

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



PUCP

TÍTULO DE LA TESIS

**“LA REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y
ENFERMEDAD PROFESIONAL: NATURALEZA JURÍDICA, SU IMPACTO
SOBRE LAS FACULTADES EMPRESARIALES DE EXTINCIÓN DEL
CONTRATO DE TRABAJO Y ALCANCES SOBRE LA EXIGIBILIDAD DEL
DERECHO”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social**

AUTOR

César Lengua Apolaya

ASESOR

Dr. Guillermo Boza Pró

JURADO

Dr. Carlos Blancas Bustamante

Dr. Sergio Quiñones Infante

LIMA – PERÚ

2013

LA REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

**Naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades
empresariales de extinción del contrato de trabajo y
alcances sobre la exigibilidad del derecho**



“[...] es claro que la misma naturaleza ha conferido al hombre el derecho, no solo a la libre iniciativa en el campo económico, sino también al trabajo.

A estos derechos va inseparablemente unido el derecho de trabajar en tales condiciones que no sufran daño la integridad física ni las buenas costumbres [...].”

Juan XXIII. Encíclica *Pacem in terris*.

“[...] al encarar el futuro debemos recordar que los seres humanos no son servidores de las economías. Al contrario, el desarrollo y la producción económicos deben estar al servicio de los hombres y las mujeres. La seguridad y salud en el trabajo son medios decisivos con vistas a la consecución de este fin”.

ANNAN, Kofi. African newsletter on occupational health and safety. Vol. 7, núm. 3, diciembre 1997.

“Es la sociedad quien sufre discapacidades para valorar lo diferente, para entender las necesidades de quienes sufren impedimentos físicos, y para incluir a éstos en la vida comunitaria”.

MARTÍN, Santiago. La protección en el Sistema Interamericano a las personas con discapacidad. En CAMPOY CERVERA, Ignacio y Agustina PALACIOS. *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Madrid: Dykinson S.L.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN		8
CAPÍTULO I		
LOS INFORTUNIOS LABORALES: EVOLUCIÓN DE CONCEPTOS Y SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA		
1. LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES		15
1.1	La perspectiva resarcitoria de daños del infortunio laboral	16
1.1.1	Teoría de la responsabilidad extracontractual	19
1.1.2	Teoría contractualista o de la culpa contractual	20
1.1.3	Teoría objetiva o del riesgo creado	22
1.1.4	Teoría del riesgo profesional	24
1.2	Las perspectivas de la Seguridad Social y la prevención de riesgos profesionales	27
1.2.1	Sobre los accidentes de trabajo	31
1.2.2	Sobre las enfermedades profesionales	32
1.2.3	Repensando el riesgo profesional desde una óptica preventiva	34
2. RESEÑA SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL PERÚ		37
2.1	La regulación primigenia de los infortunios laborales en el Perú	38
2.2	La aprehensión del accidente de trabajo y enfermedad profesional en el campo de la Seguridad Social: el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)	39
2.3	El accidente de trabajo y la enfermedad ocupacional desde las normas preventivas	46
CAPÍTULO II		

LA REUBICACIÓN DESDE UN DOBLE ENFOQUE EN LA OIT Y APROXIMACIONES EN EL ENTORNO NACIONAL

1.	LA OIT Y SUS APROXIMACIONES A LA REUBICACIÓN LABORAL	50
1.1	Los enfoques adoptados por la OIT en relación a la reubicación: cuestiones preliminares	50
1.2	La reubicación desde los instrumentos y documentos relativos a la seguridad y salud en el trabajo	56
1.2.1	Recomendaciones de la OIT sobre radiaciones y cáncer profesional	56
1.2.2	El Convenio 148, la Recomendación 156 y el Estudio General de 1997 de la Comisión de Expertos	58
1.3	La reubicación del trabajador como parte de la readaptación profesional	61
1.3.1	Prolegómenos y evolución de la readaptación profesional de las personas con discapacidad en la OIT: la reubicación del trabajador discapacitado como medida de readaptación profesional	63
1.3.2	El ámbito subjetivo de las medidas de readaptación profesional	70
2.	REFERENTES DE REUBICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA PERUANAS	74
2.1	La reubicación en el régimen de aseguramiento profesional del SATEP	75
2.2	La reubicación en el régimen del SCTR	76
2.3	Un referente normativo adicional: el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento	81

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA Y MATERIALIZACIÓN DE LA REUBICACIÓN ORIGINADA POR EL INFORTUNIO LABORAL

1.	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REUBICACIÓN. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE UNA ESPECIAL FORMA DE MOVILIDAD
-----------	--

FUNCIONAL	87
1.1 El derecho de reubicación en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo como punto de partida	87
1.2 Balance del enunciado legal y propuesta sobre la naturaleza jurídica del derecho de reubicación laboral	95
2. LA REUBICACIÓN COMO UNA FORMA PARTICULAR DE MOVILIDAD FUNCIONAL POR MOTIVOS SOCIALES O PREVENTIVOS	99
1.1. La movilidad funcional desde la perspectiva usual del Derecho Laboral: concepto y tipología	100
1.1.1. Movilidad funcional en ejercicio del poder de dirección ordinario del empresario	105
1.1.2. Movilidad funcional derivada del <i>ius variandi</i>	108
1.1.3. Movilidad funcional por acuerdo de partes o novación modificativa	111
1.2. Balance de los bienes jurídicos atendidos en las movilidades funcionales típicas y el rompimiento del esquema tradicional: la movilidad funcional por razones sociales, preventivas u “objetivas”	112
3. LA REUBICACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE UNA ESPECIAL DERIVACIÓN DEL DEBER DE PREVENCIÓN: LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A LOS RIESGOS DEL TRABAJO	118
3.1 El concepto de trabajador especialmente sensible a los riesgos del trabajo	120
3.2 Fundamento e incidencias del tratamiento particular de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales. La reubicación como una medida de prevención.	127
3.2.1 Los trabajadores especialmente sensibles y la vigilancia de la salud	129
3.2.2 La especial sensibilidad a los riesgos ocupacionales y las evaluaciones de riesgos	131

3.2.3	La adopción de medidas preventivas de cara a la especial sensibilidad frente a los riesgos ocupacionales	132
4.	LA REUBICACIÓN LABORAL COMO MEDIDA DE READAPTACIÓN PROFESIONAL	137
5.	REGLAS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LA MATERIALIZACIÓN DE LA REUBICACIÓN	141
5.1	El cambio de puesto deberá proceder en tanto no existan otras alternativas idóneas para la adaptación de las funciones de trabajo	143
5.2	La duración del traslado debería estar en función de la duración de la causa que lo motiva	144
5.3	La reubicación exige la buena fe del empresario y del trabajador	147
5.4	La reubicación y la prohibición de menoscabo en la categoría profesional	155
5.4.1	La categoría profesional	156
5.4.2	La inamovilidad relativa de la categoría profesional como opción adoptada por el legislador	171
5.5	La reubicación y la intangibilidad del salario	176
CAPÍTULO IV		
LA EXIGIBILIDAD DE LA MOVILIDAD FUNCIONAL Y LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE REUBICACIÓN Y LAS FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPLEADOR POR DETRIMENTO SOBREVENIDO DE LAS CAPACIDADES DEL TRABAJADOR		
1.	EL DESPIDO JUSTIFICADO POR DETRIMENTO DE LAS FACULTADES FÍSICAS O MENTALES	184
1.1.	El detrimento sobrevenido de las facultades del trabajador como causal de despido justificado	187
1.1.1.	El origen de la causal de despido	190
1.1.2.	El detrimento sobrevenido de las facultades del trabajador	192

1.2.	El principio de solidaridad como fundamento constitucional del derecho de reubicación: el replanteamiento de la causal de despido	199
2.	LA MOVILIDAD FUNCIONAL COMO AJUSTE RAZONABLE Y LA SUBSIDIARIDAD DEL DESPIDO LABORAL POR DETRIMENTO SOBREVENIDO DE FACULTADES FÍSICAS O MENTALES	210
2.1.	Aproximación a la noción de ajuste o acomodo razonable	210
2.1.1.	Referentes históricos generales	210
2.1.2.	Concepto de ajuste razonable	213
2.2.	La movilidad funcional como medida de ajuste razonable y la excepción referida a las “cargas excesivas”	218
2.3.	Lectura concordante entre el despido por detrimento sobrevenido de las facultades físicas y mentales y el derecho de reubicación. La reubicación como derecho preferente y no absoluto	224
	CONCLUSIONES	235
	BIBLIOGRAFÍA	242

INTRODUCCIÓN

El trabajo siempre —pero con mayor intensidad, desde la era de la industrialización— ha tenido por fiel acompañante a los peligros ocupacionales. Dependiendo del tipo de peligro ocupacional y de la magnitud del riesgo, los lugares de trabajo, los procedimientos empleados, las maquinarias, las sustancias químicas, las exposiciones a elementos biológicos, las características disergonómicas del trabajo y un largo etcétera, pueden convertirse, de manera súbita o paulatina, en factores perjudiciales que atentan contra la vida, la salud y la integridad del trabajador. Hoy en día se entiende pacíficamente que no existe actividad laboral exenta de riesgos ocupacionales o, lo que es lo mismo, es un hecho que no existe labor humana cuyas condiciones sean totalmente inofensivas para la salud e integridad del individuo. En las situaciones más dramáticas, el trabajo bajo condiciones inseguras es ocasión de dolencias de carácter permanente, cuando no de lamentables pérdidas humanas.

Referirnos en el presente estudio a los accidentes de trabajo y a las enfermedades ocupacionales como motivo para el análisis de la reubicación laboral, no es un mero ejercicio académico, sino un asunto coyunturalmente dotado de toda pertinencia. En efecto, la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) ha estimado que la pérdida en el Producto Interior Bruto en el mundo derivada de muertes, lesiones y enfermedades ocasionadas por el trabajo es unas veinte veces mayor que toda la ayuda oficial destinada al desarrollo. Además, según sus últimos datos estadísticos (recopilados hacia el año 2005), se había estimado que cada día en el mundo fallecen un promedio de 5,000 personas a causa de accidentes o enfermedades en el trabajo. Ello equivalía a un total de entre 2 y 2,3 millones de muertes relacionadas con el trabajo al año. De esta cifra, unos 350,000 casos constituían accidentes mortales y entre 1,7 y 2 millones eran enfermedades mortales derivadas del trabajo. De manera más reciente, la OIT estima que cada 15 segundos un trabajador muere en el mundo a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo, y que en ese mismo lapso, 160 trabajadores en el mundo tienen un accidente laboral. Hay que anotar, no obstante, que toda estadística en materia de infortunios laborales debe ser tomada con suma cautela, pues por su propia naturaleza, las notificaciones de estos eventos a las autoridades nacionales son parciales.

Dada esta alarmante realidad, todo estudio jurídico que se encuentre causado directa o indirectamente por los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales constituye,

por derivación, un análisis actual e importante, dado que el problema raíz (los infortunios laborales) son una realidad revestida de toda vigencia.

Son diferentes las formas cómo se puede abordar la problemática de los infortunios laborales. En esta oportunidad queremos referirnos a una muy concreta que toma como punto de partida una norma de la legislación peruana: el derecho de reubicación del trabajador que ha sido víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Aunque el tema pareciera bastante específico, veremos en lo sucesivo que el mismo presenta altos niveles de complejidad, dando pie a progresivas y paulatinas interrogantes conforme nos adentramos en él.

El artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley No. 29783) establece que los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y categoría. El antecedente normativo más próximo a esta disposición lo hallamos en el artículo 69º del derogado Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo No. 009-2005-TR), el cual disponía que los trabajadores tenían derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, “siempre y cuando éste exista”, debiendo ser capacitados para ello. El aún más reciente Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo No. 005-2012-TR) no ha introducido mayores especificaciones sobre el particular, salvo que previo al traslado, el empleador debe asegurarse de que el trabajador cuente con información y competencias suficientes para desarrollar su labor de la manera más segura y sana posible.

En esta línea, creemos que el derecho de reubicación por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional es en el Perú un derecho no tan novedoso, pues desde 1972 es posible hallar referencias a este derecho en las normas previsionales de riesgos profesionales de aquél entonces, aunque con un ámbito muy restringido.

Pero no sólo acudimos al estudio de un derecho con esas características, sino ante una institución jurídica que el tiempo y los mismos operadores jurídicos hemos tratado con indiferencia, pues a partir de las investigaciones desarrolladas con ocasión de este trabajo, hemos advertido el inexistente desarrollo doctrinario y el muy incipiente acercamiento

jurisprudencial que el derecho de reubicación ante el infortunio laboral ha despertado en el Perú.

Esta situación tempranamente advertida nos deja en lo académico una doble y paradójica sensación: en primer lugar, nos genera una previsible dificultad para el inicio del estudio del derecho de reubicación en el medio nacional, dado que la inexistencia de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que nos sirvan de inmediato referente, demanda ciertamente una gran tarea, no por la necesidad de reordenar, reclasificar o reformular conceptos preconcebidos, sino propiamente por el imperativo que supone, de una modesta manera, proponer una construcción jurídica y un posicionamiento institucional del estudio de la reubicación laboral en la órbita del Derecho Laboral Peruano; labor que pretendemos asumir con evidente prudencia dentro de los cánones de nuestra disciplina, pero sin dejar de lado una apertura a mayores interrogantes en aquellos márgenes que esta materia nos concede.

En segundo lugar, la carencia de estos prolegómenos jurídicos que, de haber existido, nos hubieran tendido más certero punto de partida, se trastoca y adopta la forma de una potente motivación para el análisis de una institución normativamente esbozada de manera muy tímida hace muchos años atrás en nuestro país, pero con una vigencia indiscutible y una perspectiva de desarrollo cuya magnitud es fácilmente predecible por el impulso que, hoy en día, vienen trayendo consigo las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo y los derechos de las personas con discapacidad. Es en esta simbiosis, en la que se entremezclan la dificultad académica y la inquietud por los tiempos venideros, donde se inicia el presente estudio, no con la finalidad de agotar sus alcances, sino con el comedido propósito de otorgar la atención necesaria a tan trascendente instituto.

Como hemos dejado entrever, son las normas e instituciones de la seguridad y salud en el trabajo las que han “relanzado” el derecho de reubicación como una medida preventiva ante supuestos de peligrosidad o riesgo adicional en el desempeño de las tareas para aquellos casos de trabajadores que han sido víctimas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Sin embargo, aunque con un evidente cariz preventivo, la reubicación laboral es una institución mucho más extensa, mucho más rica y mucho más enigmática de lo que aparenta debido a una conformación o naturaleza compleja que puede y debe ser analizada a tres niveles: uno propiamente laboral (la movilidad funcional o modificación de las obligaciones contractuales a las que se comprometió el trabajador), una perspectiva preventiva (como una modalidad de protección de un tipo de trabajador especialmente

sensible a los riesgos profesionales) y, finalmente, como una institución de readaptación profesional propio de los derechos de las personas con discapacidad.

El presente estudio se encuentra dividido en cuatro apartados, cada uno con una finalidad específica. Así, en una primera parte, pretendemos posicionar el problema de la reubicación en su relación con la multiplicidad de conceptos y criterios esbozados en torno a los infortunios laborales. A lo largo del tiempo se han tejido diversas perspectivas para encarar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo que es natural y consecuente con las tres etapas de evolución de estos conceptos: la primera, en la que el interés de los tratadistas es fijar reglas para el resarcimiento de los daños causados en la persona del trabajador; en segundo término, sería la Seguridad Social la encargada de “tipificar” los infortunios laborales con fines prestacionales; y, en tiempos más recientes, acudimos a una noción más amplia del accidente y de la enfermedad ocasionada por el trabajo, producto de la extensión de las normas de prevención de riesgos laborales. Es en este último campo en el que se erige la reubicación laboral como una medida preventiva compleja, aunque imbricada con otros principios e insumos que en paralelo se irían desarrollando en relación la discapacidad y el trabajo.

En una segunda parte, profundizando más de lleno en la búsqueda de antecedentes históricos vinculados a la reubicación de trabajadores que padecen las secuelas de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, tomamos como referente el desarrollo que sobre el tema se ha dado a nivel de la OIT con la finalidad de desembocar en una propuesta acerca de la naturaleza jurídica de la institución. De manera especial, en esta parte pretendemos advertir al lector que la reubicación laboral ha recibido a lo largo del tiempo atención desde dos perspectivas diferenciadas: como una medida de prevención de riesgos laborales, pero también como medida promocional de la conservación del trabajo de las personas con discapacidad; siendo que es en estos campos donde debe desentrañarse el ser de la reubicación. En efecto, la reubicación ha recibido a través de las normas internacionales del trabajo enfoques separados en función de estas dos materias, pero creemos posible unificar criterios y proponer un estudio unívoco que recoja insumos de ambos frentes, lo cual es precisamente uno de los ejes de nuestro análisis.

Conviene precisar que, en relación a la discapacidad y a las personas con discapacidad, las sociedades han empleado diferentes nomenclaturas a lo largo del tiempo. Esto es producto de un proceso evolutivo conceptual que ha generado el desuso progresivo de términos

inadecuados o impertinentes, pues contenían en si mismos connotaciones negativas o contraproducentes respecto del colectivo al cual se buscaba proteger. Así, por ejemplo, se han usado indistintamente los términos “inválidos”, “incapaces”, “minusválidos”, “impedidos”, “personas con capacidades reducidas”, entre muchos otros, enmarcados claramente en modelos de preponderante exclusión o, en el mejor de los casos, en esquemas que enfocaban la discapacidad desde una perspectiva puramente rehabilitadora. Alineados con a las tendencias actuales que, como veremos, enfocan el fenómeno de la discapacidad desde una perspectiva social y de inclusión, en el presente trabajo emplearemos preferentemente los términos “discapacidad” o “personas con discapacidad”, salvo en aquellos casos en los que deba hacerse referencia a algún documento, instrumento normativo, cita u otro semejante en el que se emplee un vocablo diferente.

En el tercer capítulo abordamos la temática más complicada de la reubicación, como lo es la deconstrucción de su naturaleza jurídica compleja (debido a los tres niveles de análisis que exige), su materialización y las incidencias que rodean a la misma. Las normas vigentes aparentemente postulan, como únicos condicionantes, que la reubicación laboral por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional se concrete sin menoscabo en la categoría ni en la remuneración del trabajador. Sin embargo, son diferentes aspectos los que se deben tener en cuenta al momento de concretar este derecho en la empresa, no siendo precisamente la categoría profesional y la remuneración —criterios *per se* complejos— los únicos referentes de un cumplimiento debido en torno a la reubicación.

El derecho a la reubicación propone, como podrá advertirse, una importante colisión con las tradicionales facultades extintivas del empleador. Ciertamente es que nuestra corriente jurídica laboral contempla la legitimidad del despido individual cuando éste se ajusta a la ocurrencia de ciertas causas contempladas y regladas por la legislación (también denominadas “causas justas”), agrupándose los distintos supuestos extintivos entre (i) causas relacionadas con la conducta del trabajador y (ii) las causas relacionadas con la capacidad del trabajador. Dentro de este último plexo de motivos, el decaimiento sobrevenido de las facultades laborales del trabajador —que determina la imposibilidad de satisfacer la prestación laboral convenida, lo que a su vez fue el propósito desencadenante de la contratación del servidor— se erigió durante muchos años en el texto legal como motivo suficiente y legítimo para dar por concluido el contrato de trabajo.

Sólo recientemente a través de la Ley No. 29973 —Ley General de la Persona con

Discapacidad, que fue una norma dictada en el ínterin del desarrollo del presente estudio— ha sido encarada y resuelta la pugna que se presentaba entre este supuesto de despido legítimo y el derecho de reubicación en general, pues tradicionalmente la ley (Decreto Legislativo No. 728) otorgaba al empleador la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo ante cualquier detrimento sobrevenido de las facultades personales que imposibilitasen desarrollar la prestación laboral (al margen de la causa u origen de este decaimiento), mientras que por otro lado las normas de seguridad y salud en el trabajo consagraban el derecho del trabajador a ser reubicado ante un infortunio laboral por razones preventivas. La posibilidad de una lectura confluyente y armonizada para ambos institutos (despido y reubicación) es abordada en el capítulo cuarto del trabajo, concluyéndose que el despido es una alternativa meramente residual ante la imposibilidad de practicar la reubicación. Esta aproximación de nuestro trabajo, coincidentemente, ha sido la opción legislativa que se ha planteado finalmente a partir de la Ley General de la Persona con Discapacidad, por lo que la ley advenida ha concurrido en el tiempo a confirmar nuestra hipótesis inicial de trabajo.

Es también en este cuarto y último capítulo que analizaremos la intensidad del derecho de reubicación. Una lectura simple y directa de la norma legal genera la equivocada impresión de que estamos ante un derecho de alcances plenos en el sentido que se compele al empleador, incluso, a la creación de un puesto de trabajo adecuado si es que éste no existe al interior de la empresa. Sin perjuicio de que, como es sabido, no pueden existir derechos absolutos, tampoco podemos caer en el simplismo de afirmar que la reubicación es apenas un derecho lírico cargado tan sólo de buenas intenciones. Sin dejar de reconocer desde ya que este es un asunto altamente polémico, nos internamos en la temática a partir de la doctrina del ajuste o acomodo razonable, por cuanto consideramos que sus postulados pueden aportar trascendentales elementos de juicio al debate, máxime si consideramos que los deberes de acomodo fueron creados con la finalidad de compatibilizar el goce efectivo de derechos fundamentales de las personas con discapacidad con otros intereses, entre ellos, los del empleador en el entorno laboral.

La diversidad de criterios, la apertura a las críticas, la polémica y el repensar los conceptos son constantes necesarias que deberán ir de la mano no sólo con este trabajo, sino con la reubicación como instituto jurídico en general, siendo nuestro análisis tan sólo un primer intento por aproximar la materia a nuestro devenir profesional. Al lector solvente en las materias del trabajo no le será para nada ajena esta forma de encarar la cuestión, pues ése es el común denominador de toda la temática jurídico social, lo cual es reflejo siempre vivo

de la dinámica tensional que promete el Derecho del Trabajo. Parafraseando lo expresado en su momento por el jurista Francesco Carnelutti, los problemas del trabajo no son teoremas de geometría sino fenómenos de la vida social, no siendo pasibles —por ende— de soluciones exactas. Es en esas ocasiones que los operadores jurídicos debemos contentarnos apenas con identificar el espacio en el cual interactúan los intereses legítimos de la empresa y los del trabajador, escrutando así posibles fórmulas de calce y convivencia no siempre pacífica para ellos. Reconociendo tales limitaciones, es nuestra intención brindar algunos elementos para dichos modestos propósitos.

Hechas estas necesarias precisiones, iniciamos nuestra exposición esperando contribuir y fomentar con ella posteriores estudios sobre tan relevante instituto.



CAPÍTULO I

LOS INFORTUNIOS LABORALES: EVOLUCIÓN DE CONCEPTOS Y SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1. LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

Adentrarnos en la tarea preliminar de delimitar los alcances de los supuestos de hecho que, según la norma peruana, habilitan y exigen la reubicación del trabajador, es de por sí una tarea nada sencilla. Esto, debido a la diversidad de enfoques y conceptos que se han plasmado —tanto en lo legislativo como en lo doctrinal y jurisprudencial— acerca de lo que constituye y qué no es el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Históricamente, los encuadres doctrinarios y legales sobre los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales han pasado por tres estadios distintos, los cuales han ido traslapándose progresivamente conforme iban surgiendo: en una primera etapa, la preocupación por dichos eventos partió desde una perspectiva resarcitoria, es decir, a partir de la búsqueda de la imputabilidad del empleador con el propósito de enfrentar el infortunio mediante el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios. En una segunda etapa, y sin perjuicio de los enfoques indemnizatorios, la Seguridad Social ha buscado por su parte conceptualizar y encasillar los accidentes y enfermedades del trabajo a cierta tipología legal, a fin de identificarlos como estados típicos de necesidad para otorgarles cobertura prestacional especial. Finalmente, en una tercera etapa, los infortunios son abordados desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, asociándose a los dinámicos y multiformes deberes de prevención del empleador. Como bien se ha afirmado, “[...] la tensión entre reparación y prevención [...] ha latido siempre en los riesgos laborales con un patente predominio en los tiempos iniciales de la primera, contrastando ello con las recientes tendencias a un avance normativo sin precedentes en la materia preventiva frente al anquilosamiento del concepto [...] a efectos reparadores” (Igartua 2005: 377-378). El derecho de reubicación surge esencialmente con motivo de los enfoques preventivos (confluyendo en el camino con medidas de promoción de las personas con discapacidad, conforme se advierte en el capítulo siguiente), habiendo permanecido casi inadvertido durante las dos primeras etapas.

En este devenir histórico, las iniciales posiciones y pareceres que asumían resignadamente a los riesgos laborales como algo connatural y consustancial al trabajo, han mutado hacia modernas posturas que apuestan activamente por la implantación, ejecución y fiscalización de obligaciones concretas de evitación de los infortunios laborales. De ahí que hoy en día los riesgos profesionales no sólo deban ser enfrentados desde el punto de vista resarcitorio o mediante mecanismos de aseguramiento social, sino también —y con mucho énfasis— mediante sistemas preventivos de gestión de los riesgos laborales.

Evaluar estos aspectos lo consideramos de suma importancia a fin de profundizar en nuestro estudio de la reubicación laboral, pues ésta es una medida que se concreta según las normas peruanas en un determinado contexto, que es el del infortunio laboral. Por tanto, entender cuál es la noción de accidente de trabajo y de enfermedad profesional en la que se erige el derecho de reubicación es una tarea preliminar y necesaria. Como podremos advertir, es el referente aportado por las normas preventivas las que constituyen el punto de partida para el derecho de reubicación, con total prescindencia de que se trate o no de un evento indemnizable por el empleador (a través de una demanda de daños o perjuicios) e, incluso, con prescindencia si el hecho es reconocido y/o atendido por la Seguridad Social como un supuesto cubierto por las prestaciones que ésta otorga.

1.1. La perspectiva resarcitoria de daños del infortunio laboral

Si bien los accidentes y enfermedades relacionadas al trabajo han existido desde la concepción misma del trabajo humano, fue la Revolución Industrial la responsable de la masificación de estos sucesos producto del uso intensificado y febril de la máquina como protagonista esencial del proceso productivo, lo cual repercutía directamente sobre la seguridad de los trabajadores (Cabanellas 1968: 21), habida cuenta que las máquinas y la tecnología no contemplaban en estos primeros momentos medidas de protección para los operarios y, mucho menos, existía conciencia de la necesidad de adoptar condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

En efecto, esta etapa de la historia, provechosa para el progreso tecnológico y económico mundial, fue también —de manera paradójica— un episodio penoso en el campo del trabajo por la lucha de clases que discurrió en paralelo producto de la explotación indiscriminada de la fuerza laboral. La Revolución trajo consigo, producto del maquinismo, que las tareas productivas antes basadas esencialmente en el despliegue físico del trabajador, fueran

reconfiguradas por la inserción de nuevas fuerzas motrices que primarían por sobre la acostumbrada fuerza muscular. Así, novísimas máquinas impulsadas por el vapor, por la electricidad, por los combustibles, permitieron dar forma al sistema de producción en masa que transformó el mundo; pero, de modo paralelo, esos mismos mecanismos redundaron en un incremento ostensible de riesgos para el trabajador, no sólo porque las propias fuerzas motrices contenían y reproducían velocidades, impulsos y efectos potencialmente dañinos para el ser humano, sino porque progresivamente se fueron sumando a esos riesgos físicos más o menos notorios otros peligros “invisibles” de distinta naturaleza, producto del empleo de sustancias químicas, insumos y materiales ofensivos a la integridad y salud personal. La sociedad, aún deslumbrada por los acontecimientos del maquinismo, no tomó conciencia de la peligrosidad que ésta envolvía para el trabajador, sino algún tiempo después de iniciada la Revolución Industrial; pero para esto, los siniestros laborales habían cobrado ya gran cantidad de víctimas y generado mutilaciones, enfermedades y discapacidades diversas.

Ciertamente, las consecuencias derivadas de los riesgos ocupacionales no adquirieron importancia sino hasta mediados del Siglo XIX, que es cuando se inician las investigaciones sobre las medidas de seguridad y la prevención de los accidentes de trabajo. De manera reaccionaria, luego que la Revolución Industrial completó su desarrollo y la siniestralidad, en paralelo, devino en incontenible, surgió cierto interés por el infortunio laboral, en una etapa en la que los productores eran mayormente relevados de responsabilidades, en un entorno de inagotable reserva industrial de operarios sin sueldo o mal remunerados (Cabanellas 1968: 22).

La noción de “riesgos profesionales” (concepto inicialmente acuñado para referir a los accidentes de trabajo, y sólo posteriormente, a las enfermedades profesionales) tuvo su origen en el Derecho Francés de aquél entonces. Se podría decir que, en términos generales, los riesgos del trabajo fueron abordados en un inicio únicamente desde el punto de vista resarcitorio, a fin de paliar mediante una indemnización las consecuencias que los infortunios reproducían sobre los trabajadores y sus familias. El interés central era determinar la imputabilidad del empresario y, eventualmente, fijar las reglas para encauzar las pretensiones de indemnización por daños. Aunque existen visiones diversas en la doctrina acerca de cuáles son las teorías aplicables, cuáles sus fundamentos, e incluso cuál es la denominación más adecuada para cada una de ellas, para los efectos de nuestro estudio nos concentraremos en la siguiente recopilación: la teoría de la responsabilidad extracontractual, la teoría de la culpa contractual, la teoría objetiva o del riesgo creado y la

teoría del riesgo profesional.

Abordaremos de manera sucinta las notas más resaltantes de estas teorías con un propósito ilustrativo, pero encaminado a un propósito específico: evidenciar cómo ha sido sucesivamente enfrentado el infortunio laboral a lo largo del tiempo en un proceso teórico evolutivo, en cuyos primeros momentos no se percibía la necesidad de contar con un concepto más o menos definido y causalmente definido del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional¹ (necesidad que se hace patente recién al final del proceso), sino que los esfuerzos de desarrollo jurídico estaban puestos en la constante búsqueda, fundamentación y reformulación jurídica de la responsabilidad del empleador, con la esencial finalidad de facilitar gradualmente las cargas probatorias de los trabajadores siniestrados, acondicionando una serie de acomodamientos y ajustes sobre los métodos y reglas clásicas del derecho de reparación de daños del derecho común; el cual, no obstante haber sido en un inicio la única herramienta jurídica que los trabajadores tenían para el reclamo de indemnizaciones por daños derivados del trabajo, se mostró raudamente insuficiente e impertinente para atender un fenómeno social cuyo trasfondo era la desigualdad real subyacente en la relación jurídica laboral, un tipo de vinculación para la que no fue construido el derecho común.

El estudio del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional en esta etapa no mereció un enfoque instituido desde el punto de vista de la prevención. No afirmamos que no hayan existido legislaciones que destacasen el aspecto preventivo (sobre todo en actividades de alta complejidad), pues ello sería absolutamente inexacto; aunque cierto es que las legislaciones han solido optar mayormente por el establecimiento de medidas preventivas en el trabajo, más no así por la gestión sistémica de los riesgos en el trabajo, que es lo que hoy en día se acomete. Es sólo a partir del Siglo XX que este tema va paulatinamente cobrando importancia². Su ausencia en todo este proceso es de alguna manera entendible, pues el

¹ Es importante destacar que el tratamiento jurídico de los accidentes de trabajo antecedió en el tiempo al de las enfermedades profesionales. Como se ha manifestado, “si bien la noción de enfermedad profesional nació, como es sobradamente conocido, en sede jurisprudencial y esencialmente vinculada al accidente de trabajo, recibió posteriormente carta de naturaleza en la normativa de Seguridad Social y fue progresivamente desvinculándose de aquél, aunque compartan efectos comunes” (Igartua 2005: 378). Este diferimiento es entendible pues los accidentes de trabajo siempre han resultado de más inmediata percepción a comparación de las enfermedades derivadas del trabajo, que siempre se han caracterizado por un proceso paulatino de adquisición y de deterioro silencioso de la persona del trabajador.

² El carácter impostergable de la prevención en el trabajo no es realmente advertida sino hasta 1986, con ocasión de la catástrofe de Chernobil, lo que dio origen a la noción de “cultura preventiva” o “cultura de la seguridad”, concepto que ha adquirido presencia en diferentes legislaciones del mundo (no siendo la excepción el caso peruano), sin considerar el fuerte impulso que este objetivo viene recibiendo desde la OIT.

reconocimiento de la necesidad de contar con ambientes de trabajo seguros fue producto de la evolución de las ideas, del progreso de las ciencias, de la ingeniería y ciertamente del derecho, por cuanto el relieve de la dignidad del trabajador en tanto individuo y el respeto por su vida y su integridad es un logro de no muy larga data, concurrente con el desarrollo de los derechos humanos. La importancia de la prevención ha sido puesta de manifiesto al contemplarse a la seguridad y salud en el trabajo como un elemento constitutivo y configurador del Trabajo Decente, actual objetivo estratégico de la OIT, lo que hace que, en la propia empresa, el asunto principal en materia de derechos de protección social —uno de los cuatro pilares del Trabajo Decente— sea precisamente la seguridad y la salud en el trabajo, tal como lo puso de manifiesto el Director General de la OIT en su Memoria Anual de 1999³.

Seguidamente desarrollamos las cuatro posiciones jurídicas anunciadas, con las que se encararon los infortunios del trabajo.

1.1.1. Teoría de la responsabilidad extracontractual

Como una primera aproximación al fenómeno del infortunio laboral, se postuló que toda actividad conllevaba intrínsecamente un determinado nivel de riesgo, en algunos casos menores que en otros. Sin embargo, el razonamiento de fondo era una bastante benévolo y tolerante con los riesgos ocupacionales pues, a pesar de considerar a los accidentes de trabajo como actos ilícitos del patrono, se entendía que estos infortunios (y posteriormente las enfermedades profesionales) eran eventualidades en buena cuenta imprevisibles para el ser humano promedio, propias del sistema económico de producción y de responsabilidad única del empresario en tanto los daños producidos al trabajador eran, como se dijo, fruto de una ilicitud concretada en el resultado dañoso.

Siendo esto así, el primer enfoque de los riesgos ocupacionales fue atendido a través del deber general de no causar daño (*alterum non laedere*), por cuanto el siniestro derivado del trabajo aparecía como una más de las manifestaciones que alteraban el regular devenir de las cosas y los patrones de normalidad de la convivencia humana. Ciertamente no hubo en esta etapa la posibilidad de vincular el infortunio laboral a eventuales obligaciones laborales

³ La primera formulación del “Trabajo Decente” en la OIT se dio en la Memoria del Director General a la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, donde se le refirió como el “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”.

derivadas del contrato de trabajo, puesto que la noción del mismo recién se encontraba en construcción.

La teoría exigía que se demostrase la culpa o negligencia bajo las pautas y criterios del derecho común, además de los daños sufridos y su cuantía. Por consiguiente, una de las mayores dificultades derivadas de su aplicación era el gravoso *onus probandi* impuesto sobre la víctima, lo que convertía a la posibilidad de obtener una reparación por daños en un deseo virtualmente irrealizable. Esto debido a que la responsabilidad por culpa se asienta sobre las bases de una forma pura de la responsabilidad aquiliana en el marco de la responsabilidad extracontractual, requiriéndose por consiguiente la demostración de un elemento de culpa, aunque pudiera ser levísimo, como justificante de la responsabilidad empresarial (Alonso Olea 1995: 109-110). Esta imposibilidad material de obtener tutela debida y efectiva, por el empleo de las herramientas jurídicas disponibles en la época, contrastaba grandemente con una realidad más bien fecunda en la producción de daños a causa del trabajo.

El tradicional desaliento, la resignación a convivir con el riesgo sin que se implementen medidas de prevención (las que más bien son tildadas como un esfuerzo inútil ante lo inevitable), son formas de pensamiento vigorosas en esta etapa, como una suerte de rezago de los primeros años del industrialismo, aún cegado y pasmado por sus logros económicos. Además, esta forma de pensamiento permitía al empresario alegar ante la autoridad judicial la ruptura del nexo causal por hecho fortuito con cierto facilismo, pues esta posibilidad se veía alentada por el entendimiento casi uniforme en el sentido que los accidentes de trabajo eran eventos imprevisibles e inevitables. Bajo todas estas premisas civilistas, atribuir responsabilidad a la negligencia del propio trabajador era un asunto sencillo en el marco de estos enfoques jurídicos, máxime si consideramos que, atendiendo a las reglas procesales, “en esta clase de juicios le es mucho más fácil al empleador acreditar las circunstancias que ocurren en el local de trabajo, podía fácilmente liberarse de todo cargo” (Humeres 1997: 578).

1.1.2. Teoría contractualista o de la culpa contractual

Producido el descrédito y deterioro de la responsabilidad aquiliana en términos de realidad, ésta no tardaría en ser abandonada y replanteada. Los tratadistas comenzarían a buscar la responsabilidad del patrono, ya no en obligaciones generales derivadas de la ley (deber de

no causar daño), sino en las “obligaciones implícitas” asumidas por el propio empresario a causa del contrato de trabajo, proponiendo mecanismos de probanza más equilibradores de las desigualdades y con fines más sociales.

En esta segunda etapa hablamos de las teorías de responsabilidad contractual, las cuales rebuscaron el fundamento de la imputabilidad patronal en el contrato de trabajo, aprovechando el reciente cuaje de esta figura jurídica. Como bien apunta Alonso Olea:

[...] hubo que esperar a que existiera cierta elaboración jurídica sobre el contrato de trabajo, en virtud de la cual se pudiera hablar del empresario, por emplear gráfica frase de Pic, como «deudor de seguridad», o para que Sauzet y Saintelette pudieran referirse a la obligación contractual del empresario de «devolver al trabajador tan válido como lo recibió» (1995: 110).

En esta fase se postula como cimiento la siguiente premisa: el trabajador, al comprometer su fuerza de trabajo en el desarrollo de la empresa de su empleador, envuelve no sólo su trabajo físico —concediéndole al empleador la titularidad de sus frutos a cambio de un pago—, sino que también involucra en el proceso productivo a su propia persona, haciendo de la relación laboral una vinculación personalísima. Como contrapartida y una consecuencia esperada frente a la magnitud de ese compromiso del trabajador, surge en cabeza del empresario el deber de cuidar de su persona mientras subsista la relación de intercambio. Así, en el compromiso recíproco no sólo se envuelven aspectos de simple materialidad (trabajo a cambio de salario), sino también una especial y particular relación personal, de la cual derivan ciertas obligaciones en este plano (deberes de protección, deberes de cuidado, deberes de asistencia, etc.). Planteamientos de este tipo se desarrollan, no obstante, sin abandonar una postura tendente a la aceptación del riesgo profesional como una eventualidad corriente.

El enfoque dado a este tipo de responsabilidad basado en el canje prestacional —material y no material— derivado del contrato de trabajo, permitió encauzar el rol del empresario desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, lo que significó una mayor garantía para el trabajador puesto que la teoría implicaba la inversión del *onus probandi*, en virtud de lo cual el obrero debía evidenciar tan solo la existencia del contrato de trabajo y que el accidente se produjo durante el desempeño de la labor contratada, mientras en paralelo

pesaba sobre el patrón una presunción de culpabilidad preconcebida y la subsecuente carga de romper con ella, sea demostrando la culpa del operario o el acaecimiento de un factor eximente de responsabilidad, como lo es el caso fortuito o la fuerza mayor (Vázquez Vialard 1983: 274-275).

Sin embargo, el basamento de la teoría (obligaciones implícitas) era tildado de forzado por algunos tratadistas clásicos, dado que implicaba dar de antemano por cierta la existencia de un plexo de obligaciones implícitas de naturaleza personal dimanantes del contrato de trabajo, pese al silencio u omisión de los contratantes. Asimismo, el hecho que más adelante fuese la ley la que desarrollase este tipo de responsabilidad (estatuyendo una suerte de deber de cuidado frente al trabajador) generó controversias respecto al verdadero origen de la obligación, la que ciertamente, por provenir de la norma legal, perdía en cierta medida su derivación presuntamente contractual⁴.

1.1.3. Teoría objetiva o del riesgo creado

En un tercer momento, esta teoría se aleja de la búsqueda de responsabilidades subjetivas o derivadas de las obligaciones comprometidas en el contrato de trabajo (lo que calmaría temporalmente las duras críticas recibidas por parte de las porciones más tradicionales del derecho común), apostando por establecer la responsabilidad del patrono a partir de un hecho objetivo, como lo es la empresa misma, que de por sí es fuente de un riesgo tolerado. La actividad empresarial es lícita, pero su mera existencia supone una responsabilidad asumida e implícita.

Esta teoría, inspirada inicialmente por Saleilles y Josserand en Francia, seguida a su vez en Italia por Barassi, funda la responsabilidad del patrono de manera muy concreta y llana al defender la tesis, según la cual, aquél en cuyo interés funciona el organismo que creó, debe soportar el peligro que ello implica (Vázquez Vialard 1983: 277). En buena cuenta, llevando

⁴ A manera de referencia, cabe señalar que hoy en día subsiste una discusión doctrinaria muy activa acerca del origen contractual o legal de los deberes de seguridad y salud en el trabajo destinados a prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Cabe anotar que la mayoría de autores en tiempos recientes ha optado por considerar que el deber de prevención tiene un origen contractual, por lo que su exigibilidad parte de la existencia de un contrato de trabajo, lo que le concede a esas obligaciones una naturaleza jurídico-privada (en tanto que sus destinatarios son los trabajadores), sin perjuicio del interés público que subyace en la exigencia de tales deberes sobre el empresario (Salcedo Beltrán 2000: 41-42). Otras posiciones, expuestas en sentido parcialmente disímil, reconocen que tales deberes del empresario obedecen a una creación y configuración legal, de tal manera que todos los aspectos de su estructura son obra del legislador, no obstante que la protección eficaz del trabajador ante los riesgos ocupacionales surge de la existencia de un contrato de trabajo, por lo que estaríamos ante derechos subjetivos de origen contractual, pero de configuración legal (Martín Hernández 2006: 180). En lo particular nos decantamos por posiciones como ésta.

el postulado a los términos más latos, el empresario deberá correr con las consecuencias que su empresa y organización genera, incluso en lo que atañe a infortunios laborales.

El corolario de las tesis objetivas viene a nosotros de manera muy inmediata: basta que se configure un daño en circunstancias del trabajo desplegado a favor de la empresa, para que el titular de ésta sea llamado a responder del evento. Se imputa responsabilidad por el sólo hecho de ser el titular del negocio, sin consideración alguna respecto de culpas subjetivas ni de ningún otro factor, bastando una somera relación entre el daño y el trabajo.

La principal virtud de la teoría enfocada en el riesgo es el evidente aligeramiento de la carga probatoria para la víctima. Sin embargo, la amplitud de esta forma de enfocar el accidente de trabajo y la enfermedad profesional sería controvertida, pues rechazaba por completo toda idea de culpa o intención como factor de atribución de responsabilidad. Y ésta era precisamente la causa de las antipatías doctrinarias, pues al concentrarse en los resultados dañosos, en la actividad riesgosa y en perseguir a su titular, omitía por completo analizar la conducta de este último y sus niveles de displicencia o diligencia.

No es difícil imaginar el impacto de esta teoría sobre las iniciativas empresariales, pues con ella se buscaba sancionar —incluso de antemano— a cualquiera que pretendiese iniciar una nueva actividad. La adopción de una tesis tan radical como la fundada en el riesgo consustancial al emprendimiento de una industria podría haber estado motivada, si bien por un fin de auxilio social hasta cierto punto entendible, creemos también por la necesidad de un proteccionismo a ultranza e instintivamente reaccionario frente las crudezas de la industrialización.

Es por tales motivos que, con una base remota en la teoría objetiva, surgieron orientaciones más moderadas a finales del Siglo XIX que procurarían reconducir el accidente de trabajo y la enfermedad profesional (y la consiguiente responsabilidad del patrono) a situaciones más identificables con el despliegue del trabajo en sí; vale decir, procurando instaurar una necesaria relación causal entre el siniestro y la labor desempeñada como condición para la responsabilidad patronal.

Así, mientras las primeras tres teorías indagaron en fundamentos que justificasen una responsabilidad patronal (en la culpa, en las obligaciones implícitas, en el riesgo creado), en adelante se entendería que la responsabilidad del empresario surgiría ciertamente por ser el

organizador de la empresa, pero siempre que el daño sufrido por el trabajador pudiera ser atribuible o relacionado al trabajo, excluyendo así los supuestos incontrolables para el empleador. De esta manera, se busca estrechar los límites de la atribución de responsabilidad, recurriendo a factores y criterios causales.

Es por ello que consideramos que la “teoría del riesgo profesional” —que es la que inmediatamente abordaremos— es el referente más próximo que tenemos en torno a las modernas posiciones sobre el accidente de trabajo y enfermedad profesional, puesto que hoy en día son muchas las legislaciones (entre ellas la peruana) que no vuelcan su interés en desarrollar explicaciones o fundamentos para sustentar la responsabilidad del empleador, sino que las normas, dando por cierto la responsabilidad originaria que en principio recae sobre el patrono (se aprecia aquí un basamento con claros visos de la teoría objetiva), dedican esencialmente su atención a elaborar conceptos legales sobre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

1.1.4. Teoría del riesgo profesional

Desde la perspectiva de la teoría del riesgo profesional, los fundamentos objetivos de la responsabilidad patronal debían ser reformulados. La responsabilidad objetiva se fundaría ya no en la titularidad de bienes riesgosos, o en el desempeño de una actividad riesgosa, sino en el desarrollo de actividades de provecho propio para el empresario, siendo que la potencialidad de la ocurrencia de accidentes y enfermedades atribuibles al trabajo deviene en una realidad inevitable. Así lo señala también Alonso Olea:

[...] quien genera una situación de riesgo, al margen de toda consideración de culpa o negligencia, ha de pechar con las actualizaciones del riesgo en siniestro, aunque éstas se deban al azar; tal es el principio a aplicar a las situaciones de riesgo generadas por el funcionamiento de la empresa. (1995: 112).

La teoría parte de la idea de que la industria es en si misma una actividad riesgosa y ello debe aceptarse como premisa para cualquier formulación jurídica posterior, pues los accidentes ineludiblemente van a ocurrir, porque ello va asociado a la propia noción de empresa. Vázquez Vialard evoca incluso cómo los promotores de esta postura sentenciaron en 1885 que “a pesar de las precauciones tomadas, los accidentes se producirían, en la

mayor parte de los casos, sin que pueda determinarse la causa de la desgracia [...]” (1983: 280). De ahí que resulta poco fructífero buscar responsabilidades subjetivas en el patrono o en el trabajador; sin embargo, como es aquél quien se beneficia de la técnica, de los frutos del trabajo y de los provechos del negocio, debería corresponderle asumir su responsabilidad en los infortunios.

La responsabilidad se percibe, por tanto, como una consecuencia natural frente a una fuente de riesgo permitido, que es la propia actividad empresarial, pues “la producción industrial y el maquinismo exponen al trabajador a accidentes inevitables, ante los cuales incluso la previsión humana se muestra impotente de evitar su ocurrencia, por lo que dicho riesgo es inherente a la forma moderna de producción” (Ruíz Moreno 2002: 458-459).

Al ser la actividad industrial un riesgo lícito y tolerable (por cuanto la actividad productiva provee de bienes a la colectividad), y ante la plausibilidad de que el empleador resulte responsable de daños que muy probablemente se producirán en el desarrollo de las actividades industriales, la forma originaria de esta teoría sería cuestionada por su basamento objetivo al alejarse éste del fundamento que pretende justificar su razonabilidad. En efecto, una evaluación estrictamente objetiva del riesgo implica no considerar circunstancias que pudiesen atenuar o eliminar la responsabilidad del patrono, como por ejemplo casos fortuitos, fuerzas mayores o hechos determinantes de terceros, que son eventos no conexos al trabajo. Por tanto, si para la teoría del riesgo profesional, el accidente se producirá porque éste es un riesgo propio de la actividad industrial, y —a mayor abundamiento— si el accidente se producirá por causa de la realización de la actividad industrial o profesional, la responsabilidad del patrono debería circunscribirse a situaciones igualmente relacionadas con su industria y con esa profesionalidad, vale decir, con causas atribuibles al trabajo.

Estos cuestionamientos marcaban dos senderos claros: en primer lugar, la teoría exigía un ajuste sobre la forma de atribuir responsabilidad al empleador; así, debería requerirse la existencia de un medio físico que el empresario controle —o que esté en posibilidades de controlar— para que, actuando sobre él, pueda atribuírsele la titularidad de la obligación de contener, limitar o reducir las situaciones de riesgo y, de esta forma, la intensidad y cuantía de los siniestros que determinarían su responsabilidad (Alonso Olea 1995: 113). Sería por consiguiente desproporcionado que el empleador asuma las consecuencias dañosas de riesgos que no puede controlar al generarse el riesgo en escenarios distintos del ámbito de

su protección, o por causas ajenas a la labor encomendada, tan imprevisibles como los propios fenómenos naturales.

