efectivo de este rol tuitivo que las leyes y el derecho han convenido en reconocer en favor a los trabajadores por la propia naturaleza de desventaja en al que se encuentran frente al empleador. La vulneración de los derechos de los trabajadores se observa también en la inaplicación de la norma más favorable en favor a ellos, pues no se prima el cumplimiento cabal de la institución de la responsabilidad civil aun tratándose de que las víctimas del despido son trabajadores, reflejando con ello el incumplimiento del principio indubio pro operario e ignorando su propia calidad humana vulnerable, no solo como víctima de un despido si no como parte débil de la relación laboral, esta disparidad entre empleador y trabajador se ha visto extendida en sede judicial, advirtiendo el irrespeto al principio pro homine, el cual es de gran relevancia para el derecho y dentro de este, para la institución de la responsabilidad civil contractual laboral a raíz del incumplimiento del contrato de trabajo.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

Conclusión del Primer Objetivo Especifico

La institución de la responsabilidad civil no se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios, pues son los pronunciamientos judiciales uniformizados con el Pleno Laboral del 2019, los que han previsto la deducción de los ingresos económicos del trabajador, producto de su ejercicio de su derecho al trabajo, no encontrándose el respeto de la responsabilidad civil contractual, ya que se trasladado parte de la reparación al trabajador despedido.

Conclusión del Segundo Objetivo Especifico

Los ingresos percibidos durante el cese arbitrario no reducen la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor, de manera estricta, ya que todo ingreso económico del trabajador durante el periodo de cese arbitrario, no deberá ser descontando el quantum por indemnización, pues se trata del ejercicio de su derecho constitucional al trabajo; siendo viable solo las deducciones los ingresos económicos cuando el empleador practique su deber de mitigar el daño, lo que se verá reflejado en la reducción de la responsabilidad civil patrimonial del empleador.

Conclusión del Tercer Objetivo Especifico

Se afectará el derecho a la reparación integral cuando el juzgador deduzca del quantum indemnizatorio los ingresos del trabajador percibidos como resultado de su trabajo, pues se estaría extrayendo parte de la responsabilidad del agresor, ya que no solo se trata de reponer el trabajo e identificar el daño, si no que sea el propio agresor quien lo repare, en este caso en su aspecto económico como lo es el lucro cesante. No se afectará el derecho a la reparación integral cuando sea el empleador o agresor quien ejecute prácticas de mitigación del daño que tengan como resultado el generar ingresos económicos a la víctima como es la remuneración.

Conclusión del Cuarto Objetivo Especifico

El ejercicio del derecho constitucional al trabajo como eximente de responsabilidad civil, solo se verá aplicado, cuando el empleador practique su deber de mitigación del daño, como una forma de resarcimiento adelantado, mientras que no exista el cumplimiento de dicho deber, el derecho al trabajo no puede ser utilizado como eximente de responsabilidad ya que ese derecho se vulneró por el empleador, hacerlo significaría reducir la responsabilidad del daño generado por este último, reforzando la desigualdad entre trabajador y empleador, esta vez en sede judicial y con el respaldo jurisdiccional.

Conclusión del Quinto Objetivo Especifico

El acuerdo adoptado del Tema I del pleno laboral del 2019, no es respetuoso de los derechos del trabajador, ya que no contempla una protección al derecho a una reparación integral, ya que tiene como premisa la deducción de ingresos que provienen el propio ejercicio del trabajo de la víctima, como consecuencia de ello se ve afectada la institución de las responsabilidad civil contractual, además de que los jueces que aplican este criterio, incumplen con el rol tuitivo laboral como representantes de la administración de justicia del estado, a su vez se advierte la inaplicación de la norma más favorable y el principio indubio pro operario, lo que en su conjunto permiten evidenciar una gama de derechos de los trabajadores agraviados que no han sido respetados.

Conclusión del Objetivo General

La responsabilidad civil contractual se ve vulnerada, cuando se deducen los ingresos que el trabajador cesado ha obtenido para su propia subsistencia, en ejercicio de su derecho al trabajo, ganancias que, al ser descontadas, desmejoran el resarcimiento en el extremo del lucro cesante, ello en favor del deudor/empleador, pudiendo eximir a este último en parte o por el total de la responsabilidad del daño generado por el despido arbitrario producto del incumplimiento del contrato de trabajo.