La segunda implicancia en este afán de replanteamiento de la teoría del riesgo profesional deriva de la anteriormente señalada, pues se hacía imperativo conceptualizar el accidente de trabajo (y más adelante la enfermedad profesional), a fin de que la noción plasme y desarrolle aquella causalidad puramente laboral, conectada con el desempeño de la labor, que debía servir de antesala a la responsabilidad del patrono, evitando así que los hechos no atribuibles al trabajo (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero, hecho de la propia víctima) incidan o generen responsabilidades patronales, por estar comprendidos fuera del ámbito de la prevención que exploya el empleador en su industria. La responsabilidad patronal debía orbitar en torno al riesgo que supone la actividad productiva, debiendo el trabajo convertirse en causa u ocasión de la lesión.

La teoría del riesgo profesional no fue ciertamente la más pacífica tesis, sobre todo porque se aleja de las estrictas pautas de la responsabilidad civil por culpa, siendo para algunos inadmisibles que el mero desarrollo de la industria sea determinante de una responsabilidad originaria empresarial, cuando no media culpa probada en contra del empresario⁵.

Las críticas surgen por las dudas respecto de si resulta aplicable a las pretensiones indemnizatorias el régimen legal de la responsabilidad contractual, pues éste, basado en la responsabilidad por culpa, no parece ser en su integralidad aplicable a los infortunios que se dan en el marco de un contrato de trabajo (los que tienden más bien a ser examinados bajo una óptica de responsabilidad objetiva, propia de la teoría del riesgo profesional, y que es una herramienta que brinda mayormente el régimen de responsabilidad extracontractual).

La dificultad de abordar el tema desde la perspectiva contractual se traduce en el plano procesal en una desventaja para la víctima, pues ésta sería quien debe demostrar la culpa del empleador, así como el daño y su cuantía. Enfocar el problema desde la perspectiva extracontractual también resultaba ilusorio, pues era innegable que el contrato de trabajo

⁵ La teoría del riesgo profesional y la progresiva exigencia tendiente a tipificar el evento dañoso también abrió debates en torno a situaciones intermedias, como los accidentes sufridos *in itinere*, es decir, los que se producen en el trayecto de ida y vuelta entre el domicilio y el centro de trabajo, bajo el entendido que éstos se materializan con ocasión o como una derivación o extensión necesaria de la actividad laboral, aunque no siempre dentro de la esfera de control del empresario. Semejante debate se presentaría en torno a los accidentes en misión, entendidos como los que se producen en trayectos hacia destinos indicados por el empleador para el cumplimiento de obligaciones laborales. Sin embargo, éste no es el momento de abordar las problemáticas que suscitan estos casos.

impone sobre el empleador determinadas obligaciones de cuidado que nacen con la relación laboral y no propiamente de la ley.

Es por ello que, con el tiempo, los tribunales laborales han generado lo que Gorelli denomina “la tendencia a la objetivación de la culpa”; esto significa que, sin abandonar la perspectiva de la responsabilidad contractual, las reglas tradicionales de ésta se permeabilizarían y corregirían a favor de una mejor protección de la víctima, fundándose en base a una responsabilidad “cuasiobjetiva”. Ésta se caracteriza por partir del fundamento de la responsabilidad basada en la culpa (régimen contractual), pero con elevados rasgos de objetivación, pues (i) el cumplimiento del empleador se evalúa considerando que a él se le exige en materia preventiva un grado de diligencia máxima, superior incluso a la del “buen padre de familia”, y (ii) se conserva la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima del daño (Gorelli 2006: 84). Claro está, a dicho nivel de exigencia (que convierte prácticamente a todo riesgo profesional en un incumplimiento) le es posible contraponer supuestos de ruptura de nexo causal (fuerza mayor, caso fortuito o hechos determinantes de la propia víctima) y compensación de culpas con el sujeto dañado⁶.

1.2. Las perspectivas de la Seguridad Social y la prevención de riesgos profesionales

Los conceptos iniciales del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional se produjeron en el marco de las normas de Seguridad Social, al poco tiempo de concebida ésta como sistema institucionalizado de responsabilidad estatal. Esto se dio dentro de las corrientes ideológicas que postulaban la “socialización del riesgo”, fenómeno por el cual los riesgos del trabajo pasaron a ser cubiertos por los sistemas de aseguramiento social, trasladando de esta manera a la colectividad la cobertura de los siniestros ocasionados por el trabajo. Esta medida se entendía justificada toda vez que se concebía a la sociedad en su conjunto como beneficiaria última de la actividad industrial, siendo una derivación consustancial de este principio que la colectividad corriese también con la cuota de responsabilidad que le correspondía por los riesgos que acontecen en la actividad industrial.

⁶ Mario Ackerman ha explicado cómo esta situación no debería generar demasiada aversión, considerando que las reglas civiles no deberían considerarse por encima del principio protectorio que por especialidad le corresponde a toda la materia laboral. Así, recuerda este autor que el Derecho Civil es fuente subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico, incluso del Derecho del Trabajo; éste se presenta como un derecho especial que carece de integridad, pero que, estando estructurado en torno a principios generales que le son propios, impide por su propia naturaleza el traslape o extensión mecánica de los preceptos del derecho común. Por consiguiente, la aplicación del derecho común resulta condicionada a que éste se acomode a las exigencias o conveniencias del Derecho Laboral (Ackerman 2009: 311-312).

La vía por la cual se canalizaba dicha responsabilidad del colectivo era, precisamente, el aseguramiento social.

Así, fueron las normas de Seguridad Social las primeras en fijar conceptos en torno a estos infortunios, fijando los linderos sobre los cuales debía incidir el deber asistencial y social del Estado. La positivización de los riesgos profesionales cumplía de esta manera una finalidad específica en el ámbito de la Seguridad Social, pero muy semejante a la de cualquier otro riesgo social cubierto por el sistema asegurador: se buscaba identificar situaciones o estados típicos de necesidad, con la finalidad de hacer efectiva la tutela deparada por el Estado. Esto no es otra cosa que la identificación de la contingencia, entendida ésta como el evento futuro e incierto, previsto por la ley, que puede ocurrirle al asegurado y que se caracteriza por generar la presunción de un estado de necesidad susceptible de compensación o asistencia (Ruíz Moreno 2002: 238-239).

Así, el concepto legal del estado de necesidad cubierto (accidente de trabajo o enfermedad profesional) podía incluir o excluir ciertos supuestos, en función de la extensión y los ámbitos de protección que la política legislativa y estatal querían deparar para los infortunios laborales. Por ejemplo, en el campo de los accidentes de trabajo, algunas legislaciones de Seguridad Social han oscilado entre considerar a los accidentes *in itinere* como riesgo cubierto, mientras otras han optado por excluirlo (tal como sucede en el caso peruano a partir de las normas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo — Decreto Supremo No. 003-98-SA); pudiendo presentarse esa misma dicotomía (inclusión-exclusión) respecto de cualquier otro supuesto intermedio o dudoso. En el campo de las enfermedades profesionales, las legislaciones han oscilado entre plasmar un listado único de enfermedades ocupacionales reconocidas para efectos de previsión social, mientras otras han mantenido un método de cláusula abierta, sujeta a la demostración abierta de la causalidad entre el trabajo y la dolencia padecida.

Este enfoque desde la perspectiva de la Seguridad Social (basado en la plasmación de un concepto legal del accidente de trabajo y la enfermedad profesional) no es necesariamente coincidente con el derivado de la prevención de riesgos laborales; y esto es así porque una y otra normativa tienen campos de acción disímiles: a las primeras les importa identificar un supuesto de hecho cubierto, mientras a las segundas les interesa la protección integral del trabajador en sus labores a partir del deber de prevención, campo que puede ser mucho más amplio que el primero y nunca dependiente de aquél. Esto explica que sea posible

hasta el día de hoy encontrar enunciados legales distintos respecto de los infortunios laborales al confrontar la normativa de Seguridad Social y la de prevención de riesgos del trabajo. La situación en torno a estas posiciones dualistas las podemos sintetizar recurriendo a lo ya mencionado por Gorelli:

La actuación de Seguridad Social se produce en un plano de protección mucho más general que el de prevención de riesgos, bastando que se produzca el hecho causante que actualiza la contingencia protegida para que se genere el derecho a la prestación. [...] pero en prevención de riesgos los daños que se tienen en cuenta y que implican, en su caso, responsabilidad (no sólo civil, sino administrativa y penal) sólo son aquellos que se generan en el marco de un incumplimiento de las obligaciones preventivas [...]. (2006: 14-15).

La existencia de dos planos de análisis distintos —el que deriva de la aplicación de las normas de Seguridad Social, de una parte, y de la otra, el proveniente de la aplicación de las normas de prevención de riesgos laborales— es aún más notorio en casos como el peruano, ya que, como veremos, la construcción del concepto legal del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional ha surgido en la Seguridad Social en ámbitos de aplicación muy restringidos (en un primer momento para proteger al personal obrero, y en un segundo momento para proteger a los trabajadores de actividades de riesgo), mientras que las normas preventivas son de aplicación a todo tipo de trabajador y a todo tipo de actividad empresarial. Esta situación da por resultado que, hoy en día, en el ámbito de la Seguridad Social, sólo pueda existir un accidente de trabajo o una enfermedad profesional en las actividades de alto riesgo reguladas por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, pero no así en otras actividades laborales. En oposición a ello, las normas preventivas plantean que el accidente de trabajo y la enfermedad profesional pueden presentarse en cualquier tipo de actividad.

Las normas preventivas, si bien informan sobre conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, tienden a hacer que las nociones sobre el infortunio laboral se encuentren implícitamente relacionadas con el deber de prevención del empleador, pues la causalidad con el trabajo debe buscarse y hallarse en los escenarios, las coyunturas y las circunstancias vinculadas al trabajo en que el empleador debe desplegar sus deberes de

protección. Es por esto que los accidentes y las enfermedades tendrán etiología laboral, en términos preventivos, en tanto que las causas que los generaron estuvieron o debieron estar controladas, cubiertas y gestionadas por el deber de prevención del empleador en una situación concreta o vinculada al cumplimiento del contrato de trabajo.

Esto no supone abandonar la causalidad asociada al trabajo como elemento típico de caracterización del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional en el terreno preventivo, puesto que —cuando menos en el caso peruano— las normas de seguridad y salud en el trabajo continúan asiéndose de la causalidad para definir los alcances del accidente y la enfermedad laborales. Sólo que, a nuestro entender, en virtud del deber de prevención del empresario, no bastará con analizar el simple concepto general de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sino que será además necesario pasar revista a la situación concreta a la luz del deber general de prevención (sobre todo en las situaciones dudosas), a fin de determinar si éste debió ponerse de manifiesto o no. Si debió encontrarse presente, lo más probable es que confirmemos que el accidente o la enfermedad obedecen a un origen laboral, aunque ello no se desprenda a partir de los conceptos legales establecidos por las normas de Seguridad Social que, como veremos, tienen la virtualidad de poner linderos a los conceptos y restringirse a ciertos ámbitos.

Con todos estos antecedentes, hablar de los conceptos de accidente de trabajo y de enfermedad profesional desde el punto de vista de la Seguridad Social es, paradójicamente, algo sencillo y complicado a la vez. Es sencillo porque pese a que la doctrina ha enfocado los conceptos en cuestión con diversas formulaciones, parecería haber cierto consenso en algunos elementos comunes y distintivos, reconociendo así que existe un mínimo de circunstancias y condiciones típicas que deben darse para poder formarnos la idea de lo que es un accidente de trabajo y una enfermedad profesional. De otro lado, es complicado porque la conceptualización de lo que es y lo que no es accidente o enfermedad causada por trabajo termina siendo una cuestión que suele reconducirse a la opción legislativa de la Seguridad Social de cada país y al análisis que se haga a partir de cada norma, si lo que queremos es hacer un análisis del infortunio desde este ámbito normativo. A partir de ello, las grandes dificultades se aprecian en la práctica, pues el principal problema surge en determinar cuándo estamos frente a un riesgo de trabajo, porque parecería fácil y hasta simple establecer la laboralidad de un accidente (o de una enfermedad), pero en la práctica se afrontan muchos problemas para tratar de encasillar legalmente un acontecimiento de esta naturaleza (Ruíz Moreno 2002: 486).

1.2.1. Sobre los accidentes de trabajo

No es nuestra intención agotar el recuento de tales posturas ni profundizar en demasía en su análisis, máxime cuando un estudio ya nos ha proporcionado un acercamiento muy prolijo a esa diversidad (Vásquez Vialard 1983: 249-250). Sin embargo, es posible hallar entre la variedad de conceptos recogidos por los sistemas de seguridad social algunos puntos de contacto en base a los siguientes elementos:

- La necesidad de un siniestro ocurrido sobre la persona del trabajador; concretamente, una lesión o daño corporal (herida, golpe, contusión, etc.).

Aunque la noción podrá estar en principio asociada a impactos o golpes, hay que reparar en que no necesariamente ello es así. Así, por ejemplo, se ha mencionado que en lo que respecta a lesiones corporales, debería entenderse incluidos los supuestos de inhalación súbita de sustancias químicas que producen un daño corporal (Chacartegui 2007: 23). Entendiendo la limitación que podría suponer orbitar el concepto alrededor de una lesión corporal, es que muchas legislaciones han optado por incluir también, como consecuencia del accidente, cualquier tipo de perturbaciones funcionales. Eventos con resultados gravosos (incapacidades para el trabajo) o penosos (como la muerte del trabajador), con mayor razón, se deben entender incluidos en el concepto.

- El sufrimiento de dicha circunstancia en ejercicio (o a causa) del trabajo o con motivo (u ocasión) del trabajo.

Estamos ante el elemento causal esencial que reclamaba la teoría del riesgo profesional y sobre el cual se han construido mayormente los diferentes conceptos legales referidos a la temática. Cabe señalar que *a causa* del trabajo y *con ocasión* del trabajo no son conceptos sinónimos, sino que ambos tienen proyecciones e implicancias distintas. Siguiendo a Humeres, un accidente se produce a causa del trabajo “cuando su causa inmediata y directa es el trabajo [...] cuando el accidente se produce dentro de las labores que desempeña el trabajador y en el lugar que debe ejecutarlas”; mientras que el accidente producido con ocasión del trabajo acontece cuando “ha sido causado por un hecho conexo con el trabajo o más o menos útil a su ejecución” (1997: 582), definición esta última más compleja y pasible de interpretaciones casuísticas muy variadas en función de la proximidad e intensidad de

estos hechos conexos. Los ejemplos típicos son los accidentes producidos en trayectos producidos entre el centro de trabajo y el domicilio.

- Finalmente, y como un factor relevante para la diferenciación del accidente de trabajo del otro riesgo profesional típico constituido por la enfermedad profesional, la doctrina ha reafirmado que la afectación sobre el trabajador debe producirse por una causa exterior anormal y, generalmente, repentina y violenta.

1.2.2. Sobre las enfermedades profesionales

La enfermedad profesional se ha desarrollado en los distintos sistemas jurídicos sobre la base de dos métodos distintos: el sistema de lista cerrada y el sistema de cláusula abierta. El primero de ellos es el usualmente empleado dentro del ámbito de las normas de Seguridad Social, mientras que el segundo es más propio de las normas de prevención de riesgos laborales.

En virtud del sistema de lista cerrada, es la ley la encargada de definir a qué enfermedades se les reconocerá su etiología laboral⁷. Las legislaciones que adoptan posturas como ésta parten del entendido que los accidentes de trabajo son de más fácil e inmediata verificación, de determinación más segura, mientras que las enfermedades profesionales, debido a su adquisición paulatina y la necesidad de contar con estudios médicos especializados, son de plasmación más compleja. De ahí que la ley establezca cuáles son las enfermedades que, para efectos legales, tendrán la consideración de ocupacionales.

Entre las ventajas de estos sistemas se encuentra, como es natural, la liberación de la carga de la prueba para la víctima respecto del nexo causal con el trabajo, pues la sola adquisición de la enfermedad catalogada en la lista legal será atribuida al trabajo bajo una presunción virtualmente absoluta, agilizando el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social. Como contrapartida, la gran desventaja es que el legislador no siempre actualiza la lista de manera periódica y existen muchas enfermedades pasibles de ser atribuidas al trabajo que no se encuentran catalogadas (imputables a las nuevas sustancias empleadas, a los nuevos

⁷ Especialmente para los sistemas nacionales basados en las listas legales, la OIT ha revisado en el año 2010 la relación de enfermedades profesionales propuesta por dicho ente, anexa a la Recomendación 194. En este instrumento se exhorta a la autoridad competente nacional que corresponda a “*elaborar una lista nacional de enfermedades profesionales a los fines de la prevención, registro, notificación y, de ser procedente, indemnización de las mismas*”.

procedimientos, a las nuevas tecnologías, etc.), generando un desajuste, un anacronismo frente al progreso de la técnica y un cierto grado de desprotección al dilatar o perjudicar los legítimos intereses pensionarios y asistenciales de la víctima del siniestro. En el Perú se ha adoptado un sistema mixto, lo cual será referido más adelante.

De otro lado, el sistema de cláusula abierta supone la plasmación de un concepto general de enfermedad profesional, siendo que cada caso deberá ser evaluado conforme a dichas pautas generales a fin de determinar si existe la causalidad con las labores. Como lo mencionamos, éste es el método típico de las normas preventivas de riesgos laborales, por cuanto el objetivo de éstas es “lograr una prevención integral del riesgo y la garantía de la seguridad y salud del trabajador en todos los aspectos del trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias” (Igartua 2005: 391); objetivo que se vería de alguna forma truncado si las normas de seguridad y salud en el trabajo optasen por encasillar y anquilosar los daños a la salud de los trabajadores en una lista estática y desentendida de la múltiple y evolutiva exposición a factores de riesgo físico, biológico, químico, ergonómico y psicosocial que pueden ser enfrentados, lo que ciertamente, el legislador está imposibilitado de advertir de antemano. En el caso peruano, como veremos más adelante, las normas de seguridad y salud en el trabajo optan precisamente por este método de cláusula abierta, con el propósito de reconocer y viabilizar el dinamismo que debe ostentar el deber de prevención del empleador.

A partir de la doctrina estudiada, es difícil encontrar completitud en los conceptos sobre enfermedad profesional. Y esto, debido a que, en algunos casos, propiamente no se emiten definiciones, sino características vinculadas a su adquisición (es decir, una pura referencia a la causalidad):

Se entiende por enfermedades profesionales, a efectos de la legislación sobre riesgos del trabajo, aquellas inherentes a ciertas tareas peculiares en determinados ramos de actividad; así como las resultantes exclusivamente del ejercicio del trabajo o de las condiciones especiales o excepcionales en que el mismo se realice. [...] consideramos que se entiende por enfermedad profesional la alteración en la salud del trabajador motivada por la ocupación o ejercicio del trabajo. (Cabanellas 1968: 428)

En otros casos, se definen a las enfermedades profesionales en relación o por comparación con los accidentes de trabajo, incidiendo en que éstos, si bien coinciden en el perjuicio producido sobre la salud e integridad del trabajador, suelen tener una causa súbita y violenta, mientras que aquéllas un desarrollo paulatino:

Aquél [el accidente de trabajo], es un hecho súbito y violento, que el trabajador sufre con motivo o en ocasión del trabajo, que ejecuta por cuenta ajena, y que le ocasiona una lesión, física o mental, o la muerte, conforme a referencias generalmente aceptadas. En cambio, la enfermedad profesional deviene de un proceso largo y progresivo de tareas cumplidas, en una actividad que, por sus propios riesgos, le ocasiona un daño a su salud o la muerte. (Martínez Vivot 1997: 671)

Algunos sectores, atendiendo a la continua referencia y similitud causal entre los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, han postulado desde hace muchos años la eliminación de esta dicotomía (y por ende, la superación de las dificultades de conceptualización), promoviendo en su lugar un afán unificador basado en que resulta indiferente la causa que provoque la enfermedad o el accidente, sino que lo que importa es el igual derecho de los trabajadores a la protección de las consecuencias psicofisiológicas del trabajo y a la reparación por igual (Cabanelas 1968: 427). A ello debiera añadirse el derecho que ostentan los trabajadores a iguales niveles de protección y prevención, sea contra uno u otro supuesto.

Pero lo cierto es que, a pesar de tales tendencias ideológicas, la bipartición de los riesgos profesionales se mantiene, quizás más por costumbre que por otra causa, pues no hallamos necesidad de defender a ultranza la diferenciación, ni para efectos preventivos (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales son combatidos por igual en tanto daños a la salud), ni tampoco para efectos previsionales (cuando menos en el caso peruano, ambas contingencias merecen igual tratamiento a partir del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo). Sin embargo, mayormente las legislaciones de los diferentes países se han adaptado y han conservado la diferenciación entre estos conceptos.

1.2.3. Repensando el riesgo profesional desde una óptica preventiva

Una importante apreciación de todo este proceso evolutivo es que el infortunio profesional

parecería haber sido una situación asimilada y tenida hasta cierto punto dentro de los rangos de normalidad, como algo inevitable y propio de la industria, pues siempre ha sido la esencial preocupación que queden claras las reglas tendentes a la reparación de los daños y a la asistencia de la Seguridad Social. Como bien lo recogiera Cabanellas, “nada es más peligroso, nada más triste, que esta especie de fatalismo que nos hará considerar la cifra de los accidentes de fábrica como una prima poco menos que imprescindible que ha de pagarse al destino o como una consecuencia inevitable del trabajo manufacturero” (1968: 48-49).

Hoy en día tales enfoques no resultan ni podrían resultar válidos. Consideramos que estamos acudiendo a la formación de una nueva concepción de los infortunios laborales, producto de la pujanza del derecho de la prevención de los riesgos del trabajo, para la cual es inconcebible sostener o admitir, con aires de impotencia, que los accidentes de trabajo son inevitables o producto del azar. Es igualmente insatisfactorio el estudio del infortunio tan sólo para efectos de su resarcimiento por vía indemnizatoria o cobertura a través de la Seguridad Social. Siendo éstos importantes terrenos, hay que tomar conciencia de que tan solo abordan las ulteriores implicancias de un evento que, en puridad, debiera evitarse.

Esta nueva concepción no se construye sobre las implicancias *ex post* del infortunio (con fines indemnizatorios o asistenciales), sino *ex ante*, con la dirigida intencionalidad de impedir su ocurrencia y enfatizar no sólo su previsibilidad, sino un actual, activo y exigible deber de evitación. Así, la concepción del infortunio, sin dejar las construcciones basadas en la causalidad (las cuales siguen incidiendo sobre lo resarcitorio y lo pensionario), se ve enriquecida desde el plano preventivo para realzar la obligación del patrono, no sólo de responder pecuniariamente por los daños que acontezcan, sino de antelarse al siniestro y evitar, por todos los medios posibles, que éstos lleguen a producirse y afectar la integridad del trabajador.

La OIT se ha encargado de impeler en materia de seguridad y salud ocupacional la concepción generalizada de que no sólo los accidentes de trabajo son evitables, sino de que existe una obligación efectiva e imperiosa de prevenir su ocurrencia, por lo que el Estado, los empleadores y los trabajadores están obligados a evitarlos. Por tanto, lo que antaño era entendido como inevitable, ha mudado completamente de ropajes, cambiando la fatalidad y la predestinación por deberes de eficacia preventiva y el replanteamiento de niveles de protección más acordes con la dignidad humana, la que permite concebir al trabajador no

sólo como una pieza en el entramado económico, sino como un auténtico titular de derechos fundamentales yacentes a su mera condición humana.

La OIT cree firmemente que los accidentes y las enfermedades profesionales pueden y deben ser prevenidos y que para conseguirlo es necesario adoptar medidas en el ámbito internacional, regional, nacional y empresarial. Parte de la respuesta consiste en promulgar una legislación nacional adecuada sobre seguridad y salud en el trabajo y fomentar su observancia; los organismos de inspección del trabajo desempeñan aquí un papel clave. Parte de la respuesta también reside en que haya más o mejor educación y formación, y en que la seguridad y la salud en el trabajo estén mejor integradas en los cursos de formación vocacional así como en los programas de formación empresarial. Sin embargo, el verdadero éxito en la reducción de los accidentes y las enfermedades laborales sólo puede alcanzarse si todas las partes involucradas en la prevención asumen un compromiso concreto, un concepto que constituye el eje de lo que se ha dado en llamar una "cultura de prevención en materia de seguridad y salud".

Prevenir supone gestionar, prever, planificar y comprometerse para anticiparse a los peligros, evaluar los riesgos y adoptar medidas antes de que ocurra un accidente o se contraiga una enfermedad [...]. (OIT 2005: 1)

La explicación este desfase, como hemos referido anteriormente, radica en el hecho que la prevención de riesgos laborales viene exigiendo nuevos entendimientos, nuevas reformulaciones y matizaciones diversas a los institutos laborales tradicionales. Cierto es — insistimos— que la perspectiva preventiva no ha afectado los elementos más esenciales que permiten identificar a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales (la causalidad con las labores). Sin embargo, sí tiene la virtualidad de haber evidenciado aristas que antes pasaban casi inadvertidas, como es que el estudio del infortunio laboral no sólo debe darse a efectos de su resarcimiento o aseguramiento, sino también de su antelación.

Aquella causalidad con el trabajo, que caracteriza al infortunio y da forma al concepto, es el mismo motivo por el cual deben ser combatidos los riesgos profesionales, pues ninguna

condición laboral es compatible con la dignidad humana en tanto exponga al sujeto a peligros sin que exista como contrapartida una eficaz obligación de evitar los siniestros ocasionados por el trabajo. Esto no supone una obligación de eliminar los riesgos (porque ellos son consustanciales, en muchos casos, al trabajo), sino a gestionarlos y controlarlos con la mayor acuciosidad y diligencia que resulten factibles⁸; por tanto, la eficacia preventiva que antecede como obligación del empleador a todo accidente de trabajo y enfermedad profesional es aquella que busca evitar el hecho mediante el otorgamiento e implementación de las condiciones más seguras posibles desde un punto de vista tanto técnico como organizativo, siendo que el derecho del trabajador a esta protección debe entenderse satisfecho cuando aquél adopta todas las medidas tecnológicamente factibles para prevenir los riesgos jurídicamente considerados como laborales (Martín Hernández 2006: 193).

Así, aunque la raíz de todos estos deberes de prevención que se atribuyen al empleador parten de las consideraciones conceptuales que ya se manejaban desde las tendencias del riesgo creado y el riesgo profesional⁹, el enfoque es sustancialmente diverso a partir del énfasis que se pone en las obligaciones de antelar los resultados dañosos y combatir sus causas.

2. RESEÑA SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL PERÚ

Todo cuanto se ha revisado anteriormente en relación a los riesgos laborales es trasladable, tal cual, a la experiencia peruana. Así, podremos advertir seguidamente cómo la atención sobre los riesgos profesionales se inicia a través del accidente de trabajo y su regulación

⁸ Esta postura es plenamente compartida por la OIT. Dicho organismo ha señalado lo siguiente: “De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4 [del Convenio 154 OIT], el objetivo de la política [nacional sobre seguridad y salud en el trabajo] será prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, «reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo». Esta redacción pretendía reflejar el hecho de que, si bien el requisito es evitar riesgos, en la práctica no se pueden impedir todos los riesgos para la salud, y no todas las causas de los peligros en el entorno laboral pueden ser eliminadas. La inclusión de la expresión «en la medida en que sea razonable y factible» estaba destinada a garantizar cierto grado de flexibilidad” (OIT 2009: 22).

⁹ Como bien señala Martín Hernández al refrescarnos la razón de los deberes de prevención, [...] el motivo principal por el que la protección de los trabajadores en el trabajo ha sido atribuida en las normas de seguridad y salud en el trabajo desde siempre fundamentalmente al empresario, obedece a que es el empresario, precisamente, el que, mediante la creación de su organización empresarial y el desarrollo de los procesos productivos que constituyan el objeto de la misma, crea los riesgos para los trabajadores que trabajan en dicha organización de forma personal y subordinada, y el que, además, se haya en disposición, por la posición jurídica y económica que ocupa, de adoptar las medidas necesarias para proteger a la persona de aquéllos frente a tales riesgos o, al menos, frente a los daños que la materialización de tales riesgos puede llegar a ocasionar (2006: 17).

para efectos resarcitorios, cómo es que la teoría del riesgo profesional adquiere un espacio en nuestra legislación, cómo los conceptos sobre estos infortunios son desarrollados esencialmente por las normas destinadas a la cobertura de estos siniestros a través de la Seguridad Social con ámbitos de acción restringidos y, finalmente, cómo los conceptos se amplían en el espectro de las distintas normas generales y sectoriales de seguridad y salud en el trabajo.

2.1. La regulación primigenia de los infortunios laborales en el Perú

Si bien es posible hallar indicios de regulación sobre los infortunios laborales desde la época colonial en las Leyes de Indias (Cabanellas 1968: 24), es indiscutible que, en tiempos más modernos, el tema fue normado orgánicamente por primera vez en el Perú con la Ley No. 1378 del 20 de enero de 1911, sobre “Accidentes de Trabajo”. Esta norma fue producto del libramiento de una extensa y ardua batalla legislativa iniciada en 1905 que tuvo como principal protagonista al diputado José Matías Manzanilla; disputa parlamentaria concluyó con la expedición del citado dispositivo¹⁰. Si bien la norma fue modificada posteriormente por la Ley No. 2290 del 16 de octubre de 1916 en aspectos importantes, no lo fue en su sustancia.

Sin pronunciarse sobre el concepto de accidente de trabajo, la Ley No. 1378 adoptó con toda claridad y en toda su extensión la teoría del riesgo profesional (*Artículo 1º.- “El empresario es responsable por los accidentes que ocurran a sus obreros y empleados en el solo hecho del trabajo o con ocasión de él”*). Asimismo, dispuso el pago de “indemnizaciones” consistentes en el otorgamiento de rentas a los trabajadores siniestrados o a sus herederos, en la medida que el empleador no hubiese contratado un seguro particular, el cual se entendía como voluntario. Además, la referida normativa contemplaba otras disposiciones relativas a asistencias médicas, seguros, declaración de los accidentes, aspectos procesales, etc.

Este tratamiento esencialmente resarcitorio de los accidentes de trabajo no resguardaba al trabajador, ciertamente, de la adquisición de enfermedades profesionales. No fue sino hasta la dación de la Ley No. 7975, promulgada el 12 de enero de 1935, que por primera vez, en

¹⁰ Una recopilación sumamente interesante y muy ilustrativa en relación a estos pormenores, y sobre la jurisprudencia que derivó de estas normas, puede ser consultada en RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo V, volumen 2. Lima: PUCP, 2006. Pp. 177-ss.

un solo artículo, es regulado este aspecto (sin que tampoco se defina el concepto). Este nuevo dispositivo establecía que “la neumoconiosis o cualquiera otra dolencia adquirida en el trabajo por intoxicación de gases derivados de productos químicos, están comprendidas entre las enfermedades sujetas a indemnización por el empresario, de conformidad con las leyes números 1378 y 2290”. De esta forma, a estas enfermedades derivadas del trabajo se les aparejaba un tratamiento virtualmente idéntico al que ya regía para los accidentes de trabajo¹¹.

2.2. La aprehensión del accidente de trabajo y enfermedad profesional en el campo de la Seguridad Social: el Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)

El Decreto Ley No. 18846 (emitido en el año 1971) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 002-72-TR, integraron el régimen legal del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP). Con dichas normas se abandonó el sistema de aseguramiento voluntario por cuenta del empleador establecido en la Ley No. 1378 (el cual sorprendentemente subsistió en solitario por más de cincuenta años), pasando a integrar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales el campo de las contingencias cubiertas por el sistema de Seguridad Social en el Perú (propriadamente, la Caja Nacional del Seguro Social Obrero, posteriormente el Instituto Peruano de Seguridad Social — IPSS). Las prestaciones otorgadas eran tanto asistenciales (atención médica y quirúrgica, asistencia hospitalaria y farmacia, aparatos de prótesis y ortopédicos, reeducación y rehabilitación) como económicas (subsídios por incapacidad temporal y pensiones).

Sin embargo, el SATEP fue diseñado para escudar en el perímetro de la Seguridad Social sólo al personal obrero, bajo el entendido que esta categoría de trabajadores era la mayormente expuesta a agentes causantes de enfermedades ocupacionales y a accidentes de trabajo (en la actualidad no es difícil asumir que los infortunios laborales pueden ser padecidos, en la práctica, con prescindencia de la categoría profesional y en cualquier área de trabajo).

¹¹ El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha reconocido también estos primeros momentos de nuestra legislación en materia de infortunios laborales como un importante hito, pero sin olvidar su carácter aún embrionario. Esto, con ocasión de diversos procesos de amparo vinculados al otorgamiento de pensiones por enfermedad profesional en el marco del Decreto Ley No. 18846 y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (STC 10063-2006-PA/TC de 8 de noviembre de 2007).

Bajo esta perspectiva, el artículo 2º del Decreto Ley No. 18846 estableció que los asegurados obligatorios de este régimen serían los trabajadores obreros de la actividad privada y los de las empresas de propiedad social, los pescadores y los del servicio doméstico, además de los trabajadores obreros del Sector Público no comprendidos en el Decreto Ley No. 11377 (Estatuto y Escalafón del Servicio Civil). Las prestaciones otorgadas (en salud y económicas) serían otorgadas con la sola comprobación de la condición de obrero, sin necesidad de un período de calificación previo.

Son diferentes aspectos los que podrían merecer un estudio detenido en esta etapa. No obstante, para los efectos de nuestra investigación destacamos tan sólo algunos de ellos:

- Las normas que integraron el SATEP fueron las primeras que, en la historia de la legislación peruana, definieron qué debía entenderse por accidente de trabajo y por enfermedad profesional (aunque en el ámbito restringido de la Seguridad Social), recogiendo el principio de causalidad con el trabajo y el accidente producido con ocasión del trabajo. Esta fue una necesidad concomitante al hecho de que tales eventos pasaron a ser contingencias cubiertas para la Seguridad Social, por lo que devino en imprescindible que la ley fijase el supuesto de hecho habilitante para que el trabajador siniestrado acceda a estos derechos de protección social y se genere, como contrapartida, la obligación estatal de asistencia.
- Fue específicamente el Decreto Supremo No. 002-72-TR la norma que plasmó las definiciones. Así, para definir el “accidente de trabajo”, los artículos 7º y 8º de la norma consideraron lo siguiente:
 - a. Sería considerado accidente de trabajo “toda lesión orgánica o funcional que en forma violenta o repentina sufran los trabajadores [...] debido a causas externas a la víctima o al esfuerzo realizado por ésta y que origine reducción temporal o permanente en su capacidad de trabajo o produzca su fallecimiento”.
 - b. Asimismo, entraría en el concepto el accidente producido en la ejecución de órdenes del empleador, aún fuera del lugar y las horas de trabajo; el producido “antes, durante y en las interrupciones (sic) del trabajo, si el

trabajador se hallase por razón de sus obligaciones laborales, en el lugar de trabajo o en los locales de la empresa”; y el que sobreviene por acción de tercero o del empleador o de otro trabajador, durante la ejecución del trabajo.

- c. De otro lado, no se consideraría accidente el producido intencionalmente por el propio trabajador, o por el incumplimiento de una orden escrita del empleador.
- La enfermedad profesional quedó conceptualizada por el artículo 56° como “todo estado patológico crónico que sufra el trabajador y que sobrevenga como consecuencia de la clase de trabajo que desempeña o hubiese desempeñado o del medio de trabajo causada por agentes físicos, químicos y biológicos”. Sin embargo, su cobertura estaba condicionada a la aplicación del sistema de lista cerrada que anteriormente hemos mencionado (contenido en el artículo 60° de la norma), pudiéndose incorporar otras enfermedades en la lista mediante resolución suprema.

El régimen del SATEP fue derogado por la Ley No. 26790 (Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud), publicada el 17 de mayo de 1997 y vigente hasta el día de hoy. Esta norma, entre otras disposiciones vinculadas a las atenciones en salud y prestaciones económicas dentro de la Seguridad Social, creó el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) que sustituyó al SATEP. De dicha Ley derivaron normas de desarrollo; a saber, el Decreto Supremo No. 009-97-SA (Reglamento) y el Decreto Supremo No. 003-98-SA (Normas Técnicas del SCTR).

El SCTR otorgaría prestaciones de salud y económicas a los trabajadores afiliados regulares del Seguro Social de Salud que sufriesen accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Las primeras podrían ser contratadas con el Seguro Social de Salud (Essalud) o con una Entidad Prestadora de Salud (EPS), mientras que las prestaciones económicas podían serlo con la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o una empresa aseguradora privada.

El nuevo régimen de aseguramiento no limitó su ámbito de aplicación a los trabajadores obreros, sino a todo trabajador que sufriese un accidente de trabajo o una enfermedad profesional en los términos definidos legalmente. Sin embargo, el universo de servidores asegurado siguió siendo igualmente limitado, por cuanto la contratación de este seguro adicional es obligación de las empresas que realizan actividades de alto riesgo, según el

listado de actividades comprendidos en esta misma norma. Por ende, se excluye de la aplicación del régimen de cobertura del SCTR a los sufridos por el personal de actividades no riesgosas, aunque tales infortunios sean consecuencia directa e inmediata de la labor para la cual fueron contratados por su empleador. Estos trabajadores, aunque en los hechos sean víctimas de un accidente de trabajo (en términos latos), en lo que respecta a ayudas asistenciales y económicas de parte de la Seguridad Social, sólo podrían acceder a las prestaciones del régimen común.

Este régimen es también susceptible de análisis desde diferentes aristas de especial relevancia en el medio nacional¹². Sin embargo lo que queremos destacar nuevamente es el enfoque otorgado a los accidentes de trabajo y a la enfermedad profesional, pues la concreción legal es punto de partida para el reconocimiento de los beneficios del seguro. Este énfasis lo hacemos con un poco más de extensión que el tomado para el caso del SATEP, por cuanto el SCTR es un sistema vigente.

- En cuanto a los accidentes de trabajo, el artículo 2º de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo opta por articular el concepto en cuestión en tres etapas: una noción general, unos supuestos incluidos en el concepto y otros tantos excluidos por disposición legal expresa.

En cuanto a la *noción general* se establece que es accidente de trabajo *“toda lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona del trabajador o debida al esfuerzo del mismo”*. La legislación opta por la identificación del accidente (que en principio, debería ser un suceso, hecho o acontecimiento) con el producto del mismo (la lesión o perturbación funcional que sufre el trabajador).

En este extremo conviene destacar a nuestro criterio los siguientes elementos trascendentales de la configuración legal:

¹² A manera de referencia, es pertinente recordar que existe una abundante cantidad de pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en relación al SCTR y al SATEP (especialmente, en lo que concierne a enfermedades profesionales), debido a diversos vacíos y despalmes en la sucesión de estos regímenes de aseguramiento (prescripción de derechos pensionarios, ámbitos de protección, acreditación de la enfermedad profesional, entre otros). Los problemas advertidos y los criterios desarrollados pueden ser confrontados en las principales sentencias expedidas; a saber, las STC 10063-2006-PA/TC, 6612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC, 00061-2008-PA/TC, 2513-2007-PA/TC.

- (i) Un elemento subjetivo: el trabajador.- El sistema del SCTR está diseñado esencialmente para los trabajadores por cuenta ajena. Éste es su ámbito obligatorio.
- (ii) Un elemento objetivo: la lesión orgánica o perturbación funcional.- El accidente de trabajo supone un daño sufrido por el cuerpo del trabajador, pudiendo originarse típicamente por traumatismos, heridas, cortes, quemaduras, aplastamientos, etc. Estos eventos tienen la particularidad de ser externalidades que no pueden ser controladas por el trabajador, de ahí que la ley preceptúe como condición el que exista una acción imprevista, fortuita u ocasional externa, repentina y violenta.

Del texto normativo parecería ser que las dolencias psicológicas producidas por causa del trabajo se encuentran excluidas. En efecto, la norma al exigir la presencia de una acción externa, repentina y violenta alude implícitamente a las dolencias generadas por contusiones o fuerzas momentáneas incontroladas que afectan la integridad del cuerpo del trabajador, no su psiquis.

Otra limitación de la cual adolece la legislación es el exigir que la acción externa desencadenadora del accidente sea repentina y violenta (con carácter copulativo), pues pueden existir muchos casos de accidente con evidente connotación laboral en los que no se van a encontrar presentes uno u otro elemento, sin que ello signifique descartar el carácter laboral de la incidencia sufrida (Ackerman 2007: 133). Tal es el caso, por ejemplo, de una intoxicación por gases en los socavones mineros, donde la fuerza externa (el gas) puede actuar de manera repentina, pero por su naturaleza carece del elemento de violencia que exigiría la ley. En todo caso, lo repentino y violento es una característica usual del accidente de trabajo, verificable tal vez en la mayoría de casos, pero no en todos.

- (iii) El factor conectivo: en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo.- El elemento conectivo es sin lugar a dudas el más conflictivo de todos, pues es el que, con diversa casuística, permite atribuir la dolencia del trabajador a la realización o ejecución de las prestaciones comprometidas en el contrato de trabajo.

Los dos criterios que plantea la norma peruana como factores de conexión son distintos. Así, mientras “*en el centro de trabajo*” alude a la ubicación donde se

produce el infortunio, la expresión “*con ocasión del trabajo*” refiere propiamente a una necesaria relación causal, entiéndase por interpretación lógica, en aquellos casos donde el hecho se produce fuera del centro de trabajo, pero a causa de la prestación laboral.

- El accidente de trabajo en el SCTR se define también en base a especificaciones y exclusiones explícitas. Los numerales 2.2 y 2.3 del artículo 2º de las Normas Técnicas de SCTR establecen particularidades en torno a la noción general del accidente de trabajo, pues recogen unos supuestos que, para efectos legales, se entenderán incluidos dentro del concepto, y otros tantos que no lo estarán.

Esta forma de legislar puede tener en nuestro concepto finalidades diversas: en algunos la motivación del legislador será simplemente el esclarecimiento, es decir, aclarar cualquier duda interpretativa que pudiese presentarse en la práctica ante situaciones de interpretación especialmente problemáticas, aclarando así si estamos ante un accidente de trabajo (en cuyo caso hablaremos de una especificación positiva¹³) o si no lo estamos (especificación negativa¹⁴). En estos casos, la legislación antela el dilema y postula una solución. Sin embargo, en otros casos, la voluntad del legislador se orienta en realidad por la realización de una deliberada exclusión, esto es, cuando pese a contar el supuesto de hecho con elementos en algunos casos razonables para ser entendido como un accidente de trabajo, la opción legislativa es rechazarlo de plano, excluyéndolo del ámbito de protección¹⁵.

¹³ Se consideran accidentes de trabajo: (i) El accidente que sufra el trabajador durante la ejecución de órdenes del empleador o bajo su autoridad, aun cuando se produzca fuera del centro de trabajo y de las horas de trabajo; (ii) El accidente que se produce antes, durante o después de la jornada laboral o en las interrupciones del trabajo, si el trabajador se hallara por razón de sus obligaciones laborales en cualquier centro de trabajo del empleador, aunque no se trate de un centro de trabajo de riesgo ni se encuentre realizando las actividades propias del riesgo contratado; (iii) El accidente que sobrevenga por acción del empleador o sus representantes o de tercera persona, durante la ejecución del trabajo.

¹⁴ No son accidentes de trabajo: (i) El provocado intencionalmente por el propio trabajador o por su participación en riñas o peleas u otra acción ilegal; (ii) El que se produzca con ocasión de actividades recreativas, deportivas o culturales, aunque se produzcan dentro de la jornada laboral o en el centro de trabajo; (iii) El que sobrevenga durante los permisos, licencias, vacaciones o cualquier otra forma de suspensión del contrato de trabajo; (iv) Los que se produzcan como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes por parte del trabajador; (v) Los que se produzcan en caso de guerra civil o internacional, declarada o no, dentro o fuera del Perú; motín, conmoción contra el orden público o terrorismo; (vi) Los que se produzcan por efecto de terremoto, maremoto, erupción volcánica o cualquier otra convulsión de la naturaleza; (vii) Los que se produzcan como consecuencia de fusión o fisión nuclear por efecto de la combustión de cualquier combustible nuclear, salvo cobertura especial expresa.

¹⁵ Tal es el caso de: (i) El accidente que se produce en el trayecto de ida y retorno a centro de trabajo, aunque el transporte sea realizado por cuenta del empleador en vehículos propios contratados para el efecto; (ii) El que se produzca como consecuencia del incumplimiento del trabajador de una orden escrita específica impartida por el empleador.

- En cuanto a las enfermedades ocupacionales, hemos antelado que los sistemas previsionales fluctúan entre dos tendencias: el método de la lista cerrada y el sistema de la cláusula abierta. En el caso peruano, el SCTR adopta un método dualista o mixto en el que se conjuga el listado legal con el método de la cláusula abierta.

El artículo 3º de las Normas Técnicas recoge un enunciado general donde el nexo causal es naturalmente el elemento clave de la enfermedad profesional:

“[...] se entiende como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar [...]”.

Pero seguidamente se alude a un listado de enfermedades legalmente reconocidas para efectos de este seguro:

“[...] La tabla de Enfermedades Profesionales y su vinculación causal con la clase de trabajo que la origina será aprobada por el Ministerio de Salud, a propuesta de la Comisión Médica a que se refiere el Art. 30 del presente Decreto Supremo [...]”.

Esta tabla de enfermedades ocupacionales es la que se aprobó en el año 2008 mediante Resolución Ministerial No. 480-2008/MINSA (en tanto esta tabla no existía, al amparo de la Cuarta Disposición Transitoria de las Normas Técnicas del SCTR, se emplearon los criterios esbozados por el Decreto Ley 18846 y sus normas reglamentarias, las cuales incluían un listado incipiente y muy básico de enfermedades ocupacionales). Hasta aquí, todo aparenta asemejarse al método de la lista cerrada. Sin embargo, el mismo artículo 3º se señala también que:

“[...] En caso que una enfermedad no aparezca en la Tabla de Enfermedades Profesionales a que se refiere el párrafo anterior, pero se demuestre que existe relación de causalidad con la clase de trabajo que desempeña el trabajador o el ambiente en que labora, será reconocida como Enfermedad Profesional [...]” (subrayado nuestro)

En todo caso, queda claro que el sistema de aseguramiento profesional considera los dos métodos que mencionamos, siendo que el elemento clave es la causalidad con el trabajo; vale decir, que la enfermedad sea desencadenada por los factores de riesgo que enfrentó el trabajador en su ambiente o situación de trabajo.

2.3. El accidente de trabajo y la enfermedad ocupacional desde las normas preventivas

En el estudio del derecho de reubicación por accidente de trabajo o enfermedad profesional, son las normas derivadas del ámbito preventivo las que tienen especial importancia, no sólo porque dicho derecho surge del articulado de las normas de prevención de riesgos laborales en el Perú, sino porque además éstas confieren una dimensión distinta al accidente de trabajo y a la enfermedad profesional en el sentido que estos eventos pueden darse en cualquiera actividad laboral, y no sólo en las actividades riesgosas (que es el enfoque de la Seguridad Social).

En materia preventiva todo orbita alrededor de un eje central constituido por el deber de prevención del empresario. Esta obligación genérica es concebida por el artículo I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo en los siguientes términos:

El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

Este extenso eje, lejos de promover o permitir exclusiones, tiende más bien a la inclusión omnicompreensiva en la gestión de riesgos laborales del empresario de toda situación, coyuntura, ambiente, procedimiento o circunstancia que pudiese generar un daño o un perjuicio a la seguridad, a la integridad o a la vida del trabajador, y que razonablemente puede encontrarse bajo el control de aquél. Si bien las obligaciones derivadas del deber de prevención son amplias, tampoco puede entenderse esto de manera ilimitada. Concordamos

con Salcedo en el sentido que interpretaciones sumamente extensas e irrazonables “obligan al empresario a realizar una vigilancia individualizada y constante de absolutamente todos los actos de los trabajadores que excede [...] de la diligencia que se ha de exigir a un empresario, resultando incluso imposible de plasmar en la práctica” (Salcedo 2000: 28-29).

La amplitud del deber de prevención se aprecia con claridad en aquellos casos de accidentes producidos el trayecto de ida y vuelta al centro de trabajo en vehículos proporcionados por el empleador: para la Seguridad Social (concretamente, para el SCTR) no se tratará de un accidente atribuible al trabajo, pero para las normas preventivas sí¹⁶, por cuanto el empleador, dentro de ciertos márgenes, es el responsable de verificar la idoneidad y seguridad del vehículo asignado al transporte y las condiciones de profesionalidad del conductor o empresa contratada para tales efectos. El mismo razonamiento es aplicable a los regímenes en los que impera la lista cerrada en materia de enfermedades ocupacionales: si una determinada enfermedad no está catalogada en la lista provista por el sistema de Seguridad Social, el ente asegurador (público o privado) no considerará al hecho como una enfermedad ocupacional; pero si esa misma dolencia fue adquirida por la exposición del trabajador a un riesgo propio del centro de trabajo (por ejemplo, por el empleo de un nuevo químico), el evento sí es enfermedad ocupacional para las finalidades preventivas.

Las particularidades del derecho de prevención de los riesgos laborales —y sobre todo, la amplitud del deber de prevención que es su centro gravitacional— imprimen sobre los infortunios laborales también ciertos matices. Así, las normas preventivas pueden postular definiciones para el accidente de trabajo y enfermedad profesional¹⁷, pero será el análisis

¹⁶ De ahí que el artículo 54° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo especifique que el deber general de prevención se hace extensivo, con amplitud, a toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo; y aún en ciertos supuestos de desplazamiento, siempre que se cumplan las condiciones previstas por el artículo 93° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (se incluye todo desplazamiento que realice el trabajador en cumplimiento de una orden del empleador o la ejecución de una labor por encargo de éste, como parte de las funciones asignadas, incluso si ésta se desarrolla fuera del lugar y las horas de trabajo; y se excluye todo desplazamiento entre el domicilio y el trabajo y viceversa, salvo que ello esté contemplado en una norma sectorial, sea una condición de trabajo, o el desplazamiento se realice en un medio de transporte brindado por el empleador, de forma directa o a través de terceros).

¹⁷ Como efectivamente lo hace el Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 005-2012-TR. Dichas definiciones ya estaban contempladas desde el precedente Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo No. 009-2005-TR), según la modificación introducida por Decreto Supremo No. 007-2007-TR. En ese sentido, se entiende por accidente de trabajo *“Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo”*; mientras que por enfermedad profesional se reputa al “daño orgánico o

que se haga sobre el deber de prevención y la factibilidad de su ejercicio el que confirmará si se trata o no de un infortunio derivado del trabajo, en la medida que se determine si era pertinente o no que el empleador desplegara sus acciones preventivas según el contexto dado.

Esta distinta perspectiva del accidente y de la enfermedad es una implicancia muy propia de las características que ostenta el deber de prevención; entre ellas su condición de obligación genérica y dinámica. Por ser una obligación genérica, el deber de prevención está sujeto a una formulación

“[...] amplia, abierta y omnicomprensiva [que] permite que todas las referencias en los artículos posteriores respecto a obligaciones del empresario se tengan por incluidas dentro de la obligación de seguridad, siendo especificaciones de la misma, pero que, sin embargo, no agotan su contenido, pues tan sólo son concreciones o materializaciones necesarias de algunos de sus aspectos [...]”.
(Salcedo 2000: 25)

Asimismo, por su cualidad dinámica, el deber de prevención debe renovarse y adaptarse a las circunstancias de cada momento o lugar, según los cambios tecnológicos, las necesidades operativas e incluso las circunstancias personales del trabajador (Salcedo 2000: 26).

Las diferencias con las concepciones recogidas en las normas de Seguridad Social son bastante evidentes: así, no existen supuestos excluidos ni especificaciones, no se exige la violencia del factor externo en el caso de los accidentes, tratándose de las enfermedades no se hace alusión a ninguna lista, entre otros aspectos. Por consiguiente, la concepción de los infortunios laborales en el campo de la seguridad y salud en el trabajo se encuentran mucho más relacionados al deber general de prevención que a una concepción cerrada y estática, lo cual es más propio de la Seguridad Social.

funcional infligido al trabajador como resultado de la exposición a factores de riesgos físicos, químicos, biológicos y ergonómicos, inherentes a la actividad laboral”. Cabe precisar que, en adición a estas normas generales, existen otras normas de seguridad y salud en el trabajo aplicables a ciertos sectores específicos que también contienen definiciones sobre el accidente de trabajo y la enfermedad ocupacional, a las cuales no nos referiremos para no extendernos en demasía, aunque le son aplicables todo cuanto hemos mencionado acerca del deber de prevención. Estos sectores económicos son el minero (Decreto Supremo No. 055-2010-EM), el eléctrico (Resolución Ministerial No. 111-2013-MEM-DM) y el de hidrocarburos (Decreto Supremo No. 043-2007-EM).

Asimismo, es la noción preventiva del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional que circunda alrededor del deber de prevención del empresario el que constituye el referente más idóneo para la aplicación de la reubicación laboral establecida en el artículo 76° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Dicho de otra forma, la reubicación constituirá un derecho del trabajador que ha sido víctima de un evento dañoso, siempre que dicho daño se produzca en un escenario donde debió hacerse de manifiesto el deber de prevención del empresario según las normas de seguridad y salud en el trabajo, al margen de que la empresa realice una actividad de riesgo o no según la normativa del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

No es una nota esencial para hablar de reubicación, consiguientemente, que el evento dañoso sea reconocido por las normas de seguridad social como un infortunio laboral ni que provoque en el sujeto determinado nivel de incapacidad, puesto que esta legislación al emplear mecanismos de tipificación a veces taxativa o restrictiva con los fines que le son propios (atender estados de necesidad tipificados por ley), pueden imponer reservas al pleno despliegue del concepto. Así, para entrar en el campo de la reubicación, interesará tomar como referente y corroborar que el infortunio laboral esté relacionado al ámbito de prevención del empresario. Además, como desarrollamos más adelante, el derecho de reubicación que plantea la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo es una manifestación más del deber de prevención en el desenvolvimiento del vínculo laboral, por lo que la perspectiva preventiva del infortunio laboral es el referente más adecuado para identificar este tipo de eventos y contextualizar el derecho a la reubicación laboral.

CAPÍTULO II

LA REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR DESDE UN DOBLE ENFOQUE EN LA OIT Y APROXIMACIONES EN EL ENTORNO NACIONAL

1. La OIT y sus aproximaciones a la reubicación laboral

Al momento de esbozar nuestra investigación, consideramos como hipótesis que si nuestra intención era rastrear los antecedentes referidos a las propuestas de reubicación de los trabajadores como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo pertinente era sondear el tratamiento que sobre el tema se había dado a nivel de la OIT. Nos parecía imposible que no hubiese un tratamiento sobre el particular, considerando que dicho ente fue el primero en el mundo que mostró, de manera institucionalizada, profunda preocupación por los infortunios laborales y sus consecuencias. Esta hipótesis resultó, al fin de cuentas, muy orientadora, pues nos ha permitido hallar en los tratamientos dados a la reubicación importantes insumos para desentrañar la naturaleza compleja (preventiva y de protección frente a la discapacidad) del derecho que contempla el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Este apartado lo iniciamos desarrollando los que constituyen a nuestro entender los principales hilos conductores que nos permitirán rastrear el surgimiento y seguimiento de la temática de la reubicación en la labor de la OIT y los propósitos perseguidos con ella. En su parte final, tomamos nota de algunos referentes normativos que atañen al mismo fenómeno, provenientes de otros ámbitos.

1.1. Los enfoques adoptados por la OIT en relación a la reubicación: cuestiones preliminares

Desde su constitución en 1919, la OIT evidenció al mundo la necesidad de proteger la vida y la salud de los trabajadores, haciendo de estos rubros una de sus razones de ser. El Preámbulo de la Constitución de la OIT es sumamente enfático y esclarecedor en ese sentido al reconocer lo siguiente:

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal

grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a [...] protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo [...] (subrayado nuestro).

Al fijar en estos términos su razón de ser, la OIT fundó por primera vez, hace casi cien años, lo que hoy entendemos como seguridad y salud en el trabajo; y lo hizo ante un escenario de clamorosa necesidad. Es importante destacar que el surgimiento de esta preocupación por la vida y la salud de los trabajadores se haya dado desde el nacimiento de la OIT, pues como explica Tapiola, dicho organismo surge cuando en la mayoría de países las organizaciones de empleadores y trabajadores todavía no se habían reconocido mutuamente como interlocutores en la negociación (2001: 66), lográndose así los acercamientos primigenios en procura de consensos que dieran origen más adelante al desarrollo de declaraciones, convenios y recomendaciones en diferentes temáticas laborales, incluyendo la prevención y atención de los siniestros del trabajo.

Esta intención de proteger al trabajador frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fue reafirmado tiempo después en la “Declaración Relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo” de 1944. En ella, y evocando su propia Constitución, la OIT destacó su obligación solemne de fomentar, entre todas las naciones del mundo, *“programas que permitan proteger adecuadamente la vida y salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”*. En tiempos más recientes, en la Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97^o reunión, fue nuevamente destacado el derecho de los trabajadores a contar con un medio ambiente de trabajo seguro y saludable como parte de la configuración del trabajo decente. Específicamente, dentro de la protección social (que es uno de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT en los que reposa el trabajo decente), la Conferencia reconoció la importancia de *“adoptar y ampliar medidas de protección social — seguridad social y protección de los trabajadores— que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de [...] condiciones de trabajo saludables y seguras [...]”* (OIT 2008: 10).

Pero la seguridad y salud en el trabajo no sólo se ha desglosado en estos documentos

orientadores. A lo largo de su historia, la OIT ha dado origen una muy nutrida producción normativa que, directa o indirectamente, ha estado referida a la problemática de la prevención de riesgos del trabajo. Algunas estimaciones realizadas *grosso modo* dan cuenta de que en los últimos noventa años, cerca del 80% de todas las normas e instrumentos de la OIT están total o parcialmente relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, por lo que es posible hallar disposiciones de esta naturaleza en instrumentos especiales dedicados a estos temas, pero también es posible identificar otras tantas disposiciones —de manera transversal— en convenios y recomendaciones sobre el trabajo infantil, la economía informal, la incorporación de las cuestiones de género, la inspección del trabajo, sectores específicos de la actividad económica, el VIH/SIDA, migraciones, entre otros tantos.

En esa línea, se hallan instrumentos relativos a la prevención de los riesgos ocupacionales (con carácter general y en función de ciertas actividades económicas y riesgos específicos), o sobre políticas nacionales, u obligaciones sobre vigilancia de la salud, sustancias y materiales peligrosos, entre otros, cuya eficacia y campo de acción se ubica usualmente en las etapas previas o concurrentes al infortunio, con la finalidad de evitar afectaciones sobre la persona del trabajador, o que éstas, si ya se han producido, sean atendidas y que no se agraven¹⁸.

Así pues, la seguridad y salud en el trabajo no es un tema novedoso ni tampoco responde a

¹⁸ Sólo con fines referenciales, sin que el presente enunciado sea exhaustivo sino más bien ilustrativo, pueden mencionarse los siguientes instrumentos de carácter general: Convenio (núm. 155) sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; Protocolo de 2002 (núm. 155) relativo al convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; Recomendación (núm. 164) sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; Convenio (núm. 161) sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985; Recomendación (núm. 171) sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985; Convenio (núm. 187) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006; Recomendación (núm. 197) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006; Recomendación (núm. 97) sobre la protección de la salud de los trabajadores, 1953; Recomendación (núm. 102) sobre los servicios sociales, 1956; Recomendación (núm. 194) sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002; Recomendación (núm. 31) sobre la prevención de los accidentes del trabajo, 1929 (instrumento en situación provisoria). Asimismo, los siguientes instrumentos de carácter particular según riesgos ocupacionales y actividades: Convenio (núm. 115) sobre la protección contra las radiaciones, 1960; Recomendación (núm. 114) sobre la protección contra las radiaciones, 1960; Convenio (núm. 139) sobre el cáncer profesional, 1974; Recomendación (núm. 147) sobre el cáncer profesional, 1974; Convenio (núm. 148) sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977; Recomendación (núm. 156) sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977; Convenio (núm. 162) sobre el asbesto, 1986; Recomendación (núm. 172) sobre el asbesto, 1986; Convenio (núm. 170) sobre los productos químicos, 1990; Recomendación (núm. 177) sobre los productos químicos, 1990; Convenio (núm. 174) sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993; Recomendación (núm. 181) sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993; Convenio (núm. 120) sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964; Recomendación (núm. 120) sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964; Convenio (núm. 167) sobre seguridad y salud en la construcción, 1988; Recomendación (núm. 175) sobre seguridad y salud en la construcción, 1988; Convenio (núm. 176) sobre seguridad y salud en las minas, 1995; Recomendación (núm. 183) sobre seguridad y salud en las minas, 1995; Convenio (núm. 184) sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001; Recomendación (núm. 192) sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001; entre otros tantos pendientes de revisión a la fecha.

nuevas tendencias internacionales, ya que desde su primera formulación a nivel internacional han transcurrido a la fecha casi cien años de abundante normativa y tratamiento a través de declaraciones y otros instrumentos internacionales.

En toda esta abundante producción normativa, el derecho de reubicación ha sido planteado (en algunas pocas ocasiones) como una obligación del empleador, justificada en razones preventivas, con la finalidad de alejar al trabajador de sustancias o exposiciones nocivas a su salud, procurando así prevenir la adquisición de males profesionales, o evitar agravar los ya padecidos, en base a los seguimientos médicos que debe practicar el empleador (vigilancia de la salud de los trabajadores).

No obstante lo anterior, tal no es el único recinto en el cual la reubicación ha sido abordada. Creemos incluso que la mayor productividad de ideas sobre el particular ha sido aportada desde otros campos, como los relativos a la readaptación profesional y promoción del empleo de las personas con discapacidad. Este rubro tradicionalmente ha recibido por parte de la OIT un tratamiento diferenciado frente a la seguridad y salud en el trabajo, pero sin lugar a dudas, guardan ambos una relación vinculante e implicante en muchos casos, pues el infortunio laboral es susceptible de generar, en algunas ocasiones, una discapacidad. Así, en algunos casos la reubicación parece ser una medida recomendada por razones puramente preventivas, con la finalidad de resguardar la salud del trabajador; pero en otras, además de procurar finalidades preventivas, es posible que la reubicación cumpla también un rol de promoción y fomento del trabajo para las personas con discapacidad.

En todo caso, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, en tanto incidencias y patologías del mundo del trabajo, motivan atenciones desde diversos ángulos, los cuales abarcan los aspectos indemnizatorios, de Seguridad Social, preventivos y los concernientes a la readaptación profesional. En especial, la imbricación entre lo preventivo y la readaptación del trabajador ya fue advertida tiempo atrás por la doctrina. Sobre el particular se ha señalado:

El aspecto relativo a la curación de la víctima del accidente del trabajo, y el motivo de orden económico que origina la indemnización, no constituyen los únicos factores que deben prevalecer en esta materia; adquieren asimismo importancia principal tanto la readaptación como la reeducación del trabajador accidentado, con el objeto de

reincorporarlo a la vida activa del trabajo, siempre que ello resulte posible. (Cabanellas 1968: 417)

Creemos necesario e importante efectuar una anotación preliminar antes de ahondar en los referentes concretos que la OIT ha generado respecto a la reubicación, sobre todo en relación a la discapacidad. Como podrá apreciarse del recuento que haremos en los siguientes puntos, la intensidad con que la OIT ha abordado la reubicación no pasa por estatuir propiamente un derecho laboral en el sentido más estricto del término, sino más bien a promover la adopción de políticas gubernamentales y decisiones empresariales que fomenten la conservación del trabajo y la adaptación del mismo a los trabajadores con capacidades disminuidas. Esta opción puede encontrar explicación en alguna de las dos siguientes razones (o en ambas):

- a. La necesidad de adoptar un esquema de coherencia en la línea discursiva de la OIT. Es pertinente recordar que el Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (no ratificado por el Perú), considera en su artículo 4º de manera expresa que la incapacidad del trabajador es una causa justificada para poner término a la relación de trabajo. Cuando menos en un plano de pura lógica proposicional, sería inconsecuente reconocer esta causa justa de terminación de la relación laboral y, a la par, postular a la reubicación con la intensidad de un derecho o garantía plena; máxime, cuando el propio Convenio 158 OIT no establece ninguna distinción sobre el origen del detrimento de la capacidad del trabajador, por lo que la justificación para el despido parecería ser aplicable tanto a los menoscabos sufridos por causas comunes como a los de origen laboral. En todo caso, creeríamos que los nuevos tiempos y las nuevas posturas en relación a la discapacidad y la necesidad de promover la readaptación profesional y social de la persona que la padece exige una revisión del Convenio 158 OIT y una relectura más armoniosa de cara a las nuevas tendencias.
- b. La segunda explicación podría estar vinculada con la débil intensidad y el repliegue con que algunos temas laborales han sido tradicionalmente abordados por la OIT en su dinámica normativa. Esto sido un asunto extensamente criticado y estudiado por la doctrina, sobre todo de cara a los fenómenos de la globalización de la economía consolidados a partir de los años noventa del siglo precedente, cuyos postulados más bien reclaman amplios márgenes de flexibilidad de cara a la competitividad en el

mercado internacional y, por implicancia, menores imperativos sociales. Sin embargo, como bien se ha anotado, los cuestionamientos sobre el rol normativo de la OIT venían cuajándose desde la década de los años ochenta, pues “las observaciones estaban dirigidas, especialmente, a la selección de temas para la adopción de normas, que no siempre interesaban a los países en vías de desarrollo, el contenido de los instrumentos, que a menudo supera las posibilidades de estos países; la insuficiente participación de los empleadores y trabajadores en la preparación de las normas; y el elevado ritmo de adopción de nuevos instrumentos. Por otro lado, en ciertos sectores también se expresaron críticas en relación con los mecanismos de control de aplicación de normas” (Von Potovsky 1990: 83).

Con el pasar del tiempo fueron identificados los principales factores desencadenantes de la debilidad normativa de la OIT: (i) se han hecho referencias a su carácter tripartito y, por tanto, concentrador de intereses contrapuestos, multiformes y dinámicos, lo que conlleva a la dación de normas cargadas de generalidad y poco vinculantes; (ii) asimismo, la OIT ha encarado diversas voces que van en pos de la productividad y competitividad, que proclaman y demandan en paralelo amplios márgenes de flexibilidad y desregulación en el mercado de trabajo; (iii) finalmente, también se ha prestado atención al debilitamiento del papel del Estado —como garante último del accionar normativo de la OIT— en el nuevo esquema de economías transfronterizas, donde el peso de los operadores económicos privados transnacionales pasa a ser mayor que la de los propios Estados (Bonet 2007: 111-ss).

No nos compete en este momento analizar el estado actual del rol normativo de la OIT, dado que ello desviaría nuestra atención hacia temas que superan nuestra materia. Sin embargo, consideramos que los comentarios vertidos eran necesarios a fin de poder efectuar una lectura contextualizada del rol que ha tenido la OIT en torno a la reubicación laboral. Así, lejos de otorgarle visos más consistentes que apunten hacia la eventual formulación de un derecho, la OIT siempre ha mantenido respecto de la reubicación un tratamiento promocional, mostrando su carácter deseable, su ánimo preferencial. Sin embargo, esto no perjudica que en el plano jurídico nos encontremos ante obligaciones normativas dada la ratificación por parte del Perú de los Convenios 111 y 159, a los cuales nos referiremos en el presente trabajo.

A manera de síntesis, la OIT ha desarrollado la reubicación laboral como parte de los instrumentos y documentos dedicados a la seguridad y salud en el trabajo, pero con mucho más énfasis en el rubro destinado a la readaptación profesional de las personas con discapacidad. Siempre fiel a su vanguardia en materia de derechos humanos, la OIT se ha ocupado en diferentes oportunidades —y desde años muy próximos a su creación— sobre los problemas que afrontan las personas discapacitadas en relación al trabajo; esto, incluso muchos años antes de que la discapacidad en general fuera un tema de actualidad en el debate de las Naciones Unidas, cuyo primer instrumento sobre el particular fue emitido recién en 1971 con la Declaración de Derechos del Retrasado Mental.

1.2. La reubicación desde los instrumentos y documentos relativos a la seguridad y salud en el trabajo

En el campo de la seguridad y salud en el trabajo, contamos con cuatro instrumentos y un documento de desarrollo en los que se alude directamente al derecho de reubicación:

- Recomendación 114 — Recomendación sobre la protección contra las radiaciones, 1960.
- Recomendación 147 — Recomendación sobre el cáncer profesional, 1974.
- Convenio 148 — Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977.
- Recomendación 156 — Recomendación sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977.
- Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, sobre la Protección de la Maquinaria y sobre el Medio Ambiente de Trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1987.

1.2.1. Recomendaciones de la OIT sobre radiaciones y cáncer profesional

Si bien fue el Convenio 148 el primero en abordar con generalidad la reubicación del trabajador como una medida recomendable ante una imposibilidad sobrevenida de carácter

médico advertida en el decurso de la vigilancia de su salud, es posible hallar pronunciamientos previos de la OIT en materia de ciertos riesgos laborales específicos; en este caso, en relación a las radiaciones y el cáncer profesional.

En efecto, el Convenio 148 no fue el primer instrumento internacional en sugerir medidas de esta naturaleza. La Recomendación 114 OIT sobre Protección contra las Radiaciones (1960), relacionada al Convenio 115 sobre la misma temática, ya establecía en su párrafo 27 lo siguiente:

27. Si como resultado de un dictamen médico, dado de acuerdo con el artículo 14 del Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960, se considera inoportuno continuar exponiendo a un trabajador a radiaciones ionizantes en el curso de su empleo normal, se deberían aplicar todos los medios razonables para trasladar a ese trabajador a otro empleo conveniente. (Subrayado nuestro)

De otro lado, la Recomendación 147 sobre Cáncer Profesional (1974) tiene un talante semejante en su párrafo 14:

14. Si como resultado de cualquier medida adoptada en virtud de la presente Recomendación [por ejemplo, vigilancia médica], se considera inoportuno continuar exponiendo a un trabajador a las sustancias o agentes cancerígenos en el curso de su empleo normal, se deberían aplicar todos los medios razonables para trasladar a ese trabajador a otro empleo conveniente.

Cabe apuntalar en este espacio una observación que también reiteraremos en el caso del Convenio 148: la reubicación laboral que proponen estas recomendaciones podría derivar claramente de una enfermedad profesional adquirida por el trabajador a causa de la exposición sufrida frente a estos elementos peligrosos. Sin embargo, el campo de aplicación de estas recomendaciones podría ser mucho más amplio, pues la medida de reubicación puede ser aplicable incluso en aquellos casos en que el detrimento de la salud provenga de causas ajenas al trabajo, las cuales podrían desaconsejar la exposición a estas sustancias peligrosas. Así, la reubicación por causa de un infortunio laboral estaría comprendida en las recomendaciones, pero a nuestro entender, no son los únicos supuestos albergados,

pudiéndose advertir el ánimo de una protección a la salud amplia, sin importar cuál es el motivo médico (profesional o no profesional) que impediría al trabajador desempeñar la misma función.

1.2.2. El Convenio 148, la Recomendación 156 y el Estudio General de 1987 de la Comisión de Expertos

El artículo 11° numeral 3) del Convenio 148 OIT — Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones) de 1977, no ratificado por el Perú, es un instrumento claramente preventivo que recoge una serie de disposiciones vinculadas a la adopción de medidas de protección en relación a estos riesgos profesionales. Dentro de esa línea, recoge también derechos de participación de los trabajadores en la gestión de dichos riesgos, deberes de colaboración de empleadores que confluyen en un mismo lugar de trabajo, entre otras disposiciones. Dentro de este plexo, el artículo 11° es de especial relevancia, puesto que desarrolla el deber de vigilancia del empleador respecto de la salud de sus trabajadores expuestos a los riesgos ocupacionales tratados a lo largo del convenio, y recoge la reubicación como una medida tendente a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que por razones médicas no deberían seguir realizando los mismos trabajos. El inciso que aborda de lleno esta temática es el tercero:

Artículo 11

[...]

3. Cuando por razones médicas sea desaconsejable la permanencia de un trabajador en un puesto que entrañe exposición a la contaminación del aire, el ruido o las vibraciones, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con la práctica y las condiciones nacionales para trasladarlo a otro empleo adecuado o para asegurarle el mantenimiento de sus ingresos mediante prestaciones de seguridad social o por cualquier otro método. (Subrayado nuestro)

Nótese que la causalidad del cambio de empleo propuesto por el convenio es cualquier razón médica. En ella pueden estar consideradas las consecuencias de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional; pero ciertamente la noción ofrece un ámbito interpretativo extendido, por ejemplo, razones médicas provenientes de males congénitos, previamente adquiridos o ajenos al trabajo.

Completando la propuesta del Convenio 148 en esta vertiente, el párrafo 19 de la Recomendación 156 establece lo siguiente:

19. Cuando resulte desaconsejable por razones médicas la permanencia de un trabajador en un puesto que entrañe exposición a la contaminación del aire, el ruido o las vibraciones, deberían adoptarse todas las medidas compatibles con la práctica y las condiciones nacionales para trasladarlo a otro empleo adecuado y para asegurarle el mantenimiento de sus ingresos anteriores mediante medidas de seguridad social o por cualquier otro método.

Con un tenor sustancialmente semejante, la Recomendación reproduce el sentir del Convenio 148, pero plantea un plus de cobertura que va más allá de éste, ya que sería deseable —según se desprende del texto— que el aseguramiento de los ingresos no sea una medida opcional, sino más bien complementaria a la propia reubicación del trabajador, sea a través de la seguridad social o por otros mecanismos.

En relación a esta disposición específica, el Estudio General de 1987 elaborado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT¹⁹ ha marcado interesantes pautas interpretativas, algunas de las cuales resaltamos a continuación:

- a. El propósito de la disposición transcrita del Convenio 148 es proteger al trabajador de las consecuencias negativas de las medidas que pudieren tomarse con ocasión de los exámenes médico ocupacionales. Puntualmente se señala en el párrafo 557:

557. Es evidente que hay casos en que la vigilancia médica ejercida revelará que no es recomendable desde el punto de vista médico que un trabajador siga realizando tareas que lo exponen a determinado riesgo profesional. En circunstancias de esa índole es importante proteger al trabajador contra las consecuencias negativas, tanto en lo que concierne a sus ingresos como a su carrera profesional, de las

¹⁹ Preparado no sólo en relación al Convenio 148 y la Recomendación 156, sino también respecto al Convenio 119 — Convenio sobre la protección de la maquinaria, 1963, y la Recomendación 118 — Recomendación sobre la protección de la maquinaria, 1963.

medidas que puedan tomarse a raíz de los resultados de los exámenes médicos. Incapaz de seguir trabajando en su puesto de trabajo normal, habrá que ayudarlo a encontrar otra plaza o garantizarle un ingreso adecuado.

Conforme lo señala la Comisión de Expertos, los propósitos en torno a la reubicación son tres: (i) la protección de la salud del trabajador a través de la cesación de la exposición nociva; (ii) la protección del derecho al trabajo mismo, en la medida que el trabajo adecuado constituye la medida destinada a garantizar la continuación de la fuente de ingresos; y (iii) la protección del nivel de ingresos del trabajador. La intensidad de estos niveles de protección es distinta, como se ha visto, entre el Convenio y la Recomendación.

- b. La reubicación es una medida de carácter promocional. El párrafo 560 señala literalmente lo siguiente:

560. Es evidente que esta disposición es de carácter “promocional”, como se desprende claramente del texto, pues éste declara que “deberán adoptarse todas las medidas compatibles con la práctica y las condiciones nacionales”, lo cual denota considerable flexibilidad en la aplicación [...].

- c. Analizando las diferentes posiciones vertidas en la legislación y prácticas nacionales, el balance hecho por la Comisión de Expertos es el siguiente (párrafo 562):

- Es posible hallar países que han adoptado disposiciones y medidas prácticas acordes a las reglas planteadas en el instrumento, los que incluso han hecho que sus servicios de seguridad social o los servicios de higiene en el trabajo procuren la rehabilitación de los trabajadores con capacidad disminuida. Sobre el particular, la Comisión ha destacado su interés por que, en estos casos, se ofrezca a los trabajadores “un empleo alternativo adecuado después de este tratamiento o rehabilitación, en especial cuando no tienen derecho a las prestaciones de la seguridad social”.
- En algunos países de orientación socialista las direcciones de las empresas se

obligan a asignar tareas menos penosas a los trabajadores cuando así lo exige su estado de salud, con el consentimiento de la persona de que se trata. Sin embargo, la OIT precisa que la empresa “debería ofrecer al trabajador de que se trata otro puesto de trabajo que corresponda en la medida de lo posible a sus aptitudes y estado de salud, ya sea en la misma empresa o en otra si fuera necesario; la empresa también ha de velar porque el trabajador reciba la formación necesaria para su nuevo empleo [...]”.

- Son destacados también otros contados casos de países del Primer Mundo no alineados al socialismo, en los que existen disposiciones semejantes (párrafo 565): Noruega (donde “el empleador debe adoptar en la medida de lo posible todas las medidas necesarias para que el trabajador de que se trata ocupe o conserve una actividad apropiada”), Japón (“el empleador debe adoptar medidas que consisten en: cambiar el lugar de trabajo, cambiar el trabajo [...] en consideración a la situación concreta del trabajador”) y Suecia (donde existen “disposiciones encaminadas a mejorar las oportunidades de los trabajadores que tienen una capacidad de trabajo reducida y, entre otras, a obtener y conservar un empleo”).

1.3. La reubicación del trabajador como parte de la readaptación profesional

En lo referente a la readaptación profesional en el entorno de la OIT, son tres los principales instrumentos que contienen disposiciones que se encuentran relacionadas al tema que analizamos:

- Recomendación 99 — Recomendación sobre sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955.
- Convenio 159 — Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983.
- Recomendación 168 — Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983.

Cabe precisar que el Convenio 159 fue ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 24509 publicada el 29 de mayo de 1986. Insólitamente, la misma disposición

legal “ratifica” la Recomendación 168, pese a que como es sabido, este tipo de instrumentos internacionales no tienen esencia normativa ni requieren ratificación, a diferencia de los convenios.

Es complicado concretar una definición para la readaptación profesional, pues la propia OIT no la ha plasmado en términos absolutos. Los instrumentos internacionales del trabajo no contienen una explicación referida al qué es en concreto la readaptación profesional sino que procuran, más bien, delinearla a partir de sus finalidades.

Así, para la Recomendación 99, la adaptación y readaptación es:

[...] aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios —especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva— para que los inválidos [discapitados²⁰] puedan obtener y conservar un empleo adecuado.

Más adelante, el Convenio 159 y la Recomendación 168 plantearon un alcance más ambicioso, pues la readaptación tendría por objeto también permitir que la persona “inválida” progrese en ese empleo adecuado, promoviendo así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

En buena cuenta, la readaptación profesional de lo que trata es de procurar que los discapacitados obtengan en el mundo del trabajo un igual estatuto que las personas sanas, por lo que dicha noción es indisociable del principio de no discriminación y la igualdad de oportunidades recogidos en el Convenio 111 OIT²¹, a los cuales se remite el propio Convenio 159 al fijar los objetivos de las políticas nacionales en materia de readaptación

²⁰ Entendemos —en armonía con el texto del Convenio 159— que una persona discapacitada es una persona cuyas posibilidades de obtener un empleo adecuado, conservar su empleo o progresar en el mismo resultan considerablemente reducidas como consecuencia de una disminución física, sensorial, intelectual o mental debidamente reconocida.

²¹ Artículo 1.1: “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

profesional²².

Es posible extraer insumos para el estudio de la reubicación por accidente de trabajo y enfermedad profesional en el ámbito de la readaptación profesional. Sin embargo, es necesario reafirmar, de este universo, el ámbito que interesa a nuestro estudio. La readaptación profesional es predicable, con amplitud, de cara a la discapacidad de las personas en general, al margen de la causa generadora de la discapacidad, con la finalidad de promover su inserción o reinserción social a través del trabajo. No pretendemos abarcar este extenso y nutrido campo, sino sólo en tanto la discapacidad sea producto del infortunio laboral, y en lo que concierna a la mantención del vínculo laboral de quien ya venía gozando de un trabajo (por lo que queda fuera del ámbito de nuestro estudio la promoción de la inserción social mediante el otorgamiento de oportunidades en el mercado de trabajo). Focalizándonos en este pequeño fragmento de la readaptación, podremos advertir que la readaptación es capaz de aportar elementos de juicio adicionales a los esencialmente preventivos, con lo que se verá enriquecido nuestro estudio.

1.3.1. Prolegómenos y evolución de la readaptación profesional de las personas con discapacidad en la OIT: la reubicación del trabajador discapacitado como medida de readaptación profesional

Es posible rastrear a la readaptación profesional desde las primeras inquietudes laborales que impulsaron la constitución de la OIT. El Estudio General elaborado por la Comisión de Expertos en 1998 (sobre “Readaptación Profesional y Empleo de Personas Inválidas”), da cuenta de cómo dicho organismo, al poco tiempo de ser creado, empezó a preocuparse por la situación de las personas discapacitadas en el trabajo (OIT 1998: 1-7).

Sin el ánimo de agotar el repertorio de instrumentos y documentos emitidos en materia de discapacidad por la OIT o por otras organizaciones internacionales²³, consideramos pertinente destacar los siguientes hitos con el propósito de hilar y situar a la reubicación por

²² Artículo 4º.- “Dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos” (subrayado nuestro).

²³ Para una mayor referencia de todos los documentos e instrumentos emitidos por las Naciones Unidas sobre discapacidad, consultar <<http://www.inclusion-ia.org/espa%F10l/Norm/onu-docs.htm>> (Consulta: 25 de junio de 2012).

accidente de trabajo y enfermedad profesional en todo este proceso.

- Una primera iniciativa en materia de readaptación en 1921, que trataba sobre las distintas posibilidades de introducir en las legislaciones nacionales la obligación legal de dar empleo a los mutilados de guerra y métodos de inserción de los discapacitados en la vida profesional. La discusión llevó a la dación de una recomendación sobre indemnización por accidentes de trabajo (Recomendación 22), que constituyó el primer acto de reconocimiento internacional de las necesidades profesionales de los inválidos.
- Luego de que el tema fuese desplazado temporalmente con ocasión de la crisis económica de los años treinta del siglo pasado, el tema resurgió con ocasión de la guerra mundial, pues la comunidad internacional empezó a considerar necesario consagrar en las normas el derecho de las personas discapacitadas a gozar de medidas adecuadas de adaptación y de readaptación médica y profesional, con miras a su inserción o reinserción socioprofesional, al demostrar aquéllas que podían ocupar con eficacia puestos de trabajo.
- La Recomendación 71 de 1944 sobre la organización del empleo abordó el tema de los trabajadores con capacidades disminuidas, afirmando en su Principio General X que éstos tenían derecho (al margen de la causa de su discapacidad) a contar con amplias facilidades de orientación y formación profesional, reducción funcional y profesional y colocación en un empleo útil.

Aunque el postulado fue planteado con cierta generalidad, fue uno de los reconocimientos internacionales de mayor avanzada en la época, pues reconocía a los discapacitados el derecho a contar con oportunidades de trabajo, al igual que cualquier otra persona, como lo señalarían más adelante otros instrumentos internacionales.

En efecto, dicho impulso vanguardista en el campo social fue reafirmado años más tarde con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 23º consagró el derecho al trabajo para todas las personas sin excepción²⁴. Este planteamiento quedaría consolidado años después por el Pacto Internacional de

²⁴ DUDH, Artículo 23º.- “Toda persona tiene el derecho al trabajo, a la elección libre del empleo, a las condiciones justas y favorables de trabajo y a la protección contra el desempleo [...]”.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 6º consagró el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo²⁵, lo que involucra también el derecho de las personas con discapacidad.

- Retomando el desarrollo del tema en el seno de la OIT, no sería sino hasta 1955 que con la Recomendación 99 la Conferencia Internacional del Trabajo planteó los medios que se debían poner a disposición de los discapacitados. Con este ánimo, la Recomendación proponía establecer de manera mucho más concreta, servicios especializados y ciertos métodos de orientación profesional y de formación profesional, la promoción y difusión de estos mecanismos, la colaboración entre los servicios médicos y las entidades dedicadas a la adaptación y readaptación profesional, algunas medidas para aumentar las oportunidades de empleo para personas discapacitadas, entre muchos otros aspectos.

Es ampliamente reconocida la importancia que protagonizó este instrumento autónomo a nivel mundial. Aunque sus términos fueron ampliados y puntualizados más adelante con el Convenio 159 y la Recomendación 168, durante casi treinta años ha servido de inspiración y referente de diversas legislaciones y prácticas nacionales en torno al tratamiento de la discapacidad.

- Otros eventos importantes en materia de discapacidad fueron la dación, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971) y la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975). Entre los derechos reconocidos se encuentran el de desempeñar y conservar un empleo adaptado a sus capacidades, o a desempeñar alguna otra ocupación útil, productiva y remunerada.
- Asimismo, es de destacar la Resolución 37/52 del 3 de diciembre de 1982, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya principal connotación es, a nuestro entender, introducir por primera vez (en este organismo) la necesidad de promover la reinserción social de las personas con discapacidad en la sociedad²⁶, en

²⁵ PIDESC, Artículo 6º.- "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho".

²⁶ Señala la Resolución 37/52 en uno de sus considerandos: "Reiterando la continua necesidad de promover la realización del derecho de las personas con discapacidad de participar íntegramente en la vida social y el desarrollo de sus sociedades y de disfrutar condiciones de vida igual a las de los demás ciudadanos, así como

cuya virtud se implementó el Programa Mundial de Acción para Impedidos con tres metas fundamentales: prevención, readaptación e igualdad de oportunidades.

- En el año 1983, la OIT adoptó el Convenio 159 y su instrumento vinculado, la Recomendación 168. Sin remplazar a la Recomendación 99, todo país que ratificare el Convenio 159 asumiría el compromiso, de conformidad con las condiciones, práctica y posibilidades nacionales, de formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional de readaptación profesional y empleo de personas inválidas. Asimismo, en este instrumento se estipulan los principios de dicha política²⁷ y se determinan ciertas medidas que todo estado debe adoptar en consonancia con ellos²⁸.

En el extenso devenir recogido hasta aquí, es posible hallar dos momentos clave relacionados directamente a nuestra materia de estudio. En el primero de ellos (ocurrido en 1968) la readaptación profesional de los trabajadores discapacitados es directa, expresa y enfáticamente ligada a los infortunios laborales, en el sentido que la recurrencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el mundo constituye un motivo trascendental para adoptar medidas más específicas y decididas en el campo de la readaptación profesional (lo cual confirma lo ya mencionado anteriormente, respecto a la confluencia de dos terrenos de estudio distintos: la protección de la discapacidad y los infortunios laborales). En el segundo momento (acaecido en 1983), la reubicación del trabajador incapacitado se propone explícitamente como una medida favorable y deseable tendiente a la conservación del contrato de trabajo, permitiendo así la continuación de la fuente generadora de ingresos y la permanencia del trabajador incapacitado en el medio de trabajo a partir del empleo de sus capacidades laborales residuales. Desarrollamos seguidamente estas ideas.

- La Conferencia General de la OIT emitió en los años 1965 y 1968 dos importantes

también a compartir con igualdad las mejoras en las condiciones de vida resultantes del desarrollo económico y social” (traducción libre).

²⁷ Entre ellas, la adopción de medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas, la promoción de oportunidades de empleo para dichas personas en el mercado regular del empleo, la consolidación del principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general, entre otras.

²⁸ Adoptar normas o cualquier otro método conforme con las condiciones y práctica nacionales con la finalidad de aplicar los principios, el deber de las autoridades de adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; la adopción de medidas para promover el establecimiento y desarrollo de servicios de readaptación profesional y de empleo para personas inválidas en las zonas rurales, etc.

resoluciones en torno a los “trabajadores con discapacidad disminuida”, postulando los objetivos que debían articularse en pos de la protección de estas personas. De estos dos pronunciamientos, el emitido el 24 de junio de 1968 en su 52ª reunión (Resolución sobre los Trabajadores de Capacidad Disminuida) es de particular importancia, pues el estudio de la readaptación profesional fue vinculado específica y especialmente a las consecuencias de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales. Uno de los considerandos de la citada Resolución expresó lo siguiente:

Comprobando que los hechos que determinan la presencia de una capacidad de trabajo disminuida son de naturaleza muy diversa y pueden proceder de causas tan distintas como la subnormalidades congénitas o adquiridas, la enfermedad, el accidente, el proceso de la edad y tantas otras, y que entre ellas puede contarse un porcentaje estimable que tiene su origen precisamente en el hecho de la prestación del trabajo, como son las lesiones causadas por los accidentes sufridos con ocasión del mismo y las enfermedades profesionales. (Subrayado nuestro)

Esta resolución no tuvo por objeto fijar mecanismos o medidas de readaptación específicos, sino invitar a la revisión de la Recomendación 99 y a la formulación de nuevos instrumentos internacionales, así como también señalar los objetivos generales que deberían ser perseguidos. No obstante ello, es destacable que por primera vez, en 1968, se haya reafirmado la correlación existente entre los infortunios laborales y la necesaria promoción de medidas de readaptación profesional, evidenciando así que no estamos ante dos materias estancas, sino más bien conexas.

- La Recomendación 168 asociada al Convenio 159, propuso en su capítulo VI, entre otras diversas medidas, una serie de fórmulas con el propósito de que las organizaciones de empleadores y de trabajadores contribuyan al desarrollo de los servicios de readaptación profesional que implementen los estados. En ese sentido, el numeral 34 de la Recomendación contempló formalmente la posibilidad de reubicar al trabajador con discapacidad:

34. Siempre que sea posible y apropiado, los empleadores y los representantes de los trabajadores en la empresa deberían cooperar con los especialistas correspondientes en el estudio de las posibilidades de readaptación profesional y de traslado a otras tareas de las personas inválidas empleadas en la empresa, así como de proporcionar empleo a otras personas inválidas.

Mediante este postulado, la Recomendación invita:

[...] a los empleadores y a los representantes de los trabajadores en la empresa a cooperar con los especialistas en la prestación de servicios a los discapacitados, en la readaptación profesional y traslado a otras tareas de las personas inválidas. Este texto tiene la finalidad de sensibilizar a los trabajadores de la empresa en lo que respecta a la situación profesional de sus compañeros de trabajo discapacitados y la de los discapacitados que buscan empleo y de alentar a los empleadores a que participen en el proceso de readaptación profesional, por lo menos en lo que respecta a las personas discapacitadas que emplean. (OIT 1998: 61, subrayado nuestro)

Ya en tiempos más recientes, en la línea de promover el mantenimiento del trabajo en el caso de las personas devenidas en discapacidad, cualquiera que fuere el origen de ésta, y bajo el entendido que en algunas ocasiones también puede ser beneficioso para la empresa conservar trabajadores experimentados que han sido afectados por una discapacidad, la OIT ha sugerido a los empleadores la adopción de medidas con dicho fin en el marco de la readaptación profesional. Así, en el año 2002 se ha emitido un recuento de recomendaciones prácticas sobre el particular (“Gestión de las Discapacidades en el Lugar de Trabajo”). Este repertorio de recomendaciones fue desarrollado y adoptado por una reunión tripartita de expertos celebrada en Ginebra del 3 al 12 de octubre de 2001. Su convocatoria fue decidida por el Consejo de Administración de la OIT en su 277ª reunión en marzo de 2000.

Con expresa referencia a los principios subyacentes en el Convenio 159 y la Recomendación 168, el documento se elaboró con el objeto de brindar orientaciones de tipo práctico en la gestión de las cuestiones concernientes a las discapacidades en el lugar de

trabajo con diversos propósitos: a) asegurar que las personas con discapacidades tengan igualdad de oportunidades en el lugar de trabajo; b) mejorar las perspectivas de empleo para las personas con discapacidades, facilitando su contratación, reinserción profesional, mantenimiento en el empleo y oportunidades de promoción; c) promover un lugar de trabajo seguro, accesible y saludable; d) lograr que los gastos que deben sufragar los empleadores en relación con la discapacidad de los asalariados se reduzcan al mínimo, incluidos, en algunos casos, los pagos por atención médica y seguros; y e) maximizar la contribución que los trabajadores con discapacidades pueden hacer a la empresa (OIT 2002: 1).

A la luz de este documento, es pertinente resaltar algunas ideas clave de estas recomendaciones prácticas:

- La “gestión de las discapacidades” es un proceso que se desarrolla en el lugar de trabajo con el objeto de facilitar el empleo de personas con discapacidades, mediante un esfuerzo coordinado que toma en consideración las necesidades individuales, el entorno de trabajo, las necesidades de la empresa y las responsabilidades jurídicas (OIT 2002: 7).
- Para administrar las cuestiones relacionadas con las discapacidades en el lugar de trabajo, los empleadores deberían adoptar una estrategia de gestión de las discapacidades que forme parte integrante de su política general de empleo y que sea un elemento específico de su estrategia de desarrollo de los recursos humanos (OIT 2002: 12).
- El mantenimiento en el empleo es una forma de readaptación profesional. Éste consiste en mantener la relación de trabajo con el mismo empleador, ejerciendo las mismas funciones o funciones diferentes y en las mismas condiciones de empleo o en condiciones diferentes, incluida la reintegración después de un período de ausencia remunerada o no (OIT 2002: 6).
- Cuando un trabajador es afectado por una discapacidad estando ya empleado, el empleador puede seguir beneficiándose de su experiencia y competencia técnicas acumuladas, lo que supone tomar medidas que permitan mantener en el empleo a la persona discapacitada (OIT 2002: 35).
- Al formular las estrategias de gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo,

los empleadores deberían incluir medidas de mantenimiento en el empleo, como las siguientes:

- a) pronta intervención y recurso a los servicios de las entidades competentes;
 - b) reincorporación paulatina del trabajo;
 - c) posibilidad de que los trabajadores discapacitados prueben sus competencias o adquieran experiencia en otros empleos en el caso de que no puedan seguir desempeñando sus funciones anteriores, y
 - d) utilización de apoyo y asesoramiento técnico a fin de identificar todas las oportunidades de empleo existentes o los cambios que sean necesarios (OIT 2002: 35).
- Los empleadores que se propongan facilitar el mantenimiento en el empleo o la reinserción profesional de un trabajador discapacitado deberían ser conscientes de la diversidad de opciones existentes. En algunos casos, el trabajador podrá reincorporarse al mismo puesto de trabajo, sin que se produzca cambio alguno. En otros casos, será preciso introducir algunos ajustes, ya sea en el puesto de trabajo, en el lugar de trabajo o en el entorno de trabajo general. También puede ocurrir que la persona deba trasladarse a otro puesto en el lugar de trabajo (OIT 2002: 35-36).
 - La estrategia de gestión de las discapacidades debería incluir medidas que fomenten el mantenimiento en el empleo, según cada una de estas modalidades. Dichas medidas pueden abarcar la formación o la reconversión profesional de la persona en cuestión, la sensibilización de los supervisores y compañeros de trabajo, la utilización de dispositivos y aparatos, el derecho a servirse de otros medios de apoyo, según proceda, así como la modificación de los procedimientos necesarios para realizar las tareas u otras posibilidades, o la búsqueda de procedimientos alternativos, de manera que no se agraven las características de su discapacidad (OIT 2002: 36).

1.3.2. El ámbito subjetivo de las medidas de readaptación profesional

Lo expuesto hasta el momento sobre la readaptación profesional es delineado por la OIT en un espectro de aplicación determinado por la noción de invalidez o discapacidad.

Es conocido que la discapacidad, para la Organización Mundial de la Salud, es una desventaja social sufrida por un individuo, provocada por una deficiencia o incapacidad, que limita o impide el desempeño de una función normal en función de su edad, sexo, circunstancias sociales y culturales (OIT 1998: 17), siendo por ende su principal implicancia la de limitar o sustraer al sujeto de la oportunidad de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás habitantes.

Esta concepción amplia y general de la discapacidad no es abordada con la misma extensión por la OIT, sino que por el contrario, procura ser concentrada en las repercusiones de la discapacidad en los aspectos relacionados al trabajo. De conformidad con el artículo 1º del Convenio 159, se entiende por persona inválida a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

Dos elementos son importantes de esta definición. El primero, que el aspecto de la discapacidad que busca proteger la OIT es aquella que limita la perspectiva profesional de la persona en las tres fases mencionadas: en la oportunidad de acceder a un empleo, en la de conservación del empleo, y en la oportunidad de progresar en el empleo. De ahí que la reubicación se conecte con la readaptación profesional, pues dicha medida se vincula con la faceta de protección relacionada a la conservación del empleo. Esta triple vertiente de promoción y protección constituye un parámetro ineludible para la auténtica inserción social de las personas con discapacidad; y tal es el objeto de la readaptación profesional como se evidencia a partir del artículo 2º del Convenio 159:

[...] todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

En segundo lugar, la concepción exige que se trate de una discapacidad reconocida. El reconocimiento implica la necesidad de que cada estado fije criterios que permitan la identificación de las personas abarcadas y la designación de la autoridad encargada del

reconocimiento del estado de discapacidad, a fin de establecer la calidad de la persona discapacitada en relación al detrimento que produce dicha discapacidad respecto de las perspectivas profesionales de una persona (OIT 1998: 22).

La discapacidad es un concepto de difícil aprehensión, pues ha estado sujeto —y estimamos que lo seguirá estando— a la evolución de los conceptos y a la percepción social y jurídica de lo que debe considerarse “discapacidad”; de ahí que ni las legislaciones ni los instrumentos internacionales de derechos empleen una terminología uniforme.

Para la Comisión de Expertos, “los criterios de identificación de las personas discapacitadas son [...] por una parte, la existencia de una deficiencia de carácter físico o mental, y por la otra, el detrimento sustancial de las perspectivas profesionales de la persona considerada provocado por tal deficiencia” (OIT 1998: 24), con lo que se coloca énfasis no sólo en la causa física o mental determinante de la discapacidad, sino también en la repercusión que en lo profesional genera dicha condición. En el caso de la legislación peruana, el artículo 2º de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley No. 29973) considera que ésta es la que “tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”, con lo que tenemos un concepto enumerador de las diferentes causas de la discapacidad, la exigencia de permanencia de la causa que genera la misma y el efecto social de exclusión que se produce por la interacción entre discapacidad y sociedad. Y así, las nociones variarán según la norma de la que se trate, pudiendo en algunos casos adoptarse criterios restrictivos o extensivos.