CAPÍTULO VII. RECOMENDACIONES

En primer lugar, al legislador, se recomienda el estudio de la situación real de los procesos de indemnización por daños y perjuicios o por inejecución de las obligaciones de los contratos de trabajo, a fin de que legisle a favor del fortalecimiento de estas instituciones jurídicas, los cuales presentan un debilitamiento en tanto al respecto de los pilares o derechos básicos y esenciales en las relaciones de trabajado, así como el rol que juega la administración de justicia, esto por no aplicarse de forma estricta del derecho tuitivo laboral, la permanente disparidad entre empleador y trabajador extendida a las instancias judiciales, teniendo como consecuencia la transgresión a la institución de la responsabilidad civil.

En segundo lugar, a los operadores de justicia en material laboral; se recomienda practicar la evaluación real y efectiva del respeto a las instituciones jurídicas como la responsabilidad civil, esto la identificación estricta del daño causado por los empleadores al despedir a un trabajador, daño reflejado en el lucro cesante, daño moral y emergente; además de considerar en todo nivel y en la medida que sea razonable el rol tuitivo del estado en función a la parte más débil, como lo es el trabajador despedido, así como la erradicación en la disparidad judicial en favor del empleador.

En tercer lugar, a los empleadores, se recomienda ejecutar sus actuaciones de dirección y sanción en base y respeto estricto a los derechos fundamentales, primando el derecho al trabajo y el debido procedimiento, en caso se considere que el trabajador cometido una falta grave; en caso se configurarse el despido y advertir que el trabajador cuenta con certeza de ser repuesto, se recomienda practicar el deber de mitigar el daño, esto es cumplir con su reposición provisional o definitiva de ser el caso, ello a fin de no acumularse un monto por resarcimiento mayor que significaría una reducción a su patrimonio. Se recomienda a los trabajadores cesados o despedidos que sigan procesos de reposición, ejecutar toda medida de mitigación del daño, esto es tener un rol activo y diligente para reingresar a su puesto de trabajo, caso contrario tal inacción supondría el desinterés de su parte en ser repuesto lo que se materializa en un monto menor a resarcir a su favor.

REFERENCIAS:

- Ayala Lopez, D. (2024). Algunas consideraciones sobre el deber de mitigación del daño: perspectiva y aplicación por los Tribunales Arbitrales. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*(14), 108-109.
<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/article/view/3177>
- Badilla, A. y Urquilla C. (2008). El derecho a la Trabajo en el sistema interamericano de derechos humanos. En *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano* (págs. 189-208). IIDH.
<http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a22091.pdf>
- Beltrán Pacheco, J. (2010). *Código civil comentado - Tomo VI* (Tercera ed.). Gaceta Jurídica.
- Borrajó Dacruz, E. (2014). *Introducción al Derecho Español de Trabajo* (23a ed.). Tecnos.
- Bringas Díaz, G. (2017). Resarcimientos adicionales a la indemnización por despido arbitrario. *Boletín 72 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, 4.
https://www2.trabajo.gob.pe/archivos/boletin/bvice/Boletin_72.pdf
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (30a ed.). Heliasta.
- Cadena Baquero, M. (2022). El in dubio pro operario y su correcta aplicación para los administradores de justicia. *USFQ Law Review*, IV(2), 45.
- Caso Canales Huapaya Vs Perú. (24 de Junio de 2015). Caso N° 2.214/165. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_296_esp.pdf
- Caso Trabajadores Cesados de PetroPerú y Otros Vs. Perú. (23 de Noviembre de 2017). Caso N° 11.602. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. (24 de Noviembre de 2006). Caso N° 11.830 y N° 12.038. Corte Interamericana de

Derechos Humanos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Castillo Freyre, M., y Rivas Caso, G. (2014). La diligencia y la inejecución de las obligaciones. *Ius Et Veritas*(48), 130-141.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11913>

Castillo Freyre, M., y Sabroso Minaya, R. (2016). El enriquecimiento sin causa en el arbitraje público. *Arbitraje PUCP*(6).