La discapacidad, a lo largo de la historia, ya ha superado sus etapas originales de definición basadas en concepciones biológicas y médicas, hacia una noción más cimentada y en permanente interacción con el medio cultural y social, pues son estos condicionantes los que inyectan al concepto su noción actual, conectándolo de manera indisoluble con las nociones de discriminación y el principio de la no discriminación. Así, son la sociedad y la cultura las que imponen barreras que limitan o impiden a los discapacitados su integración en el medio social; de ahí que lo que se procura mediante las herramientas jurídicas es de dotar no de un estatus privilegiado a la persona con discapacidad, no de otorgarle una posición jurídica preferente en relación a los demás individuos, sino de promover e imponer las medidas necesarias para que la persona con discapacidad goce, al igual que cualquier

otra persona no discapacitada, de las mismas oportunidades en la sociedad. Como bien se ha mencionado, “el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad no se apoya en el reconocimiento de la especificidad de unos sujetos desde la que se justifica la atribución especial de derechos, sino en la necesidad de generalizar la satisfacción de los derechos a aquellos que no los tienen satisfechos” (De Asís: 2007: 35).

Con esta óptica posicionada preferentemente en los efectos sociales —específicamente laborales— de la discapacidad, la OIT no ha exigido que el estado de discapacidad del individuo deba tener naturaleza permanente para que quepa dentro del ámbito de la readaptación profesional. No existe ninguna precisión o limitación que aluda al aspecto temporal de las discapacidades. Por consiguiente, se entiende que toda discapacidad, al margen de su permanencia o transitoriedad, se encuentra aludida por los convenios y recomendaciones de la OIT que hemos referido anteriormente. Y esto es consecuente con ciertos aires que se respiran en el medio jurídico orientados a eliminar los criterios de temporalidad o permanencia de la discapacidad a efectos de identificar a los sujetos protegidos. Esto no quiere significar que cualquier detrimento en la salud pueda caber dentro del rubro de la discapacidad en los términos que venimos desarrollando, pues como se ha señalado, ésta tiene como un elemento configurador neurálgico el efecto social de exclusión que se produce sobre la persona que padece de incapacidades físicas o mentales. Esto es a nuestro entender muy lógico puesto que, en uno y otro caso, tanto en las discapacidades temporales como en las permanentes, las consecuencias sociales mayormente serán las mismas: segregación, discriminación y ausencia de oportunidades de trabajo; y son dichas consecuencias, al margen de la transitoriedad o no de sus causas, las que se pretenden encarar con medidas de promoción social a partir de las normas internacionales del trabajo.

Como ejemplo de lo que venimos aseverando, es pertinente recordar los términos de la Convención Interamericana contra la Discriminación de los Discapacitados de la Organización de los Estados Americanos (OEA) del año 1999 —ratificado por el Perú en el 2001— que, además de tomar como fuente considerativa y de inspiración —entre otros— los instrumentos de la OIT sobre readaptación profesional, aborda de lleno la disquisición referida a la temporalidad de la discapacidad y sostiene en el artículo 1.1 que este término involucra “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida

diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (subrayado nuestro).

Sin perjuicio de lo anterior, es indiscutible en el terreno de los hechos que serán las discapacidades de largo plazo las que propenderán a excluir al discapacitado de manera más cruda de las oportunidades de desarrollo laboral y social en general. Es por ello que algunos otros instrumentos internacionales (y la ley peruana) prefieren orientar su ámbito a aquellos supuestos más agudos de discapacidad, por cuanto la discriminación impondrá en tales casos barreras igual de intensas²⁹.

2. REFERENTES DE REUBICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA PERUANAS

La reubicación de trabajadores por causas asociadas a los accidentes de trabajo y a las enfermedades ocupacionales no es, después de todo, una absoluta novedad atribuible a la gracia de la normativa preventiva de riesgos ocupacionales en el Perú. Ha sido la legislación y jurisprudencia sobre Seguridad Social la que se ha encargado de colocar los primeros basamentos acerca de la reubicación laboral en nuestro medio, aunque claro está, de una manera general, incipiente y limitada.

Creemos que tales calificativos son los oportunos, toda vez que los antecedentes aportados en ambos campos no son representativos ni referentes de un tratamiento medianamente satisfactorio del tema. Por una parte, la escasa legislación generada ha estado limitada a breves y escuetos enunciados, a su vez restringidos por los respectivos ámbitos de aplicación de las normativas especiales de cobertura de riesgos profesionales, que es donde el tema ha tenido tratamiento (es decir, el SATEP y el SCTR); de ahí que la reubicación, cuando ha sido referida, lo ha estado en relación específica a tales ámbitos. De otro lado, la jurisprudencia ha sido igualmente parca en el tratamiento de la reubicación, siendo su única virtualidad la de haber reafirmado las generalidades derivadas de la normativa del SCTR, soslayando así la ocasión de enfrentar las diversas interrogantes que deja a su paso el reconocimiento de un derecho tan complejo. Precisamente, la carencia de un desarrollo a nivel jurisprudencial que supla o halle el sentido de los postulados normativos, ha impedido

²⁹ El artículo 1º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas apunta en ese sentido. Dicha norma señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (subrayado nuestro).

conocer más en extenso las perspectivas del legislador y los fundamentos jurídicos que explicarían la existencia de la reubicación.

Aunque exiguos, vale la pena hacer mención a estos antecedentes nacionales.

2.1. La reubicación en el régimen de aseguramiento profesional del SATEP

La primera invocación hecha a la reubicación en la legislación peruana se dio en el ámbito de la Seguridad Social. Ya hemos tenido ocasión de referir el régimen del Decreto Ley No. 18846 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 002-72-TR, normas que regularon por un poco más de veinticinco años las prestaciones asistenciales y económicas que se generaban con ocasión de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, hasta que dicho régimen fue sustituido por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR). Recordemos el hecho que el ámbito de ese sistema de aseguramiento era restringido, pues el SATEP fue diseñado para proteger esencialmente al personal obrero, dando por entendido que esta categoría profesional era la que se encontraba mayormente expuesta a agentes causantes de enfermedades ocupacionales y a accidentes de trabajo.

En ese sentido, la reubicación fue contemplada en el artículo 71° del Decreto Supremo No. 002-72-TR, de la siguiente forma:

Artículo 71°.- Cuando a criterio médico se requiera para la curación o para evitar daños y secuelas mayores la supresión de la exposición a los agentes causantes, el empleador reubicará al trabajador en otras faenas donde no esté expuesto al agente causante de la enfermedad.

Esta primera formulación normativa tenía un campo de eficacia doblemente limitado. En primer lugar, en lo referido a su causa, la reubicación sería una obligación del empleador tan sólo en supuestos de enfermedad ocupacional, sin que se haya previsto nada en caso de accidentes de trabajo. Esto se evidencia por el hecho que la norma exige apartar al trabajador de los agentes causantes de la enfermedad (aparentemente, sin afectación del contrato de trabajo), noción compatible tan sólo con los supuestos de enfermedad ocupacional.

El segundo elemento restrictivo parte del propio ámbito subjetivo del SATEP, pues la

reubicación —en consonancia con el ámbito de aplicación de la norma— sería predicable sólo respecto del personal obrero, mas no en relación con el personal empleado. Hay que tener presente que la normativa laboral hasta finales de los años ochenta del siglo pasado —aproximadamente— efectuaba una clara distinción entre éste y aquél grupo ocupacional, elaborando sendas y diferenciadas regulaciones; de ahí que no sea posible concluir jurídicamente que el derecho de reubicación que parte del Decreto Supremo No. 002-72-TR haya sido igualmente aplicable al caso del personal empleado³⁰. Además, todo apuntaría a que estas normas no fueron motivo de pronunciamientos jurisdiccionales ni administrativos relevantes que desarrollaran sus alcances, por lo que podríamos señalar que se trató de un derecho prácticamente inadvertido e irrelevante.

2.2. La reubicación en el régimen del SCTR

El régimen de aseguramiento profesional instaurado por el SCTR desde 1997 hasta nuestros días reemplazó al SATEP, abriendo la posibilidad al sector privado de participar dentro de la Seguridad Social —en concurrencia con los sistemas públicos— a fin de otorgar coberturas asistenciales y económicas a los infortunios laborales. A diferencia del régimen predecesor, como ya hemos mencionado anteriormente, las coberturas se otorgarían a los trabajadores en general, con prescindencia de su condición de empleado u obrero, siendo el criterio definidor para la contratación obligatoria de este seguro adicional el constituir una empresa que realiza actividades de alto riesgo (según los listados y categorías de actividades legalmente recogidas).

En las normas del SCTR también se evoca al derecho de reubicación, aunque de una manera implícita. Esta postura se ve confirmada por posteriores y más actuales pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que en concreto recogen el derecho de reubicación como una obligación del empleador ante ciertos supuestos de incapacidad laboral.

Para entender ello debemos concretar lo siguiente: las normas del SCTR (a semejanza de lo

³⁰ El ámbito de aplicación del SATEP, inicialmente restringido al personal obrero, ha sido materia de ratificación por parte del Tribunal Constitucional en las STC 1008-2004-AA/TC (15 de marzo de 2005), 00276-2004-AA/TC (2 de setiembre de 2005), 00141-2005-AA/TC (25 de setiembre de 2006), 10063-2006-AA/TC (8 de noviembre de 2007) y 2513-2007-PA/TC (13 de octubre de 2008). Sin embargo, para efectos pensionarios por enfermedad profesional, el Tribunal reconoce en estos pronunciamientos una suerte de derecho adquirido para los trabajadores que en el mismo centro de trabajo pasaron de obreros a empleados, en tanto la enfermedad se haya generado durante su desempeño como obreros, siendo ésta la única excepción al ámbito limitado de la norma.

que se hacía desde el SATEP) contempla diferentes niveles de incapacidad en función a las distintas intensidades de menoscabo sufridos en la capacidad laboral de los trabajadores, lo cual es determinado según ciertos procedimientos legales y médicos establecidos en las normas correspondientes (en particular, en el Decreto Supremo No. 003-98-SA, Normas Técnicas del SCTR). Interesa determinar la magnitud del menoscabo para efectos de este sistema asegurador pues, como resulta evidente, a diferentes tipos de incapacidad corresponden también diferentes derechos de cobertura económica (pensiones).

Conviene destacar que los diferentes tipos de invalidez laboral que son regulados para efectos pensionarios o indemnizatorios se encuentran previstos en el artículo 18.2 de las Normas Técnicas, en función del porcentaje de incapacidad determinado médicamente. Este dispositivo es extenso y complejo; sin embargo, con propósitos simplificadores, traducimos dicho enunciado en el siguiente cuadro:

Tipo de menoscabo	Porcentaje de incapacidad para laborar
Invalidez permanente parcial	$20\% \leq \text{incapacidad} < 50\%$
Invalidez permanente parcial	$50\% \leq \text{incapacidad} < 66.6\%$
Invalidez permanente total	$66.6\% \leq \text{incapacidad}$
Gran invalidez	Además de tener una invalidez permanente total, requiere auxilio para moverse o para realizar las funciones esenciales para la vida

Dentro de este esquema la reubicación se inserta de la siguiente manera: el artículo 18.2.4 de las Normas Técnicas establece que en el primero de los supuestos enunciados (invalidez permanente parcial inferior a 50%), “la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez”. Con este enunciado se entiende que, respecto del trabajador incapacitado dentro de los porcentajes establecidos, devendría inaplicable el supuesto de extinción del contrato de trabajo basado en el detrimento sobrevenido de las capacidades físicas o mentales del trabajador determinantes para el desempeño de las tareas (tal como lo establecía el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR, en su artículo 23º literal “a”, antes de la modificación introducida por la Ley General de la Persona con Discapacidad en diciembre de 2012). Así, si el trabajador pese a su condición disminuida, puede seguir realizando las tareas para las cuales fue contratado (naturalmente, en condiciones de seguridad para su vida y su integridad), debería permanecer en el puesto de trabajo. Sin embargo, por efecto del citado artículo 18.2.4, si ese mismo trabajador

incapacitado no puede continuar desarrollando sus labores en condiciones de seguridad, toda vez que no puede ser cesado, debería ser reubicado en la empresa. Aunque la reubicación la deducimos a partir de una interpretación concordada de estos dispositivos (de ahí que lo calificamos como un derecho implícito), no creemos posible ninguna otra interpretación lógica y coherente; más bien, es la reubicación la que otorgaría coherencia al sistema legal en el segundo de los citados supuestos.

Es de esta manera como también lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, es decir, reafirmando que detrás de la prohibición de prescindir de los servicios del trabajador incurso en incapacidad permanente parcial inferior al 50%, reposa subyacente el derecho a la reubicación laboral, siempre que ello tenga por finalidad resguardar el estado de salud del trabajador. Concretamente, en la STC 10422-2006-PA/TC de fecha 16 de enero de 2007, el citado Tribunal afirmó lo siguiente:

[...] este Tribunal llega a la conclusión de que el demandante ha sido despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido, debido a que del contenido de las cartas referidas, no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para el desempeño de las labores que desempeñaba el demandante; [...]

Además, debe tenerse presente que según el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo No. 003-98-SA, el demandante, al padecer una invalidez parcialmente permanente inferior al 50%, no podía ser despedido. Por tanto, si la emplezada considera que el demandante no se encuentra capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debe reponerlo en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría que demande un menor esfuerzo físico, ello con la finalidad de poder preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador.
(Subrayado nuestro)

La norma no ha señalado qué sucede con los detrimentos de las capacidades laborales inferiores al 20%, en la línea si les asiste o no un derecho a la reubicación. Tales supuestos (que no constituyen propiamente una invalidez permanente parcial en el sentido de las normas del SCTR) parecerían no importar al derecho de reubicación que plantea el SCTR. Sin embargo, ello no obsta para que tales supuestos sean enfocados, por ejemplo, a partir

de una óptica preventiva (reubicación por razones asociadas a la seguridad y salud en el trabajo).

Si bien es posible encontrar un derecho de reubicación sigiloso dentro de la regulación legal de la invalidez permanente parcial inferior al 50% en el SCTR, lo cierto es que aquél ha sido extendido por el Tribunal Constitucional a todo supuesto de invalidez permanente parcial dentro del marco interpretativo de este mecanismo asegurador, en tanto que el cambio de puesto tenga por objeto preservar la seguridad del trabajador debido a exposiciones a agentes causantes de la enfermedad generadora de la invalidez³¹. El punto de partida del Tribunal es el principio-derecho de dignidad recogido en el artículo 1º de la Constitución y el requisito establecido para la reubicación es muy semejante a uno de los que impone la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo al regular la reubicación por razones preventivas (a saber, que el cambio de puesto no puede suponer un menoscabo remunerativo).

En efecto, en el Fundamento 108 de la STC No. 10063-2006-PA/TC del 8 de noviembre de 2007³², que tiene carácter de precedente vinculante, se ha señalado lo siguiente:

108. A juicio del Tribunal Constitucional, el empleador que tenga un trabajador que padezca de incapacidad o invalidez permanente parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, tiene la obligación de cambiarlo de puesto de trabajo a uno donde no se encuentre expuesto al agente causante de la enfermedad, pero sin la rebaja de la remuneración. Dicha obligación tiene como fundamento el deber especial de protección de los derechos fundamentales que se encuentra constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde

³¹ Aunque el pronunciamiento que referimos está pensado más en los casos de enfermedades ocupacionales (pues se hace referencia expresa a los “agentes causantes de la enfermedad”), nada obsta para considerar extensible el criterio de fondo a los accidentes de trabajo, en la medida que el desempeño del mismo puesto suponga condiciones inseguras de trabajo para el trabajador que carga sobre sí algún tipo de secuela del accidente de trabajo (por ejemplo, una amputación, una descoordinación motora, etc.).

³² Criterio efectivamente reproducido en otras sentencias relacionadas al otorgamiento de prestaciones económicas derivadas del SCTR. Por ejemplo, en el Fundamento 9 de la STC 4825-2007-PA/TC del 12 de diciembre de 2008: “9. Sobre el particular, cabe puntualizar que, sustentándose en una protección integral y de efectiva tutela a los derechos fundamentales a la pensión y a la salud de los asegurados, así como atendiendo a los criterios expuestos en la normativa que regulan las enfermedades profesionales de riesgo, este Colegiado en la STC 10063-2006-PA/TC — Caso Padilla Mango en el fundamento 108, ha señalado que «a juicio del Tribunal Constitucional, el empleador que tenga un trabajador que padezca de incapacidad o invalidez permanente parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, tiene la obligación de cambiarlo de puesto de trabajo a uno donde no se encuentre expuesto al agente causante de la enfermedad, pero sin la rebaja de la remuneración», por lo que debe procurarse en el caso de autos una reubicación labora del recurrente en la forma planteada”.

su primer artículo, a tenor del cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Es más, este deber especial de protección goza de una tutela reforzada en el caso de los trabajadores, ya que según el artículo 23° de la Constitución ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. (Subrayado nuestro)

Si a partir del artículo 23° de la Constitución, el Tribunal ha dispensado una protección especial tratándose de las discapacidades sobrevenidas para desempeñar un puesto de trabajador en el régimen de aseguramiento profesional, el desarrollo no se ha estancado en ello. Yendo a un ámbito más amplio y no necesariamente vinculado a los regímenes de aseguramiento profesional, el Tribunal ha tendido a postular una protección reforzada y especial sobre el trabajador discapacitado. Sin entrar a desarrollar los conceptos o implicancias constitucionales de dicha protección dispensada, ha enlazado el citado artículo 23° con el artículo 7° de la Constitución, según el cual “la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. En ese sentido, en la STC 00035-2010-PA del 20 de setiembre de 2010, en la que se discutía una simulación de la relación laboral a través de locaciones de servicios súbitamente interrumpidas por el empleador (por la no renovación del contrato a una persona discapacitada), el criterio coadyuvante que adoptó el Tribunal para dotar de protección a la accionante discapacitada, en adición al derecho constitucional al trabajo, fue el siguiente:

Por otro lado, este Colegiado considera que la recurrente, en su calidad de persona discapacitada, tiene derecho a una protección especial por parte del Estado, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución (...) pues toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad y ser protegida especialmente por el Estado; con el respeto a su dignidad personal y laboral. En consecuencia, la empleada debió respetar los derechos fundamentales teniendo en cuenta que la recurrente, en su calidad de discapacitada gozaba de una protección especial [...].

Este no es el momento de emprender críticas sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los cuales de por sí son meridianamente vagos y poco pasibles de generar desarrollo conceptual. Tampoco ese es nuestro objeto central en el presente estudio, sino más bien proponer un enfoque integral del derecho de reubicación, donde su imperatividad, consecuencias sobre el contrato de trabajo y condiciones de materialización son apenas una parte de todo el fenómeno. De momento consideramos suficiente dejar en evidencia estos planteamientos interpretativos plasmado por el máximo intérprete constitucional, en consonancia con este presente capítulo, orientado a recabar y poner sobre la mesa los diferentes insumos aportados respecto de la reubicación y la protección de la discapacidad, tanto a nivel nacional como internacional.

2.3. Un referente normativo adicional: el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento

Aunque la fuente de estos instrumentos es la actividad normativa regional andina, consideramos conveniente considerar a estos dispositivos como parte de la normativa peruana, pues tal es la consecuencia práctica de los tratados internacionales según nuestra Constitución. Además, la mención a las normas andinas es pertinente pues establecen obligaciones específicas en relación a la reubicación laboral, tanto desde el ámbito preventivo como de la protección de la discapacidad. En buena cuenta, la reubicación por discapacidad sólo es abordada directamente por las normas andinas y por la OIT en los instrumentos mencionados anteriormente.

En gran medida, el énfasis sobre la seguridad y salud en el trabajo promovido en el Perú desde la dación en el 2005 del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo No. 009-2005-TR, hoy derogado) fue producto de la necesidad de encauzar la normativa nacional a los instrumentos y estándares internacionales que ya regían en torno a la prevención de riesgos laborales. Así, antes de la dación del citado Reglamento, había pasado casi inadvertido el hecho que el Perú ya se encontraba sujeto, desde unos años antes, al Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decisión 584) y a su respectivo Reglamento (Resolución 957), ambas normas emitidas a nivel de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

No obstante la importancia regional de estas disposiciones, cabe precisar que el

reconocimiento hecho por el Perú del derecho a la seguridad y salud en el trabajo lo convierte en un derecho de índole constitucional para efectos internos, incluso desde antes de la adhesión al Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Esta norma regional, por proteger derechos humanos como lo son la vida, la integridad y la salud (en el medio laboral), se beneficia del revestimiento constitucional que le otorga la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (según la cual “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”). Pero antes de la normativa regional, el Perú, por la sola ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ya le había conferido rango constitucional a la seguridad y salud en el trabajo (por las mismas razones jurídicas expuestas), toda vez que el artículo 7º de este instrumento internacional garantiza, en específico, el derecho a “la seguridad y la higiene en el trabajo”. Como puede apreciarse, la seguridad y salud en el trabajo es un derecho constitucional reafirmado y desarrollado, luego del PIDESC, por las normas de la CAN.

En ese sentido, tanto el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo como su Reglamento establecen referencias al derecho de reubicación. El primero de ellos contiene un mandato dirigido a los Países Miembros de la CAN a fin de incluir en las disposiciones legales internas sobre seguridad y salud normas referidas a la reubicación laboral. Dicho mandato, en el caso peruano, fue cumplido en su momento (año 2005) con el artículo 69º del hoy derogado Decreto Supremo No. 009-2005-TR (Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo), sustituido posteriormente por el artículo 76º de la Ley No. 29783 (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo). En concreto, el artículo 7º literal g) de la Decisión 584 establece lo siguiente:

Artículo 7.- Con el fin de armonizar los principios contenidos en sus legislaciones nacionales, los Países Miembros de la Comunidad Andina adoptarán las medidas legislativas y reglamentarias necesarias, teniendo como base los principios de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados, para que sus respectivas legislaciones sobre seguridad y salud en el trabajo contengan disposiciones que regulen, por lo menos, los aspectos que se enuncian a continuación:

[...]

g) Procedimientos para la rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laborales de los trabajadores con discapacidad temporal o permanente por accidentes y/o enfermedades ocupacionales [...]. (Subrayado nuestro)

Conviene destacar de este enunciado que la reubicación que obliga el Instrumento Andino a regular en las normativas nacionales no es uno enfocado estrictamente en la prevención de riesgos laborales. Ciertamente se presume la finalidad preventiva, pues todo el Instrumento tiene esa temática. Sin embargo, el literal transcrito no se agota en ese campo, sino que postula en general la reubicación de los trabajadores con discapacidades temporales o permanentes adquiridas por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. Más adelante precisaremos que la reubicación no es una consecuencia mecánica ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, sino tan sólo en aquellos casos en que sea una medida recomendable por haberse constituido el servidor siniestrado en un trabajador especialmente sensible a un riesgo profesional determinado como producto del infortunio, o debido a que ya no puede cumplir con el contenido prestacional del contrato de trabajo a causa de los detrimentos físicos provocados por el siniestro. Ambos supuestos estarían abarcados por este artículo 7º.

En el mismo Instrumento Andino, con un talante mucho más enfático y configurado ahora como una obligación dirigida a las propias partes laborales, el artículo 21º consagra en términos bastante amplios el derecho de reubicación en estos términos:

Artículo 21º.- Sin perjuicio de cumplir con sus obligaciones laborales, los trabajadores tienen derecho a interrumpir su actividad cuando, por motivos razonables, consideren que existe un peligro inminente que ponga en riesgo su seguridad o la de otros trabajadores. En tal supuesto, no podrán sufrir perjuicio alguno, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave.

Los trabajadores tienen derecho a cambiar de puesto de trabajo o de tarea por razones de salud, rehabilitación, reinserción y capacitación.

(Subrayado nuestro)

Merece destacar la carencia de condicionamientos en el enunciado normativo, lo cual hace

que esta norma y el artículo 76° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo compartan dicha peculiar característica. Ello denotaría la existencia de una política regional andina decididamente inclinada en el campo social a resguardar la continuidad laboral del trabajador incurso en alguna limitación física o sensorial que comprometa el cumplimiento de las obligaciones laborales originarias por las cuales dicho servidor fue contratado, delimitando —por exclusión— las facultades extintivas patronales. La incondicionalidad del enunciado también refresca la interrogante respecto al nivel de absolutidad con que el derecho busca ser materializado, pues sabido es que no existe ningún derecho ilimitado. Sobre todos estos complejos asuntos nos pronunciamos más adelante.

Asimismo, la norma andina goza de una llamativa amplitud ya que el derecho a la reubicación es proclamado al margen de la causa determinante del detrimento de la salud, pudiendo ser ésta una causa asociada al trabajo como también una causa ajena al mismo. Ambos supuestos parecerían estar contenidos en las “razones de salud” contenidas en la norma. Huelga reiterar que no nos abocaremos a tan amplio campo de estudio, sino tan sólo a los detrimentos sobrevenidos por causa laboral, concretamente el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. No obstante, no podemos dejar de reconocer que un enunciado tan breve contenga tan vasta versatilidad y complejidad jurídica.

De otro lado, un asunto también de especial trascendencia es que el Instrumento Andino imbrica tácitamente con el tratamiento y la protección de la discapacidad, pues a ella aluden tácitamente las razones de “rehabilitación, reinserción y capacitación”, materias comprendidas dentro de la readaptación profesional, ya abordada previamente en extenso. Esto confirma una vez más que el desarrollo del derecho a la reubicación quedaría incompleto de ser emprendido con prescindencia de las medidas dirigidas a la promoción de estos colectivos desprotegidos en el mundo del trabajo.

Por su parte, el artículo 17° de la Resolución 957 está dirigido a los empleadores. Esta norma enfoca a la reubicación propiamente desde el punto de vista preventivo, sin hacer alusión especial a las discapacidades. No obstante, no se opone a lo señalado en el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, sino que por el contrario, lo complementa. Bajo este postulado se debe entender a la reubicación como una medida dimanante del deber de prevención, el cual obliga al empleador a realizar reconocimientos médicos a fin de aparejar las capacidades personales de los trabajadores (en lo que atañe a su salud) con los puestos de trabajo de su organización, haciendo que el trabajo se

desenvuelva sin riesgos provocados o agravados por las condiciones particulares de salud de los trabajadores. La citada norma dispone:

Artículo 17.- Los resultados de las evaluaciones médicas ocupacionales serán comunicados por escrito al trabajador y constarán en su historia médica. El empleador conocerá de los resultados de estas evaluaciones con el fin exclusivo de establecer acciones de prevención, ubicación, reubicación o adecuación de su puesto de trabajo, según las condiciones de salud de la persona, el perfil del cargo y la exposición a los factores de riesgo. La legislación nacional de los Países Miembros podrá establecer los mecanismos para el acceso a la información pertinente por parte de los organismos competentes y de otras instituciones. (Subrayado nuestro)

De ahí que la reubicación laboral sea un instituto pasible de estudio no sólo a raíz de los accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales. Éstos son tan sólo algunos de los supuestos que pueden dar origen a un interés por la reubicación del trabajador en la empresa. Sin embargo, la existencia de lo que la doctrina y las legislaciones preventivas han denominado “trabajadores especialmente sensibles” (concepto sobre el cual volveremos en el capítulo siguiente, y que no es equiparable necesariamente a la discapacidad, pero que definitivamente la involucra) exigirá en algunos casos considerar a la reubicación como medida pertinente para posicionar al trabajador en puestos de trabajo compatibles con la situación de su salud, dentro de las acciones preventivas del empleador en la gestión de los riesgos ocupacionales. Como bien señalamos, un trabajador especialmente sensible (que eventualmente podría ser un trabajador devenido en discapacidad por causa de un infortunio laboral) es alguien que, por causas previas a su contratación o sobrevenidas a ella, no puede desempeñar alguna función, pues de hacerlo, correría especial riesgo su salud personal.

Como corolario de lo expuesto en este capítulo puede sostenerse que, el discernir la naturaleza jurídica de la reubicación por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, es una tarea que puede irse enfocando desde diferentes perspectivas concurrentes, que son a su vez coincidentes con los ámbitos en los cuales se han desarrollado los convenios, las recomendaciones, y las normas legales y regionales que, directa o indirectamente, han aludido a la reubicación; tales ámbitos son la seguridad y salud

en el trabajo y la discapacidad.

Así, la discapacidad y los “trabajadores especialmente sensibles” no son conceptos del todo autónomos, sino que interactúan permanentemente alrededor de la reubicación laboral; y esto es natural, puesto que el infortunio laboral puede generar discapacidad (como parece rescatarse, por ejemplo, de la Decisión 584) y/o especial sensibilidad al riesgo profesional en general. Ambos son institutos en parte confluyentes y coincidentes, aunque cada uno ha sido abordado tradicionalmente desde diferentes esferas; así, la discapacidad ha estado emparentada en el mundo del trabajo con la readaptación profesional, mientras que la particular consideración de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales parte de un enfoque propuesto por la seguridad y salud en el trabajo.

No existen estudios que hayan enfocado ambas perspectivas al momento de referirse a la reubicación laboral, de ahí que nos sintamos motivados a proponer un estudio integrador a partir del infortunio laboral. Por consiguiente, así como no abordamos la discapacidad en toda su dimensión (sino sólo aquella generada a causa de un infortunio laboral, que genera un interés por la reubicación del trabajador en la empresa como una medida de readaptación de quien ya se encuentra inserto en el mercado de trabajo), el caso de los trabajadores especialmente sensibles nos interesará en la medida que la especial sensibilidad sobrevenga a causa de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, pues ahí existe también un interés por la reubicación como una medida preventiva exigible bajo algunas circunstancias.

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA Y MATERIALIZACIÓN DE LA REUBICACIÓN ORIGINADA POR EL INFORTUNIO LABORAL

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REUBICACIÓN. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE UNA ESPECIAL FORMA DE MOVILIDAD FUNCIONAL.

Preguntarse por la naturaleza jurídica de los institutos que recoge el Derecho no es siempre un ejercicio de interés puramente académico. Por el contrario, si existe un campo prolijo para dicho examen, que a su vez sea poseedor de una gran utilidad práctica, ese es el campo de los derechos subjetivos, toda vez que éstos tienen por titulares y destinatarios a los individuos, quienes los ejercen necesariamente de manera relacional, en oposición y de manera excluyente a los intereses de terceros. El derecho subjetivo es, en buena cuenta, una “posibilidad de hacer” frente a terceros, con el objeto de satisfacer intereses propios y particulares, muchas veces encontrados con los intereses y derechos de esos otros terceros, correspondiendo a dicho derecho un correlativo deber de tutela Estatal ante cualquier interrupción en el goce o desconocimiento de tal prerrogativa individualizable en el sujeto.

Identificar la naturaleza de un derecho subjetivo no es un ejercicio vano sino, por el contrario, útil en el terreno de la praxis, puesto que los derechos son reconocidos para que éstos puedan ser ejercitados y sean oponibles; y con dicho derrotero, el ejercicio de identificación permitirá advertir al operador jurídico cuál es el posicionamiento del derecho en el escenario jurídico para, a partir de ello, identificar sus notas características, las atribuciones que el mismo confiere, las formas cómo éste debiera materializarse y, naturalmente, los límites que son atribuibles al ejercicio del derecho; máxime tratándose de un instituto tan complejo y tan poco escrutado como lo es el derecho a la reubicación.

1.1. El derecho de reubicación en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo como punto de partida

El referente legal vigente nos deberá otorgar algunas pistas primigenias para nuestro análisis. La carencia de mayores estudios previos sobre el particular virtualmente demanda

iniciar la búsqueda de la naturaleza jurídica por proximidad, es decir, procurando hallar semejanzas y/o diferencias con institutos ya desarrollados que nos den la oportunidad, bien de encasillar la reubicación laboral en un espacio ya existente en el mapa del Derecho del Trabajo (en cuyo caso la labor jurídica emprendida sería la de mera identificación de dicho espacio), o bien de delinear los contornos de una nueva esfera correspondiente a las particularidades y especificidades advertidas del derecho subjetivo estudiado (siendo que aquí la labor jurídica es más bien una de tipo propositivo).

En ese sentido, de conformidad con el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el derecho de reubicación queda conformado en los siguientes términos:

Los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría.

Destacamos seguidamente las notas esenciales que configuran el derecho que recoge la ley peruana.

- a. En cuanto a su titularidad, estamos refiriéndonos a un derecho que recae en el trabajador. Por oposición y de manera implícita, a dicho derecho subjetivo corresponde una obligación de parte del empleador de efectuar la transferencia aludida en el supuesto de hecho.

En tal sentido, la esencia del derecho parece ser propia de las relaciones laborales, por cuanto las partes involucradas son precisamente las que integran la relación laboral.

- b. En cuanto al supuesto de hecho habilitante para el ejercicio de este derecho laboral, se desprende de la norma que el trabajador objeto de protección es aquél que ha sido víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional.

En tal sentido, dentro del postulado normativo, el trabajador víctima del accidente o de la enfermedad laboral podría haber adquirido o no una discapacidad, lo que es indistinto para los efectos de la aplicación de la norma. Basta que el origen del daño

sufrido por el trabajador pueda ser enmarcado dentro del supuesto generador, que es puntualmente el infortunio laboral.

La norma no contempla otros supuestos de reubicación, como podría ser el caso de un trabajador con disminución física o discapacidad a causa de un accidente común, o que ha sido víctima de una enfermedad no asociada al trabajo. Esto no significa que en tales casos no se pueda indagar sobre la existencia o no de un derecho de reubicación semejante, sino tan sólo que no nos corresponde dedicarnos a ello en el presente trabajo, el cual está ceñido a la reubicación relacionada al infortunio laboral. Ese campo más amplio es abarcado por la Ley General de la Persona con Discapacidad que, al haber introducido recientes modificaciones en el artículo 23º literal a) del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, ha señalado con carácter general el derecho preferente a la reubicación como una alternativa al despido justificado por razón de deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas (en general) cuando éstas impiden el desempeño de las tareas. Para esta norma, toda discapacidad (al margen de su causa) genera el derecho a la realización de ajustes razonables y a evaluar incluso la posibilidad de reubicar al trabajador en otro puesto; y, sólo en la medida que no sean viables ni los ajustes razonables ni la reubicación (por la inexistencia de vacante), procedería el despido³³. La norma, dictada en el devenir de la elaboración del presente trabajo, ha venido a ratificar (como veremos más adelante) nuestra hipótesis de trabajo basada en la condición de derecho preferente —y no absoluto— del derecho de reubicación.

Sin embargo, consideramos que aquel espacio más general constituye un interesante terreno para profundizar con mayor amplitud, pero en otra oportunidad, otros dos estudios complementarios: (i) los alcances del derecho al trabajo, el fomento de la igualdad de oportunidades y la inclusión laboral de las personas con discapacidades generadas por causas ajenas a las estrictamente laborales, y (ii) el caso de la reubicación de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos

³³ A partir del 25 de diciembre de 2012, y por efecto de la Sétima Disposición Complementaria de la Ley No. 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad, el artículo 23º literal a) del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral quedó redactado en los siguientes términos:

“Artículo 23º.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.”*

profesionales por causas ajenas al accidente de trabajo o enfermedad profesional, que no impliquen una discapacidad³⁴. Aunque algunos de los conceptos plasmados en este trabajo pudieren ser de aplicación a tales casos, nuestro objetivo no es agotar dicha temática.

- c. El objeto del derecho regulado implica, según la norma, la transferencia (o cambio) a otro puesto de trabajo de menor riesgo para la seguridad y salud. Esta característica puede ser a su vez desmembrada en dos subcomponentes que merecen ser tratados separadamente:
- El traslado o cambio de puesto de trabajo implica, evidentemente, el cambio o modificación del contenido de prestación al cual está obligado el trabajador en virtud del contrato de trabajo; vale decir, el ejercicio del derecho supone, a priori, una alteración sustancial del objeto del contrato de trabajo, en la medida que el trabajador deberá desempeñar, por el imperio de la ley, otra labor y otras funciones para su empleador.

Preguntarnos por cuál debe ser el puesto de destino es un asunto completamente distinto que atañe a la forma cómo debe materializarse el derecho. Lo que importa rescatar en este punto es que la propia ley, de manera poco tradicional, contiene la iniciativa de alteración del contrato de trabajo yendo por encima de la voluntad de los contratantes: se impone sobre ambas partes contractuales y trastoca la situación y las expectativas de la contratación laboral

³⁴ A manera de referencia, conviene rescatar conjuntamente con Agra la posibilidad de desvelar un derecho preferente por la reubicación laboral en el caso de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales por razón de enfermedades no vinculadas al puesto de trabajo —esté presente o no la discapacidad— en vía de interpretación del artículo 25º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de España, según el cual “el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”. Sobre el particular, la autora destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid del 3 enero 2001, en la cual se señala que “[...] el derecho del art. 25º [...] se extiende a la protección de la salud en sentido amplio, incluyendo la prevención de los riesgos personales derivados de las dolencias comunes que [el trabajador] padezca, pues, en definitiva, los agravamientos que pueda sufrir [...] por la prestación de servicios, serán dolencias producidas con motivo u ocasión del trabajo [...]” (Agra 2008: 19-20). La importancia de destacar este aspecto deriva del hecho que, emulando en gran medida el sentido y las finalidades del artículo 25º de la norma española, los artículos 51º y 64º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo peruana establecen: (i) el deber del empleador de considerar las competencias personales de los trabajadores al momento de asignarles las labores, y (ii) la garantía de protección especial para el caso de los trabajadores que, por su situación de discapacidad (en general), sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo; todo lo cual se ve enriquecido por el artículo 77º de la norma reglamentaria, que obliga al empresario a considerar en su sistema de gestión las características personales del trabajador o su estado de salud conocido, en la eventualidad que sea un trabajador especialmente sensible a los riesgos del trabajo. Parecerían ser éstos importantes insumos para un estudio posterior sobre la materia.

previstas no sólo por el empleador, sino también por el propio trabajador. En buena cuenta, los efectos del ejercicio del derecho de reubicación calzarían con lo que podríamos llamar una novación objetiva impuesta por mandato legal.

Nótese que la alteración del contrato de trabajo proviene específicamente de causas objetivas y ajenas a la propia voluntad de las partes (no puede asumirse dentro de los cánones de lo razonable que los trabajadores buscan accidentarse y/o que los empleadores promueven voluntariamente los accidentes de trabajo para introducir modificaciones contractuales). Por ello, consideramos que aquí se evidencia el gran influjo que viene ejerciendo la seguridad y salud en trabajo sobre la contratación laboral y el derecho laboral en general pues, por razones de protección, dicha disciplina abre posibilidades de existencia a una nueva figura jurídica que dista de los clásicos modelos de movilidad funcional concebidos hasta el momento, instituto jurídico típicamente empleado en el estudio de las modificaciones objetivas del contrato de trabajo. Dicho de otra manera, en materia de seguridad y salud ocupacional, y en específico, luego de la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, este insólito supuesto de movilidad funcional no está sujeto ni depende de las facultades directrices del empleador (movilidad funcional ordinaria), ni del ejercicio de las facultades derivadas del derecho al *ius variandi* del empleador (movilidad funcional extraordinaria) y mucho menos de la voluntad bilateral de las partes (movilidad funcional convencional), que son las formas usuales cómo se modaliza el contenido prestacional al cual está obligado el trabajador. La modificación contractual sustancial que propone el derecho de reubicación constituye un derecho por causas objetivas, orientadas por consideraciones sociales, y que a su vez comparte las características de ser indisponibles y concomitantes con el orden público, en la medida que se reconozca que detrás de la reubicación se encuentran bienes jurídicos fundamentales específicamente tutelados: el derecho a la vida, a la integridad, a la salud e, incluso, al trabajo (como más adelante se desarrollará).

Como una consecuencia derivada de lo anterior, la obligación de reubicación que pesaría sobre el empleador —contrapartida del derecho del trabajador— no parece ser exigible sólo a solicitud del trabajador, sino que la norma acusa la referida obligación por el sólo hecho de constatar el estado de salud disminuido

del trabajador víctima de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional (precisamos, más adelante, en la medida que las consecuencias de dicho accidente o enfermedad sea un factor de riesgo para el desempeño del puesto que se ocupa). El goce del derecho, por tanto, no requeriría ni siquiera de intimación previa para su cumplimiento, pues producto de las evaluaciones que debe implementar el empleador en sus procesos productivos con fines preventivos y producto de su permanente deber de vigilancia de la salud de los trabajadores (aspectos esenciales en la dinámica del cumplimiento del deber de prevención), debería ser el empresario quien advierta con mayor precisión, exactitud y con la suficiente antelación, la necesidad de implementar una reubicación laboral en procura de la protección del trabajador.

Aunque pareciera evidente, es pertinente enfatizar que en aquellos casos en que no sea recomendable que el trabajador permanezca en su puesto por razones de salud, el empleador estará obligado a disponer la reubicación, aun cuando legalmente esta figura esté plasmada en la ley como un “derecho” del trabajador; por lo que la reubicación podría ser ejercitada incluso en contra de la voluntad del propio trabajador, en caso que éste pretenda permanecer en su puesto. De no ser así, el empleador incurriría en responsabilidad por los mayores daños que pudiese sufrir el trabajador al verse expuesto a riesgos insoportables dada su condición particular. Recuérdese que en virtud del deber de prevención, es el empleador es responsable de garantizar, en un sentido muy amplio, la seguridad de los trabajadores en el centro laboral, por lo que no caben pactos de exoneración de responsabilidad o convenios individuales que libren al empresario de estas implicancias, aunque medie el “consentimiento” del titular del derecho. Sobre el particular volveremos más adelante al tratar específicamente las posibilidades de oposición al traslado por parte del trabajador.

- De otro lado, el nuevo puesto al cual acceda el trabajador transferido debe suponer, según la ley, un menor riesgo, de lo que se desprende una finalidad claramente preventiva. La norma no establece —como es lógico— que el nuevo puesto deba ser uno “carente de riesgo”, puesto que ello sería fantasioso en cualquier actividad productiva.

Esto es muy lógico, puesto que el deber del empleador en materia de prevención se entiende satisfecho cuando éste minimiza y gestiona los riesgos, dado que el trabajo sin riesgos es solamente un concepto idealista y, por ende, inalcanzable. Esta afirmación no puede ser tomada como una claudicación o resignación ante los riesgos del trabajo, pues ello significaría adoptar anacrónicamente los principios que sirvieron de trasfondo a las primeras tendencias desarrolladas en la historia en torno a los accidentes de trabajo (repasadas en el primer capítulo de este trabajo). Por el contrario, los deberes de prevención del empleador deben ser entendidos en la dinámica que este mismo deber exige, adaptándose permanentemente a toda circunstancia particular, a todo nuevo supuesto, en la búsqueda constante de las condiciones de trabajo más seguras posibles. Tal como se ha señalado, evocando lo afirmado en su momento por Palomeque, “trabajo y riesgo profesional están condenados a cohabitar en el desarrollo de la relación laboral” (Martín Hernández: 192), y es en dicha cohabitación permanente donde se funda el deber igualmente permanente del empleador de tender a un trabajo sin riesgos, reduciéndolos al mínimo posible (OIT 2009: 22).

Por ello, parecería ser que la obligación en concreto apunta a que el empleador asigne al trabajador a un puesto cuyos riesgos sean lo suficientemente mínimos o controlables como para que el decaído estado de salud del trabajador no se vea agravado, sea por la exposición al mismo riesgo que le generó la incapacidad, o sea por la exposición a un riesgo distinto capaz de tener la misma consecuencia o una semejante.

Es indispensable en este extremo una precisión no explícita en la norma. La reubicación no podría ser considerada un imperativo categórico si es que el eventual menoscabo de la salud del trabajador no impide continuar desempeñando el mismo trabajo bajo condiciones razonablemente seguras. El propósito de la norma es evitar mayores consecuencias dañosas en el trabajador, lo que supone como condición que el puesto de trabajo (propriadamente, las condiciones bajo las cuales se tiene que desarrollar ese trabajo) contenga en si mismo un riesgo intolerable (procedimientos de trabajo que no pueden ser cumplidos de manera segura por el trabajador debido a una limitación física, exposiciones que se tornan nocivas ante un estado patológico adquirido, etc.). Sin embargo, si a pesar del accidente o de la enfermedad contraída, es posible

adoptar medidas de protección adicionales capaces de contener los riesgos en ese puesto de trabajo (por ejemplo, mediante cambios de procedimientos de trabajo, acortamiento en los tiempos de exposición, adopción de medidas de protección individuales o colectivas, etc.), tal vez no sea necesaria la reubicación. En todo caso, el empleador es el responsable de determinar esta situación de manera técnica al momento de evaluar los riesgos y al adoptar las medidas preventivas respectivas. El objeto siempre será uno: cautelar la vida y la integridad del trabajador, lo que debe ser logrado con la reubicación o sin ella (siempre y cuando esta determinación vaya acompañada de las medidas preventivas que la situación concreta exija).

- d. La reubicación, conforme se encuentra recogida en la ley, no debe implicar menoscabo de los derechos remunerativos y de categoría del trabajador.

Esta condición, desde nuestro punto de vista, no atañe propiamente a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo que nos encontramos disgregando, sino más bien a las implicancias y consecuencias de la materialización de la reubicación. Dicho de otra manera, este requisito no contribuye a especificar los aspectos nucleares que identifican al derecho bajo análisis y que permitirían diferenciarlo de cualquier otra figura jurídica.

Lo señalado no significa que dicha implicancia sea de bagatela, sino que por el contrario, plasma una determinación y una orientación muy clara en la legislación sobre la materia. Es, antes que nada, el resultado de una determinación del legislador quien, seguramente conociendo de antemano la diversidad de criterios, adopta con claridad una postura determinada para todo supuesto.

Si bien éste es un componente muy debatido en la doctrina (conforme veremos más adelante), no pretenderemos en lo sucesivo postular interpretaciones de la norma en un sentido diverso de su texto; el cual, por ser bastante explícito, convertiría a todo ensayo interpretativo que niegue o relativice su incontestable literalidad en un ejercicio vacuo. Sin embargo, ello no obsta para exponer otros criterios con la finalidad de criticar la postura legalmente asumida, por entenderse aplicable ésta a toda clase de supuesto

1.2. Balance del enunciado legal y propuesta sobre la naturaleza jurídica del derecho de reubicación laboral

En base a lo anteriormente expuesto, podemos sintetizar el análisis reseñado señalando que la esencia del derecho de reubicación planteado en el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, tiene tres notas esenciales que lo caracterizan:

- (i) En cuanto a *su objeto*, es un derecho que supone la modificación imperativa del contrato de trabajo, específicamente, en lo que respecta a la prestación debida del trabajador, por cuanto éste deberá desempeñar, producto de la materialización del derecho, una ocupación distinta para la cual fue contratado.
- (ii) En cuanto a *su origen*, la iniciativa de modificación contractual no sólo es ajena a la voluntad de los contratantes, sino que prescinde incluso de dicha voluntad (impidiendo cualquier pacto en contrario), siendo impuesta por ley.
- (iii) En cuanto a *sus fines*, la reubicación encuentra su causa última en la voluntad de la ley de proteger la vida, la salud y la integridad de un determinado tipo de trabajador: aquél que sufrió un infortunio laboral, en la medida que esta situación implique para él la eventualidad de un mayor daño o afectación, colocándolo en una situación de especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo (lo que se ha venido a llamar “trabajadores especialmente sensibles”, concepto que desarrollamos más adelante).

Siendo esto así, consideramos que la naturaleza jurídica del derecho de reubicación bajo estudio es parcialmente asimilable, por su objeto, a lo que la doctrina ha catalogado tradicionalmente como *movilidad funcional*. Pero las consideraciones relativas a su origen y a sus fines hacen de esta movilidad funcional recogida en la ley peruana una de esencia muy particular, debido a su causalidad imperativa por consideraciones de tipo social, por causas objetivas o de protección preventiva. De ahí que afirmemos que el derecho de reubicación consagrado en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo *constituye un supuesto de movilidad funcional atípico (en tanto viene impuesto por ley), motivado por razones objetivas de protección preventiva ante ciertos supuestos de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales, configurándose en el campo de la seguridad y salud en el trabajo como una medida de prevención específica.*

Sin embargo, este enunciado quedaría incompleto si es que olvidamos uno de nuestros parámetros iniciales. La OIT ha dedicado gran parte de su actividad a promover medidas de readaptación profesional para las personas discapacitadas, habiendo señalado que el cambio de puesto de trabajo ante la imposibilidad sobrevenida de desempeñar las actividades laborales por causa de discapacidad sobrevenida es una medida deseable y coherente con el principio de igualdad de oportunidades. Esto es coincidente también con algunos otros instrumentos de derechos humanos que postulan semejantes parámetros de igualdad.

En tal sentido, es indiscutible que en algunas oportunidades el accidente de trabajo y la enfermedad ocupacional pueden generar, además de una especial sensibilidad a los riesgos ocupacionales, un estado de discapacidad que no sólo restará considerablemente a la persona las posibilidades de continuar en el mismo puesto de trabajo, sino que además, como efecto concurrente, colocará al trabajador en una potencial situación de exclusión social, quedando fuera del mercado de trabajo producto del menoscabo físico sufrido a causa del infortunio de trabajo.

Creemos que en tales casos la naturaleza jurídica de la reubicación prevista en el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo se reformula en salvaguarda de estas causas, haciendo de sí —además de una medida preventiva— *una medida de readaptación profesional tendiente a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*. Existe pues en la naturaleza jurídica de la reubicación una constante y permanente imbricación y referencia entre distintos institutos, enriqueciéndose aquélla no sólo de las finalidades preventivas, sino de los ropajes de protección que busca el ordenamiento jurídico promover en torno a las personas con discapacidad, lo que conforma la naturaleza jurídica de este instituto como una de carácter complejo.

En los siguientes gráficos —que inmediatamente también procedemos a explicar— procuramos sintetizar lo que venimos planteando respecto a nuestro enfoque de la reubicación laboral.

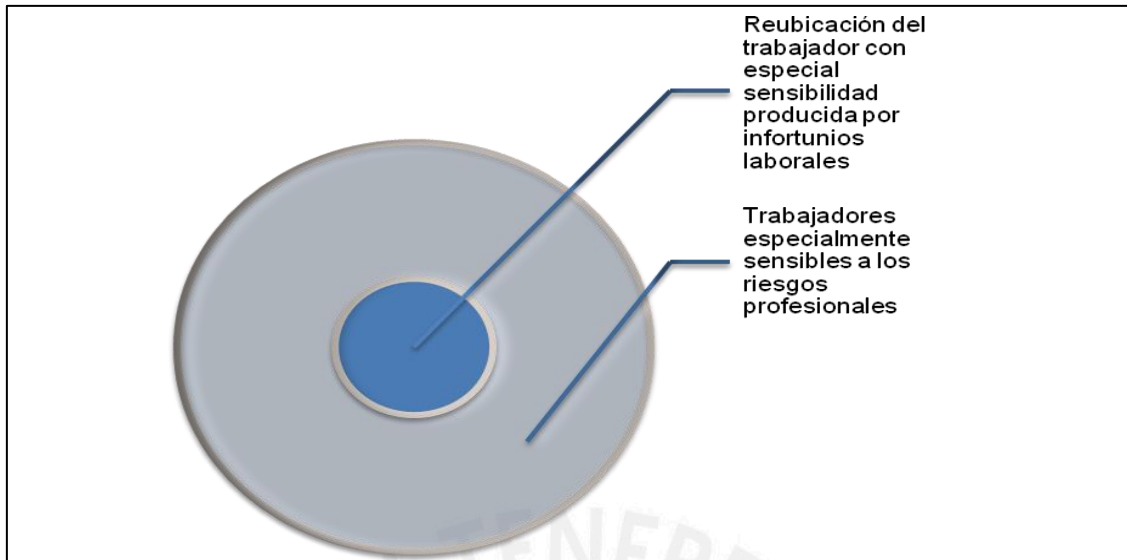


Gráfico 1.- La reubicación desde la seguridad y salud en el trabajo
Fuente: Elaboración propia

En el Gráfico 1 tenemos que la seguridad y salud en el trabajo propone un campo especial para el tratamiento de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales con la finalidad de salvaguardar su vida y su integridad en el desempeño de sus labores. Para tales efectos, ese tratamiento no solamente consiste en la reubicación laboral, sino que ésta es una medida entre muchas otras posibles y recomendables por el tipo especial de trabajadores a quienes se busca proteger, según las circunstancias. Éste constituye el nivel de estudio más amplio del fenómeno.

La reubicación que regula el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo es, en este campo, una medida preventiva específica que procede en un supuesto puntual de especial sensibilidad, que es la generada a partir de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. Es propiamente en este espacio donde situamos nuestra atención.

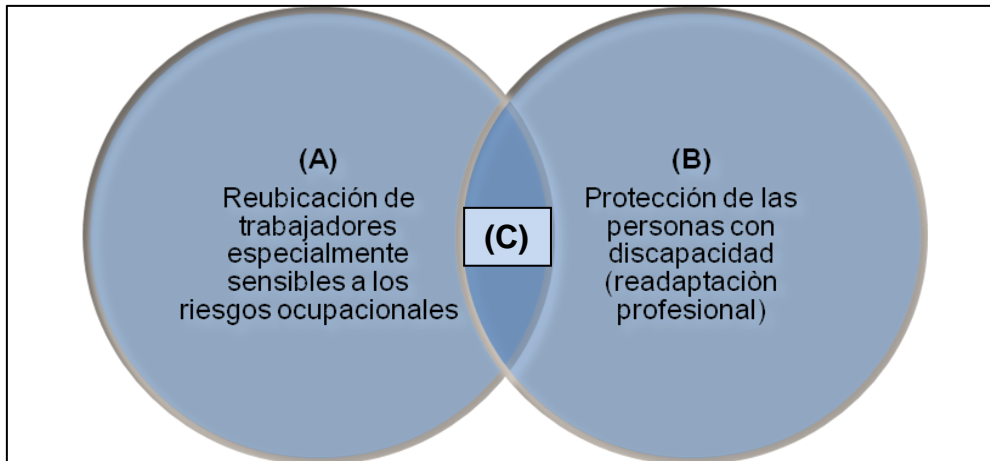


Gráfico 2.- Imbricación entre la especial sensibilidad y la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad

Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, los criterios preventivos referidos a los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales (A) no son los únicos que nos permiten encaminar el estudio de la reubicación regulado por ley. Las normas e instrumentos referidos a la readaptación profesional y la protección de las personas con discapacidad (B) son en parte aplicables a nuestro estudio, puesto que el infortunio laboral puede generar en el trabajador eventualmente una discapacidad.

En el Gráfico 2 apreciamos, por tanto, que la reubicación regulada en el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene, para su estudio, una entrada inicial desde el aspecto preventivo (A), pero eventualmente dicho enfoque debe ser enriquecido por la protección de la discapacidad (B) cuando ésta se haga presente a causa del infortunio laboral. Cuando ello ocurra así, la reubicación regulada por el artículo 76º se colocará en la intersección de ambos campos (C), donde confluye, de una parte, la reubicación del trabajador a causa de un infortunio laboral como medida preventiva específica aplicable a este estado de especial sensibilidad y, de otro lado, el área de la readaptación profesional que propone a la reubicación como una medida de conservación del trabajo de quien ya se encontraba inserto en el mercado laboral (dejando de lado, para efectos de nuestro estudio, la inserción de la persona con discapacidad en el mercado de trabajo, que es un campo más extenso).

Por consiguiente, cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional no genere discapacidad, nuestro enfoque debe ser el ilustrado inicialmente en el Gráfico 1. Pero cuando la discapacidad sea la consecuencia del infortunio laboral, el plus de tutela que

exige la protección de la discapacidad será el reflejado en el Gráfico 2.

Seguidamente deconstruimos nuestra propuesta para un estudio más detenido en sus tres componentes: la movilidad funcional, la protección de los trabajadores especialmente sensibles en la perspectiva preventiva de riesgos laborales y la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

2. LA REUBICACIÓN COMO UNA FORMA PARTICULAR DE MOVILIDAD FUNCIONAL POR MOTIVOS SOCIALES O PREVENTIVOS

El derecho de reubicación del trabajador al interior de la empresa cuando éste ha sido víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional no puede ser concebido íntegramente si es que es analizado de manera aislada o separada de todo el ordenamiento jurídico. Es necesario que este derecho se inserte, encuentre un espacio y se defina —por afinidad o por oposición— con las disposiciones y principios que regulan el trabajo dependiente en general, puesto que su ejercicio injiere sobre el contrato de trabajo y supone una modificación del mismo.

Una de las notas características que definen al derecho de reubicación es el efecto que produce sobre el contrato de trabajo: un efecto novativo de un aspecto sustancial de la relación laboral, constituido por la obligación prestacional a la que se encontraba vinculado el trabajador a partir del cambio de puesto de trabajo. Este tipo de modificaciones son abordadas para efectos de su estudio por la institución jurídica denominada “movilidad funcional”.

Sin embargo, como confirmaremos seguidamente, el derecho de reubicación que propone la norma peruana supone una alteración de las ideas tradicionalmente sentadas en torno a las movilidades funcionales, lo que indefectiblemente es producto de los influjos de la seguridad y salud en el trabajo sobre algunos conceptos laborales usuales. En efecto, los institutos preventivos han trastocado y revolucionado positivamente el estudio de una institución clásica del derecho individual del trabajo, a saber, la movilidad funcional, creando un nuevo supuesto cuya funcionalidad y exigibilidad viene por iniciativa de la ley, siendo su causa completamente independiente de la voluntad de las partes contractuales. Y esto es así porque en su fundamento reposa la protección bienes jurídicos distintos a los que se hallan

subyacentes en la movilidad funcional tradicional.

Para comprender estas anunciadas conclusiones, resulta pertinente efectuar una breve reseña de cómo han sido asumidas y admitidas las movilizaciones funcionales en el Derecho del Trabajo, a fin de contrastarlas con los propósitos específicos y disímiles que plantea la reubicación laboral en la normativa peruana.

2.1. La movilidad funcional desde la perspectiva usual del Derecho Laboral: concepto y tipología

En términos generales, se ha entendido por movilidad funcional aquella variación producida en las prestaciones a las cuales está comprometido el trabajador según el contrato de trabajo. Su estudio en el derecho del trabajo viene motivado por el afán de encontrar y fijar los límites de los poderes directivos empresariales, lo que ya nos va dando una muestra preliminar de las características de este instituto: su existencia viene a colación de las pretensiones unilaterales del empleador caracterizadas por una intencionalidad, cuando no novativa, cuando menos tendiente a la modalización del contrato de trabajo en procura — usualmente— de intereses organizativos.

La doctrina ha construido sobre la movilidad funcional diferentes conceptos. Sin perjuicio de las diferentes extensiones propuestas por los distintos autores que han tratado el tema, todas las posiciones convergen en el referente común antes mencionado. Así, desde una perspectiva generalista, y tomando las ideas allanadas en su momento por Tomás Sala Franco, Fabregat Monfort señala que “por movilidad funcional hay que entender el cambio de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador” (2002: 14). Desde una perspectiva más de detalle, recurriendo y apuntalando los diferentes escenarios en los cuales cabe estudiar la movilidad funcional, Valle Muñoz concibe a este instituto de la siguiente manera:

[...] aquella alteración producida en la prestación debida por el trabajador en el contrato de trabajo, alteración que puede darse mediante tres mecanismos jurídicos: en primer lugar como consecuencia de la especificación empresarial del trabajo convenido a través del poder de dirección ordinario; en segundo lugar, como consecuencia de la variación unilateral por parte del empresario, y ello

bien con carácter temporal y extraordinario a través del *ius variandi*, o bien con carácter definitivo y excepcional, a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo; y en tercer lugar aquella alteración de la prestación como consecuencia de la novación modificativa, por la que las partes acuerdan cambiar el objeto del contrato de trabajo. (1998: 147-148)

Consideramos conveniente efectuar dos precisiones importantes:

- La primera, que la movilidad funcional no debe ser equiparada ni confundida con otro tipo de alteraciones contractuales, como podría ser el caso de la movilidad geográfica, presentándose ésta cuando es requerido que el trabajador cumpla con sus prestaciones en otro centro de trabajo, en otra localidad, otro país, etc., fuera de su locación habitual. En ese sentido, un cambio de funciones no tiene por qué ir aparejado necesariamente de una movilidad geográfica, así como tampoco el cambio de lugar de cumplimiento del contrato de trabajo debe suponer necesariamente una alteración de las funciones de trabajo.
- En segundo lugar, siendo estrictos, tomamos como referente la definición de movilidad funcional que pivota en torno a la modificación de las funciones de trabajo, sin considerar aquellas que conciben a la movilidad funcional de forma más amplia, como una “modificación del puesto de trabajo”³⁵. Preferimos la primera de las citadas perspectivas pues, a nuestro entender, el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, pese a formular la reubicación como un “cambio de puesto”, en realidad debe ser entendido propiamente como un “cambio de funciones”, si es que coincidimos en que la razón de ser de la norma es una finalidad principalmente preventiva.

En estricto, son las funciones específicas que realiza el trabajador las que determinan su exposición a riesgos ocupacionales, no tanto así el puesto; en todo caso, el puesto ocupado por el trabajador no puede constituir un referente, por sí sólo, a efectos de determinar las medidas preventivas más adecuadas para proteger al trabajador de los riesgos del trabajo.

³⁵ Para mayor referencia sobre esta tendencia: ALONSO GARCIA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel, 1981. Pág. 512.

El puesto de trabajo, antes bien, hace alusión al posicionamiento del trabajador dentro de la organización y de la distribución del trabajo en un plano muy general. Es correcto que el puesto irroga el cumplimiento de determinadas funciones laborales; de ahí que un cambio de puesto podría, mayormente, implicar el cambio subsecuente de las funciones laborales. Pero no siempre es así, pues en su libertad de organización, el empleador puede asignar puestos de nominación distinta a trabajadores que desempeñan funciones muy semejantes. En tales casos, el simple cambio de puesto no podría asegurar *per se* la protección del trabajador frente a riesgos específicos atendiendo a su concreto estado de salud. Antes bien, el referente y la atención deben ser colocados preferentemente en las funciones laborales que se desprenden del puesto, y no en el puesto mismo, por ser éste una calificación, una designación, un nombre concebido por el empleador en su libertad organizativa; y es el caso que la protección eficaz contra los riesgos laborales no se dan en el plano de los conceptos, sino en la materialización misma del trabajo.

Son las funciones laborales las que sirven como mejor pauta para la prevención de los riesgos ocupacionales. Como ya mencionamos, el cambio de puesto, por si mismo, no implica necesariamente un cambio de tareas o funciones para el trabajador (Fabregat Monfort 2002: 17). La prevención de riesgos laborales debe tomar como parámetro, antes que la nomenclatura del cargo, lo que dicha nomenclatura obliga a hacer en concreto al trabajador en la empresa como prestación laboral.

Esta tesis es confirmada por el siguiente ejercicio: sin necesidad de efectuar un cambio de puesto, si el empleador determina que una parte de las funciones de dicho puesto no sean realizadas por el trabajador por implicar ello un alto riesgo para él atendiendo a sus condiciones de salud específicas, los fines preventivos se perfeccionarán y lograrán. Esto reafirma, primero, que la protección del trabajador que afronta las secuelas de un accidente o enfermedad derivada del trabajo no tiene por qué suponer necesariamente un cambio de puesto de trabajo; y, en segundo término, que la prevención está más asociada a las funciones que al puesto de trabajo, como lo venimos señalando.

En todo caso, la movilidad funcional surge como respuesta al conflicto de intereses inmersos e intrínsecos en toda relación laboral. Frente al interés del empleador de contar con un

amplio margen de flexibilidad para disponer de la mano de obra en función de las necesidades del negocio y de la productividad empresarial, se encuentra el interés del trabajador de estabilizar el contenido de sus obligaciones laborales o, en todo caso, de permeabilizar el cambio pero sin la afectación —en desmejora— de la profesionalidad reconocida al momento de la contratación o la adquirida a lo largo del tiempo en el desenvolvimiento de la relación de trabajo. No se trata de otra cosa que el enfrentamiento de la máxima determinación deseada de la prestación debida pretendida por el trabajador, versus el interés patronal por la mayor abstracción, disponibilidad y multifuncionalidad del trabajador (Valle Muñoz 1998: 148-149).

Como ya lo sintetizaba hace muchos años Sala Franco en relación a este connatural disputa: por una parte, los intereses objetivos del empresario parten del fenómeno mismo de la división del trabajo y la consiguiente necesidad objetiva de permitir al sujeto que se apropia de los frutos del trabajo, de adecuar la prestación laboral a las exigencias sobrevenidas y que pudieron no encontrarse presentes al momento de concertar el contrato de trabajo; y, de otro lado, el interés del trabajador de limitar dichas atribuciones en función del carácter personal de la prestación laboral, bajo la premisa que el trabajador no es una mercancía libremente disponible ni sujeta por entero a los intereses patrimoniales de quien dirige el trabajo (1973: 20-21). En esta pugna de intereses surge la institución bajo comentario con la finalidad de establecer los supuestos de procedencia y las garantías rectoras de este tipo de modificaciones en el contrato de trabajo.

En cuanto a su tipología, han sido materia de estudio por la doctrina esencialmente tres supuestos de movilidad funcional del trabajador, divididas en razón de la fuente y/o las circunstancias que originan el cambio.

- Las variaciones contractuales que surgen del ejercicio del poder de dirección ordinario del empleador, lo que le permite a éste configurar y reconfigurar “horizontalmente” las funciones del trabajador.
- El *ius variandi* como atribución del empleador para la introducción de cambios temporales y extraordinarios en el objeto de la prestación del trabajador.
- La voluntad concurrente de las partes, también llamada “novación modificativa”, como causa de la modificación de las obligaciones de trabajo.

Estos diversos enfoques en torno a la movilidad funcional, pese a que han sido glosados en la doctrina con especial referencia a legislación extranjera, no impiden advertir que existen grandes y muy aprovechables temas que, *mutatis mutandi*, pueden ser trasladados al caso peruano ante la inexistencia de estudios locales y referentes legislativos nacionales sobre movilidad funcional (lo que definitivamente, no puede ser leído ni como una licencia absoluta para su ejecución, ni tampoco como una prohibición plena).

De alguna manera, en el caso peruano, el principal parámetro legal en materia de movilidad funcional a iniciativa del empleador es el artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR, que reconoce al empleador, por efecto de la subordinación, la facultad de “dictar las órdenes necesarias” para la ejecución de las labores, lo que sirve de asidero para las modalizaciones del contrato de trabajo fundadas en el ejercicio simple del poder de dirección. Asimismo, dicha norma le reconoce al empleador la facultad de introducir cambios en “la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”, lo que sería comparable *grosso modo* a la movilidad funcional que parte del ejercicio del *ius variandi* del empleador. Por último, la “novación modificativa” referida en la doctrina encuentra amparo en la posibilidad general que tiene toda persona de celebrar contratos y sus modificaciones dentro de las normas legales vigentes, por constituir ello una manifestación de la voluntad reconocida por las normas del derecho común.

En efecto, en la legislación y doctrina laboral peruana, la movilidad funcional no ha merecido el mismo desarrollo que en otras legislaciones. En nuestro particular caso, la legislación es muy exigua, aunque válidamente se puede sustentar el derecho de *ius variandi* empresarial condicionado, de manera general, a los límites de lo razonable y necesario a partir de la referencia legal mencionada líneas arriba. La vulneración de tales límites, cuando lo que se afecta es la categoría profesional, podría ser impugnada por el trabajador, según las circunstancias concretas, a partir del procedimiento aplicable en los casos de actos de hostilidad contemplado en los artículos 30º y siguientes de la misma norma, donde se contempla como acto hostil del empleador la reducción *inmotivada* de la categoría.

En todo caso, qué duda cabe que la interpretación de la norma peruana en esta materia debe ir aparejada, en lo pertinente y posible, del estudio de la doctrina desarrollada en torno a la movilidad funcional considerando los tres supuestos de procedencia generalmente

aceptados en la doctrina: (i) el ejercicio del poder de dirección ordinario del empleador; (ii) el ejercicio de las atribuciones exorbitantes del *ius variandi*; y (iii) la voluntad novativa de ambas partes.

No nos corresponde en esta oportunidad explayarnos en el estudio pormenorizado de cada una de las variantes o escenarios posibles de movilidad funcional, por lo que para los efectos del presente trabajo rescatamos los aspectos que consideramos esenciales a fin de conservar la ilación con la materia de estudio. Tampoco nos compete realizar un análisis comparativo, de equiparación o de asimilabilidad de tales doctrinas por las normas nacionales, aunque conviene efectuar un ejercicio mental permanente de cómo lo que seguidamente se expone contribuye a puntualizar los alcances del artículo 9º del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

2.1.1. Movilidad funcional en ejercicio del poder de dirección ordinario del empresario

El poder de dirección es, siguiendo la acertada tipología de Luque Parra, una de las diversas manifestaciones de los poderes empresariales que surgen con el contrato de trabajo, erigiéndose como un “poder directamente organizacional” por ser su objetivo la adecuación inmediata de la fuerza de trabajo al proceso productivo y los fines empresariales; ello, en oposición a los “poderes indirectamente organizacionales”, que se caracterizan más bien por la consecución de tal adaptación mediante la sanción de los incumplimientos que se deriven de las decisiones empresariales. En ese sentido, como señala el autor, “es dable distinguir entre aquellas manifestaciones de este poder derivadas de una necesidad vinculada a una situación objetiva de la empresa ajena al comportamiento de los trabajadores que de ella formen parte; de aquellas otras que tengan como fundamento una actuación culposa o dolosa del trabajador, es decir, una falta sancionable [...]” (Luque Parra 1999: 31).

El poder de dirección es una atribución orientada exclusivamente por los fines de la organización empresarial (vale decir, por fines esencialmente productivos o patrimoniales), que se fragua en la voluntad y decisión unilateral del responsable de su conducción, y que otorga a su titular una posibilidad de hacer “o «espacio de libertad jurídica» que el ordenamiento jurídica otorga a la voluntad empresarial para que altere la prestación de servicios que se contrató sin que deba someterse a una justificación objetiva expresa” (Luque Parra 1999: 36).

Bajo este esquema, es factible posicionar un fragmento de la movilidad funcional como fruto del ejercicio del poder de dirección del empresario, director y administrador de la prestación de los servicios que contrata, quien debe ejercer sus facultades directrices sin incurrir en arbitrariedad y teniendo como linderos de legitimación los tradicionales criterios de la razonabilidad, la proporcionalidad, la no discriminación, los derechos fundamentales, la buena fe, las condiciones esenciales que rigen la relación contractual y, ciertamente, la protección de la vida y la integridad del trabajador como parte de la seguridad y salud en el trabajo³⁶. Téngase en cuenta que si bien la ley no exige expresión de causas objetivas para el ejercicio del poder de dirección en el Perú, ello legitima un ejercicio discrecional, una capacidad de elegir entre diferentes opciones con miras a la optimización, gestión y administración de los recursos humanos para la satisfacción de las necesidades organizacionales y de producción; mas no autoriza un ejercicio arbitrario de tales atribuciones. De ahí que sea dable reconocer que frente a dicho poder existen límites estándares como los mencionados, a fin de procurar compatibilidad entre las facultades del empleador y el principio de la interdicción de la arbitrariedad³⁷, identificando y diferenciando así las legítimas motivaciones en interés de la empresa de las motivaciones subjetivas que

³⁶ Sobre esto último, MARTÍN HERNÁNDEZ ha afirmado que “el cumplimiento por el empresario de su deber de proteger eficazmente a sus trabajadores mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa implica necesariamente un cambio o reordenación de la forma en que tradicionalmente [...] aquél venía ejerciendo todo el amplio conjunto de facultades que el ordenamiento le otorga en virtud del previo reconocimiento y atribución en su favor del poder de dirección entendido en sentido amplio [...] El ejercicio por parte del empresario de tales prerrogativas sin prever y adoptar paralelamente las medidas de seguridad necesarias para prevenir los riesgos laborales a que pudiera dar lugar constituiría un ejercicio ilegítimo o irregular de aquéllas” (2006: 52-53). Aunque la autora señala que el ejercicio del poder de dirección del empleador se encuentra mediatizado por el cumplimiento de los deberes preventivos en materia de seguridad y salud, y sin dejar de restar validez a dicha afirmación, consideramos prudente efectuar un matiz: no se trata de imponer restricciones al poder de dirección, sino de reconocer límites a su ejercicio, los cuales parten del reconocimiento de derechos preexistentes (a la vida, a la salud, a la integridad), siendo la virtualidad y el mérito de las normas de seguridad y salud en el trabajo el hecho de haber puntualizado y especificado dichos derechos esenciales volcándolos en el intercambio personal que supone la relación laboral.

³⁷ El Tribunal Constitucional ha desarrollado en diversas sentencias los alcances del principio de interdicción de la arbitrariedad subyacente en la Constitución en relación al ejercicio de los poderes públicos (STC 0090-2004-AA/TC, 06167-2005-PHC/TC, 03167-2010-PA/TC, entre otras). Aunque no existen pronunciamientos referidos a la aplicabilidad del principio en las relaciones privadas, no es difícil reconocer su pertinencia habida cuenta que, como se señala en la STC 0090-2004-AA/TC, el principio en cuestión “tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”. En base a estos alcances sobre lo que es arbitrario, y teniendo en cuenta además la eficacia horizontal de los derechos constitucionales (STC 05215-2007-AA/TC, 08002-2006-PA/TC, 01848-2004-AA/TC), es indefectible la conclusión en el sentido que el Estado de Derecho imprime sobre las relaciones privadas la proscripción de la arbitrariedad, cuando en dichas relaciones se encuentren involucrados derechos constitucionalmente protegidos.

podiere tener el empresario (Luque Parra 1999: 99)³⁸.

En materia de movilidad funcional, el ejercicio del poder de dirección propiamente no autoriza al empleador a alterar el objeto para el cual es contratado el trabajador, sino a modalizar la prestación contractual del trabajador mediante lo que se ha venido a denominar “la especificación” del trabajo a realizar. Si efectuamos una escala que pondere la intensidad de la variación contractual desde las diferentes formas de movilidad funcional, corresponderá a este tipo el nivel más tenue de alteración pues se trata en estricto de una tarea de concretización. Así, en virtud de sus facultades directrices, el empleador precisa paulatina y continuamente el contenido de la obligación laboral a lo largo del desenvolvimiento del vínculo de trabajo sin alterar el objeto del contrato laboral; lo cual es posible toda vez que la prestación laboral, por su naturaleza dinámica, no es normalmente compatible con una lista cerrada de concretas operaciones productivas, las cuales se encuentran más bien relativamente indeterminadas (o mejor dicho, son determinables en el devenir de la ejecución de la prestación) a partir de pactos contractuales que se concentran en especificar, antes que nada, los roles y las funciones más o menos generales que desempeñará el trabajador en el seno de la organización productiva empresarial, a manera de una determinación amplia del contenido obligacional (Valle Muñoz 1998: 154). Así, asistimos a una alteración que cabe dentro del marco contractual y que se ejerce en el momento de determinar el trabajo, mediante la cual el empleador logra que el trabajador realice tareas distintas con las mismas aptitudes y capacidades con las que fue contratado, sin que comporte modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, respetándose los derechos económicos alcanzados por el trabajador y el puesto de trabajo (Palomeque 2009: 619-621).

La movilidad funcional en este campo se desenvuelve consiguientemente, sin modificación de la categoría profesional; de ahí que algunos autores consideren a este tipo de movilidad funcional como “ordinaria”, o una manifestación del *ius variandi* ordinario³⁹, concepto

³⁸ Sobre esta distinción, Sala Franco manifiesta su insatisfacción señalando que si bien el ordenamiento ofrece protección a los intereses objetivos de la organización empresarial (mas no así a intereses subjetivos discriminatorios), diversas circunstancias —tales como referencias normativas ambiguas y genéricas, la carga de la prueba a cargo del trabajador, la actuación del poder judicial orientada al puro control de la legalidad— hacen de los poderes del empleador en este punto de muy difícil limitación, quedando la parte laboral imposibilitada de efectuar la prueba del móvil ilegítimo (1973: 34-35). En todo caso, reiteramos la importancia de hallar en las decisiones empresariales motivaciones que justifiquen razonablemente las determinaciones adoptadas, pues tal ejercicio es el único que nos puede brindar herramientas conducentes para diferenciar la arbitrariedad o el puro ánimo doloso de un auténtico y válido poder discrecional.

³⁹ En ese sentido se ha afirmado que la “movilidad funcional ordinaria, que, en cuanto manifestación del *ius variandi* empresarial, sería aquella que se produce dentro del grupo profesional del trabajador o entre categorías

equiparable a lo que Plá Rodríguez denominaba en este sector del continente *ius variandi* normal⁴⁰. En ocasiones la doctrina ha estimado válida la movilidad funcional en ejercicio del poder de dirección cuando ésta se produce dentro del grupo ocupacional en el cual se encuentra el trabajador, siempre que las tareas encomendadas fueren afines y semejantes a las precedentes, mediante la asignación de funciones profesionalmente equivalentes dentro del grupo profesional, precisándose que debe tratarse, en todo caso, de categorías de igual o análogo nivel que tuviesen funciones conexas o equivalentes a la de la categoría profesional previa (Valle Muñoz 1998: 163).

No conviene realizar mayores disquisiciones recogidas por la doctrina que las planteadas hasta el momento, puesto que sería excesivo si teorizáramos sobre la base de reglas legales que no existen en nuestro ordenamiento legal, y que es precisamente sobre lo cual ha abundado la doctrina extranjera.

2.1.2. Movilidad funcional derivada del *ius variandi*

El *ius variandi* sigue siendo hasta hoy un concepto altamente polémico, no obstante la antigüedad de su formulación, casi concomitante al origen mismo de la noción del contrato de trabajo. Por una parte, existen quienes atribuyen al *ius variandi* una connotación puramente temporal y de incidencia proscrita respecto de las condiciones esenciales del contrato de trabajo (por lo que se limitaría a modificaciones secundarias y accidentales según las circunstancias de lugar, tiempo y forma)⁴¹; mientras que otro sector de la doctrina

equivalentes” (Barrios Baudor 2005: 5). Además, “a diferencia de lo que sucede con la movilidad funcional extraordinaria [lo que nosotros llamamos más adelante simplemente «movilidad funcional derivada del *ius variandi*»], no parece necesario acreditar, a tal efecto, causa alguna que justifique el cambio de funciones operado, como tampoco limitar su duración al tiempo imprescindible para su atención. En este último sentido, perfectamente pudiera adoptar el empresario, de este modo, un cambio definitivo de funciones” (Barrios Baudor 2005: 6-7).

⁴⁰ Señala Plá que “el *ius variandi normal*, como lo indica su nombre, representa la posibilidad de introducir pequeñas modificaciones en cualquier momento de la aplicación del contrato. Es un ejercicio habitual, ordinario, natural [...]” (1979: 207).

⁴¹ Un ejemplo de esta posición doctrinaria es la recogida por Hernández Rueda, quien sostiene que “[...] El empleador, titular de este derecho, debe hacer un uso funcional, no arbitrario ni abusivo del *ius variandi*, que debe justificarse en las necesidades de la empresa, en las exigencias de la producción, en motivos razonables, lógicos. Dichos cambios, además, no pueden alterar las condiciones esenciales del contrato. [...] la decisión de alterar totalmente la prestación del servicio, objeto del contrato, [...] la disminución de la jerarquía, la degradación técnica o profesional, las situaciones humillantes no son válidas, ni están permitidas. [...] Cabe, pues, no confundir la modificación unilateral del contrato con los cambios o variaciones accidentales, secundarios. Los cambios esenciales son aceptados, por ejemplo, en la modificación del contrato por mutuo consentimiento, pero no mediante el ejercicio unilateral del *ius variandi*” (1997: 412). En semejante sentido se pronuncia De Diego, para quien el *ius variandi* “es la potestad del empleador de modificar las condiciones de trabajo en forma unilateral, en la medida que estos cambios no afecten modalidades esenciales del contrato, se ejerzan con razonabilidad, y no generen daño moral o material al trabajador” (2002: 226). Antes que ellos, Plá sostuvo que “el

utiliza esa expresión más bien para incluir en ella las alteraciones sustanciales de la prestación de servicios, como bien lo ha advertido y compilado Luque Parra (1999: 38-39)⁴².

No deseamos introducirnos al debate pues, para los efectos de nuestro estudio, no es en extremo relevante defender una u otra posición, pues la noción la tomamos con fines instrumentales. Con el propósito de unificar criterios y siguiendo a Plá Rodríguez, bástenos con señalar que el *ius variandi*, entendido como una modalidad del poder de dirección, consiste en “la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador”, puede ser clasificado de diferentes formas en función de su intensidad (*ius variandi normal* y *ius variandi excepcional*), de su temporalidad (modificaciones provisorias y definitivas), etcétera (1979: 204-208). A nosotros nos interesa rescatar aquellos ejercicios del *ius variandi* que responden a intereses organizacionales súbitos e imprevistos —para diferenciarlos de los supuestos de especificación contractual corriente, que son afrontados con el ejercicio del poder de dirección o *ius variandi normal* u *ordinario*—, que además suponen una alteración del contenido de la obligación a la que está comprometido el trabajador.

En efecto, el tipo de potestad empresarial que nos interesa corresponde a lo que se ha denominado *ius variandi excepcional*, el cual, si bien supone una alteración más o menos importante del contenido prestacional del trabajador (que, en todo caso, va más allá de una mera especificación de las labores a realizar), encuentra dicha alteración o modificación su legitimidad en la temporalidad y excepcionalidad de la medida, con respeto de ciertas garantías básicas que mencionamos más adelante. Estas medidas garantistas tienen por objeto conservar sustancialmente la posición del trabajador o generarle la menor gravosidad posible mientras dure la modificación impuesta, a fin de que el trabajador recupere en totalidad su posición jurídica usual luego de que las circunstancias extraordinarias que legitimaban el cambio son superadas. Sobre el *ius variandi excepcional* se ha señalado éste:

[...] alude a la posibilidad de modificar las condiciones en que se presta el trabajo, a raíz de una situación de emergencia en la que

ius variandi [es] la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador [...] Hemos elegido esa expresión verbal [variar] no sólo porque es la que corresponde a la locución latina *variandi* sino porque evoca una modificación no sustancial de las condiciones en las que se presta el trabajo” (1979: 204).

⁴² A esta posición se pliega Valle Muñoz, quien recogiendo lo señalado en su momento por Cruz Villalón y Giugni, define al *ius variandi* como “aquél poder del empleador de variar unilateralmente, de modo esencial y con carácter temporal, el contenido de la prestación de trabajo, tanto en su aspecto funcional, como de tiempo, lugar y modo” (1998: 186).

deben hacerse frente a circunstancias imprevistas. [...] Naturalmente que debe existir realmente una situación de excepción, pero las modificaciones que se consideran posibles son más amplias. Aparece, incluso, en el caso de una de las formas del deber de colaboración que puede llevar al trabajador a tener que prestar tareas que no son de su categoría. Como es lógico, esta posibilidad sólo cabe mientras dure la situación excepcional. (Plá Rodríguez 1979: 207)

La movilidad funcional en virtud del *ius variandi* permite al empleador introducir unilateralmente modificaciones excepcionales de carácter meramente transitorio en las condiciones esenciales del contrato de trabajo, atendiendo a las necesidades objetivas de producción o de la actividad empresarial en general, consistentes específicamente en la asignación de trabajos de superior o inferior clasificación fundada en razones técnicas u organizativas (Palomeque 2009: 621). Se entiende que la modificación debe ser transitoria precisamente por su carácter excepcional, causada en una necesidad imprevista, en armonía con el respeto al contenido negocial que supone el contrato de trabajo celebrado. Los límites para su ejercicio han sido considerados tradicionalmente como las propias necesidades organizativas aplicadas a situaciones excepcionales y de necesidad súbita de la empresa, la prohibición del trato discriminatorio (y por ende, el imperativo del trato digno al trabajador) y la aptitud del trabajador para el desarrollo de las actividades designadas⁴³. En este esquema, el empleador se encuentra en facultad de imponer la movilidad funcional del trabajador de manera temporal, incluso prescindiendo de la categoría profesional (pero dentro de criterios de razonabilidad), sea en forma ascendente (en cuyo caso la doctrina reconoce el derecho del trabajador a las condiciones de trabajo del puesto al cual se accede) o en forma descendente (reconociéndose el derecho a mantener las condiciones laborales de las cuales ya se es titular).

Como ya mencionamos, la referencia al *ius variandi* la tomamos con fines instrumentales pues lo que interesa es simplemente resaltar la posibilidad admitida por las legislaciones y la doctrina de que el empleador inserte válidamente modificaciones a las obligaciones que debe cumplir el trabajador, orientado nuevamente por las necesidades organizativas empresariales, y con una profundidad más intensa que la mera especificación contractual.

⁴³ Giugni ha señalado entre los límites al ejercicio del *ius variandi*, además de la existencia de una real exigencia empresarial, la conservación de la posición sustancial del trabajador, siendo que esto último se traduce en: la temporalidad del cambio, la afinidad de la nueva prestación con la inicial, el respeto a la idoneidad fisiológica del trabajador, la inexistencia de una agravación en los riesgos profesionales y la compatibilidad de las aptitudes técnicas del trabajador (Valle Muñoz 1998: 187).

Este tipo de alteraciones contractuales escapan ciertamente a la mera puntualización o variación ordinaria de las labores, de ahí que algunas teorías califiquen a esta especie de movilidad como una “movilidad funcional extraordinaria”, consecuencia precisamente del ejercicio de un *ius variandi* igualmente “excepcional”. Su ejercicio se traduce a veces en auténticas movilidades fuera del grupo profesional del trabajador o de las categorías equivalentes, pudiendo concretarse en un sentido ascendente —si implica la realización de funciones superiores a la categoría ocupada— o descendente —si consiste en la realización de funciones inferiores— (Barrios Baudor 2005: 5).

2.1.3. Movilidad funcional por acuerdo de partes o novación modificativa

Finalmente, y sin más condicionamientos que una voluntad auténticamente libre y exenta de todo vicio, se reconoce la posibilidad de que las partes laborales modifiquen los términos contractuales mediante el mutuo consenso, afectando así el contenido de las obligaciones a las que se compromete el trabajador, su puesto de trabajo, su categoría, etc. Para tales efectos es factible que empleador y trabajador convengan los términos en los que se dará la movilidad funcional en atención a los intereses de cada una de las partes, incluso para efectos de una movilidad descendente⁴⁴. La pauta legal para estos efectos es la autonomía de la voluntad proveniente del derecho común y, más específicamente para el caso peruano, el artículo 1351^o del Código Civil, según el cual el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, pudiendo ser el contenido del contrato cualquiera que no sea contrario a las normas legales imperativas (artículo 1354^o), ni al orden público o las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar).

Podría afirmarse sin mayor reparo que es el empleador quien usualmente tiene la iniciativa

⁴⁴ Asunto relacionado es lo complejo que resulta en la realidad distinguir un supuesto de movilidad a petición del trabajador (y en general, cualquier modificación contractual o medida laboral a iniciativa del trabajador) de una forzosa o impuesta, tal como lo señala Sala Franco (1973: 111); sobre todo tratándose de movilidades funcionales a puestos de categoría inferior. No creemos que a partir de las situaciones patológicas deban definirse las reglas generales aplicables a todos los supuestos, máxime cuando el artículo 1361^o del Código Civil señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y que se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes, pesando la carga de la prueba sobre quien niegue esa coincidencia. Carga que, no obstante, debería ser redistribuida en los supuestos de desmejora de la situación del trabajador, donde el empleador debería acreditar un interés razonable y cierto de parte del trabajador que explique el porqué de su iniciativa o de la aceptación de la parte laboral a un retroceso en su situación contractual. El vicio de la voluntad debe ser acreditado, si no con pruebas fehacientes, cuando menos con indicios razonables que permitan a cualquier juzgador emplear los sucedáneos probatorios. Creemos que en el mismo sentido se orienta Cruz Villalón al señalar que, dado que los cambios se producen a iniciativa del empleador, surge una confusión entre la simple propuesta y la modificación unilateral, la cual sólo podría ser enfrentada si se exige que la aceptación del trabajador sea terminante, no dejando resquicio alguno de duda (Valle Muñoz 1998: 322).

novatoria con la finalidad de adecuar la prestación del servicio a las necesidades organizacionales de la empresa. Sin embargo, es posible también que en algunos casos el trabajador tenga la iniciativa para que se aplique en su caso una movilidad funcional (por intereses personales, laborales o profesionales específicos), pero ello no supone que él mismo pueda por dicha iniciativa introducir modificaciones contractuales. Esto es claro, pues “la voluntad unilateral del trabajador no resulta nunca relevante ni suficiente, exigiéndose, en todo caso, la aceptación del empleador, por lo que conduce siempre a un acuerdo mutuo entre las partes” (Sala Franco 1973: 113).

En términos de realidad, aun cuando el acuerdo de movilidad funcional se fomente por la iniciativa del trabajador y se concrete a través de la voluntad concertada de las partes, será el empleador quien tenga la decisión última, pues si no lo estima pertinente de acuerdo a los objetivos productivos y/o la organización del trabajo, no consentirá la modificación contractual propuesta por el trabajador.

Por consiguiente, en cualquier escenario de novación modificativa del objeto del contrato de trabajo, será la determinación empresarial la que dinamice y/o concrete la alteración contractual. Estas decisiones del empleador, aun cuando se materialicen con la apariencia formal de un consenso bilateral, tienen en su esencia el mismo factor común que hemos hallado en las demás movilizaciones funcionales promovidas unilateralmente por el empresario: los intereses organizacionales, administrativos o empresariales en general. Son esos intereses los que lo llevarán a proponer la modificación contractual (la que eventualmente se concretará en un consenso bilateral) o a aceptar la iniciativa del trabajador. Así, aunque en materia de movilidad funcional se suele reconocer a la novación modificativa una identidad particular por cuanto la alteración del contrato halla su sustento en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, advertimos sin embargo que tal sustento es apenas formal, aparente e instrumental, siendo los intereses organizativos empresariales los intereses que sirven de auténtico respaldo a esta variedad de movilidad funcional.

2.2. Balance de los bienes jurídicos atendidos en las movilizaciones funcionales típicas y el rompimiento del esquema tradicional: la movilidad funcional por razones sociales, preventivas u “objetivas”

Como puede advertirse con meridiana sencillez, el tratamiento típico que ha recibido la movilidad funcional en la dogmática y práctica del Derecho del Trabajo ha sido orientado

esencialmente por los aspectos volitivos de la relación de trabajo, como un desprendimiento y efecto de la manifestación de voluntad de los agentes involucrados en su desenvolvimiento y desarrollo (empleador y trabajador). Así, se ha defendido la suficiencia de la voluntad del empleador para que opere la movilidad funcional, cuando ello resulta necesario por las razones operativas, administrativas o de conveniencia de la empresa (movilidad funcional en ejercicio del *ius variandi* ordinario y extraordinario); así como también se ha tenido por suficiente la voluntad concordada de las partes laborales para la modificación de las funciones del servidor (novación modificativa).

Esta perspectiva de la movilidad funcional, que es producto del enfoque más tradicional o “clásico” del Derecho del Trabajo, está claramente determinada por la protección de bienes e intereses jurídicos de naturaleza económica: es la organización empresarial la que motiva, legitima y persigue la movilidad funcional. Sin perjuicio de las garantías que impone el ordenamiento jurídico en tuición de la parte trabajadora, es bastante claro que la organización y dinámica productiva es lo que se pretende encauzar, con sujeción a algunos —aunque importantes— límites. “En cualquier caso, el fundamento último de cualquier movilidad del trabajador en el seno de la empresa se halla [...] en la libertad de empresa y en la defensa de la productividad” (Valle Muñoz 1998: 149), o en los intereses objetivos de la empresa o sus exigencias organizativas, que no pueden identificarse con motivaciones arbitrarias o subjetivas, sino más bien con intereses legítimos determinados por consideraciones de conveniencia, oportunidad o auténtica necesidad (Plá Rodríguez 1979: 215-216). Son estas necesarias justificaciones las que permiten generar pautas de legitimidad entre el válido interés en la organización de la empresa y el interés subjetivo “bastardo” de carácter ilegítimo (Sala Franco 1973: 34), no obstante las complejidades y la problemática que siempre surge de los conceptos jurídicos generales y abstractos, sólo traducibles y debatibles en las circunstancias concretas.

A este interés tutelado podríamos agregar en cierta medida, pero en muy baja escala, la protección de la libertad de contratación, pensando esencialmente en la movilidad funcional por acuerdo de partes. Sin embargo, la defensa de este bien jurídico es relativa y esencialmente instrumental, puesto que lo que define en última instancia la movilidad funcional por acuerdo de partes es la aceptación del empleador, quien se orienta por su sentido empresarial y de conveniencia para los fines del negocio.

En buena cuenta podemos resumir en este extremo que la movilidad funcional es una

institución jurídica determinada en su origen por la defensa y protección de los intereses dinámicos de la empresa. Es una institución, por consiguiente, con temple y cariz económico, puesto que los bienes e intereses jurídicos que pretende encauzar comparten esta naturaleza.

Habiendo desentrañado esta perspectiva, consideramos que la positiva irrupción de la consagración del derecho a la reubicación en el caso de trabajadores afectados por un accidente de trabajo o enfermedad profesional ha introducido en el Derecho del Trabajo la reformulación de la movilidad funcional, la cual se aparta de estos postulados clásicos que venimos tratando, evidenciando a partir del mismo fenómeno visible (la modificación del objeto del contrato de trabajo) un trasfondo completamente distinto al clásicamente estudiado, resquebrajando así la íntima relación que había unido tradicionalmente a la movilidad funcional con los intereses meramente económicos de la empresa.

Dicho en otros términos, el derecho a la reubicación es en nuestro medio y en buena cuenta un novísimo modelo de movilidad funcional, que si bien coincide con la tradicional movilidad funcional en su resultado (la alteración de las obligaciones a las que se encuentra comprometido el trabajador), su eficacia no resulta de la voluntad de las partes, sino de un imperativo legal que opera sobre ambas partes del contrato, encontrando su fundamento no en motivaciones económicas, sino en razones eminentemente sociales, orientadas por la protección de la vida, la salud e integridad del trabajador que ha sido víctima de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional. Es en tales fundamentos donde se halla la especial relevancia de este tipo de movilidad funcional, pues al perseguir la defensa de dichos intereses jurídicos, se convierte —conjuntamente con toda la normativa de seguridad y salud en el trabajo— en presupuesto de la eficacia plena del resto de los derechos de la persona del trabajador, como ser humano, ciudadano y trabajador; sin perjuicio de que la satisfacción de dichos bienes jurídicos de la persona del trabajador viabiliza y legitima la satisfacción de otros intereses estrictamente patrimoniales del empleador (Martín Hernández 2006: 295), al dejarse de lado la concepción del trabajador como un mero factor de producción.

Es por consecuencia una institución que comparte características semejantes a la movilidad funcional orientada por los intereses empresariales en un sentido material, puesto que coincide con ella en sus efectos visibles; pero en su sustrato, en su esencia e iniciativa, la movilidad funcional por causa del infortunio laboral es producto del reconocimiento e influjo

que reviste en la actualidad la seguridad y salud en el trabajo y, por consiguiente, está revestida de la protección de los bienes e intereses jurídicos que competen a este ámbito normativo, distando grandemente de la movilidad orientada por los intereses puramente empresariales. Como ya lo ha señalado Gutiérrez-Solar Calvo, las normas de prevención de riesgos laborales se dirigen únicamente a proteger los intereses que el trabajador tiene a su seguridad y salud en el trabajo, no existiendo en el objeto de protección de las mismas una intención del legislador de proteger los intereses patrimoniales del empresario que puedan generarse en esta materia (1999: 183). Y ésta es precisamente la naturaleza de la reubicación regulada en la ley peruana.

De ahí que este tipo de movilidad funcional se enmarque en una categoría especial, que no es compatible con los cambios funcionales que obedecen a motivos objetivos del empleador, sino que “se imponen, al menos en teoría, a ambas partes de la relación laboral —hasta el punto que el empresario puede, de alguna manera, verse obligado a movilizar a un trabajador aunque desde el punto de vista de la organización de los recursos humanos en la empresa no le interese” (Fabregat Monfort 2002: 13). Esta imposición (que pesa sobre ambas partes) e indisponibilidad (que niega toda posible renuncia al derecho por parte de su titular, lo cual se complementa con la obligación efectiva del empleador de llevar a cabo la movilidad funcional), es efecto directo de los bienes jurídicos protegidos y de la configuración de las normas de seguridad y salud en el trabajo como normas de derecho necesario relativo, en la línea de garantizar el disfrute efectivo de la garantía fundamental del derecho a la vida y la salud.

En efecto, este tipo de movilidad funcional ha sido estudiada por algunas doctrinas como parte de un universo más extenso, a veces denominado “movilidad funcional objetiva” (Fabregat Monfort 2002: 31-ss) o “movilidad funcional por razones sociales” (Sala Franco 1973: 123-ss), siendo su característica transversal el hecho de no responder a las ya mencionadas razones organizativas, sino que provienen de una manifestación de política social establecido por la norma y que se manifiesta en la conservación del puesto de trabajo con la subsecuente alteración del contenido prestacional al que se encuentra obligado el trabajador según su contrato de trabajo. De manera más específica:

La movilidad funcional objetiva podría conceptuarse como aquel cambio de las funciones o de la prestación laboral que se impone a ambas partes de la relación laboral ante la existencia de una

necesidad social de protección. La peculiaridad o característica esencial que permite catalogar a todos y cada uno de estos cambios bajo una denominación común, por lo tanto, radicaría en el hecho de que su justificación obedece a razones sociales de protección. Con estas modificaciones no se trata sino de garantizar que aquellos trabajadores que, por diversas causas, han visto disminuida su capacidad laboral o/y (sic) pueden verse afectados físicamente por la realización del objeto de la prestación o por las condiciones en que ésta se lleva a cabo, mantengan su empleo o no se perjudiquen en su salud por mantenerlo.