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/112657>

Cely León, E. (2021). El deber de mitigar el daño a la integridad personal. Un análisis. *Con-texto*(53), 19-56.

<https://doi.org/https://doi.org/10.18601/01236458.n53.03>

Corte di Cassazione di Italia. (04 de Abril de 2014). Cassazione Civile, Sezione Lavoro N° 8006 (Presidente Dott. Miani Canevari).

https://www.agens.it/media/files/Cass_%204_2014,%20n_%208006.pdf

Corte di Cassazione di Italia. (19 de Abril de 2024). Cassazione Civile, Sezione Lavoro N° 7274.

<https://apps.dirittopratico.it/sentenza/cassazione/roma/2024/7274.html>

Corte di Cassazione di Italia, Sez. II. (5 de Diciembre de 2013). Cassazione Civile N° 27298 (Presidente Dott. Bursese G.).

<https://www.brocardi.it/massimario/55167.html>

Corte di Cassazione di Italia, Sez. III. (09 de febrero de 2004). Cassazione Civile N° 2422. <https://www.legislazionetecnica.it/50042/normativa-edilizia-appalti-professioni-tecniche-sicurezza-ambiente/sentc-cass-09-02-2004-n-2422>

Corte Superior de Justicia de Cusco, Primera Sala Laboral. (7 de Septiembre de 2023). Expediente N°0893-2023-0-1001-JR-LA-01 (Juez superior ponente Román Gil).

Corte Superior de Justicia de Tacna. Primera Sala Civil Permanente. (26 de junio de 2024). Expediente N°01312-2014-0-2301-JR-LA-02 (Juez superior ponente L. Monasterio Alarcon).

Corte Suprema de Argentina. (07 de Diciembre de 2010). Fallo 333:2306 (Juez

supremo ponente M. S. Fayt).

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6917541&numeroPagina=1>

Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala. (23 de Julio de 2008). Rol N° 3336-2008

(Juez supremo ponente M. Valdes A.).

https://juris.pjud.cl/busqueda?Corte_Suprema

Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala. (25 de septiembre de 2019). Rol N° 20.576-

18 (Juez supremo ponente Blanco H.).

https://juris.pjud.cl/busqueda?Corte_Suprema

Corte Suprema de Chile, Tercera Sala. (07 de Noviembre de 2025). Rol N° 336-

2008 (Juez supremo ponente M. Sandoval G.).

https://juris.pjud.cl/busqueda?Corte_Suprema

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. (23 de septiembre de 2025). Rol N° C-9261-

2020 (Juez supremo ponente M. Carroza).

https://juris.pjud.cl/busqueda?Corte_Suprema

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Cuarta Sala de Derecho

Constitucional Social y Transitoria. (28 de marzo de 2025). Casación

Laboral N.° 28523-2022-Lima (Juez supremo ponente V. Castillo Leon).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Segunda Sala de Derecho

Constitucional y Social Transitoria. (2016). Casación Laboral N.° 7625-

2016-Callao (Juez supremo ponente Yrivarren Fallaque).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Segunda Sala de Derecho

Constitucional y Social Transitoria. (2022). Casación Laboral N.° 2192-

2020-Lima (Juez supremo ponente Carlos Casas).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Tercer Pleno Casatorio Civil.

(2012). Casación Laboral N.° 4664-2010-Puno (.).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Segunda Sala de Derecho

Constitucional y Social Transitoria. (2020). Casación Laboral N.° 10614-

2017-Moquegua (Juez supremo ponente Malca Guaylupo).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Segunda Sala de Derecho

Constitucional y Social Transitoria. (15 de enero de 2020). Casación

Laboral N.º 10956-2017-Tacna (Juez supremo ponente V. Malca Guaylupo).

Corte Suprema de la República de Argentina. (28 de Abril de 1998). Fallo Civil 321:1117 (Juez supremo ponente J. Nazareno).
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6765>

Corte Suprema de la República de Argentina. Sala de Casación. (14 de Octubre de 1992). Fallo Civil 315:2469 (Juez supremo ponente R. Levene).
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3767>

Corte Suprema de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. (16 de Noviembre de 2016). Casación Civil. N.º Radicación 11001-3103-008-1989-00042-01 (Juez supremo ponente A. Solarte Rodriguez).
<https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. (08 de Julio de 2021). Casación Civil. N.º Radicación 11001-31-03-032-2015-00230-01 (Juez supremo ponente A. Quiroz Monsalvo).
<https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de la República de Colombia. Sala de Casación Laboral. (06 de Noviembre de 2024). Casación Laboral N.º Radicación 100380 (Juez supremo ponente M. Beltrán Quintero).
<https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de la República de Colombia. Sala de Casación Laboral. (17 de Septiembre de 2025). Casación Laboral. N.º Radicación 76001-31-05-012-2020-00038-01 (Juez supremo ponente L. Herrera Díaz).
<https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de la República del Perú, Primera Sala de Derecho Constitucional

- y Social Transitoria. (18 de abril de 2024). Casación Laboral N.º 34845-2022-Lima (Juez supremo ponente C. Calderón Puertas). 22.
- Corte Suprema de la República del Perú. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (11 de diciembre de 2019). Casación Laboral N.º 10955-2017-Tacna (Juez supremo ponente M. Ato Alvarado).
- Corte Suprema de la República del Perú. Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (29 de Septiembre de 2022). Casación Laboral N.º 5515-2019-Lima (Juez supremo ponente Castillo Leon).
- Corte Suprema de la República del Perú. Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (09 de Septiembre de 2024). Casación Laboral N.º 18321-2023-Lima (Juez supremo ponente Ato Alvarado).
- Corte Suprema de la República del Perú. Sala Civil Permanente. (23 de Junio de 2010). Casación Laboral N.º 547-2010-La Libertad (Juez supremo ponente V. León Ramírez).
- Corte Suprema de la República del Perú. Sala Civil Permanente. (16 de Mayo de 2019). Casación Laboral N.º 63-2018-Lambayeque (Juez supremo ponente V. Arriola Espino).
- Corte Suprema de la República del Perú. Sala Civil Permanente. (28 de Mayo de 2024). Casación Laboral N.º 954-2020-Lambayeque (Juez supremo ponente N. Neira Ramos).
- Corte Suprema de la República del Perú. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (7 de noviembre de 2017). Casación Laboral N.º 321-2017-Lima (Juez supremo ponente V. Malca Guaylupo). 7.
- Corte Suprema de la República del Perú. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (2022). Casación Laboral N.º 2192-2020-Lima (Juez supremo ponente Carlos Casas).
- Corte Suprema de la República del Perú. Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (28 de septiembre de 2023). Casación Laboral N.º 12149-2020 Tacna (Juez supremo ponente G. Yangali Iparraguirre).
- Cristóbal Támara, T. (2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista de Derecho Procesal del*

- Trabajo*, 12(14), 249-266.
<https://doi.org/https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.267>
- Dakduk, S., y Torres, C. (2013). Los nuevos significados del trabajo. *XVIII*(2), 25-28. Debates iesa.
- De la Calle Rivadeneira, J. B., y Gil Blanco, E. (2015). Metodología de la Investigación Jurídica. 32-33. Universidad de los Hemisferios.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual - Tomo II* (Septima ed., Vol. IV). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE. (2013). *Texto Único Ordenado de la Ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial*. Presidencia de la República.
- Decreto Supremo N° 003-97-TR. (1997). Texto Unico Ordenado del D. Leg. N° 728. *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.
- Decreto Supremo N° 003-97-TR. (1997). *Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo Nro 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. Congreso de la República.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Novena ed.). Instituto Pacifico.
- Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley 57°. Código Civil.
- Estados Unidos de Colombia. (5 de Agosto de 1950). Decreto Ley 2663, Código Sustantivo del Trabajo de Colombia.
- Fernandez Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil: Lecciones Universitarias*. Pontificia Universidad Católica del Perú, fondo editorial.
- Fuentes Guiñez, R. (2008). La extención del daño contractual en los derechos Español y Chileno. [Tesis de Doctorado, Universidad de Salamanca]. Repositorio de la Universidad de Salamanca.
<https://gredos.usal.es/handle/10366/76245>
- Galvez Puebla, I. (2014). El daño como elemento fundamental para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito. *Revista de la Facultad de Derecho*(36), 45. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=568160372003>