Supuestos típicos de la protección otorgada en este ámbito son los casos de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos ocupacionales, los trabajadores que presentan disminuciones físicas por razones de discapacidad, los trabajadores con enfermedad ocupacional, las trabajadoras gestantes e, incluso, algunos casos de trabajadores nocturnos (con el propósito de evitar desequilibrios biológicos, psicológicos y sociales); aspectos todos ellos a los cuales no nos abocaremos, sino solo al particular caso de los supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales.

Debemos realizar una anotación importante en este punto. Aunque el objeto de la aglutinación bajo una única nomenclatura de diferentes supuestos de movilidad funcional podría resultar razonable atendiendo a la identificación un mismo objeto protegido, no compartimos la terminología de “movilidad funcional objetiva”.

Establecer que estos motivos son “objetivos” podría llevarnos al error de concebir a los demás supuestos de movilidad funcional (los que operan por ejercicio del poder de dirección, *ius variandi*, etc.) como supuestos “subjetivos”, lo que podría a su vez conllevarnos a cuestionar la validez de su justificación abstracta. Ciertamente, el empleador puede hacer ejercicio legítimo de las facultades que el ordenamiento le reconoce a fin de realizar movilizaciones funcionales de su personal orientadas por causas objetivas y razonablemente justificadas para los fines del negocio; y sin embargo, ello no podría ser tenido a priori como una atribución o potestad subjetiva. Es más, como se ha visto anteriormente, las movilidades funcionales en interés de la organización empresarial encuentran legitimidad en tanto se persigan los discrecionales intereses empresariales, mas no motivaciones puramente subjetivas y arbitrarias. En tal sentido, si ha de emplearse una

designación unificada, creeríamos que sería mejor hablar de “movilidad funcional por razones preventivas” o “movilidad funcional por razones sociales”.

Dicho lo anterior, y no siendo nuestro objeto sino tratar en específico la movilidad funcional aludida en el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, sólo cabe concluir que ésta se sustenta en un doble interés o finalidad respecto del individuo: defender la preservación de la salud del trabajador y ser una alternativa a la extinción de su contrato de trabajo, aspecto este último que es tratado en un capítulo distinto en el presente estudio. Como se verá más adelante, es fácilmente perceptible la vena social de la institución, pues existe una predilección legal por la movilidad interna (alteración del contrato de trabajo) frente a la movilidad externa (cese).

Ha quedado establecido que la especial movilidad funcional que establece la ley al definir el derecho de reubicación está orientada por el ánimo de proteger la vida y la seguridad de un tipo particular de trabajador: aquél que ha sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, entendidos estos eventos con la amplitud y el dinamismo propuesto por la normativa preventiva en función del deber de prevención del empresario que le sirve de referente, tal como lo hemos señalado en el capítulo inicial de este estudio.

Esa particular protección del ordenamiento es deparada en el entendido que el trabajador, si desempeñase el mismo puesto, estaría poniendo en peligro su vida o su integridad física. Aquí yace un primer error del artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo: suponer que todo accidente de trabajo o enfermedad profesional coloca al trabajador en una situación de riesgo especial de cara al habitual puesto de trabajo, de ahí que sancione sin ningún condicionamiento y de manera determinante el derecho a la reubicación. Este es un planteamiento equivocado, puesto que el infortunio laboral no siempre genera ese especial riesgo o, en todo caso, de presentarse ese nivel de riesgo intolerable, el empleador puede adoptar medidas de control adicionales para menguarlo y gestionarlo (reformulación de los procedimientos o tareas, controles colectivos o individuales, reducción de tiempos de exposición, etc.), lo cual convertiría en a la reubicación del trabajador en una medida residual, puesto que el propósito preventivo se habría logrado al implementar los cambios requeridos para la protección del sujeto.

No obstante la equivocación conceptual de la norma peruana, lo cierto es que ésta parte por catalogar a los trabajadores que han sufrido un accidente o una enfermedad asociada al

trabajo como un colectivo requerido de una protección especial que se debe manifestar a través de la movilidad funcional. Es justo en este extremo donde entra a tallar la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales, instituto derivado de la seguridad y salud en el trabajo, que a nuestro entender integra también la naturaleza especial y compleja de la reubicación establecida en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

3. LA REUBICACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE UNA ESPECIAL DERIVACIÓN DEL DEBER DE PREVENCIÓN: LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A LOS RIESGOS DEL TRABAJO

La protección que impone la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo es ciertamente ambiciosa. No aludimos con ello en esta oportunidad a la variedad de obligaciones formales y sustantivas que derivan de la consagración genérica del deber de prevención, sino en específico, al tipo de protección individualizada que depara para los trabajadores. Esto significa que a la par de consagrar un nivel de protección uniforme y estandarizado para el colectivo de trabajadores en la empresa, la norma apuesta por puntualizar y singularizar la protección preventiva de riesgos a favor de determinados grupos o colectivos de trabajadores, atendiendo a la presencia en ellos de características y/o particularidades que los hacen merecedores de una tutela diferenciada.

En efecto, las normas contenidas en la referida Ley y su Reglamento se encuentran dirigidas a proteger la vida, la integridad y la salud de los trabajadores en general mediante la imposición de una diversidad de obligaciones empresariales que van desde la consagración de deberes generales y omnicomprensivos (tales como los principios de prevención y de protección desarrollados en los artículos I y IX del Título Preliminar de la Ley) hasta especificaciones más desarrolladas de dichos preceptos, tales como los deberes de planificar las acciones preventivas de riesgos, efectuar la vigilancia permanente de la salud de los trabajadores, capacitar y formar al personal en materia preventiva, adoptar medidas preventivas e implementar acciones correctivas, etc. Sin embargo, dentro del entramado normativo de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el legislador ha depositado especial atención a ciertos supuestos de trabajadores que merecen una atención particularizada, convirtiéndose éstos en beneficiarios de un plus de obligaciones empresariales o, de alguna manera, diferenciadas respecto del universo del personal. Así mientras la generalidad de las

disposiciones preventivas tienen por objeto que el empleador gestione los riesgos propios de la organización productiva en relación con todos los trabajadores, la tutela reforzada para estos colectivos supone, además de las consideraciones generales antes mencionadas, un tratamiento diferenciado y propio, causado ya no en los riesgos propios del puesto de trabajo, sino en los riesgos que derivan —o que pudiesen derivar— de las condiciones personales del servidor.

El común denominador de estos casos es la presencia, como ya lo mencionamos, de características individuales que hacen del trabajador un sujeto proclive a mayores niveles de riesgo ocupacional en el desempeño de sus funciones. Tal es el caso de las personas con discapacidad⁴⁵, las trabajadoras gestantes⁴⁶, los adolescentes trabajadores⁴⁷, y los trabajadores que han sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional (para quienes se consagra el derecho de reubicación que venimos estudiando, al margen de que se genere o no discapacidad en estos casos).

Pero el conjunto de trabajadores especialmente protegidos por las normas preventivas no se limita, al parecer, a un catálogo cerrado y previamente tipificado de situaciones particulares, sino que más bien la anunciada ambición de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo se ve comprobada con la obligación contenida en el artículo 51° de la misma norma, que obliga al empleador a considerar las circunstancias personales de los trabajadores al momento de asignarles labores⁴⁸, lo que se ve complementado a su vez por el artículo 77° de la norma

⁴⁵ Artículo 64.- Protección de trabajadores en situación de discapacidad

El empleador garantiza la protección de los trabajadores que, por su situación de discapacidad, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Estos aspectos son considerados en las evaluaciones de los riesgos y en la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias.

⁴⁶ Artículo 66.- Enfoque de género y protección de las trabajadoras

El empleador adopta el enfoque de género para la determinación de la evaluación inicial y el proceso de identificación de peligros y evaluación de riesgos anual. Asimismo, implementa las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en período de embarazo o lactancia a labores peligrosas, de conformidad a la ley de la materia. Las trabajadoras en estado de gestación tienen derecho a ser transferidas a otro puesto que no implique riesgo para su salud integral, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría.

Esta norma debe ser leída conjuntamente con la Ley 28048 (Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto) y el Decreto Supremo No. 009-2004-TR (norma reglamentaria).

⁴⁷ Artículo 67.- Protección de los adolescentes

El empleador no emplea adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental, teniendo en cuenta las disposiciones legales sobre la materia. El empleador debe realizar una evaluación de los puestos de trabajo que van a desempeñar los adolescentes previamente a su incorporación laboral, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición al riesgo, con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias. El empleador practica exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los adolescentes trabajadores.

⁴⁸ Artículo 51.- Asignación de labores y competencias

reglamentaria (el Decreto Supremo No. 005-2012-TR), que obliga a los empleadores a realizar evaluaciones de riesgos de los puestos de trabajo considerando la posibilidad de que los trabajadores que los ocupen sean especialmente sensibles a los riesgos profesionales en función de sus características personales⁴⁹.

Este conjunto normativo corrobora que la legislación preventiva de riesgos del trabajo en el Perú consagra una tutela especial para los denominados “trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales”, siendo que el derecho de reubicación previsto para los trabajadores que han sufrido accidente de trabajo o enfermedad profesional se posiciona, en este plano, como una medida preventiva diseñada de manera especial para este colectivo; medida de protección que, si bien es característica, no se debe entender ni como única ni como imprescindible en todos los casos. El propósito general de la misma es fácilmente perceptible: conjurar y gestionar esa sensibilidad incrementada, haciendo factible la continuación de la actividad laboral en condiciones aceptables de seguridad para el trabajador.

3.1. El concepto de trabajador especialmente sensible a los riesgos del trabajo

Lo mencionado hasta el momento nos da las pautas necesarias para postular un concepto más o menos claro sobre el trabajador especialmente sensible.

Como punto de partida, conviene señalar que la “sensibilidad” es un concepto que, en materia preventiva, alude a la mayor o menor propensión o tendencia de todo individuo a sufrir las consecuencias de los peligros ocupacionales con los que se ve obligado a lidiar en el desempeño de sus funciones laborales, la cual se materializa en las distintas variaciones o alteraciones físicas, biológicas o psicológicas resultantes de la exposición a los riesgos del trabajo. Dado que toda persona por su mera condición de ser humano es pasible de sufrir tales secuelas o afecciones en mayor o menor grado, podría concluirse que todo trabajador es sensible a los riesgos ocupacionales:

El empleador considera las competencias personales, profesionales y de género de los trabajadores, en materia de seguridad y salud en el trabajo, al momento de asignarles las labores.

⁴⁹ Artículo 77°.- La evaluación inicial de riesgos debe realizarse en cada puesto de trabajo del empleador, por personal competente, en consulta con los trabajadores y sus representantes ante el Comité o Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo. Esta evaluación debe considerar las condiciones de trabajo existentes o previstas, así como la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe, por sus características personales o estado de salud conocido, sea especialmente sensible a alguna de dichas condiciones [...].

[...] todos los trabajadores pueden mostrar una concreta sensibilidad a los riesgos laborales, esto es, a la posibilidad de sufrir un daño derivado del trabajo, como consecuencia de una actividad, función, tarea, máquina, equipo de trabajo, agente, o procedimiento que le puede afectar en diferente medida que al resto de sus compañeros. Todos los trabajadores al enfrentarse a los riesgos que derivan del trabajo son susceptibles de sufrir un daño. Por lo tanto, se puede afirmar sin lugar a dudas, que todos los trabajadores pueden ser sensibles a los riesgos laborales, si bien en diferente grado. (Moreno Solana 2010: 32)

Esta sensibilidad “ordinaria” es objeto de prevención a través de las normas de seguridad y salud en el trabajo, buscándose con ellas la protección integral del trabajador a través de la instauración del empleador en el rol de garante de esa seguridad. Este es un nivel de protección de por sí muy elevado, pues el cumplimiento del deber general de protección se alcanza adoptando todas las medidas preventivas específicas establecidas por ley y las que la técnica permita, buscando la adecuación permanente del trabajo a la persona del trabajador según las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Sin embargo, este nivel de protección “normal” no es el que se busca promover mediante la tutela de los trabajadores especialmente sensibles, para quienes dicho estándar debe ser superado en atención — precisamente— al nivel de vulnerabilidad que ostentan frente a los riesgos del trabajo.

Más bien, la especial sensibilidad a los riesgos del trabajo es un concepto que se configura como el resultado de la concurrencia de circunstancias subjetivas, personales y concretas que atañen a los aspectos biológicos de la persona y que, confrontadas con los riesgos ordinarios del puesto de trabajo, dan por resultado una peligrosidad incrementada que se traduce en una mayor probabilidad de sufrir daños derivados del trabajo realizado. Esta mayor vulnerabilidad “se debe a que determinados riesgos pueden incidir [de manera mucho más incisiva] sobre algunos trabajadores concretos [los especialmente sensibles], y no por el dato objetivo del trabajo que desarrollan en un puesto concreto de trabajo, que con carácter general afecta por igual a todos los trabajadores” (López Ahumada 2010: 26), sino por la convergencia de los riesgos ordinarios del trabajo con un estado personal extraordinario que sobrepasa los parámetros ordinarios de susceptibilidad a los riesgos.

En ese sentido, los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales son, en

términos generales, aquéllos cuyas características personales o estado biológico los exponen, de modo particular, a los riesgos laborales; siendo que de dichas circunstancias derivan dos obligaciones genéricas para el empleador de notoria amplitud: (i) la obligación de evaluar los riesgos profesionales de los puestos de trabajo a la luz de dichas situaciones particulares, instrumentando las necesarias medidas de prevención y protección, y (ii) la prohibición de emplear personas con estas características en aquellas actividades en la que puedan generar peligro para ellas mismas o para terceros (Montoya Melgar 2009: 145).

Aspecto importante a determinar es a quiénes se considera trabajadores especialmente sensibles según la normativa peruana, por lo que procederemos seguidamente a ensayar los linderos del concepto, adaptando algunas ideas ya expuestas por la doctrina.

a. Colectivos e individuos protegidos.-

Si bien la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo considera en principio a las personas discapacitadas, a los adolescentes trabajadores, a las trabajadoras gestantes y a los trabajadores que han sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional como trabajadores especialmente sensibles y, por tanto, merecedores de una tutela especial, hemos visto también que la norma no se limita solamente hacia la protección especial de estos grupos o colectivos de caracteres bien definidos.

Por el contrario, la norma muestra apertura a la protección de las individualidades — en tanto representen una especial sensibilidad— pues tal es el lenguaje aplicado en el artículo 51° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo al obligar al empleador a considerar las competencias personales, profesionales y de género “de los trabajadores” al momento de asignar las labores. Además, el ya mencionado artículo 77° de la norma reglamentaria, que obliga específicamente a considerar la situación de los “trabajadores” especialmente sensibles en la evaluación inicial de riesgos (no propiamente de los “colectivos especialmente sensibles”), constituye prueba plena para asentir la amplitud del concepto⁵⁰.

⁵⁰ Estas consideraciones particulares que debe adoptar el empleador no se concretan tan sólo al momento inicial de la atribución de un puesto de trabajo, sino que constituye una obligación de permanente ejecución, verificación y corrección, pues así lo demanda no sólo la especial situación de los individuos protegidos, sino la propia dinámica preventiva.

Esta amplitud hacia la protección de los individuos abre posibilidades infinitas de gran complejidad, pues la especial sensibilidad podría estar determinada por diferentes causas no contempladas legalmente, como enfermedades comunes o congénitas que determinan un especial rechazo o peligrosidad frente a determinados elementos presentes en el ambiente o procedimientos de trabajo, e incluso alguna clase de medicación⁵¹.

¿Cuál es entonces la diferencia entre el trabajador especialmente sensible por circunstancias individuales del que lo es por su pertenencia a un colectivo protegido? Ciertamente es que aquél tendrá la carga de probar que en él acude la necesidad de una tutela preventiva especial y efectiva, mientras que el que pertenece a un colectivo protegido tiene a su favor una presunción legal en ese sentido (Moreno Solana 2010: 43-44); presunción que es *iuris tantum*, pues la especial sensibilidad — siendo un concepto previo a la evaluación del riesgo de cara a unas determinadas funciones de trabajo— no conduce necesariamente a la adopción de medidas especiales o adicionales, como seguidamente advertimos.

b. La especial sensibilidad está definida por las particularidades del trabajador, no por los riesgos profesionales concernientes al puesto de trabajo.-

No son las funciones de trabajo a desempeñar las que definen a un trabajador especialmente sensible. La condición para ser un trabajador especialmente sensible surge antes de la valoración de los riesgos que entrañan el puesto y las funciones de trabajo que dicho trabajador debe desempeñar. En tal sentido, es un concepto que se construye desde una perspectiva esencialmente subjetiva, a partir de las circunstancias personales, y no a partir de los datos objetivos que aporta la labor comprometida. Tanto es así que para adoptar medidas preventivas especiales, el empleador debe tener la certeza de encontrarse ante un individuo con particularidades que ameritan revisar los riesgos del puesto considerando estas especiales condiciones previamente advertidas; de ahí que las funciones de trabajo no incidan, en principio, sobre el proceso previo de “etiquetación” del trabajador

⁵¹ “Ello sucede, por ejemplo, cuando la mayor sensibilidad deriva de estados o situaciones transitorias patentes que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo [...] cuando el trabajador está sometido a los efectos de una fuerte medicación (por ejemplo, para tratar una fuerte alergia) [...] determinadas patologías, como, por ejemplo, problemas neurológicos, psicológicos, vértigo, ataques epilépticos u otras fobias análogas” (López Ahumada 2010: 30).

vulnerable.

La prescindencia del análisis de las funciones de trabajo se evidencia también al reparar en el hecho que las medidas especiales de protección serían innecesarias si es que el trabajador no tuviese condiciones particulares frente al común de los trabajadores; de ahí que la conceptualización del trabajador especialmente sensible sea anterior a las connotaciones propias del tipo de trabajo que se va a desarrollar.

Por consiguiente, la especial sensibilidad no se da frente a determinados peligros o riesgos concretos, sino que la especificidad de la situación se debe a las características, circunstancias o rasgos personales inherentes al individuo. Así, creer que la especial sensibilidad se presenta en virtud de los riesgos del trabajo mismo, de manera aislada o independientemente de los aspectos subjetivos, es un error, pues ello conduciría a afirmar que las labores de alto riesgo (minería, construcción, etc.) conducen a catalogar a todo trabajador que se desempeñe en ellas como trabajadores especialmente sensibles (Moreno Solana 2010: 46), no siendo éste el sentido de la norma.

Si bien las funciones de trabajo y los riesgos implicados no sirven como elemento para definir qué trabajadores son especialmente sensibles, qué duda cabe que estas consideraciones objetivas sí entran en juego en un momento posterior: admitida la condición de especial sensibilidad, la evaluación de los riesgos derivados del trabajo servirán para que el empleador determine si ese estado de especial sensibilidad, a la luz de la situación de trabajo concreta, exige implementar medidas preventivas especiales. Dicho de otra manera, mientras los elementos subjetivos o las condiciones individuales del trabajador son las que definen la especial sensibilidad, son los aspectos objetivos (el puesto de trabajo, las funciones de trabajo, los riesgos involucrados) los que determinan el tipo de medidas preventivas especiales que serán necesarias a la luz de tales particularidades. Este plus de medidas a las que está obligado el empleador constituye una manifestación del fenómeno que compele al tratamiento normativo diferenciado para la conquista de la igualdad material [cuyo objetivo en este plano se traduce en una igual eficacia protectora contra los riesgos laborales], como una forma de compensar situaciones de desventaja (Martín Hernández 2006: 326).

De ahí que hayamos afirmado en diferentes oportunidades que el accidente de trabajo y la enfermedad profesional no siempre conducirán a una reubicación laboral, aunque éste sea en apariencia la literalidad de la norma peruana. En todo caso, creemos que la interpretación lógica de la norma no puede abonar en aquél sentido. Siendo el trabajador siniestrado un sujeto con especial sensibilidad a los riesgos del trabajo (porque así lo reconoce la ley), dicha condición ameritará la reubicación si y solo si se constata que la permanencia en el puesto y en las funciones de trabajo implicarán riesgos agravados que no puedan ser conjurados o controlados por otras medidas alternativas de seguridad tecnológica y organizativa (cambio de procedimientos de trabajo, reducción del nivel de exposición, cambios en los equipos de protección personal o colectiva, etc.), las cuales son preferibles —en nuestro concepto— frente a cualquier alteración del contrato de trabajo, en tanto otorguen idónea protección a la vida, la seguridad y la salud del trabajador. Tales medidas son además un imperativo toda vez que el deber de prevención, tratándose de los trabajadores con especial sensibilidad, exige de parte del empleador la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y posibles para hacer frente a los riesgos específicos que les afectan a los colectivos especiales de riesgo [e individuos especialmente sensibles] (Martín Hernández 2006: 327), en cumplimiento de los deberes legales específicos de identificar los peligros, gestionar los riesgos y adecuar la labor preventiva a las circunstancias particulares de los trabajadores.

c. La consecuencia de la especial sensibilidad es la manifestación de condicionantes para las labores y un nivel adicional de riesgo.-

Aunque de alguna manera subyacen implícitos en los conceptos desarrollados anteriormente, conviene especificar que para hablar de especial sensibilidad, deben hacerse presente algunos elementos adicionales:

- Un condicionante físico, psicológico o sensorial demostrado o evidenciado por el trabajador que, en tanto manifestaciones de las condiciones biológicas y/o psicológicas particulares del trabajador, limitan las posibilidades de desarrollar el trabajo en forma segura. Esta situación debe ser conocida por el empleador, sea que dicho conocimiento se adquiera porque la limitación es visible (en el caso de la discapacidad), sea que la advierta a partir de los reconocimientos médicos que integran la vigilancia de salud del trabajador, o sea que la acredite el propio

trabajador (en especial, tratándose de aquellas particularidades que surgen de condiciones muy personales, como medicaciones, alergias, etc.).

Se trata pues de identificar un condicionante que pueda diferenciar a un trabajador “normal” de uno con especial sensibilidad. Como bien señala Moreno Solana, “cuando un determinado rasgo se convierte en condicionante para el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo y la incidencia de los riesgos del trabajador es mayor, entonces se puede hablar de trabajador especialmente sensible” (2010: 52).

- Un riesgo potencial agravado derivado de ese condicionante, que se traduce en una mayor plausibilidad o gravedad de un daño. Si bien todo trabajo entraña un peligro ocupacional al cual viene asociado un determinado nivel de riesgo (estándar que las medidas preventivas ordinarias buscan gestionar), la situación de los trabajadores especialmente sensibles determina que ese riesgo tenga connotaciones especiales o represente una mayor peligrosidad para el caso concreto, sea por la mayor probabilidad que existe de que se concrete un resultado dañoso, o sea porque la magnitud del eventual daño devendría en altamente peligrosa por la situación ya menoscabada de la salud del trabajador que sufre avatares físicos o biológicos a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional (de ahí que este tipo de trabajadores requiera de medidas preventivas extraordinarias o superiores al estándar). Este riesgo potencial es uno más gravoso, más cierto o más plausible que el que se presentaría respecto de otros trabajadores que no poseen las notas características que configuran la especial sensibilidad, partiendo del entendido que todo puesto de trabajo supone un determinado nivel de riesgo.

Compilando lo anterior, recurrimos al siguiente esquema que sintetiza la configuración legal del trabajador especialmente sensible según las normas peruanas. A partir del mismo no deberá quedar duda que el supuesto del artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo recoge una medida especial tratándose de ciertos trabajadores especialmente sensibles: los que han sufrido un accidente de trabajo o padecen una enfermedad profesional. El trabajador en cuestión calificará como un trabajador especialmente sensible en la medida que el accidente o la enfermedad: (i) haya generado en él particularidades (alguna clase de menoscabo en su salud), sin que sea necesario haber llegado a la discapacidad; (ii) que dichas particularidades supongan

limitaciones para desempeñar el trabajo en condiciones de salud y seguridad; y (iii) que de no adoptarse medidas preventivas especiales y calificadas, se expondría al trabajador a riesgos mayores a los ordinarios o al agravamiento de su salud ya deteriorada. En este escenario, la reubicación calza apenas como una de estas medidas preventivas recomendadas, aunque no necesariamente será la preferente ni la única. Su aplicación dependerá, como hemos señalado, de la existencia y viabilidad de otras medidas alternativas igualmente satisfactorias de cara a la protección de la vida y la seguridad del trabajador. En tal sentido, proponemos que la lectura de la norma legal sea en este sentido, pues su pura literalidad podría llevar a medidas ilógicas e innecesarias.

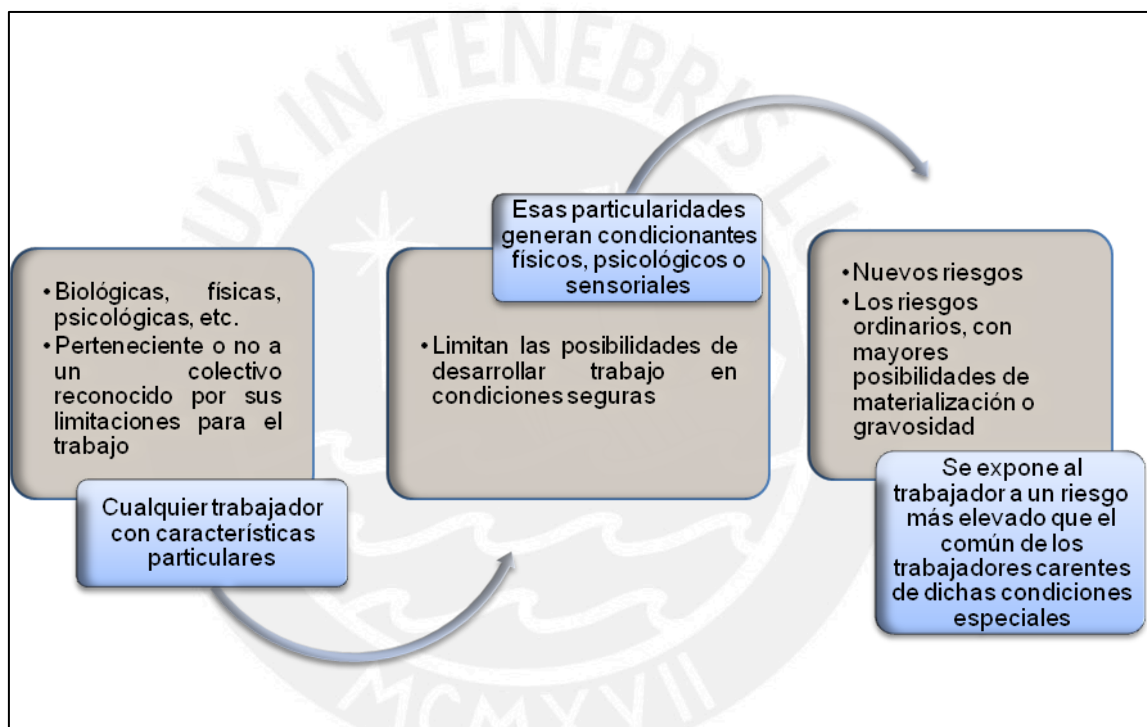


Gráfico 3.- Trabajadores especialmente sensibles
Fuente: Elaboración propia

3.2. Fundamento e incidencias del tratamiento particular de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales. La reubicación como una medida de prevención.

Todas las instituciones de la seguridad y salud en el trabajo tienen por fundamento primero la protección de la vida, la salud y la integridad del trabajador en el desempeño de sus funciones. Estas finalidades son, en buena cuenta, una proyección de los derechos de ciudadanía en el campo de las relaciones del trabajo. Por consiguiente, los tratamientos

particulares que merecen los trabajadores especialmente sensibles hallan también su razón fundante en la protección que el ordenamiento propugna en torno a estos derechos.

Sin embargo, si deseamos hallar un fundamento más próximo para este tratamiento particularizado, la búsqueda nos conduce indefectiblemente a la columna vertebral de la seguridad y salud en el trabajo, que es el principio de prevención. De ahí que los resguardos y medidas a implementarse respecto de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos profesionales son sencillamente reconducciones o concretizaciones de aquél deber general, sólo que adecuados a dicha especificidad.

Como bien sabemos, el deber de prevención es una obligación genérica, amplia, abierta y omnicomprendensiva (Salcedo Beltrán 2000: 25) que tiene por propósito la protección del individuo en su faceta de trabajador frente a los riesgos propios de su trabajo. Tal obligación general debe necesariamente concretarse o materializarse en algunos de sus aspectos a través de la legislación, puesto que de estar consagrada en términos generales, la obligación sería puramente gaseosa o un mero lineamiento de buenas intenciones. Sin embargo, y sin perjuicio de las diversas concretizaciones, la consagración de una obligación en términos amplios tiene la doble ventaja de no agotarse en las manifestaciones específicamente recogidas en la norma, exigiendo por el contrario al empleador el desarrollo de su grado más alto de diligencia y previsión a fin de lograr el cometido general (la protección del trabajador) a través del cumplimiento de deberes instrumentales no impuestos expresamente por la ley, pero que derivan del mandato general de prevención, atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada y a la situación concreta que le corresponda abordar.

Estas son las connotaciones presentes en principio de prevención, recogido como artículo I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual inspira y da organicidad a todas las normas contenidas en dicho dispositivo en el sentido que es obligación del empleador cuidar y garantizar la vida, la seguridad y la salud de todo trabajador. La tutela y el cuidado particularizados respecto de los trabajadores con sensibilidad especial a los riesgos profesionales se encuentran contemplados incluso dentro de la propia formulación legal del principio de prevención, pues en ejercicio de ese deber general el empleador “debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral”. Esto no es otra cosa que una direccionalidad

para que toda planificación y gestión de los riesgos del trabajo y toda medida preventiva a desarrollar deba considerar las particularidades e individualidades de los trabajadores que se encuentran a cargo del empleador, con atención diferenciada respecto de los trabajadores con especial sensibilidad, pues las connotaciones sociales, laborales, biológicas y de género aludidas por la norma conducen implícitamente a considerar a la discapacidad, a la adolescencia, a los estados de salud disminuidos y a la gestación, respectivamente, como factores que inciden sobre la seguridad y salud laboral. La tarea del empleador en este sentido es bastante extensa: él deberá gestionar los riesgos del trabajo, pero prestando especial atención a estos casos, a fin de adoptar todas las medidas de prevención y protección que resulten necesarias en función de las circunstancias.

Ya hemos advertido cómo mediante disposiciones legales específicas la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento abordan estas situaciones típicas de especial sensibilidad, por lo que aquéllas son algunas de las concretizaciones del deber general de prevención. Pero en términos generales, el tratamiento tuitivo particularizado de los trabajadores especialmente sensibles debe advertirse en diferentes etapas o facetas de la gestión de los riesgos en la empresa, siendo éstas esencialmente tres: la vigilancia de la salud⁵², la evaluación de riesgos⁵³ y la adopción de medidas preventivas⁵⁴.

3.2.1. Los trabajadores especialmente sensibles y la vigilancia de la salud

En la vigilancia de la salud, los reconocimientos médicos ocupacionales (especialmente los realizados antes de la prestación de servicios y los exámenes periódicos) pueden contribuir a identificar algunos casos de especial sensibilidad, con la finalidad de corroborar la adecuación del trabajador al trabajo y/o a fin de que el empleador evalúe las repercusiones

⁵² La Resolución Ministerial No. 312-2011/MINSA (Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad) entiende por vigilancia de la salud al “proceso de recolección de información y análisis sistemático que abarca todas las evaluaciones necesarias para proteger la salud de los trabajadores, con el objetivo de detectar los problemas de salud relacionados con el trabajo y controlar los factores de riesgos y prevenir los daños a la salud del trabajador”.

⁵³ De conformidad con el Glosario de Términos del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la evaluación de riesgos “es el proceso posterior a la identificación de peligros, que permite valorar el nivel, grado y gravedad de los mismos proporcionando la información necesaria para que el empleador se encuentre en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la oportunidad, prioridad y tipo de acciones preventivas que debe adoptar”.

⁵⁴ Asimismo, de conformidad con el referido Glosario de Términos, las medidas preventivas son “las acciones que se adoptan con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo y que se encuentran dirigidas a proteger la salud de los trabajadores contra aquellas condiciones de trabajo que generan daños que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el cumplimiento de sus labores”.

de los peligros ocupacionales en la persona del trabajador, permitiéndole ello implementar nuevas medidas preventivas, modificar las ya adoptadas o continuar con las vigentes.

A veces se suele plantear un enfrentamiento entre la vigilancia de la salud de los trabajadores y el derecho a la intimidad del trabajador, puesto que la realización de exámenes médicos incide sobre un ámbito protegido bajo dicha intimidad (el estado de la salud, las enfermedades padecidas, y las medidas profilácticas que se estén adoptando). Sobre el particular, se viene entendiendo en la doctrina que la voluntariedad de los reconocimientos médicos ocupacionales no es absoluta, siendo lícita la vigilancia de la salud practicada por el empleador cuando esté encaminada —dentro de los límites de lo necesario e imprescindible— a “a) evitar, prevenir y controlar los perjuicios a la salud que pudieran derivarse de la prestación de trabajo cuando en ella existan factores de riesgo; b) comprobar que el trabajador reúne las condiciones psicofísicas adecuadas para el desempeño de las labores inherentes a su puesto de trabajo y, en función de las condiciones de éste, que su estado de salud no supone ningún peligro ni para el propio trabajador ni para el resto de trabajadores; c) prevenir que las condiciones técnicas y medioambientales no incidan negativamente en el estado de salud del trabajador” (Moreno Solana 2010: 63-64).

Sin embargo, nuestro ordenamiento ha optado por que sea una norma legal del Ministerio de Salud la que determine cuáles serán los exámenes obligatorios; lista que puede ser extendida por los empleadores de actividades de alto riesgo bajo ciertas condiciones formales (artículo 107º del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo). Esta regulación a nuestro entender limita las posibilidades de uso legítimo de la vigilancia de la salud, pues un listado taxativo impide adecuar la tarea preventiva a las circunstancias que cada caso demande, si es que sólo un determinado grupo de exámenes se entiende obligatorio. Esto conlleva a un doble sinsentido: el primero consiste en imponer al empleador obligaciones extensas de prevención respecto de los trabajadores especialmente sensibles, sin acompañar a ello las herramientas necesarias para satisfacer dichas exigencias e identificar tales casos; y, en segundo lugar, dicha opción tiende a limitar el deber de prevención mismo, pues el empleador sólo podría satisfacer este deber en el ámbito de los reconocimientos médicos que impone la ley como obligatorios, puesto que en otros supuestos, requerirá del asentimiento del trabajador para que éste se someta a evaluaciones no tasadas y, de no obtener el consentimiento, la prevención será imperfecta, salvo que se entienda que el empleador queda exento de responsabilidad de vigilancia de la salud en estos casos.

En todo caso, la adecuada protección del trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional supone una necesaria interlocución entre el deber de vigilancia de la salud, que recae sobre el empleador, y el derecho a la reubicación laboral. La interrelación parece ser más que evidente: para que el trabajador sea reubicado, el empleador debe haber certificado a través de las evaluaciones médicas correspondientes que el estado de salud del trabajador no resulta óptimo para el desempeño del puesto que éste cumplía, y que en virtud de las mismas evaluaciones, sí le sería posible desarrollar otra labor al interior de la empresa no especialmente nociva a su estado de salud ya decaído (salvo que pueda permanecer en su puesto originario aplicando medidas de control idóneas, tal como señalamos en el punto siguiente). Dicho en otros términos, la vigilancia de la salud del trabajador contribuye al análisis de (i) la pertinencia médica de la medida de traslado, (ii) la adecuación del puesto destino en términos médicos, y (iii) eventualmente, la duración de la movilidad funcional, pues pueda ser que el trabajador recupere sus condiciones físicas total o parcialmente, de tal manera que pueda seguir desempeñando su labor original o, en todo caso, las evaluaciones podrían confirmar que la movilidad del trabajador deba ser de naturaleza permanente. En síntesis, el examen médico periódico contribuye a corroborar o descartar la idoneidad y temporalidad del traslado efectuado, permitiéndole al empleador adoptar las medidas correctivas o de protección adecuadas en procura de la protección del trabajador (sea la modificación de las condiciones en que se realiza el trabajo, o la realización de un nuevo traslado), atendiendo a la evolución de la salud del servidor.

Si bien la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores en general es una materia obligada, el plus de tutela de los trabajadores especialmente sensibles (y con énfasis, respecto de quienes han sufrido un infortunio laboral, que es nuestro universo de estudio) demanda una particular obligatoriedad y una continua y más detallada observación médica. Esta afirmación deriva del carácter especial del deber de vigilancia periódica de la salud, el cual se debe ejercer no sólo en razón de cada actividad, sino incluso de manera particularizada en función de cada puesto o función (Sala Franco 2010: 122); especificidad que se ve acrecentada cuando el trabajo es desempeñado por un trabajador con características particulares que atañen a su estado de salud.

3.2.2. La especial sensibilidad a los riesgos ocupacionales y las evaluaciones de riesgos

En segundo lugar, la evaluación de riesgos es un procedimiento clave en el desarrollo de todo sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, del cual dependerá la implementación de toda medida preventiva frente a peligros previamente identificados (eliminando los riesgos en su origen o aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar).

Este proceso ordinario implica responsabilidades adicionales de cara a la protección de los trabajadores especialmente sensibles, pues en tales evaluaciones deberán considerarse puntualmente las situaciones de las personas con discapacidad, de las trabajadoras gestantes, de los adolescentes trabajadores (artículos 64º, 66º y 67º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, respectivamente) y, en general, los casos de trabajadores que por sus características personales o de estado de salud conocido sean especialmente sensibles (artículo 77º del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo).

Por consiguiente, a las evaluaciones ordinarias (de carácter inicial y periódicas, referidas en el artículo 57º de la Ley de Seguridad y Salud y 82º de su Reglamento), cada vez que la labor sea desarrollada por una persona identificada como un individuo con especial sensibilidad, deberá añadirse una revisión adicional considerando el estado de acrecentada exposición al riesgo, y ya no el caso de un trabajador “estándar” o sin especial sensibilidad, que es más bien el parámetro para la evaluación convencional o normal de los riesgos ocupacionales.

En síntesis, la evaluación de los riesgos constituye una obligación esencial y fundamental del empleador, toda vez que es el medio básico que le sirve para conocer y prevenir los riesgos existentes dentro de su empresa, lo cual es el presupuesto imprescindible de cualquier decisión coherente y eficaz sobre las medidas de seguridad a implantar con el fin de prevenir tales riesgos (Martín Hernández 2006: 204). El traslado del trabajador que ha sido víctima de un infortunio laboral es una de esas decisiones que requiere de un alto nivel de coherencia y eficacia. Si los riesgos no son evaluados, o lo son defectuosa o superficialmente, podría arribarse a la desatinada decisión de promover la reubicación de un trabajador que podría no requerir de esta medida novativa o, en el peor de los casos, siendo necesaria la reubicación, podría el trabajador ser reposicionado en un puesto de trabajo particularmente pernicioso.

3.2.3. La adopción de medidas preventivas de cara a la especial sensibilidad

frente a los riesgos ocupacionales

Finalmente, la adopción de medidas preventivas es un estadio derivado de los anteriormente señalados. Es precisamente con las medidas preventivas que el empleador combate en la práctica los peligros ocupacionales previamente identificados y medrados mediante un plexo de diferentes alternativas posibles, cada una recomendable o descartable según circunstancias concretas en las que confluyen como factores el tipo de peligro, la magnitud del riesgo y la naturaleza de la especial sensibilidad del trabajador expuesto a dichos peligros. Es en este abanico de posibilidades que se posiciona la reubicación laboral; de ahí que hayamos configurado a la reubicación como una medida de prevención específica.

En efecto, el artículo 50º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo hace un listado de las medidas de prevención que pueden ser aplicadas por los empleadores. Creemos que éste no es un listado taxativo, pues de asumir esta hipótesis se estaría coartando la extensión y generalidad el deber de prevención, el cual exige al empleador más bien adoptar todas las medidas posibles y conducentes a combatir los riesgos del trabajo; amplitud que no se condice pues con un listado taxativo de posibilidades. En todo caso, entre las medidas preventivas listadas se encuentran las siguientes:

- Eliminación de los riesgos en su origen, aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar.
- Diseño de puestos de trabajo, ambientes de trabajo, selección de equipos y métodos de trabajo, atenuación del trabajo monótono y repetitivo.
- Eliminar las situaciones y agentes peligrosos, o sustituirlos por otros que entrañen menor peligro.
- Políticas de protección colectiva e individual.

En este listado de posibilidades la reubicación no está mencionada. Sin embargo, esto no resta que sea una medida preventiva por su propia naturaleza, pues la reubicación comparte la misma finalidad que todas estas opciones empresariales, que es evitar o disminuir los riesgos del trabajo.

En tal sentido, caben plantearse dos preguntas: en primer lugar, ¿era necesario positivizar el derecho a la reubicación, o bastaba considerarlo incluido de manera implícita en el deber de prevención como una medida preventiva posible?; y en segundo lugar, ¿la reubicación es

una medida preventiva aplicable sin más condicionamientos, o es posible deducir un escalonamiento implícito de medidas preventivas previas antes de optar por la reubicación?

Sobre lo primero, consideramos que a pesar de ser la reubicación una concretización del deber de prevención y de compartir la naturaleza de las demás medidas de prevención establecidas por ley, fue pertinente hacer explícito dicho derecho. Las razones no se exponen en este apartado, sino más bien en el próximo capítulo, en el cual se analiza la colisión que se presentaba entre el derecho de reubicación y la facultad extintiva patronal derivada del detrimento sobrevenido de las facultades físicas, situación que ya ha sido esclarecida con el devenir del tiempo gracias a la Ley General de la Persona con Discapacidad. A nuestro entender, la positivización del derecho de reubicación planteaba ciertos condicionantes a dicha causal de despido en su fórmula original (la planteada por el Decreto Legislativo No. 728), lo que vino a ser confirmado y deslindado por la referida Ley.

En cuanto a la segunda inquietud, referida a la existencia de un escalonamiento sucesivo de medidas preventivas en el que la reubicación ocupa uno de los últimos escalones, ya hemos antelado anteriormente nuestra opinión en el sentido que la reubicación debe ser entendida como una medida residual que debe ser practicada sólo en tanto sea necesaria o recomendable por su idoneidad para salvaguardar la vida y la seguridad del trabajador. Y será necesaria o recomendable la reubicación en tanto el empleador, aplicando otras medidas de protección, no pueda gestionar adecuadamente el riesgo al que estará expuesto el trabajador con especial sensibilidad o cuando el empleador no pueda garantizar la indemnidad del trabajador en el desempeño de sus labores por causa de dicha exposición.

La reubicación se materializa como una movilidad funcional, esto es, alterando el objeto del contrato de trabajo al margen de la voluntad de los contratantes; y, precisamente, por ser una alteración contractual no deseada por los mismos, no debería ser de aplicación discrecional ni mucho menos arbitraria, en la medida que hayan otras medidas preventivas igualmente eficaces para resguardar al trabajador de los efectos de los peligros y riesgos ocupacionales. Las medidas preventivas que se deberán explorar previamente a la adopción de la reubicación son, precisamente, las listadas en el artículo 50º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, debiéndose optar por la de mayor eficacia preventiva. Naturalmente, esta opción exigirá un alto grado de responsabilidad y seriedad de parte del empresario, y presume evidentemente la tenencia de altos estándares en el sistema de gestión de riesgos del trabajo. Como lo ha rescatado Martín Hernández, el propósito es proteger al trabajador

especialmente sensible mediante las medidas preventivas que resulten factibles y eficaces, siendo la reubicación tan sólo una de ellas:

El objetivo en todo caso es adoptar aquellas medidas preventivas que permitan garantizar a estos trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del puesto de trabajo que ocupan o de la organización empresarial en la que desarrollan su prestación el mismo nivel de protección que a los demás trabajadores que ocupan el mismo puesto o desempeñan las mismas funciones en la empresa. Y aunque entre tales medidas preventivas y de protección no se consagran específicamente las medidas organizativas de cambio de puesto de trabajo, de traslado o de desplazamiento, o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, yo creo que, si ello es posible de acuerdo con el régimen jurídico previsto para estas instituciones jurídico — laborales [...] el empresario se encontraría obligado a ejercer tales prerrogativas incluidas dentro de su complejo poder de dirección y organización [...]. (2006: 273)

Naturalmente, en caso de duda entre optar o no por la reubicación luego de un análisis técnico de riesgos y medidas de control posibles y de sus niveles de eficacia de cara a la protección del trabajador, consideramos que la opción debería ser proclive a la movilidad funcional, por ser ésta una medida más protectora ante el recelo surgido respecto de la idoneidad de otras medidas protectoras, la situación atípica que entraña el trabajador debido a su especial sensibilidad, y por la naturaleza de los bienes jurídicos que se buscan cautelar.

De otro lado, es pertinente reflexionar en que el derecho de reubicación (y, las medidas preventivas en general) aparece como una manifestación peculiarmente distintiva del deber de prevención, porque demuestra con contundencia el carácter dinámico de dicha obligación genérica, en tanto supone la revivificación o reactivación de las obligaciones en seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador, incluso después de que el daño ya se produjo en la persona del trabajador por causa del accidente laboral o la enfermedad profesional.

En efecto, la reubicación nos permite entender que la ocurrencia de un infortunio laboral no marca el fracaso absoluto de los mecanismos y deberes de protección (sin perjuicio de las lamentables secuelas materiales y orgánicas que pudiese padecer el trabajador), ni implica

el agotamiento del derecho de la seguridad y salud en el trabajo en el caso del trabajador perjudicado. Una vez que el daño se ha producido en la salud del trabajador, este deber de prevención se reactiva ante la penosa situación acaecida, imponiendo sobre el empleador renovadas obligaciones frente al sujeto afectado. Toda vez que el trabajador siniestrado aún se encuentra en la esfera de protección del empleador, se deben adoptar las medidas demandadas por la situación específica, evitando así la generación de daños más graves; traduciéndose esas obligaciones en derechos efectivos plasmados a favor del trabajador:

[...] la posición deudora del empresario, que le fuerza tanto a prevenir efectos negativos del trabajo en la salud de sus subordinados, como a actuar cuando tal aspiración ha fracasado a fin de minorarlos y evitar su repetición futura, fortalece la posición del trabajador en orden a negarse a un cambio de condiciones o de puesto que pueda repercutir negativamente en su salud como consecuencia de su singular estado; también para reclamar la eliminación o control del riesgo al que es particularmente sensible, la adaptación del puesto que ocupa a sus concretas capacidades o, en última instancia, la recolocación en uno compatible con su situación médica o psicofísica, sin perjuicio, claro está, de la demostración de la inviabilidad del cambio o la inexistencia de nueva ubicación laboral adecuada, que forzosamente debe interpretarse a partir de un criterio restrictivo y someterse a ciertas condiciones. Se trata de un derecho irrenunciable del trabajador y una correlativa obligación del empresario y dependerá única y exclusivamente de la relación causa efecto entre el proceso patológico y el puesto desempeñado. (Agra Viforcós 2008: 15)

Para concluir este punto, y a propósito de las medidas de protección o preventivas, deseamos relieves un aspecto quizás poco visible en la normativa de seguridad y salud en el trabajo. La reubicación es planteada desde la ley como una medida enfocada en la protección del trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo y una enfermedad profesional. Sin embargo, a la par o alternativamente a este enfoque, la reubicación debe ser también considerada como una medida preventiva que procura la seguridad y salud colectiva, en la medida que el desempeño del puesto ordinario del trabajador siniestrado pueda suponer por sí mismo un riesgo para otros compañeros de trabajo. Dicho en otros términos, la reubicación es una medida de prevención individual, pero también una medida

preventiva colectiva.

El deber de prevención imprime sobre el empleador el deber de cuidar de la seguridad y salud de sus trabajadores, estando en la obligación de disponer lo necesario para garantizar dicha protección. De esta manera, la reubicación entendida como una medida dirigida al individuo especialmente sensible se trastoca y traduce al mismo tiempo en un deber por parte del empresario, no sólo en salvaguarda de la seguridad individual del trabajador en cuestión, sino en resguardo de la seguridad del resto de trabajadores cuando el estado de salud disminuido del trabajador supone colocar en riesgo a éstos, sea por su forma de realizar el trabajo, o por la realización de actividades laborales deficientes o con eventuales y peligrosos márgenes de error, o por su sola presencia en un área riesgosa.

En tal sentido, si bien es crucial atender la situación del trabajador en particular, la reubicación tiene una finalidad protectora de potencial naturaleza dual: una primera evidentemente individual, en tanto protege la salud del trabajador ya lesionado; y una segunda de interés plural, en el sentido que la reubicación busca proteger a los demás trabajadores de potenciales riesgos a su seguridad que podrían materializarse en caso no se trasladase al trabajador a un puesto que pueda desarrollar a completitud, asumiendo que su forma de trabajar en el puesto original (esto es, de forma parcial debido a su estado de incapacidad) puede conllevar a resultados indeseables.