- Gamboa, G. (26 de julio de 2022). Inflación: ¿Cuánto le cuesta una canasta básica de alimentos a una familia? *RPP*.
<https://rpp.pe/economia/economia/inflacion-cuanto-le-cuesta-una-canasta-basica-de-alimentos-a-una-familia-noticia-1420626>
- Gamonal Contreras, S. (2013). El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, 11(1), 425-458.
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>
- García Máynez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho* (53a ed.). Editorial Porrura.
- Gomes Santoro, F. (2024). Semejanzas y diferencias entre obligación y carga. *Revista de Derecho UCLAEH*, 3(3), 46.
<https://ojs.claeh.edu.uy/publicaciones/index.php/rderecho/article/view/723>
- Hernández Breña, W. (2009). La información y la toma de decisiones en la política pública judicial: una reflexión a partir del análisis de la carga procesal en el Perú. *Derecho PUCP*(62), 69-85.
<https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.200901.003>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Pilar Baptista, L. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw Hill Interamericana de Mexico.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (1964). Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales. (A. Garro, y D. Morán, Trads.) Roma.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. (2024). *Perú: Evolucion de la pobreza monetaria 2014-2023*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6578175/5558423-peru-evolucion-de-la-pobreza-monetaria-2014-2023.pdf?v=1720047420>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. (2025). *Perú: Indicadores del comportamiento del mercado laboral a nivel nacional y 27 ciudades, primer trimestre - 2025*. (Z. Castro Angeles, N. Valle Gómez, y V. Murga Rimac, Editores)
https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico_empleonacional_1.pdf

- Juzgado de Letras del Trabajo de Litueche, Chile. (02 de Noviembre de 2025). Rol N° O-8-2025 (Juez titular Bahamonde F.). <https://juris.pjud.cl/busqueda?Laborales>
- La pobreza monetaria bajó de 29% en el 2023 a 27.6% el año pasado. (9 de Mayo de 2025). *Diario El Peruano*, pág. 10.
- Laura Lino, Y. (2022). Bases jurídicas para la protección sistémica de los trabajadores que han sufrido accidentes o adquirieron enfermedades por ocasión o a consecuencia al trabajo subordinado, Tacna 2010-2021. [*Tesis de Grado, Universidad Privada de Tacna*], 66. Repositorio de la Universidad Privada de Tacna. <https://repositorio.upt.edu.pe/handle/20.500.12969/2609>
- Ley N° 28411, *Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto*. (2004). Diario Oficial El Peruano.
- López Casal, Y. (2009). El Nexo Causal en la Responsabilidad Civil Contractual. *Revisa Judicial*(90), 108-124. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_90/rev_jud_90.pdf
- Maita Cruz, A. (2020). El quantum de la indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante derivado del despido incausado o fraudulento en los juzgados de trabajo de la corte superior de justicia de Tacna en los años 2015-2017. [*Tesis de Maestría, Universidad Nacional Jorge Basadre Grohoman*]. Repositorio de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohoman. <https://repositorio.unjbg.edu.pe/server/api/core/bitstreams/bbef8bd3-d19e-4cae-8199-e18435dcb438/content>
- Maita Cruz, A. (2024). Insuficiente motivación de sentencias estimatorias de indemnización por daño moral - despido incausado, por no motivar quantum indemnizatorio, Juzgado de Trabajo, Tacna - 2021. [*Tesis de Doctorado, Universidad Privada de Tacna*]. Repositorio Universidad Privada de Tacna. <http://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/3453/Maita-Cruz-Alicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Marcenaro Frers, R. (2009). Los Derechos Laborales de Rango Constitucional.

- [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú], 34.
<https://tesis.pucp.edu.pe/items/d5028487-6c55-470b-97bd-06eccf4bd508>
- Martín Velarde, A. (10 de Septiembre de 1992). Consideraciones sobre el principio “Pro Operario”. *IUS ET VERITAS*, III(5), 83-84.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15361>
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (Agosto de 2025). *Análisis del Rendimiento de los Tributos 2024*.
https://mef.gob.pe/contenidos/tributos/doc/Analisis_rendimiento_tributos_2024.pdf
- Monroy Pino, R. (2015). Viendo más allá de la falsa sinonimia entre el “Resarcimiento” e “Indemnización”. A propósito de la negación de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. *Repositorio USMP*(10), 195-2012.
<https://doi.org/https://hdl.handle.net/20.500.12727/1782>
- Morea, O. (20 de Octubre de 2025). *El deber de mitigación del daño evitable por parte de la víctima: presupuestos del incumplimiento y técnica de valoración judicial*. Sistema Argentino de Información Jurídica: www.saij.gob.ar
- Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de las Naciones Unidas*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naciones Unidas. (1980). Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Naciones Unidas. (2021). El derecho humano a la reparación. Oficina del Alto Comisionado. <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2022/02/20-El-derecho-humano-a-la-reparacion.pdf>
- Naveira Zarra, M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil excontractual*. Universidad de Coruña.
<https://core.ac.uk/download/pdf/61896494.pdf>
- Neira Contreras, I., y Zolezzi Gorziglia, S. (2011). Lucro cesante laboral y su reparación en la responsabilidad por accidentes del trabajo. [Tesis de

- Licenciatura, Universidad de Chile*]. Repositorio de la Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111579/de-Neira_i.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Neves Mujica, J. (2001). Libertad de trabajo, derecho al trabajo, y estabilidad en el trabajo. *Derecho & Sociedad*(17), 24. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16787>
- Neves Mujica, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. *Derecho Constitucional*, 67, 230. THEMIS Revista de Derecho. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14470>
- Observatorio CEPLAN. (Julio de 2025). *Impulso a la formalización laboral y productiva regional*. Centro Nacional de Planeamiento Estratégico: https://observatorio.ceplan.gob.pe/ficha/o15_lmt
- Ochoa Paredes, R. (2025). La ejecución anticipada de resoluciones judiciales en procesos laborales: análisis de su viabilidad frente al principio de legalidad y la ausencia de cosa juzgada en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 8(11), 166-194. <https://doi.org/https://doi.org/10.47308/rdpt.v8i11.1135>
- Olivos Celis, M. (Diciembre de 2011). Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, I, 2, 146-172. <https://doi.org/https://doi.org/10.35383/ius.v1i2>
- Olivos Solis, M. (2020). Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana. *Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, I(2), 146-172. <https://doi.org/https://doi.org/10.35383/ius-usat.v1i2.499>
- Oramas Gross, A. (1988). *El enriquecimiento sin cusa como fuente de obligaciones*. Nomos.
- Organización Internacional del Trabajo. (1934). C044 - Convenio sobre el desempleo. (44).

https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312189

Organizacion Internacional del Trabajo. (1958). Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo - núm 158. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312303

Ossola, F. (2016). *Responsabilidad Civil*. Abeledo Perrot.

Osterling Paredes, F., y Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones - Cuarta Parte* (Primera ed., Vol. XVI). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Oviedo Vélez, M., y Cuartas Orrego, T. (2025). Análisis del deber de evitar y mitigar el daño como norma primaria en Colombia. *Revista de Derecho Privado*(49), 151-174. <https://doi.org/https://doi.org/10.18601/01234366.49.05>

Pasco Cosmopolis, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Derecho PUCP*(48), 149-169. <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.199401.008>

Pérez Velázquez , J. (2015). La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato. *Revista para el análisis del derecho*(1), 1-63.

Pizarro, R., y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* (Vol. II). Hammurabi.

Poder Judicial de la Nacion, Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, Sala V. (23 de Agosto de 2024). Expediente. N°. CNT 14880/2016/CA1, Sentencia Definitiva 89416 (Juez de Camara B. Ethel).

Poder Judicial del Perú. (2019). Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral. Tacna.