La importancia de la seguridad colectiva, cuando existen de por medio trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo a los cuales hay que trasladar, no ha sido recogida expresamente en nuestra legislación⁵⁵. Si bien podría deducirse esta trascendente implicancia del deber general de prevención, estimamos conveniente una revisión de la ley a fin de realizar esta especificación.

4. LA REUBICACIÓN LABORAL COMO MEDIDA DE READAPTACIÓN PROFESIONAL

⁵⁵ A manera de referencia, esta perspectiva sí ha sido contemplada en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española, cuyo artículo 25.1 señala en su segundo párrafo lo siguiente: *“Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”* (subrayado nuestro).

El tercer elemento que integra la naturaleza jurídica de la reubicación regulada en el artículo 76° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo —aunque de una manera contingente— es la readaptación profesional. Su presencia dependerá de las situaciones específicas en las cuales la discapacidad haga su aparición como producto de infortunio laboral sufrido por el trabajador.

Como hemos referido anteriormente, la readaptación profesional de quien ya venía gozando de un posicionamiento en el mercado de trabajo por la ocupación de un empleo y que, por efecto de un infortunio laboral devino en discapacidad, es un supuesto que puede ser analizado no sólo considerando la situación de especial sensibilidad de dicho trabajador, sino también su condición de persona con discapacidad y, por tanto, objeto de una tutela especial y diferenciada con miras a la igualdad de oportunidades. El objeto de esta reubicación es amparar el estado de discapacidad tendiendo a que el sujeto que ha sido víctima del infortunio laboral no pierda el empleo por su situación sobrevenida; o, dicho de otro modo, el propósito de la readaptación en este escenario es evitar que la persona quede socialmente excluida del entorno laboral a causa de la discapacidad. En ese sentido, la readaptación profesional promoverá la permanencia del trabajador en su entorno laboral, recurriendo a la movilidad funcional como medida instrumental para ello.

En el Capítulo 2 del presente estudio ya hemos hecho referencia a los distintos enfoques normativos que se han hecho en relación a la readaptación profesional de los trabajadores discapacitados, por lo que recurrimos a dicho apartado para estos efectos. Sin embargo, sí conviene en este momento redondear y reforzar algunas de las ideas más importantes.

- a. El Perú ha ratificado los Convenios 111 y 159, referidos respectivamente a la discriminación en el empleo y ocupación y a la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, siendo que estos ámbitos confluyen de manera particular y se refieren mutuamente de manera permanente. Ambos dispositivos constituyen además, por su ratificación, normas jurídicas en el sentido estricto del término, son vinculantes para el Estado y parámetro obligado para la interpretación, aplicación y defensa de los derechos fundamentales de los individuos.

En virtud del Convenio 111, la discriminación que quedaba prohibida expresamente era la referida a cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que

tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Si bien este listado de motivos prohibidos podía ser ampliado por los Estados que ratificasen el instrumento, rápidamente quedó entendido en el medio internacional que la lista referida era muy limitada, pues no contemplaba la discapacidad como criterio ilícito para esta distinción, exclusión o preferencia prohibidas en el entorno laboral, por lo que la OIT adoptó normas más específicas en las que se incluirían las referidas a la readaptación profesional (OIT 1996: 19-20).

- b. De conformidad con el Convenio 159, la readaptación persigue que las personas con discapacidad: (i) obtengan un empleo adecuado; (ii) conserven un empleo adecuado; y (iii) que progresen en el mismo; esto significa, reconocer a las personas con discapacidad un estatuto igual al de las personas sin discapacidad. La reubicación de los trabajadores con discapacidad (entre ellos, los que adquirieron la discapacidad por causa del infortunio laboral) se encuentra en la segunda de las mencionadas facetas de la readaptación profesional, tal como ha sido reconocido en la Recomendación 168 (numeral 34) y en el documento referencial denominado “Gestión de las Discapacidades en el Lugar de Trabajo” elaborado por la OIT en el 2002 con ánimo promocional.

En virtud de este Convenio, los Estados miembros que lo ratifiquen deben adoptar políticas nacionales sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas con discapacidad, asegurando que existan medidas adecuadas de readaptación profesional y orientadas por el principio de igualdad de oportunidades, y sin que las medidas positivas que se implementen puedan considerarse discriminatorias respecto de los demás trabajadores. Asimismo, en virtud del artículo 6º de este Convenio, todo Estado Miembro mediante la legislación nacional (y por cualquier otro método acorde a las condiciones y a las prácticas nacionales) debe adoptar medidas necesarias para aplicar las mencionadas disposiciones. Bajo este entendido, creeríamos que la reubicación planteada por el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo es compatible con este tipo de medidas de readaptación que propugna el Convenio 159.

- c. Las medidas de readaptación profesional en su conjunto (incluyendo por tanto la reubicación laboral) son pautas que introducen criterios de diferenciación en función del propósito que persiguen. Tal propósito es, precisamente, promover la igualdad de

oportunidades en lo que a trabajo se refiere, ya que es un hecho constatado y justificante que las personas que padecen de un impedimento físico o mental tienen muy a menudo dificultades para participar en la vida social en condiciones de igualdad con las personas válidas (OIT 1996: 21). Estas medidas especiales no pueden tildarse a su vez de discriminatorias respecto de los demás trabajadores, pues de conformidad con el artículo 5° del Convenio 111, “las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias”.

- d. En el ámbito de la OIT, los destinatarios de las medidas de readaptación profesional son las “personas inválidas” (hoy en día, empleando un lenguaje inclusivo, las “personas con discapacidad”). Este concepto es amplio, pues de conformidad con el artículo 1° del Convenio 159, dicho universo está integrado por toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. El denominador común de estas circunstancias es que la discapacidad constituye un elemento que conduciría socialmente a una limitación de las perspectivas profesionales de la persona.
- e. La reubicación laboral como medida de readaptación profesional de cara a la discapacidad cuenta además con apoyo en otros instrumentos internacionales vinculantes para el Perú:
 - a. De manera indirecta, a través de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU (ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo No. 073-2007-RE publicado el 31 de diciembre de 2007), cuyo artículo 27° señala que los Estados Partes “reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. Para tales efectos, los Estados pueden adoptar medidas legislativas, entre otras finalidades, para “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” (inciso i).

Cabe precisar que por “ajustes razonables” el Convenio entiende “las

modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. A nuestro entender, las movilidades funcionales o reubicaciones laborales son susceptibles de ser entendidas como “ajustes razonables” en los términos de este Convenio, pues suponen modificaciones y adaptaciones de tipo organizativo con la finalidad de salvaguardar el interés de la persona devenida en discapacidad a mantenerse inserta en el mercado de trabajo mediante la conservación del empleo. En el capítulo final del presente trabajo presentamos mayores alcances sobre los ajustes razonables como parámetro de exigibilidad de la reubicación laboral.

- b. De manera específica, por los artículos 7º y 21º del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo que garantizan, respectivamente, “la rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laborales de los trabajadores con discapacidad temporal o permanente por accidentes y/o enfermedades ocupacionales” y el derecho “a cambiar de puesto de trabajo o de tarea por razones de salud, rehabilitación, reinserción y recapacitación”.

Completando este marco normativo, el artículo 17º del Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo también aporta a la materia al señalar que el empleador conocerá de los resultados de las evaluaciones médico ocupacionales “con el fin exclusivo de establecer acciones de prevención, ubicación, reubicación o adecuación de su puesto de trabajo, según las condiciones de salud de la persona, el perfil del cargo y la exposición a los factores de riesgo”.

5. REGLAS GENERALES A TENER EN CUENTA EN LA MATERIALIZACIÓN DE LA REUBICACIÓN

El diseño legislativo del derecho de reubicación es planteado en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo como un cambio imperativo de puesto sujeto a dos únicas condiciones especiales: el no menoscabo de los derechos remunerativos del trabajador y la no afectación de su categoría. A este condicionamiento sustancial, el artículo 108º del

Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo introduce una exigencia adicional, según la cual “previo al traslado [...] el empleador debe asegurarse que el trabajador cuenta con información y competencias suficientes para desarrollar de manera segura y sana su labor; en caso contrario, deberá proceder a la capacitación respectiva previo al inicio de las labores”. Creemos que esta última no constituye una exigencia particular con miras a la materialización de la movilidad funcional que venimos estudiando, toda vez que la información preliminar al trabajador sobre los riesgos del trabajo, la verificación de las competencias idóneas y, en general, la capacitación previa al desempeño de un puesto de trabajo en condiciones de seguridad, constituye una exigencia aplicable a todo empleador, respecto de todo trabajador y frente a cualquier puesto de trabajo. La única particularidad es que el empleador, en el análisis de los riesgos del puesto destino y demás medidas a adoptar, tendrá que considerar la perspectiva particular que invita la presencia de un trabajador especialmente sensible, con la finalidad de verificar que la capacitación sea la adecuada, que los riesgos ocupacionales estén debidamente controlados de cara a las deficiencias físicas, motoras y/o sensoriales sobrevenidas en la persona del trabajador y, en general, que la reubicación sea una medida preventiva posible e idónea, en concordancia con el deber general de prevención.

Por tanto, siendo éstas exigencias transversales a todo el articulado de las normas de seguridad y salud en el trabajo, pensamos que no estamos ante requisitos especiales para la movilidad funcional sino, antes bien, frente a la demanda del cumplimiento —por parte del empleador— de las acostumbradas y habituales obligaciones identificadas por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo frente a cualquier situación laboral (deber de identificar y analizar los riesgos, deber de capacitar, deber de asignar funciones laborales en armonía con las capacidades del trabajador, etc.); sólo que dichas obligaciones se posicionan esta vez en una situación concreta y revestida de circunstancias de excepcionalidad a causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional. No es otra cosa que el tratamiento particular ya aludido que debe recibir la especial sensibilidad.

En tal sentido, las condiciones cardinales y auténticamente propias de la movilidad funcional establecidas por la ley, que intersecan a su vez con aspectos e institutos derivados del Derecho Laboral en general, son pues las referidas a la conservación de los derechos remunerativos y de categoría. Esta regulación evidencia una clara determinación legislativa en relación a aspectos aún muy debatidos en la doctrina. Al margen de la opción legislativa adoptada en el Perú, consideramos interesante advertir cómo esta configuración,

aparentemente tan resoluto y definida para la ley, en realidad plantea muchas interrogantes y complejidades no advertidas por el legislador. Previamente, nos referiremos a otras condiciones que estimamos deberán cautelarse en la materialización de la reubicación laboral causada por un infortunio laboral y que, de manera directa, no se encuentran recogidas en la norma.

5.1. El cambio de puesto deberá proceder en tanto no existan otras alternativas idóneas para la adaptación de las funciones de trabajo

Recordemos que en la reubicación lo que se busca es proteger al trabajador accidentado o enfermo a causa del trabajo de la exposición a determinadas condiciones de trabajo que, o bien desencadenaron el mal y podrían agravarlo, o bien, sin haberlo ocasionado, podrían igualmente incrementar el daño y representar un peligro para la salud del servidor. Sin embargo, hay que tener presente también que el cambio de puesto es una medida que rompe con la perspectiva contractual que se trazaron las partes al momento de celebrarse el contrato de trabajo, pues tanto la expectativa de permanencia en un puesto determinado como la razón de la contratación que se figuraron los contratantes, se ven trastocadas por el infortunio sobrevenido.

A fin de compatibilizar ambas situaciones, y como hemos venido sosteniendo, el cambio de puesto (la movilidad funcional en si) debería ser practicada en la medida en que el actual puesto del trabajador y las funciones que éste desempeña no puedan ser idóneamente adecuados a sus capacidades laborales residuales, y los riesgos del puesto adecuadamente gestionados para garantizar la indemnidad del trabajador. No consideramos lógico y pertinente concebir a la reubicación como un derecho de exigibilidad inmediata apenas constatado el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Esto no significa negar que el trabajador siniestrado constituya un caso de especial sensibilidad a los riesgos ocupacionales, pues de conformidad con la interpretación que hacemos de la ley, dicho trabajador merece esta calificación, y la misma no depende de las circunstancias objetivas del puesto de trabajo, como hemos señalado anteriormente. Pero la reubicación es una medida de protección, y la adopción de la medida preventiva pertinente pasa por una confrontación previa entre la situación subjetiva del trabajador especialmente sensible con los riesgos específicos del puesto ocupado. De esta manera, si el riesgo puede ser contenido y adecuadamente gestionado por el empleador, no parece necesario sostener la exigibilidad de una reubicación laboral. Ciertamente, la validez práctica de estas

afirmaciones parte de asumir la existencia y sostenibilidad de un sistema de gestión de riesgos adecuado que permita identificar y prevenir eficazmente los potenciales daños.

Cuando la movilidad funcional sea la medida recomendable en el caso concreto por razones técnicas y médicas, habrá que tener presente que no bastará con un simple cambio de puesto. Lo que realmente resulta relevante para la protección del trabajador es que el cambio de puesto implique un cambio de funciones que supongan la no exposición al riesgo laboral determinante del potencial perjuicio que sufriría el trabajador o, cuando menos, la exposición al riesgo pero bajo condiciones controladas. El cambio de puesto en sentido lato puede ser una operación meramente formal (pues puede ser satisfecha mediante la designación de un nuevo título ocupacional al interior de la empresa), mientras que el cambio de funciones importa realmente la modificación del objeto central de la prestación laboral, de aquello que el trabajador hace, o de cómo lo hace y/o con qué lo hace. Hay que tener presente que la intención de la modificación es adaptar el puesto de trabajo a la capacidad del trabajador y, por tanto, serán las funciones inherentes al puesto, más que el puesto de trabajo en sí, lo que se debería acondicionar a la situación concreta.

Si bien podría afirmarse que, por razón de su intensidad, el traslado del trabajador es el “mecanismo de prevención más genuino” (Igartua 2005: 400), no debe perderse de vista que además debe ser una medida eficaz y pertinente. La pertinencia deberá ser analizada con criterios de necesidad, en la medida que con el traslado se busque evitar que la enfermedad profesional progrese, o que las secuelas del accidente de trabajo no sea motivo de mayor daño corporal por la realización del trabajo que ya no puede o no debería realizar el servidor. La eficacia debe ser medida en función de que el puesto de destino facilite el logro de estos objetivos preventivos.

5.2. La duración del traslado debería estar en función de la duración de la causa que lo motiva

Nada hace sugerir en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo que la movilidad funcional del trabajador accidentado o enfermo por causa atribuible al trabajo deba ser de manera permanente. Por el contrario, atendiendo a la finalidad preventiva de este dispositivo, consideraríamos más bien que la temporalidad del traslado se encuentra directamente relacionada y es directamente dependiente de la causa que determina el traslado. Como ha señalado Sala Franco, “la recuperación funcional plena del trabajador interrumpirá esta

situación [movilidad funcional], produciendo en el trabajador el derecho a un nuevo cambio de sentido inverso, a una vuelta a su antigua categoría y especialidad profesional” (1973: 131).

En efecto, partimos de la premisa que la movilidad funcional recogida en el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo constituye un deber del empleador causalizado, es decir, motivado por un determinado estado de salud del trabajador y con propósitos preventivos. En tal sentido, si esta movilidad funcional tiene su origen en una determinada circunstancia, lo lógico es esperar que la movilidad funcional tenga la misma temporalidad que la causa que la promueve y justifica.

La reubicación del trabajador con capacidad residual no debería ser necesariamente una medida indefinida, ya que constituye una excepción a la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo; contrato que fue concretado para ser cumplido en los términos en él pactados, con un objeto determinado o, cuando menos, determinable en el tiempo bajo ciertas pautas concertadas. Con la reubicación laboral, la ley se impone por sobre la voluntad de las partes atendiendo a consideraciones atendibles y justificadas de índole social, determinando así la alteración de la prestación convenida. Desaparecida esta causa, creeríamos pertinente retomar el sentido original de la voluntad de las partes del contrato, a fin de que éste discorra conforme a lo convenido y esperado antes de que acaeciese el infortunio laboral.

Sala Franco coincide con esta forma de enfocar la duración condicionada de la movilidad funcional. Para él la movilidad funcional es justificable en la medida que persista la situación de disminución de capacidades del trabajador para el desempeño del puesto. En el mismo sentido, la recuperación funcional plena del trabajador debería interrumpir la movilidad funcional, “produciendo en el trabajador el derecho a un nuevo cambio de sentido inverso, a una vuelta a su antigua categoría y especialidad profesional” (Sala 1973: 130-131).

En estos supuestos, una vez superado el estadio de detrimento de la salud o de reducción de las capacidades laborales del trabajador, podría presentarse la situación de que el puesto original ya no se encuentre vacante al haber sido ocupado por otro trabajador contratado a plazo indeterminado, de tal manera que aquél que fue objeto de movilidad funcional no podría retornar a su posición original. La legislación no aporta ningún elemento de juicio para dar solución a este eventual dilema, sin embargo la razonabilidad nos lleva a pensar

que el trabajador recuperado mantendrá en tales casos un derecho preferente para reincorporarse al puesto de trabajo original cuando resulte vacante, o a algún otro de igual naturaleza y categoría, pues no cabe sostener la validez de una eventual extinción forzada del vínculo laboral del trabajador que fue contratado a plazo indeterminado para desempeñar el puesto al cual pretende regresar el trabajador movilizado, ni tampoco la obligación de la empresa de generar un puesto idéntico en paralelo que pudiese resultar innecesario para los fines organizacionales.

Para prevenir estas circunstancias conflictivas convendría que el empleador adopte medidas flexibles a fin de permitir, llegado el momento, el retorno a su puesto del trabajador trasladado por causa de accidente o enfermedad profesional. Tal vez el mecanismo administrativo más factible sea cubrir la plaza mediante rotaciones internas de personal, las cuales podrían ser revertidas una vez que el trabajador movilizado regrese a su puesto de origen. Sin embargo, si la rotación interna no resulta posible, el puesto dejado por el trabajador movilizado podría ser razonablemente cubierto mediante personal nuevo contratado a plazo fijo bajo la modalidad de suplencia.

Esta modalidad contractual prevista en el artículo 61º del Decreto Supremo No. 003-97-TR procede en aquellos casos en que el vínculo laboral del titular del puesto se encuentre suspendido por motivos legalmente contemplados o por convenio, y cuando por razones de orden administrativo, dicho trabajador debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo. La primera causal invocada —suspensión del vínculo laboral del titular del puesto— ciertamente no resulta pertinente, pues esto no sucede con el trabajador que es objeto de movilidad funcional, quien mantiene subsistente un contrato de trabajo con todos sus efectos (con el deber de trabajar vigente, y el derecho subsecuente de percibir una remuneración por su trabajo). Empero, consideramos que la segunda causal de la norma sí podría ser invocada dentro de los límites de razonabilidad, en virtud de tres motivos: (i) si bien el desarrollo temporal de otras actividades por parte del trabajador accidentado o enfermo se debe a consideraciones de seguridad y salud ocupacional, su traslado se materializa mediante una decisión administrativa del empleador, dándose cumplimiento al precepto legal; (ii) si por una decisión administrativa del empleador —mayormente orientada por razones de productividad— resulta justificado contratar personal de suplencia bajo una modalidad temporal de trabajo, con semejante o mayor motivo la contratación modal queda justificada cuando las razones del traslado obedece a cuestiones de salud del trabajador titular: (iii) en todo caso, si se evalúa el caso como un supuesto

distinto del previsto en el artículo 61º del Decreto Supremo No. 003-97-TR, habrá que defender la validez de la contratación modal al amparo del artículo 82º de dicha norma, según la cual cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

La capacidad plena del trabajador para el desempeño del puesto original podría nunca llegarse a recuperar. En tales supuestos, por la misma razón de temporalidad, podría hablarse de una reubicación permanente, acorde y a causa de la prolongación del estado de salud disminuido del trabajador, pero no porque la movilidad sea por su naturaleza una medida intrínsecamente irreversible. Todo lo contrario, su carácter de medida preventiva exige que la misma sea adoptada en tanto sea necesaria y por el tiempo requerido, a fin de garantizar la vida y la seguridad del trabajador objeto de la movilidad funcional, aun cuando ello contravenga la inicial voluntad contractual plasmada en el objeto del contrato. En estos casos, si un trabajador suplente ocupa el puesto en virtud de un contrato de trabajo modal, muy probablemente deberá la empresa consolidar su permanencia en el puesto en virtud del conocimiento sobrevenido de la no recuperabilidad del trabajador trasladado, desapareciendo así la causa justificante de la contratación temporal.

5.3. La reubicación exige la buena fe del empresario y del trabajador

El principio de buena fe que inspira al Derecho en su conjunto, y de manera especial la negociación, celebración y ejecución de todo contrato (conforme lo establece el artículo 1362º del Código Civil), es pertinente también al tratar la movilidad funcional derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, puesto dicho precepto exige —sin perjuicio de las otras múltiples significaciones e implicancias que adquiere el concepto en materia contractual— que las partes se comporten dentro de parámetros de honestidad y de colaboración mutua, en recíproca búsqueda de la concreción del propósito detrás de la institución que estudiamos.

En efecto, si la movilidad funcional como instituto jurídico tiene por objeto la protección efectiva y eficaz de la vida y de la salud del trabajador con capacidades residuales —valiéndose para ello del acomodo de las obligaciones de trabajo inicialmente comprometidas y de la no ruptura o decaimiento de la relación contractual— la buena fe deberá reclamar a las partes laborales (empleador y trabajador) la necesidad de emprender conductas

legítimas, conducentes y concurrentes al logro de dichas finalidades, a fin de permitir el goce del derecho a ser reubicado, pero posibilitando también el cumplimiento del deber empresarial de reubicar.

Así, siendo la buena fe una exigencia pertinente en cualquier plano y momento de la relación contractual laboral, cuando se trata de movilidad funcional, este precepto invita a los actores laborales al despliegue primordial de acciones o actitudes positivas —de acción— antes que a un mero ánimo pasivo —de abstención—. Como lo ha señalado Martín Hernández:

La buena fe [...] no se limita a ser una actitud negativa de abstención de actos dañosos por la otra parte (*alterum non laedere*), sino que constituye también una actitud positiva, una activa colaboración con la contraparte encaminada a promover, o al menos no perjudicar el interés de la misma, pero sin que tal colaboración, obviamente, suponga un perjuicio para la parte que realiza tal conducta cooperativa. (2006: 302)

No podría ser de otra manera, pues los deberes de prevención del empleador y las obligaciones de protección a favor de los trabajadores frente a los riesgos del trabajo son de una intensidad tal que no sólo deben ser interpretados en sentido negativo, sino también positivo, de tal manera que puede ser exigible al empleador una conducta no sólo destinada a la remoción de riesgos para los valores personales del trabajador, sino a promover su desarrollo y satisfacción (Gutiérrez-Solar Calvo 1999: 155). La movilidad funcional originada por el infortunio laboral es sólo una muestra de la intensidad de estos imperativos.

En tal sentido, identificar esos deberes de acción parece importante a fin de comprender los alcances de la reubicación. Fabregat Monfort ha identificado determinadas obligaciones tanto para el empleador como para el trabajador en el marco de la buena fe contractual (2002: 77-80), las cuales hacemos nuestras:

- a. En cuanto al empleador, se afirma que éste debe entenderse comprometido en dos aspectos esenciales: (i) en primer lugar, a realizar un verdadero y auténtico estudio de la organización productiva en la empresa, a fin de determinar la existencia de posiciones o puestos destino donde pueda ser efectiva la recolocación del

trabajador; y, (ii) si de dicho examen del sistema organizativo el empleador hallase varios puestos vacantes a los que se pudiese movilizar al trabajador, debe ofrecer el puesto vacante “más adecuado y favorable”, aunque desde el punto de vista productivo le resultase “más beneficioso” al empleador movilizarle a otro puesto diverso, también vacante.

De estas pautas se desprende que sería contrario al deber de buena fe que el empleador no realice un adecuado y concienzudo estudio de su organización productiva con la finalidad soterrada de impedir el ejercicio del derecho de reubicación, o que oculte las vacantes adecuadas existentes, o que las reasignaciones sean arbitrarias e, incluso, si habiendo varias posiciones vacantes, no se asigna la más favorable al trabajador dentro de los márgenes de posibilidad.

Respecto de esto último es necesario detenernos un momento. La condición de un puesto más favorable en relación a otro es un asunto que hay que abordar con mucha medida y dentro de la mayor objetividad. Así, esa cualidad no debe ser extraída a partir del deseo meramente caprichoso del trabajador de ocupar determinado puesto, ni tampoco puede ser el resultado de la pura discreción del empleador. La condición más o menos favorable del puesto destino puede dilucidarse, desde nuestra perspectiva, en función de varios criterios, de los cuales ensayamos dos:

- (i) Criterios objetivos relacionados al estado de salud y la perspectiva de recuperabilidad del trabajador. Siendo la reubicación una medida de protección que persigue proteger y fomentar la salud del trabajador, su materialización no puede dejar de lado este enfoque en ningún momento. Así, entre un puesto de trabajo cuyo desenvolvimiento no perjudica la recuperación del trabajador y otro que, si bien exige esfuerzos físicos o que expone a condiciones que no impiden su recuperación, pero que sí podrían retrasarla, será evidentemente más favorable el primer puesto, pues aquél es más compatible con el criterio que venimos analizando. La opinión médica que surja del cumplimiento de la vigilancia de la salud de este trabajador especialmente sensible será un parámetro de crucial importancia a efectos de concretar la movilidad funcional.

- (ii) Criterios objetivos relacionados al ejercicio de cargos de representación. Pueden darse casos en que la reubicación a un puesto distinto complique o dificulte el ejercicio de cargos de representación, sean de naturaleza sindical o en el ámbito de los órganos dedicados a la seguridad y salud en el trabajo (Comité de Seguridad y Salud); sobre todo cuando la movilidad funcional va aparejada de movilidad geográfica. De esta manera, entre un puesto vacante que no suponga menoscabo de estas facilidades y otro que sí mediatice el ejercicio de dicha representación, una decisión de buena fe del empresario será elegir la primera opción como puesto destino.

Así como éstas, la casuística podrá generar otras consideraciones de corte objetivo, pudiendo incluso presentarse situaciones complejas, las que deben ser analizadas caso por caso y bajo criterios de razonabilidad. Lo que en general resulta inadmisibles es que se emplee la movilidad funcional para la obtención de fines distintos y ajenos a los perseguidos por esta institución, pues ello constituiría un acto contrario a la buena fe (Fabregat Monfort 2002: 78).

Se encuentra demás señalar que emplear la movilidad funcional a fin de encubrir una represalia patronal o un acto de hostilidad contra el trabajador, o persiguiendo fines discriminatorios, no sólo es incompatible con el deber de actuar de buena fe, sino que es contrario al respeto y vigencia efectiva de los derechos fundamentales del trabajador, recogidos tanto en la Constitución como en las leyes laborales. Por consiguiente, esta intencionalidad se encontraría intrínsecamente proscrita, no resistiendo el menor análisis.

Por su parte, el trabajador debería entenderse obligado, producto del deber de buena fe, a aceptar la reubicación a la vacante existente en la empresa y a adoptar toda acción que posibilite la ejecución de la medida. Ciertamente esto va en paralelo al hecho que el empleador ejerza su deber de reubicación con sometimiento a las garantías antes mencionadas, quedando claras las dos aristas de la situación: el trabajador no puede renunciar a las prerrogativas derivadas del derecho de reubicación, pero tampoco puede pretender ejercer el derecho de reubicación con una finalidad distinta a la que ha motivado su reconocimiento y su configuración normativa (Martín Hernández 2005: 302), así como tampoco impedir injustificadamente o entorpecer el cumplimiento de una obligación empresarial. Por consiguiente, se configuraría la mala fe del trabajador que injustificadamente se

niega a tomar posesión del nuevo puesto al cual es reasignado. Por ello es que se suele reconocer que la reubicación posee la doble naturaleza de ser un derecho del trabajador frente a un eventual despido, pero también un derecho del empresario frente a cualquier exigencia del trabajador por la que se pretenda permanecer en el mismo puesto de trabajo (Fabregat Monfort 2002: 40); así, la ley no sólo impide que, de primera intención, el empresario pueda recurrir a la extinción del vínculo laboral por incapacidad sobrevenida, sino que en paralelo ello supone para el trabajador la imposición de un deber de no oponerse injustificadamente a la asignación del nuevo puesto.

Conviene pensar en la situación en que el trabajador se niegue, precisamente, de manera injustificada a trasladarse a un puesto de trabajo determinado por el empleador. ¿El cumplimiento de ese deber estaría sujeto al poder disciplinario del empleador? Creemos que este análisis parte por conceptualizar la naturaleza del derecho de reubicación desde la perspectiva del trabajador. La ley configura este instituto como un “derecho”; vale decir, una posibilidad de hacer que otorga el ordenamiento jurídico para la satisfacción de intereses propios. En principio, un derecho no es de obligatorio ejercicio. Sin embargo, la particularidad de la seguridad y salud en el trabajo es que establece derechos a favor de los trabajadores de naturaleza irrenunciable, por cuanto se encuentran relacionados a la protección de la vida y la salud, adoptando el empleador un rol de garante y deudor de seguridad.

Pero además de derechos irrenunciables, hay que tomar nota de que, para el logro efectivo de la protección de la vida y la seguridad del trabajador, los deberes empresariales referidos a la seguridad y salud de su personal presuponen para su eficacia la existencia de paralelos deberes de parte de los trabajadores destinados al logro de la protección propia⁵⁶, lo que en cierta manera constituye una particularidad más introducida por esta rama jurídica.

En efecto, el deber —en tanto categoría jurídica— ha sido tradicionalmente concebido por la Teoría General del Derecho como una situación jurídica de sujeción

⁵⁶ [...] El trabajador se ve sometido a los poderes del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, lo que se traduce en una serie de «deberes privados en favor de sí mismo» [...] la imposición de deberes a los trabajadores se justifica en la virtualidad de una correcta y adecuada protección de su seguridad y salud en el trabajo. Las mayores cautelas empresariales para su salvaguardia pueden quedar desprovistas de cualquier efecto si no se exige la colaboración del trabajador en su efectividad (Gutiérrez-Solar Calvo 1999: 208-209).

en interés ajeno; así, el sujeto de derecho, en virtud del deber, queda sometido a la realización de comportamientos —obligaciones de dar, hacer o no hacer— para satisfacer intereses ajenos. En puridad, podríamos señalar que un deber jurídico se orienta a la satisfacción de intereses de un tercero en la relación jurídica, mas no tiene por objeto la satisfacción de intereses propios. Sin embargo, la seguridad y salud en el trabajo propone categorías jurídicas más complejas que las tradicionalmente estudiadas, imponiendo sobre los trabajadores deberes jurídicos de colaboración, pero en interés de la vida, seguridad y salud propias.

Por consiguiente, el derecho de reubicación, además de ser irrenunciable e indisponible desde la perspectiva del trabajador, involucra en su esencia un correspondiente deber de colaboración de parte del trabajador con la finalidad de permitir al empleador el cumplimiento de sus imperativos jurídicos en materia de seguridad ocupacional, por lo que es posible admitir la original manifestación de un deber privado del trabajador de proteger sus propios intereses a su seguridad y salud en el trabajo (Gutiérrez-Solar Calvo 1999: 210-211).

Dentro de esta óptica tenemos que los poderes disciplinarios del empleador son una herramienta que reconoce el ordenamiento jurídico para la satisfacción de intereses propios del patrono, es decir, como coadyuvante del poder de dictar órdenes e instrucciones en orden a los objetivos organizacionales. Asimismo, esta atribución (el poder disciplinario) tiene un objeto mayormente patrimonial, ya que la actividad empresarial persigue intereses esencialmente económicos. ¿Cómo entonces concebir la viabilidad de la aplicación de medidas disciplinarias para sancionar las conductas de los trabajadores contrarias a su propia seguridad, toda vez que estos deberes de colaboración se estatuyen en interés ajeno del empresario y persiguen un propósito extrapatrimonial (la vida y salud)?

La doctrina ha tendido a dar respuesta a esta interrogante enfatizando una vez más las innovaciones que la seguridad y salud en el trabajo ha introducido en las categorías usuales sobre las cuales se ha construido el Derecho del Trabajo. Así, se ha señalado que los poderes disciplinarios del empleador en el ámbito de la seguridad y salud son, además de necesarios —para coadyuvar a la concreción de las conductas debidas del trabajador—, una distinta manifestación de ese mismo poder disciplinario tradicional, sólo que construido ya no sobre la relación jurídico

laboral patrimonial clásica (deber de prestar trabajo y de retribuir el trabajo), sino sobre una relación jurídica extrapatrimonial paralela (la surgida en relación a derechos y deberes de seguridad y salud), originada con ocasión del mismo contrato de trabajo.

Por nuestra parte, coincidimos con la lógica de este planteamiento, siendo que el mismo reafirma la posibilidad de sancionar la falta de colaboración del trabajador respecto de la reubicación efectiva, así como cualquier otra conducta contraria a la prevención de riesgos laborales. Afirmamos junto con Gutiérrez-Solar Calvo:

Al lado de los típicos poderes contractuales del empresario, el poder de dirección y el poder disciplinario, han de reconocerse unos poderes paralelos y autónomos del mismo sujeto en materia de seguridad y salud en el trabajo [...]

En definitiva, se deben diferenciar en el seno de esta relación compleja [la relación laboral] dos relaciones jurídicas particulares diferentes: a) una relación jurídica particular patrimonial, construida a partir del derecho subjetivo de crédito del empresario y la correlativa prestación de hacer del trabajador, a cuya realización coadyuvan los poderes empresariales de dirección y disciplinarios, en sentido estricto; b) una relación jurídica particular extrapatrimonial, en la que el deber del trabajador de seguridad y salud no es sino el reverso de unos especiales poderes del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. (1999: 200-201)

Por nuestra parte, creemos que el deber de buena fe es pasible de evaluación desde otras perspectivas y en otras circunstancias, además de las ya descritas por la doctrina:

- Toda vez que el empleador, como producto de sus obligaciones de vigilancia de la salud de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos ocupacionales, debe hacer un seguimiento particular de la salud del trabajador luego de operada la reubicación, la buena fe le exigiría al empresario, en función de los resultados médicos obtenidos, reevaluar la idoneidad de su decisión, para confirmarla o enmendarla. De ser este último el caso, el empleador debería disponer la ocupación de un puesto vacante diferente. Tal obligación además servirá para determinar de

buena fe los límites temporales de la reubicación en función del progreso o deterioro de la salud del trabajador.

- Igualmente, será manifestación de buena fe del empleador en el ejercicio de su obligación de reubicación el dotar al trabajador de la capacitación pertinente que resulte necesaria para el desempeño del puesto asignado en las condiciones de mayor normalidad posibles⁵⁷. Hay que recordar que el deber de reubicación toma también sentido en base a la responsabilidad social que debe asumir el empresario en el medio en que se desenvuelve, siendo cuando menos razonable que el empleador procure la menor penuria posible al trabajador que adquirió un estado de discapacidad en el desempeño de las actividades laborales requeridas por la organización empresarial, promoviendo y facilitando su reinserción en la actividad productiva.
- En adición a lo anterior, la buena fe imprime sobre el trabajador el deber de transmitir al empresario cualquier modificación en su estado de salud, sea para mejora o desmejora, a fin de permitirle al empleador la realización de medidas más eficaces para la protección de la salud del trabajador (evitándole así cualquier responsabilidad económica o administrativa ulterior) o, de ser el caso, para que se expedito el retorno al puesto original. Asimismo, debe entenderse como parte de su deber de buena fe que el trabajador realice las nuevas labores asignadas con profesionalismo, de la mejor manera posible dentro de los límites que determina su capacidad reducida. La reubicación del trabajador, si bien es una medida que procura evitar un penoso despido, no debe entenderse tampoco como una gracia o concesión empresarial, pues ella no exonera al servidor de sus deberes de lealtad y diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

⁵⁷ La posibilidad de despedir al trabajador movilizado por un accidente de trabajo o enfermedad profesional por un rendimiento deficiente en el desempeño del puesto o por causas atribuibles a su capacidad puede suscitar un debate amplísimo. Sobre el particular, nos quedan dos cosas claras: (i) las causas por las que la ley consagra la movilidad funcional coinciden con causas por las que la ley, de ordinario, autoriza el despido de un trabajador (detrimento de la capacidad para el desempeño del puesto), lo que parecería sugerir una evaluación especial de estos casos en relación al despido; y (ii) admitir de manera amplia la viabilidad de este tipo de despidos sobre los trabajadores reubicados podría legitimar un indeseable fraude contra la ley. Parecería en principio más adecuado sumarnos a los planteamientos de Fabregat al afirmar que, transcurrido un tiempo razonable, si el trabajador no se adaptara a las funciones, podría el empleador recurrir al despido, pero teniendo en cuenta, al analizar la causalidad, que el eficiente rendimiento no podría exigirse desde el principio y durante un determinado período de adaptación, pues se trata de una persona con una sensibilidad especial que no realiza las nuevas funciones de forma habitual, y admitiendo la posibilidad incluso de que el rendimiento pueda ser menor que el habitual del resto de la planilla (2002: 119).

5.4. La reubicación y la prohibición de menoscabo en la categoría profesional

La prohibición del menoscabo de la categoría profesional, al igual que la prohibición de afectar el salario es, según la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, una condición ineludible para la concretización de la reubicación por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En dicha virtud, las reubicaciones que se pretendan materializar mediando el detrimento de la categoría (y del salario), serían contrarias al tenor del dispositivo legal.

Esta conclusión —aparentemente clara y evidente— es el resultado de una opción legal, de una determinación de política legislativa orientada por el propósito de contener de manera amplia y resuelta los efectos nocivos derivados del infortunio laboral en la profesionalidad del trabajador. Sin embargo, es una opción no relevada de polémicas doctrinarias como veremos más adelante.

En general, dado que la movilidad funcional provoca la continuación del vínculo laboral, el propósito de dicha exigencia —no afectar la categoría y el salario— es cautelar que la afección o el detrimento sobrevenido sobre la salud y las capacidades laborales del trabajador no traigan consigo un decaimiento de ciertas condiciones de trabajo logradas por el servidor antes del acaecimiento del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. Dos de esas condiciones logradas son, precisamente, la remuneración y la categoría profesional, las que pasan a integrar lo que algunos sectores doctrinales identifican como parte del patrimonio profesional del trabajador. De esta manera, la alteración de estas condiciones siempre ha planteado —y seguirá planteando— disquisiciones jurídicas diversas destinadas a plantear, evaluar y revisar los límites a la variación de la relación laboral en estos extremos. Tradicionalmente la inamovilidad de estos límites ha sido opuesta a la voluntad unilateral modificativa del empleador; sin embargo, poco se ha escrito respecto de la inamovilidad en supuestos como el que es materia de nuestro estudio, donde no existe iniciativa patronal orientada por propósitos organizativos o económicos, sino un imperativo legal modificativo de las condiciones contractuales pactadas por razones sociales.

Sin necesidad de calificar en esta etapa si la regulación específicamente adoptada en la norma peruana es rígida o no, o si es conveniente o no, consideramos que ella es, en abstracto, una derivación última extraída por el legislador a partir del principio tuitivo, el cual se manifiesta bajo el siguiente razonamiento: ante un supuesto sobreviniente e imprevisto

que podría afectar los logros profesionales del trabajador (categoría y salario), se opta por darle protección a través de una cláusula legal de garantía o indemnidad, como aparejo de la continuación de la relación laboral. Así, el legislador ha entendido que el infortunio podría conllevar en los hechos a una alteración de la posición relativa ocupada por el trabajador al interior de la organización (rebaja de categoría) y, por efecto de ello, la realización de un trabajo de menor paga. Esto es lo que se pretende evitar con las reglas impuestas a la movilidad funcional en relación a la categoría y el salario. Pese a que el infortunio laboral es una situación imprevista e indeseada por ambas partes, la reubicación laboral —como una alteración contractual por voluntad de la ley— exige en este extremo una carga intensa a la parte empleadora, pues ésta debe soportar las consecuencias organizativas y patrimoniales del infortunio sufrido por el servidor, ya que la norma no prevé ningún supuesto de excepción a la intangibilidad de las referidas condiciones contractuales.

En este apartado nos referiremos a la intangibilidad de la categoría profesional. En dicho sentido, son dos los aspectos que merecen —a nuestro entender— una mayor profundización en nuestro esquema de estudio: los alcances conceptuales de la categoría profesional como referente o lindero de legitimidad de la movilidad funcional prevista en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y la inamovilidad relativa de la categoría profesional como opción adoptada por el legislador.

5.4.1. La categoría profesional

La primera inquietud que debería surgir es qué debemos entender por “categoría profesional”. Responder esta pregunta no resulta sencillo pues se trata de un término empleado con suma cotidianidad en nuestro medio jurídico laboral, pese a que no existe un referente legal aplicable a las relaciones laborales privadas y tampoco estudios locales que hayan abordado su significación. Es en buena cuenta un estándar jurídico y, por tanto, un concepto maleable, rutinariamente usado, pero muy poco concreto, lo que lo hace pasible de multiplicidad de enfoques. Resulta paradójico incluso que los operadores nos sintamos ordinariamente más aptos para acusar la alteración de la categoría profesional, en lugar de reconocernos suficientes para trazar una definición al concepto. Ello es demostrativo de una institución por naturaleza esquiva a nuestra aprehensión por su origen eminentemente subjetivo, siendo que al día de hoy se le cuestiona por su insuficiencia de cara a las nuevas formas de organización empresarial, las que tienden a apostar más por una valoración objetiva de las tareas (*job evaluation* o de valoración de las tareas bajo sistemas de

puntos)⁵⁸.

Mal que bien, las categorías profesionales se han encontrado presentes en las organizaciones productivas desde la adopción del modelo fordista de la división del trabajo. Su génesis va aparejada a una necesidad empresarial organizativa evidente: la necesidad de todo empleador de clasificar las tareas. Esta clasificación ha sido necesaria no sólo con fines productivos, sino también para fijar jerarquías según el valor de las tareas en un organigrama sistemático y establecer, en base a aquél, las tasas de salarios⁵⁹.

Toda clasificación es orientadora en un doble sentido: por un lado, a todo empleador le resulta útil y necesaria la clasificación con la finalidad de vincular las diferentes funciones que se cumplen al interior de la empresa, obteniendo así el máximo provecho posible a la ordenación del trabajo en base a la sinergia de sus componentes; y, de otro lado, le permite a todo trabajador tener un referente para la concreción de su actividad laboral o profesional. Respecto de esto último, debe tenerse presente que, al momento de la contratación laboral, se produce —expresa o implícitamente— una suerte de encuadre de la prestación convenida en el organigrama de la empresa, lo que a su vez determina la ubicación relativa del trabajador en la organización. Es por ello que algunos autores han distinguido entre el “acto de clasificación profesional” y el “acto de calificación profesional”: la inserción del trabajador en alguno de los renglones del sistema de clasificación profesional preexistente es un acto de “calificación profesional”, mientras que la “clasificación profesional” es dicho acto anterior, consistente en establecer las clases en la organización (Valle Muñoz 1998: 25).

La clasificación en base a categorías profesionales es una de las formas cómo se puede

⁵⁸ Esto ya lo había advertido Sala Franco hace muchos años atrás. Él afirmaba que el sistema de encuadramiento de los trabajadores en la empresa ha tenido tradicionalmente en cuenta el método de clasificación profesional (categorías profesionales), pero la realidad interna de la empresa va cambiando hacia nuevas formas de organización empresarial en las que se tiende a practicar una clasificación más objetiva, no en función de la capacitación profesional del trabajador, sino tomando como referente las funciones específicas que desempeña, por la utilidad que se obtiene de su trabajo. En este sentido, los sistemas de *job evaluation* o *job analysis* son técnicas para valorar sistemáticamente los puestos de trabajo a fin de obtener puntuaciones para cada puesto, lo que se transforma posteriormente en términos monetarios (1973: 52-53).

⁵⁹ No resultaría extraño especular acerca de una posible crisis de las categorías profesionales como forma de organización del trabajo, toda vez que este mecanismo ha surgido históricamente como parte de un sistema rígido de división del trabajo, hoy en franco abandono. Así, si la transformación de las formas de producción y la aparición de distintas estructuras empresariales colocan en jaque a la tradicional concepción de la empresa fordista de producción, la misma situación debería ser padecida por las instituciones derivadas del antiguo sistema; entre ellas, las categorías profesionales. Una de las manifestaciones más saltantes de esta posible crisis es la polifuncionalidad exigida por la empresa moderna, lo que dificulta cada vez más el “encasillamiento” de la labor debida y los puestos de trabajo a rígidos parámetros de división del trabajo. Sin duda es un tema sumamente interesante, pero no abundaremos en él por ajearse del objeto puntual de nuestro estudio.

estructurar sistemáticamente las tareas al interior de la empresa, no sólo con propósitos organizativos, sino también con la finalidad de fijar salarios por categorías. En 1986, la Comisión de Expertos de la OIT, con ocasión del Estudio General sobre Igualdad de Remuneración, ubicó a la clasificación por categorías como parte de los métodos no analíticos (subjetivos) de evaluación de las tareas, a la par del método de la ordenación; y en contraposición de los métodos analíticos (u objetivos), representados por el sistema de puntos y método de comparación de factores (OIT 1986: 116-118). Para dicho organismo, el método de establecer categorías profesionales parte por establecer grados diferentes de puestos por referencia a criterios específicos, tales como la educación, las calificaciones, responsabilidades y condiciones de trabajo (ej. obreros, obreros calificados, empleados, empleados calificados y altamente calificados, administrativos, directivos, etc.). Luego de ello, la descripción de los puestos debería permitir asignar los puestos a las respectivas clases o categorías. Aunque el método presenta limitaciones para las grandes empresas (debido a que éstas tienen un gran número de empleos con contenidos diversos, lo que podría generar juicios subjetivos al interior de un método que, de por sí, ya tiene altas dosis de subjetividad), no se niega en ningún momento su amplia recepción en el mundo del trabajo. Muestra de ello es el caso peruano y, más concretamente, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que al regular la reubicación por accidente de trabajo o enfermedad profesional se remite explícitamente al concepto de categoría profesional.

Aunque podría resultar ocioso o redundante mencionarlo, la categoría profesional no es conceptualmente equiparable al puesto de trabajo; vale decir, ambas nociones no significan ni podrían significar lo mismo. El puesto de trabajo se encuentra definido por un conjunto de actividades y responsabilidades o deberes asignados más o menos determinables. Si bien la particularidad del contrato de trabajo es que es de “objeto determinable”, lo cual se concreta en el devenir propio de la relación laboral a través de las especificaciones y órdenes que puede impartir el empleador en ejercicio de sus facultades directrices, cierto es también que el trabajador de ordinario no se obliga al momento de su contratación genéricamente “a trabajar”, sino a realizar la prestación de una determinada clase de trabajo (Valle Muñoz 1998: 29); delimitación que más o menos es trazada por la pertenencia a determinada categoría profesional. Dicha unidad de actividades y responsabilidades —el puesto de trabajo— se inserta en esa estructuración o clasificación profesional delineada previamente por el empleador, que es específica para su organización productiva, y que es también producto de la valoración y ponderación de criterios generales más o menos flexibles, pero usualmente compartidos —y con diferente intensidad— entre las distintas formas

organizativas empresariales.

¿Cómo entender entonces la categoría profesional? Para Camps Ruiz, “la «categoría profesional» identifica un conjunto de funciones que requieren una misma aptitud profesional y a las que normalmente, aunque no de modo obligatorio o necesario, corresponderá una misma retribución, constituya ésta la totalidad o sólo una parte de la cuantía salarial” (1994: 16). Este planteamiento, que es el que mayormente coincide con los criterios generales que se han sentado sobre el particular en la doctrina, puede ser complementado con lo que hemos venido exponiendo anteriormente. En ese sentido, podría la categoría profesional ser entendida como un criterio de clasificación de las personas al interior de la organización empresarial que, aunque de basamento subjetivo, sirve como parámetro referencial para delimitar las prestaciones debidas por los trabajadores en ella comprendidos, y que se funda en la posesión por parte de dichos trabajadores de cierto tipo de competencias, aptitudes y calificaciones profesionales reputadas como equivalentes, del mismo nivel o de la misma importancia, lo que va aparejado de condiciones laborales más o menos semejantes y la asignación actividades laborales y niveles de responsabilidad en cierta forma equiparables al interior de la organización; equiparación que se da dentro del sistema de clasificación no por el contenido o similitud específica de estas labores, sino que dicha equiparación se debe a una importancia relativa de similar grado al interior de la empresa. Precisamos que aquellas competencias, aptitudes y calificaciones profesionales que sirven para “delimitar” la categoría no son todas las que efectivamente posean los trabajadores de esa misma categoría, sino aquéllas que se identifiquen como necesarias para pertenecer a la categoría profesional y en función de las cuales fue contratado el trabajador. De lo contrario, la sola adquisición de competencias o alteración de la calificación profesional personal por parte de los trabajadores causaría la alteración automática de la ordenación dispuesta, lo que devendría en un despropósito.

Pese a las subjetividades que se encuentran involucradas alrededor de la noción y la plasmación de las categorías profesionales en la práctica, debe quedar claro que con la categoría se busca realizar una suerte de enumeración general de tareas en que la misma es descomponible, de tal manera que se asocie a la categoría la realización de un determinado plexo de funciones más o menos detallada que deberán cumplir los trabajadores asignados a la misma (Valle Muñoz 1998: 88-89).