Poder Judicial del Perú. (08 de 01 de 2026). *Porta Estadístico*. Retrieved 12 de 01 de 2026, from Sub Gerencia de Estadística: <https://portalestadistico.pj.gob.pe/dashboards/carga-procesal/>

Poder Judicial del Perú. (s.f.). *Diccionario Jurídico*. Tuitivo: https://historico.pj.gob.pe/Servicios/Diccionario/diccionario_detalle.asp?c

odigo=912

Presidencia de la Nación de Argentina. (03 de Mayo de 1976). Ley 20.744 - Ley de Contrato de Trabajo .

Presidencia de la Nación de Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Decreto 1795/2014.

Presidencia de la República del Perú. (1984). *Codigo Civil. Decreto Legislativo N° 295 [C.C.]*. Diario oficial El Peruano.

Presidencia de la República del Perú. (1997). *D.S. 003-97-TR, T.U.O. del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral [LPCL]*. Diario oficial El Peruano.

Presidencia de la República del Perú. (15 de Enero de 2010). *Ley N° 29497, Nueva ley procesal del trabajo [NLPT]*. Diario Oficial El Peruano.

Presidenza della Repubblica di Italia. (29 de Mayo de 1982). Legge n. 297, Disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1982-05-29;297!vig=>

Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la Legua Española*. Retrieved 10 de marzo de 2025, from <https://dle.rae.es/trabajo>

Real Decreto N°262. (19 de abril de 1942). Código Civil de Italia. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:codice.civile:1942-03-16;262>

República de Chile, Congreso Nacional. (2002 de Julio de 31). Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N.01 (Mod. Ley 21.690 el 14.08.2024).

República de Chile, Ministerio de Justicia. (2000). Código Civil, Decreto con Fuerza de Ley N°1.

República de Colombia. (04 de Septiembre de 1965). Decreto 2351/65.

República del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*.

Rousset Siri, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*(1), 59-79.

- Sirena, P. (2003). La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras. *Derecho & Sociedad*, 233-250.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17311>
- Taboada Córdova, L. (2002). *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato* (Primera ed.). Editora Jurídica Crijley.
- Taboada Cordova, L. (2020). Responsabilidad civil contractual y extracontractual. *Programa de especializacion y Perfeccionamiento*, 23. Academia de la Magistratura. Academia de la Magistratura - Programa de ac.
- Torres Maldonado, M. (2019). ¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)? *Diálogo con la Jurisprudencia*, 87-117.
- Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría general del contrato* (Primera ed.). Pacifico Editores.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El derecho individual de trabajo en el Perú: un enfoque teorico practico* (Primera ed.). Gaceta Juridica.
- Tribunal Constitucional . (11 de julio de 2002). Sentencia Expediente N.º 1124-2001-AA (Juez ponente G. Rey Terry).
- Tribunal Constitucional. (11 de julio de 2002). Sentencia Expediente N.º 1124-2002-AA/TC (Juez ponente G.Rey Terry).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (13 de Marzo de 2003). Sentencia Expediente N.º 976-2001-AA/TC (Juez ponente J. Alva Orlandini).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (20 de Abril de 2004). Sentencia Expediente N.º 2945-2003-AA/TC (Juez ponente Alva Orlandini).
- Tribunal Constitucional. (24 de Mayo de 2010). Sentencia Expediente N.º 0896-2009-PHC/TC (Juez ponente Landa Arroyo).
- Tribunal Constitucional. (2015). Sentencia Expediente N.º 299-2015-PA/TC (Magistrado ponente Urviola Hani).
- Tribunal Constitucional. (11 de Noviembre de 2015). Sentencia Expediente N.º 6459-2013-TC/AA (Voto Singular J. Sardon Taboada).

- Troncoso, M. (2011). La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. *Revista de derecho Privado*, 357. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2993>
- Ugarte Mostajo, D. (2018). La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú. *Derecho PUCP*(80), 119-159. <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.004>
- Ugarte Mostajo, D. (2023). El deber del acreedor de evitar y mitigar el daño como límite del quantum indemnizatorio en el régimen peruano de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual. *[Tesis de Doctorado, Universidad de Zaragoza]*. Repositorio Escuela de Doctorado de la Universidad de Zaragoza. <https://zaguan.unizar.es/record/160845/files/TESIS-2025-165.pdf>
- Vida Soria, J., Molina Navarrete, C., y Moreno Perez, J. (2009). *Manual de Derecho del Trabajo* (7ma ed.). Comares.
- Vidal Aliaga, R. (2021). La indemnización tasada en los despidos inconstitucionales y la tutela jurisdiccional efectiva, 2020 – 2021. *[Tesis de Maestria, Universidad Peruana los Andes]*. Repositorio de la Universidad Peruana los Andres. https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/3254/T037_41229406_M.pdf;jsessionid=5F61570FEF613BE30818592C70916547?sequence=1

ANEXOS: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: LA VULNERACIÓN AL DERECHO DEL DEBIDO RESARCIMIENTO EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO PATRIMONIAL CAUSADO POR EL CESE ARBITRARIO				
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	CATEGORIAS Y SUB CATEGORIAS	METODOLOGIA
Problema General: ¿Se vulneraría la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado al trabajador? Problemas Específicos: - ¿Cómo la institución de la responsabilidad civil se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios? - ¿De qué manera de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario reduce la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor? - ¿De qué forma la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario afecta el derecho a la reparación	Objetivos Generales: Determinar si se vulneraría la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos por el trabajador durante el cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado. Objetivos Específicos: - Analizar cómo la institución de la responsabilidad civil se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicio. - Identificar de qué manera los ingresos percibidos durante el cese arbitrario reducen la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor. - Analizar de qué forma la deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario afecta el derecho a la reparación integral. - Determinar cómo el derecho al	Hipótesis General: Existe vulneración a la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos por el trabajador durante el cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado. Hipótesis Específicas: - La institución de la responsabilidad civil no se encuentra cubierta de manera íntegra en los procesos laborales de indemnización por daños y perjuicios. - Los ingresos percibidos durante el cese arbitrario no reducen la responsabilidad civil patrimonial del empleador infractor. - La deducción de los ingresos percibidos durante el cese arbitrario afecta el derecho al debido resarcimiento. - El derecho al trabajo no es eximente de responsabilidad contractual patrimonial en favor del empleador victimario. - No es correcta la interpretación y	Categoría: Responsabilidad Civil y el Daño Patrimonial. Subcategorías: Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual, el Contrato y el Contrato de Trabajo. Categoría: Derecho al Debido Resarcimiento Subcategorías: La reparación civil integral, el derecho al trabajo y Pleno laboral sobre la materia. Categoría: Estudio Técnico Jurídico Subcategorías: El Estudio de Normas, Jurisprudencia y Doctrina, en su consonancia en aplicación a la metodología de la investigación.	Tipo de Investigación: - Tipo Básica o pura - Diseño: descriptivo / explicativo Fuentes de Información: Documentos, jurisprudencia, bibliografía, normativa y doctrina. Técnicas e Instrumentos de Recolección: - Revisión, lectura, estudios y análisis documental, de doctrina, legislación y su aplicación, jurisprudencia entre otras de la misma naturaleza. Método de Análisis: - Método Dogmático. - Método Exegético. - Método Sistemico.

integral? - ¿Cómo el ejercicio del derecho al trabajo es un eximente de responsabilidad contractual patrimonial en favor del empleador victimario? - ¿De qué manera es respetuoso de los derechos del trabajador el acuerdo adoptado en el tema I del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019 para los procesos de indemnización por daños y perjuicios?	trabajo es un eximente de responsabilidad contractual patrimonial en favor del empleador victimario. - Analizar de qué manera es respetuoso de los derechos del trabajador agraviado el acuerdo adoptado en el tema I Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 2019 para los procesos de indemnización por daños y perjuicios.	aplicación del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral – 2019 para los procesos de indemnización por daños y perjuicios. - La vulneración a la institución de la responsabilidad civil contractual por la deducción de los ingresos percibidos por el trabajador durante el cese arbitrario sobre el daño patrimonial causado		
--	---	---	--	--