La categoría profesional puede ser aprehendida no sólo por su definición (lo cual de por si

es una tarea problemática y abierta a toda casuística), sino también por sus propósitos organizativos, al procurar la ubicación o posicionamiento del trabajador al interior de la empresa en un doble sentido: (i) de forma individual, en la medida que otorga una calificación determinada al trabajo realizado, lo que a su vez sirve de elemento referencial para la identificación y determinación de la prestación laboral debida, originalmente pactada con márgenes “determinables”, evitando así una exagerada “indeterminación” del objeto del contrato de trabajo; y (ii) de manera colectiva, pues posiciona al trabajador relacionalmente respecto de los demás trabajadores, lo que incide sobre las jerarquías y los salarios. En semejante sentido ha opinado Sala Franco, para quien la categoría cumple dos importantes funciones: determina el objeto de la prestación de servicios en la medida que concreta las funciones a desempeñar por el trabajador, que deberán ser en todo caso las correspondientes a su categoría; y se relaciona con un tratamiento retributivo específico y distinto según las categorías (1973: 38).

Llegado a este punto, y asumiendo como inherentes al concepto las limitaciones que supone la concepción de la categoría profesional, cabe preguntarse ¿a qué alude la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo cuando exige que el traslado del trabajador se concrete sin menoscabo de la categoría profesional? Brindamos algunas ideas para despejar esta incertidumbre.

- La limitación en cuestión no supone necesariamente trasladar al trabajador a un puesto similar o con funciones y responsabilidades relacionadas, análogas, próximas o parecidas a las anteriores. Aunque en algunos casos la movilidad funcional podría adoptar este desenlace, debe recordarse que los linderos que plantea la ley para una movilidad funcional lícita no está restringida por el puesto de trabajo o por las funciones que éste implica, sino por la categoría profesional a la cual pertenece el trabajador, que —como hemos visto— constituye un concepto de mucha mayor amplitud que el primero. En ese sentido, es la categoría profesional la franja

Sin perjuicio de lo anterior, en algunos casos el traslado a un puesto semejante podría no resultar una medida preventiva óptima si lo que se quiere es proteger la integridad del trabajador. Así, si el puesto de destino expone al trabajador a riesgos ocupacionales semejantes a los del puesto original (lo que no es infrecuente entre puestos similares), la movilidad funcional será en dicho supuesto ilícita por no ser una medida preventiva idónea. Sin embargo, si el puesto destino —que es semejante

al original, dentro de la misma categoría— está exento de esa exposición intolerable o incontrolable para el trabajador especialmente sensible —por realizarse en un ambiente o bajo condiciones ambientales distintas, por ejemplo—, la movilidad funcional será lícita; pero lo será no porque se trate de un puesto semejante, sino porque la movilidad ha operado dentro de la categoría profesional.

- Ahora bien, la ley no sólo permite la movilidad funcional dentro de la misma categoría profesional. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “menoscabar” tiene como acepciones más usuales las de “*disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo*”. Por consiguiente, la prohibición de menoscabar la categoría tendría por objeto considerar como ilícitas sólo las situaciones de desmejora o reducción de la misma; de ahí que se deban considerar como válidos no sólo los supuestos de conservación de la misma categoría profesional, sino también: (i) la asignación a una categoría equivalente y (ii) el traslado a una categoría superior. Estas conclusiones son inmediatas atendiendo a la semántica empleada por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Siguiendo las pautas mayormente recogidas por la doctrina, podemos afirmar pues que la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo admite expresamente como lícitas las denominadas “movilidades funcionales horizontales” (las que se dan dentro de la misma categoría profesional o entre categorías equivalentes), proscribire implícitamente las “movilidades funcionales descendentes” (las que se dan hacia categorías profesionales inferiores), y guarda silencio respecto de las “movilidades funcionales ascendentes”; esto último, debido a la naturaleza de “piso legal” que encarna este dispositivo legal, pues su objeto es garantizar que la movilidad funcional se realice bajo condiciones que la norma entiende como mínimas (traslado dentro de la misma categoría o una semejante). En todo caso, la “movilidad funcional ascendente”, de materializarse, sería lícita por no vulnerar el mínimo indisponible.

- En principio, las movilidades funcionales horizontales y las ascendentes no deberían plantear mayores cuestionamientos jurídicos derivados en tanto el trabajador posea las competencias profesionales requeridas para el puesto destino y, naturalmente, la capacitación suficiente en la prevención de riesgos profesionales pertinente para la nueva posición.

Sin embargo, podrían presentarse supuestos excepcionales en los que, como consecuencia de la movilidad funcional practicada, surja una colisión entre el desempeño efectivo del puesto destino y el ejercicio de un derecho fundamental del cual es titular trabajador. En tales casos consideramos que la consecuencia debería ser la revisión de la movilidad funcional a efectos de plasmarla, en la medida de lo posible, en una relación de coordinación o de compatibilidad con el derecho fundamental enfrentado; de no ser ello factible, la movilidad debería ser reformulada por la prevalencia de los derechos de ciudadanía.

- Atención especial podría ameritar la movilidad funcional ascendente en algunos aspectos importantes, sin perjuicio de las consideraciones referidas al salario que, desde nuestra posición, deben analizarse con independencia de las incidencias sobre la categoría profesional, como más adelante precisamos.

Así, una primera pregunta que surge es si el empleador, al momento de evaluar la existencia de posiciones vacantes para reubicar al trabajador, debe limitarse a la categoría profesional ocupada por el trabajador al momento de ocurrir el accidente de trabajo o de detectarse la enfermedad profesional, o si es que debe evaluar también la existencia de posiciones vacantes en las categorías superiores.

En estos casos, atendiendo a la literalidad de la norma, a su carácter de mínimo legal relativo, y al deber de buena fe que pesa sobre el empleador al realizar el estudio de la organización a fin de determinar la existencia de vacantes, creemos que la evaluación en cuestión debería comprender también la verificación de posiciones disponibles en categorías superiores. Evidentemente, la viabilidad de una movilidad funcional de este tipo exige comprobar de manera efectiva que el trabajador posee las cualificaciones y/o aptitudes profesionales y/o técnicas para su ocupación.

Ahora bien, a esta afirmación concurren también matices. Una excepción jurídicamente válida a la movilidad funcional ascendente, aun cuando se verifique la existencia de posiciones vacantes, se debe dar cuando el puesto vacante tentativo corresponde a un puesto de confianza o de dirección. En estos casos, el especial y más elevado nivel de confianza personal que vincula al trabajador con el empleador (que es precisamente lo que determina que este último le confiera a aquél su

representación, la dirección del negocio, la toma de decisiones, el compartir información reservada de propiedad de la empresa, etc.), hace que creamos poco sustentable admitir que la movilidad funcional ascendente pueda, por su propio mérito, ignorar o subordinar la atribución empresarial de seleccionar al personal que ocupará las posiciones de confianza. Dicho de otro modo, no resultaría imperativo para el empleador trasladar al trabajador a puestos de confianza y/o de dirección vacantes en virtud de la movilidad funcional prevista en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, puesto que la ocupación de estos puestos especiales depende no sólo de la tenencia de competencias profesionales y/o técnicas, sino de consideraciones que trascienden estos aspectos, hasta el punto de atender a circunstancias personalísimas del individuo —en general, la confianza—, las cuales no pueden ser suplidas, reemplazadas o desplazadas por la existencia de deberes empresariales en torno a la movilidad funcional por causa de infortunio laboral, so pena de desnaturalizar el instituto jurídico y la particularidad jurídica que asiste a los trabajadores de confianza.

Un segundo aspecto a tenerse presente en torno a la movilidad funcional ascendente es que no puede ser confundida con un ascenso. La nota distintiva entre uno y otro supuesto es, a nuestro entender, el carácter temporal que ostenta la movilidad funcional en tanto medida preventiva orientada a garantizar la vida y la seguridad del trabajador. Como bien se ha afirmado:

[...] la previsible permanencia del trabajador en esa situación no impide la posibilidad de someter al trabajador a reconocimientos médicos periódicos. De tal suerte que, si tras uno de ellos, se detectase una mejora en la salud del trabajador que le permitiera realizar las funciones que de forma previa a la movilidad realizaba habitualmente, nada impedirá aceptar que éste deba volver a su puesto original y ser reclasificado de nuevo, esta vez, *in peius*. Puesto que nunca debe perderse de vista cuál es el origen, motivo o causa de la movilidad. (Fabregat Monfort 2002: 106)

En este escenario, un asunto no resuelto por la ley y ampliamente debatible es el caso que la movilidad funcional ascendente se produzca y el trabajador no tenga

posibilidades de recuperar su capacidad laboral original. En esta situación ciertamente extrema, seguir afirmando que la movilidad funcional ascendente es de naturaleza temporal sería artificioso, carecería de asidero real o fáctico. Podrían especularse dos posibles soluciones a esta hipótesis: (i) afirmar que se produce una consolidación en el puesto de categoría superior, de tal manera que la consecuencia práctica sea efectivamente un ascenso producto de la concurrencia de los hechos acaecidos —movilidad funcional ascendente y estado de irrecuperabilidad del trabajador—; (ii) negar que se produzca en estos casos un ascenso, siendo factible que el empleador repositone al trabajador en otros puestos compatibles con la categoría inicialmente ostentada —o una superior—, hasta que el trabajador pueda ocupar, en definitiva, un puesto compatible con su categoría original.

Parte de la doctrina ha calificado a estos supuestos como anómalos (Sala Franco 1973: 139), mientras que otros sectores sostienen decididamente que debería entenderse producido un ascenso en estos casos (Fabregat Monfort 2002: 108). En lo que a nosotros concierne, estimamos que debería rechazarse jurídicamente la idea de una equiparación entre estos supuestos de movilidad funcional y propiamente un ascenso por las siguientes razones: (i) la reubicación causada por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional tiene una naturaleza esencialmente preventiva, lo que no significa negar su evidente intersección o puntos de conexión con las instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo (tales como la movilidad funcional); pero de ahí a afirmar que a través de una institución preventiva se pueda perfeccionar o consolidar un ascenso dentro de la jerarquía organizacional parece exceder los propósitos primigenios de la institución en un mal entendido sentido de la protección del trabajador; (ii) a mayor abundamiento, conviene invocar la STC 04331-2008-AA/TC del 12 de setiembre de 2008 que, si bien se pronuncia sobre el ascenso en la carrera administrativa, no deja de reconocer como principio rector —perfectamente trasplantable a las relaciones laborales privadas— que el derecho al ascenso parte por tomar en cuenta los méritos profesionales del trabajador tales como el tiempo de servicios, capacidad, competencia, probidad, calificaciones, etc.⁶⁰,

⁶⁰ “[...] 7. La promoción en el empleo en igualdad de condiciones es un derecho fundamental que se encuentra reconocido en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Así, en virtud del inciso c) del artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Estado peruano reconoce el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren la igual oportunidad para ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad. En sentido similar, el inciso c) del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconoce que

por lo que asentar la consolidación de un ascenso circunstancialmente determinado por la reubicación legalmente diseñada con fines preventivos, parecería no cuajar con aquel principio.

Por ende, consideramos que la movilidad funcional no se basta a sí misma para perfeccionar un ascenso, debido a las diferentes consideraciones que orientan a cada uno de estos institutos. Debido a las circunstancias excepcionales que rodean la reubicación de un trabajador que no recuperará sus capacidades laborales originarias, a fin de que la movilidad funcional ascendente no se confunda en los hechos con un ascenso, y habida cuenta que no se podrá realizar una reubicación meramente temporal, nos parece razonable admitir la posibilidad de que el trabajador sea sucesivamente reubicado hasta ocupar una vacante correspondiente a su categoría profesional originaria de manera permanente; salvo que el empleador, claro está, consienta la materialización del ascenso.

- Admitido que fuere como válido el supuesto de la reubicación a una categoría equivalente, surge pues la interrogante acerca de qué se debería entender por ello, pues no parecería suficiente ni razonable admitir que esta equivalencia esté determinada por una simple elección azarosa o que se resuelva tan sólo con una somera remisión y aplicación abstracta del organigrama interno de la empresa. Toda vez que la intención de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo es evitar cualquier perjuicio en lo que atañe a la categoría, será pertinente pues determinar qué alcances, relevancia o significación adquiere para el trabajador la categoría profesional en el desenvolvimiento de la relación laboral (más allá de ser un elemento de concreción o delimitación de la prestación debida por el trabajador), a efectos de buscar que dichos roles sean debidamente cautelados en el proceso de determinación y asignación de la categoría equivalente.

el trabajador tiene derecho a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

[...]

De este modo, el derecho a la promoción en el empleo se vulnera cuando se imponen restricciones que impiden o dificultan a los trabajadores ascender en base a sus méritos [...] o cuando no se les promueve por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, a pesar de que cuentan con los méritos suficientes [...]

9. La promoción o ascenso en el empleo se vincula con una actividad previa —la capacitación o formación profesional— y una garantía de igualdad y de no discriminación para el conjunto del resto de los trabajadores. Por ello, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador exigen como requisito objetivo de la promoción la acreditación de un conjunto de aptitudes, conocimientos teóricos y prácticos y experiencia que permitan ejercer una ocupación determinada [...]” (subrayados nuestros).

Sobre este concepto se han tejido ideas inexactas que han procurado hallar solución al problema partiendo de un análisis parcial del fenómeno (por ejemplo, poniendo énfasis único en las funciones o tareas desempeñadas por el trabajador en la categoría originaria, de tal manera que la categoría equivalente sería aquella que consiste en la realización de labores semejantes); y hay quienes se encontrarían tentados a encontrar la equivalencia en aspectos relacionados o derivados de la categoría profesional ostentada (como por ejemplo, la retribución percibida, de tal manera que serían equivalentes las categorías retribuidas de semejante manera). Rechazamos estas tendencias por ser replanteamientos formales o una mera sustitución de palabras (“labores equivalentes”, “tareas equivalentes”, “labores o tareas afines”, “funciones equivalentes”) en torno a un concepto que requiere, en adición, un análisis más profundo en los términos anteriormente anunciados.

Con dicha finalidad, hallamos en la doctrina de la profesionalidad del trabajador mejores y más amplios criterios para la determinación de las categorías equivalentes. Esta doctrina, no obstante su elevada complejidad y dificultades de aplicación práctica, tiene la virtualidad de enfocar la significación de la categoría profesional con mayor completitud, tanto en lo dinámico como en lo estático, garantizando así la capacidad profesional del trabajador presente y potencial (Luque Parra 1999: 258). Esto no niega que exista un ejercicio base que parte del análisis de las prestaciones laborales comprometidas en el puesto de la categoría de origen y el puesto de la categoría de destino, a efectos de corroborar su intercambiabilidad y tener un punto de partida para la ubicación de la categoría equivalente —un juicio en principio formal—. Sin embargo, el análisis que propone la perspectiva de la conservación de la profesionalidad añade nuevos panoramas a este ejercicio inicial, aproximándose a lo que sería un juicio más bien sustancial, cuya finalidad es procurar más allá del no menoscabo de la categoría, el no menoscabo de la profesionalidad del trabajador.

En efecto, parece pacíficamente admitido, como punto de partida, que “por categorías equivalentes hay que entender aquellas que, aun teniendo encomendadas funciones diferentes, éstas tienen un grado de tal similitud que permiten la adaptación del trabajador de la categoría de origen al desempeño de las funciones propias de la categoría de destino y viceversa con suma facilidad” (Valle Muñoz 1998: 91). Este análisis debe darse no sólo de forma unidireccional entre la

categoría de origen y la de destino, sino bajo el criterio de la intercambiabilidad o reciprocidad (Valle Muñoz 1998: 95). Así, el examen de equivalencia verifica, en una primera etapa, si un trabajador hipotético perteneciente a una categoría de origen determinada, puede realizar las funciones comprendidas en la categoría de destino; y viceversa, es decir, si el trabajador de la categoría de destino podría también realizar las funciones consideradas en la categoría original considerada previamente. De confirmarse la bidireccionalidad, se tendrían en principio categorías equivalentes. Por ejemplo, la bidireccionalidad no se satisface si comparamos las categorías de personal contable y asistentes administrativos, pues si bien el personal contable podría contar con las competencias para desarrollar las labores de los asistentes administrativos, éstos no podrían desempeñar las labores propias de la contabilidad de la empresa, pues para ello se requeriría una formación profesional específica que supera largamente cualquier obligación formativa del empleador.

Pero en adición a lo anterior, la aplicación de la doctrina de la profesionalidad podría en un supuesto concreto contribuir a reafirmar, mediante un nuevo análisis sustancial, la equivalencia advertida entre las categorías preliminarmente equiparadas a partir del juicio llevado a nivel formal. Pero podría también aportar una nueva visión para la equiparación de categorías que podrían no haber sido formalmente compatibles *prima facie* en la evaluación formal, obligando al replanteamiento del problema en nuevos términos. Esto se logra a través de la comprensión de las dimensiones subjetivas y objetivas de la profesionalidad, dimensiones que no hacen sino poner de relieve significaciones inadvertidas derivadas de la categoría profesional para el trabajador, en tanto sujeto con una trayectoria y perspectivas personales en lo intelectual, laboral, etc.

- (i) En una dimensión subjetiva, la equivalencia se verificará “cuando la categoría de destino permita la utilización y perfeccionamiento de la habilidad y de la experiencia adquirida por el trabajador movilizado en la categoría profesional de origen” (Luque Parra 1999: 257).

Es sin lugar a dudas un criterio complejo e incluso cuestionado por algunos sectores de la doctrina, pues llevado a su aplicación práctica más extrema, elementos colaterales tales como la edad, la formación básica, las habilidades, las experiencias previas, entre otros elementos, podrían

relativizar todo esfuerzo por equiparar las categorías. Sin embargo, creemos que las críticas en cuestión reposan sobre el presupuesto errado de buscar comparaciones a partir de las individualidades los trabajadores, siendo lo más preciso hacer un esfuerzo por comparar las características abstractas de las propias categorías involucradas.

En esta línea, con el propósito de concretar los alcances de la perspectiva subjetiva y evitar singularidades que hagan impracticable los importantes principios que ésta pretende resguardar, se han tendido dos parámetros o criterios que, de comprobarse, confirmaría la existencia de categorías equivalentes en lo subjetivo: las denominadas “aptitudes necesarias” y los procesos simples de formación o adaptación.

En lo que concierne a las aptitudes necesarias, recuerda Valle Muñoz:

Por lo que refiere a una aptitud «necesaria», lo será aquella que permita el desempeño de las funciones propias de una categoría [categoría de origen] y las básicas de la otra categoría [categoría de destino]. [...] En cualquier caso, el desarrollo de la nueva categoría debe permitir el mantenimiento e incluso el enriquecimiento de la específica profesionalidad del trabajador. Es lo que la doctrina italiana ha dado en llamar la preservación del patrimonio profesional precedentemente adquirido. (1998: 97)

Este precepto, aplicado a la movilidad funcional con ocasión del infortunio laboral, tiene por objeto que el trabajador no sufra el perjuicio de ser reubicado a una posición en la que se ignore por completo los conocimientos teórico-prácticos poseídos (y aplicados en la posición originaria) y/o aquéllos que hayan sido adquiridos durante el desenvolvimiento del vínculo laboral. Esto no significa garantizar al trabajador un determinado perfil profesional, sino que, tomando en cuenta el trasfondo de conocimientos comprobados y de experiencia profesional adquirida, la movilidad debería estar dirigida a una posición donde dichos conocimientos puedan seguir siendo aprovechados por el propio servidor, contribuyendo al enriquecimiento de su profesionalidad. No

es difícil antelar las grandes complejidades que, aun así, podrían girar en torno a estos conceptos generales, pues no se trata de una fórmula de aplicación inmediata. Parecería pues no haber otra solución distinta que la búsqueda de soluciones a partir de casos muy concretos.

Ciertos sectores doctrinarios señalan que la custodia de la profesionalidad en la movilidad funcional es una manifestación de la dignidad del trabajador. En ese sentido se manifiesta Fabregat Monfort, quien identifica la “dignidad profesional” como el “conjunto de conocimientos, habilidades y experiencias que puede tener el trabajador”, los que pueden llegar a peligrar ante supuestos de cambios en la realización de su prestación (2002: 65-66). Esta afirmación nos resulta sumamente plausible, pues parte de un presupuesto transversal a todo el ordenamiento laboral, que es que el trabajador no es simplemente una pieza del proceso de producción, sino un ser libre y con fines propios, de ahí que el empleador deba prestar la consideración debida a la dignidad del trabajador⁶¹, y para ello existen algunas figuras tales como las categorías profesionales y las disposiciones en materia de movilidad funcional, entre otras tantas (Pacheco 2007: 71).

Finalmente, en lo que atañe a los procesos formativos, se ha afirmado que la necesidad de implementar procesos “simples” de formación, instrucción o capacitación para la adecuación del trabajador al puesto de destino, sería un elemento demostrativo de una equivalencia entre la categoría inicial y la de destino. Así, mediante dichos procesos no se debería buscar suplir la ausencia de competencias profesionales del servidor, pues de hacerse así, lo más probable es que se esté tratando de reconfigurar el perfil profesional del trabajador hacia una categoría no equivalente, sino diferente.

Si bien la doctrina ha identificado diferentes características o reglas aplicables

⁶¹ Es pertinente recordar que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *la dignidad como principio* “actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares” (STC 02273-2005-PHC/TC, subrayado nuestro).

a estos procesos formativos⁶², para los efectos de nuestro estudio el elemento central está definido por el tiempo de ésta. Así, se debería entender que esta orientación o formación, por ser básica y de mera adaptación, no debería demandar una prolongación excesiva en el tiempo. Si la demandase, posiblemente las categorías no sean equivalentes, apreciación preliminar que debería ser contrastada en conjunto con las conclusiones extraídas a partir de los otros elementos de la profesionalidad.

- (ii) En su dimensión objetiva, la profesionalidad se manifiesta en la formación y promoción profesional del trabajador, de la siguiente manera:

[...] categorías profesionales que subjetivamente pueden ser equivalentes, finalmente no lo sean en función de que no posibiliten la promoción profesional del trabajador cuando ésta era posible en la situación anterior a la movilidad funcional. De igual modo, categorías formalmente no equivalentes pueden serlo efectivamente en función de suponer una mejoría de la formación profesional del trabajador y, en consecuencia, de su profesionalidad. (Luque Parra 1999: 258)

Al igual que los otros criterios analizados anteriormente, la necesidad o no de formación y las posibilidades de promoción no deben ser leídos como fórmulas matemáticas, sino como elementos sintomáticos o indicios referenciales de estarse cautelando —o no— la profesionalidad del trabajador al momento de practicarse la movilidad funcional.

Como señalamos anteriormente, la profesionalidad persigue la protección de la profesionalidad presente y potencial del trabajador. Así, mientras la dimensión subjetiva se orienta a la protección de las circunstancias mayormente actuales, como son el acervo constituido por los conocimientos y las capacidades laborales del trabajador, la dimensión objetiva procura

⁶² Entre ellos, que los procesos formativos deben ser previos a la reubicación, aunque nada obstaría a su realización posterior en caso la formación inicial fuere insuficiente; que la formación puede ser teórica o práctica, sea en la empresa o a través de terceros; que el trabajador tiene la obligación de desarrollar diligentemente estos procesos formativos, bajo apercibimiento de sanción por incumplimiento contractual; y que el empresario no podría pretender durante el período de formación del trabajador reubicado que éste desarrolle un nivel normal de rendimiento desde el inicio (Valle Muñoz 1998: 100-101).

cautelar la profesionalidad en sus aspectos eventuales y contingentes, pues el desempeño de un puesto en determinada categoría no asegura *per se* una determinada formación profesional ni una determinada línea de carrera. En ese sentido, el juicio exigido en este extremo es uno esencialmente de potencialidad abstracta.

Es quizás este elemento teñido de aleatoriedad el que convierte a la dimensión objetiva en uno, si bien importante, de menor relevancia que la dimensión subjetiva. Es por ello que algunos autores consideran conveniente interpretar con mayor flexibilidad las consideraciones relativas a la formación y promoción profesional, planteando que éste sea un objetivo ideal y deseable, mas no un absoluto; afirmación que ciertamente consideramos adecuada por ser el objeto de la dimensión objetiva una situación eventual y futura, un pronunciamiento acerca de lo que podría haber sucedido de no haber acontecido el infortunio laboral (expectativas de promoción profesional, asistencia a cursos de formación, capacitaciones internas, etc.), lo que en sentido crítico, no se condice plenamente con la denominación “objetiva” que se le pretende dar a esta segunda dimensión.

Sin perjuicio de que la formación y la promoción profesional no deben ser tenidas como una exigencia extrema y absoluta, sí parece ser obligatoria ante la existencia de dos vacantes adecuadas según las pautas esbozadas en los párrafos precedentes. En estos casos, la movilidad funcional debería producirse a aquélla categoría que, desde el punto de vista personal y profesional, menor perjuicio pudiese ocasionar al trabajador por involucrar mayores probabilidades de promoción, la existencia de una determinada línea de carrera y/o por requerirse en este íterin un proceso de capacitación paulatino que, con el tiempo, enriquecería la profesionalidad del trabajador; pero esto no debería significar que, ante la existencia de una sola vacante con menos promoción o ventajas formativas que la que habitualmente ocupaba el trabajador, la movilidad devenga en imposible (Fabregat Monfort 2002: 116).

5.4.2. La inamovilidad relativa de la categoría profesional como opción adoptada por el legislador

Conforme a las ideas que hemos venido plasmando, la intangibilidad de la categoría queda a salvo tanto en la movilidad horizontal como en la que se realiza teniendo por destino categorías superiores (movilidad funcional ascendente). En efecto, resultaría admisible el supuesto —poco probable, pero posible— que la reubicación se concrete en una posición de categoría superior⁶³. Asimismo, hemos visto que es lícito desde la perspectiva legal que la movilidad se concrete de manera horizontal, es decir, dentro de la misma categoría o una equivalente. En estos casos, aunque se produce un cambio de categoría, es la conservación del nivel profesional relativo —en relación a otras categorías— y la profesionalidad los que impiden hablar propiamente de un menoscabo.

Esta garantía —la intangibilidad de la categoría profesional— es el resultado de una decisión de política legislativa que ha concluido con la plasmación de la norma de movilidad funcional en los términos que conocemos. No obstante, no encontramos razones jurídicas absolutas para concluir *a priori* que el traslado a una ocupación de categoría inferior por causa justificada o motivos objetivos (como podría ser el caso de la inexistencia de vacante en la misma categoría profesional o en una equivalente) deba ser tenido como un acto inconstitucional o vejatorio de la dignidad del trabajador. Ciertamente será altamente preferible la reubicación en una vacante que se ubique, por lo menos, en la misma categoría o en una categoría equivalente; pero la existencia de motivación empresarial o de una justificación ante la imposibilidad de materializar la reubicación en la misma categoría profesional —o en una categoría equivalente— por la inexistencia de vacantes parecería ser un motivo razonablemente válido para que el traslado se dé a una categoría distinta. Como bien apunta la doctrina, las modificaciones *in peius* de la categoría profesional (o “degradación profesional”) son un referente importante para identificar el trato indigno a un trabajador, pero para que ello sea calificado así, debería esa modificación ser injustificada (Pacheco 2007: 77), requiriéndose además un análisis casuístico y a la vista de todas las circunstancias (Pacheco 2007: 85).

⁶³ Naturalmente, el interés lógico del empresario será que el trabajador cuente con las competencias y habilidades necesarias para el desempeño del puesto. De cumplirse tales requisitos no encontramos inconveniente alguno para la movilidad ascendente, debiéndose diferenciar esta situación concreta de un ascenso ordinario en la causalidad que la origina (motivos de protección de la vida y seguridad del trabajador). Asimismo, existe la obligación del empleador de capacitar al trabajador para el desempeño de la función a realizar, tal como lo prevé el artículo 108º del Decreto Supremo No. 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Sin embargo, debemos precisar que esta capacitación no es aquella destinada a la adquisición de conocimientos especializados o profesionales que sólo pueden ser brindados por universidades, instituciones educativas y/o la experiencia profesional; sino que se trata de una capacitación de tipo preventivo, aunque también de adecuación operativa al nuevo puesto. Por ello, la capacitación a la que está obligado el empleador es aquella que no requiere de estudios profesionales, o una titulación o de altos niveles de especialización.

A mayor abundamiento, no debería perderse de vista el hecho que nos encontramos ante una institución jurídica que introduce modificaciones sustanciales en el contrato de trabajo por razones sociales de protección de la vida y la salud de los trabajadores afectados por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, con el evidente propósito de evitar la ruptura del contrato de trabajo. Si aquél es el propósito esencial —forzar la continuación del vínculo laboral—, ante un escenario de comprobada inexistencia de vacante en la misma o equivalente categoría profesional, consideramos desde un punto de vista teórico que la movilidad funcional podría concretarse en una ocupación de categoría inferior, dado que no existiría animosidad desde el empleador, sino la intención de cumplir con la conservación del contrato de trabajo (que es el propósito de la movilidad funcional) en un escenario jurídico en el que no existe —ni podría ser sustentable— cualquier obligación dirigida a que el empresario cree puestos de trabajo innecesarios para la organización productiva.

Esta opción (la movilidad funcional a categorías inferiores ante la inexistencia de vacantes de la misma o equivalente categoría), como hemos señalado anteriormente, no es *per se* violatoria de la dignidad profesional del trabajador, aun cuando podría afirmarse que, en algunos casos, podría producirse cierta afectación a las expectativas profesionales del trabajador. Pero si habiendo procurado la reubicación de buena fe dentro de la categoría o de una equivalente, el empleador determina que ésta no existe, sino que es posible la reubicación pero a una posición inferior, ello no tendría por qué ser tildado como una ilegalidad liminar. Es de la máxima importancia conceptual la necesidad de distinguir entre un acto vejatorio de la dignidad del trabajador (supuesto que es reprobado y sancionado por el ordenamiento jurídico) y la frustración de un proyecto profesional del trabajador, que puede ser lícito, pero que podría no vincular al empleador en la ejecución del contrato de trabajo ni podría deducirse que su inobservancia constituya un atentado contra la dignidad del servidor (Pacheco 2007: 160).

Esta tesis propone una gran complejidad de entrada —y que en realidad es común a todas las movilidades funcionales que venimos estudiando—, pues supone que sea el empleador quien determine si existe o no vacante en la misma o equivalente categoría profesional, pudiendo ser muy sencillo —en un supuesto de comportamiento de mala fe— que el empresario niegue dicha posibilidad. Pero creemos que el debate legislativo no debió en este extremo ser simplemente soslayado ante la complejidad del asunto o bajo la presunción del comportamiento de mala fe del empleador, sino nutrirse de una perspectiva distinta,

como la que proponemos, a fin de establecer derechos preferentes para la reubicación en la misma o equivalente categoría profesional y, subsidiariamente, en otras categorías profesionales.

Algo que parece haber obviado el legislador es que el texto de la norma podría constituir un despropósito para la movilidad funcional perseguida por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, una suerte de incentivo perverso que opera en contra de la continuidad del vínculo laboral perseguida por la institución, pues ante la imposibilidad legal de reasignar al trabajador a ocupaciones de inferior categoría, un camino que podría explorar el empleador es forzar la ruptura del vínculo laboral mediante otros mecanismos legales, sea de manera unilateral, sea viciando o influyendo en la voluntad del trabajador.

Lo que resulta claro es que el precepto legal peruano es rígido y es el reflejo de una visión muy parcial de los distintos intereses e implicancias jurídicas que se encuentran detrás de la movilidad funcional. Incluso, la postura de la norma peruana dista de la opinión mayormente aceptada por la doctrina en esta materia, la cual propone márgenes más extensos o elásticos al momento de evaluar la posibilidad de practicar la movilidad funcional a posiciones o puestos destino correspondientes a categorías profesionales inferiores, cuando ello es consecuencia de un infortunio laboral. Esta alternativa no es rechazada de plano, por el contrario, se admite su viabilidad en procura del propósito esencial de la institución, que es evitar la extinción de la relación laboral, en una coyuntura excepcional en que la alteración de las condiciones contractuales hace frente a las partes laborales. En este sentido se manifiesta Pacheco:

La movilidad funcional vertical realizada por razones objetivas, es decir, cuando responde a «razones sociales de protección de aquellos trabajadores que, por diversas causas, bien han visto disminuida su capacidad laboral, o bien podrían verse afectados físicamente por la realización del objeto de la prestación o por las condiciones [en] que ésta se lleva a cabo», presentan matices más controvertidos. En estos casos, de lo que «se trata [es] de mantener el trabajo sin llegar al despido». Por tanto, se puede justificar una movilidad vertical hacia una categoría inferior «con un baremo más elástico». Lo cual no equivale a justificar cualquier tipo de movilidad en estas circunstancias, pero sí a considerar que la motivación para el cambio de funciones es

la tutela de la salud o del empleo del trabajador, que difiere cualitativamente de una movilidad realizada unilateralmente por el empresario por razones productivas”. (2007: 87)

Por su parte, Fabregat Monfort recuerda la finalidad esencialmente preventiva de la movilidad funcional resaltada por la doctrina y admite la posibilidad de que el traslado se concrete en cualquier dirección (horizontal, ascendente o descendente), siendo lo imprescindible que el trabajador ostente las aptitudes necesarias para ocupar el puesto destino, antes de exigir que dicho puesto sea del mismo grupo o categoría profesional:

[...] se ha aceptado, de forma unánime, que la movilidad funcional, en estos concretos supuestos, se producirá en primer lugar y siempre que sea posible, a un puesto de su mismo grupo profesional o categoría equivalente [movilidad horizontal]. Pero que, en cualquier caso, si no existiese un puesto vacante con estas características, y siempre que el trabajador demostrase tener sobradas aptitudes para ello, esto es, siempre que la capacidad profesional del trabajador resultase ser la adecuada, la movilidad podrá ser a grupo o categoría profesional superior [movilidad ascendente]. Llegándose incluso a afirmar la posibilidad de acudir a la movilidad a grupo o categoría inferior [movilidad descendente] (Fabregat Monfort 2002: 93).

Sala Franco también se ha mostrado, desde hace muchos años atrás, deliberadamente contrario a restringir la movilidad funcional sólo dentro del ámbito de la categoría original del trabajador. Sus valederas razones —que hacemos nuestras— son las siguientes:

La primera cuestión que surge es la de si estas medidas movilizadoras pueden implicar una reclasificación profesional con cambio de la categoría originaria. La respuesta debe ser afirmativa, ya que difícilmente podrán ser aplicados en actividad distinta y adecuada dentro de su categoría profesional. Y, además, si precisamente lo que se pretende con estas medidas es obviar el cese del trabajador afectado de disminución en su capacidad laboral habitual, otra solución sería tanto como cercenar limitando excesivamente las posibilidades de movilidad dentro de una empresa. Cuestión distinta

sería la de procurar que, en la medida de lo posible, quede a salvo la dignidad profesional del trabajador. (Sala Franco 1973: 138)

Por lo expuesto, consideramos inadecuada la intransigencia con que la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo ha regulado la intangibilidad de la categoría profesional. En su plasmación, el legislador ha omitido considerar la intencionalidad de la movilidad funcional como medida preventiva de protección, y el hecho que la misma pende de circunstancias que son ajenas no sólo al propio trabajador, sino también al empleador, como lo es que exista en la empresa un puesto de la misma o equivalente categoría profesional en el momento exacto en que se requiere cristalizar una reubicación.

Distinto sería el caso —y merecería una regulación también diferenciada— la movilidad funcional que opera por razones de índole productivo a iniciativa del empleador, e incluso las movilizaciones acordadas por la voluntad concurrente de las partes (en las que podría incluso exigirse, además de la declaración de voluntad, la existencia de un interés objetivo del trabajador que justifique su decisión)⁶⁴. La movilidad funcional derivada del infortunio laboral, según nuestro criterio, no puede regirse bajo las mismas pautas que aquéllos supuestos, sino bajo reglas propias que entendemos justificadas por su especial génesis: por ser una medida de origen preventivo —ajena a intereses productivos, y por tanto, también ajena al ejercicio del poder de dirección—, que afecta, de manera derivada, la estructuración originaria del contrato de trabajo, determinando que éste se altere por encima de la voluntad de los contratantes, con el deliberado y explícito propósito de combatir la inminencia de la terminación del contrato de trabajo debido a los detrimentos sufridos por el trabajador. Este trasfondo, que en lo jurídico es plenamente relevante, desaconseja una rigidez exacerbada en la intangibilidad de la categoría profesional, y sugiere más bien un derecho preferente a conservar la misma o equivalente categoría luego de la movilidad funcional, sin que sea ilícito, de manera subsidiaria, la posibilidad de reubicar al trabajador en una categoría de inferior graduación en la organización empresarial ante la inexistencia de vacante con aquéllas características.

5.5. La reubicación y la intangibilidad del salario

⁶⁴ Como lo propone Valle Muñoz, “no basta con aportar la prueba de un simple encuentro de voluntades realizado a través de declaraciones explícitas, sino que se deberá probar la existencia de un interés del trabajador que justifique objetivamente el retroceso de su posición profesional cuando pacte el desempeño de una categoría inferior” (1998: 324).

La intangibilidad de la remuneración ante la movilidad funcional es otro imperativo legal. Según la norma peruana, la reubicación no debe implicar menoscabo de la remuneración percibida por el trabajador. Esta condición viene aparejada y es complemento de la inamovilidad relativa del trabajador en relación a su categoría profesional, por lo que podríamos señalar que estamos ante dos caras de una misma moneda, cuyo objeto es proteger las condiciones que la ley entiende como sustanciales al momento de operar la reubicación laboral.

Si aceptamos con riguridad la premisa legal de no alterar la categoría profesional ni el salario, parecería esta disposición no generar mayores disquisiciones. Sin embargo, esto no es tanto así, pues la ley impone la no afectación de los derechos remunerativos en general, lo que alcanza no sólo a la percepción de remuneraciones principales, sino también a las remuneraciones complementarias o complementos salariales. En tal sentido, pueden surgir escenarios problemáticos diversos como los siguientes:

- En el puesto de origen, el trabajador estaba sujeto a complementos salariales, mientras que el puesto de destino no supone el otorgamiento de estas remuneraciones complementarias.
- En el puesto de origen, el trabajador no percibía complementos salariales, siendo el caso que el puesto de destino sí los contempla.
- Tanto en el puesto de origen como en el puesto de destino están previstos los complementos salariales, pero su naturaleza y/o cuantía son disímiles en uno y en otro caso.

Para resolver este y cualquier otro tipo de problema referido a la no afectación de la remuneración en la movilidad funcional dentro de la misma o equivalente categoría profesional, consideramos que la norma debe ser interpretada confrontando dos factores: (i) el principio tuitivo que orienta al Derecho Laboral, el cual sugiere que el trabajador conserve, o que se le otorgue —según el caso— la situación más ventajosa en los diferentes escenarios; y (ii) la finalidad teleológica de la norma, que es la conservación de las cuantías remunerativas, antes que la inmutabilidad de las denominaciones, conceptos o nomenclaturas de los complementos salariales.

En ese sentido, en el primer escenario, pese a que el puesto de destino no está asociado a complementos salariales, el trabajador debería conservar el derecho a seguir percibiendo la cuantía remunerativa del puesto de origen, incluyendo en dicha cuantía los importes percibidos de manera complementaria al salario base o principal. Cualquier dificultad administrativa del empleador de conceder el complemento, bajo la misma denominación, en el puesto de destino (sea por razones operativas, de llevado de planillas, el temor a generar distorsiones en las políticas salariales o bandas salariales, o cual fuere el motivo) podría ser superado mediante la creación de un nuevo concepto complementario especial para el caso concreto, cuya vigencia esté directamente relacionada a la duración de la movilidad funcional.

En la segunda hipótesis parecería ser evidente la consecuencia: el trabajador debiera pasar a percibir los complementos salariales del puesto de destino, pues se entiende en este caso en particular que la finalidad es retribuir al trabajador, con el mayor importe, por las nuevas o diferentes funciones que habrá de prestar; dicho de otra manera, significa pagar el nuevo valor del nuevo puesto que se asumirá. Pese a que habrá una alteración de los ingresos del trabajador, ésta es hacia una posición de mejora salarial producto de la movilidad funcional, por lo que la tuición sugiere conceder esta mejor posición al trabajador, pese a que la norma legal guarda silencio sobre el particular. Ello es consecuencia natural también, como ya señalamos, de un principio de equivalencia entre remuneración y trabajo. Deberá, sin embargo, tenerse presente que esta mejora salarial es temporal, mientras subsista la reubicación del trabajador, en consonancia con la naturaleza igualmente transitoria de la movilidad funcional. Al término del período de movilidad, el trabajador debiera regresar a su puesto original con el salario que a éste le corresponde. No creemos que en estos casos el trabajador pudiese alegar la adquisición de derechos para conservar la mejor posición transitoriamente adquirida, o invocar la existencia de un acto de hostilidad ante la supresión del complemento salarial, pues el otorgamiento de éste no fue consecuencia de un acto voluntario o concesión especial del empleador, sino que es parte de un conjunto de medidas orientadas esencialmente por razones de seguridad y salud ocupacional, donde los aspectos estrictamente laborales (como el puesto, la categoría profesional, la remuneración) son aspectos mediáticos o instrumentales en orden a lograr dicha protección personal. Por ende, la supresión del complemento no sería inmotivada, sino ocasionada —con justificación— en la culminación del período especial de protección de la vida y la seguridad del trabajador, lo que conlleva a la imposibilidad de sostener la existencia de un acto hostil.

En el tercer supuesto, en nuestra opinión, el trabajador debería pasar a percibir el concepto complementario que está asociado al puesto de destino y en la misma cuantía que éste es otorgado a cualquier otro trabajador, con la finalidad de no generar distorsiones en las estructuras remunerativas del empleador. Si la cuantía salarial originalmente percibida era superior que la establecida en el puesto destino, sería justificado que el diferencial sea otorgado mediante un concepto salarial especial y transitorio.

Las diferencias salariales por efecto de las retribuciones complementarias pueden resultar menores cuando se trata de la evaluación de la movilidad funcional dentro de categorías equivalentes, pues se entiende, en principio, que la equivalencia entre éstas se da no sólo por los criterios de profesionalidad anteriormente analizados, sino porque también las posiciones laborales en las categorías equivalentes se encuentran próximas o muy relacionadas en el ámbito retributivo.

Es más probable que en las movilizaciones ascendentes o descendentes (éstas últimas, no admitidas por la ley peruana, pero sí uniformemente por la doctrina) se presenten mayores complejidades, debido a que las diferencias salariales suelen ser más notorias.

A pesar de ello, no parece haber mayor discusión en el supuesto que el trabajador sea trasladado a posiciones superiores, donde prácticamente se admitiría de manera pacífica — y hasta por sentido común— el derecho a obtener el salario pagado en la posición superior, pues ese sería el correspondiente a las funciones realizadas (Fabregat Monfort 2002: 122). Éste es el principio generalmente aceptado incluso para cualquier otro supuesto de modalidad funcional, como sucede en los casos de cambios de puesto por motivos organizativos. Como bien remarca Camps Ruiz, “no parece admisible que funciones de igual o superior valor tengan atribuida una retribución inferior” (1994: 34); y esto es debido a que subyace en todos estos supuestos el principio de mantener inalterada la relación de equivalencia económica entre las dos prestaciones contractuales (trabajo y salario), impidiéndose un enriquecimiento injusto, por lo que la regla opera tanto en los casos de especificación de la prestación debida dentro de la categoría o se imponga al trabajador la realización de funciones correspondientes a categorías equivalentes (movilidad horizontal), como en aquellos otros en que al trabajador se le encomienden funciones superiores y que, por tanto, no sean equivalentes a ella (movilidad vertical ascendente) (Valle Muñoz 1998: 265-266).

Aunque la noción de categoría va indeliblemente unida a la noción de salario, el traslado a posiciones de categorías inferiores como consecuencia de la movilidad funcional por causa de infortunio laboral abre de par en par el debate entre los partidarios de la “funcionalización” y “desfuncionalización” del salario. Con la primera noción se alude a la “consideración del salario en función del puesto de trabajo” (posición que ampara la modificación *in peius* del salario como consecuencia de la movilidad funcional), mientras que con la segunda se invoca la “conservación de los derechos económicos anteriores, como derechos que acompañan a la persona del trabajador” (posición que más bien se decanta a afirmar la intangibilidad del salario en supuestos de movilidad funcional descendente) (Sala Franco 1973: 139).

En favor de la primera posición se esgrime el hecho que retribuir de igual manera el puesto original y el puesto de destino supondría admitir una alteración de toda la organización productiva, cuando un gravamen desproporcionado para el empleador, quien deberá encontrarse obligado a retribuir, luego de la movilidad funcional, por una prestación laboral que no existe o que importa en realidad un valor inferior. Esta tesis encontraría amparo legal en el artículo 30° literal b) del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que califica como acto de hostilidad del empleador —y por tanto, como un ilícito laboral— la rebaja de la remuneración o de la categoría, pero sólo cuando dicho acto del empleador carece de motivación. En otros términos, la norma nacional no considera incumplimiento ni un ilícito del empleador el supuesto de rebaja de la remuneración cuando ésta obedece a motivaciones o causas objetivas. Es a partir de este razonamiento que podría defenderse la procedencia de la rebaja de la remuneración cuando el trabajador es trasladado a categorías inferiores.

A favor de la postura contraria se afirma que la conservación de los derechos económicos del trabajador en un supuesto de movilidad funcional descendente es una manifestación necesaria del principio tuitivo laboral, pues si bien la reubicación plantea consecuencias no esperadas ni deseadas sobre ambas partes contractuales —empleador y trabajador—, es este último el que soporta de manera más trágica y de forma personal las consecuencias del infortunio laboral, por lo que ante estos casos argüir la posibilidad de reducir la remuneración en perjuicio del trabajador parecería ser una medida, si bien lógica en un plano abstracto de equivalencia prestacional, desproporcionada desde una perspectiva de protección social, pues al menoscabo de la salud se le suma el detrimento de la categoría profesional y, por si ello fuere poco, la reducción de los ingresos.

De este dilema no surge ni podría surgir como solución un axioma de validez universal (cosa no infrecuente en el Derecho del Trabajo), pues cada vertiente tiene por objeto relieves los intereses de uno y otro lado de la relación laboral, cada uno merecedor de la atención debida. Sin embargo, dado que resulta imposible mantenerse aséptico o neutral en el debate, de la ponderación de ambas posiciones, nos decantamos por la segunda de ellas, es decir, por la conservación de los ingresos del trabajador, dado que existe un trasfondo constitucional sobre el cual volveremos luego. Esta postura ciertamente supone admitir un sacrificio mayor para la parte empleadora, pero cavilamos en que una medida de este tipo se debería entender alineada con los compromisos exigidos por la responsabilidad social empresarial en orden a la prevalencia de la dignidad humana por sobre cualquier otra consideración, así como una medida orientada por las implicancias derivadas de la consagración constitucional del Estado Social, lo cual exige ser permeable a la imposición de ciertas cargas especiales sobre los particulares con la finalidad de hacer factible el proyecto constitucional, el cual persigue que la mayor cantidad de personas puedan gozar de manera efectiva de sus derechos fundamentales, dejando de lado un tradicional rol de abstención ante situaciones de necesidad o desprotección. Pues bien, la prevalencia de la dignidad humana y el fundamento constitucional que en calidad de *ultima ratio* avala a esta postura, sugiere a nuestro entender que la equivalencia prestacional ceda espacio a valores de mayor trascendencia social⁶⁵. Participamos por tanto de la opinión de Fabregat Monfort, quien sin dejar de reconocer lo debatible del tema, señala que:

De no entender obligado dicho mantenimiento de la retribución de origen, se permitiría que una enfermedad le pudiera suponer al trabajador, no sólo realizar funciones de naturaleza inferior a las que habitualmente venía desempeñando, sino también una reducción de su salario. Con todo, como ya he mencionado, esto podría ser discutible pues tampoco está claro hasta qué punto el empleador está obligado a retribuir a un trabajador de forma superior a lo que corresponde según las actividades realizadas. Máxime teniendo en cuenta que nos encontramos ante una movilidad que el empresario no impone voluntariamente, sino que le viene impuesta por ley (2002:

⁶⁵ Aunque ciñéndose al ámbito del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la discusión de alguna manera ya ha sido abordada por el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia de dicho Colegiado ha establecido en términos generales la obligación del empleador de reubicar al trabajador, sin rebaja de remuneración, cuando éste presenta una incapacidad parcial permanente ocasionada por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Cfr. STC 10063-2006-PA/TC (Fundamento 108) y STC 4825-2007-PA/TC (Fundamento 9).

127).

Cabría preguntarse si el hecho de reubicar al trabajador en un puesto de trabajo de categoría inferior, pero con la remuneración de su puesto original (una retribución mayor), desarticula los planteamientos de la Teoría del Valor Comparable. Como bien es sabido, esta teoría —que se traduce en una obligación empresarial tendiente a la no discriminación salarial— se desprende del Convenio 100 OIT y de su Recomendación 90, planteando que los trabajadores y las trabajadoras sean retribuidos bajo la máxima de “remuneración igual por trabajo de igual valor”⁶⁶. En esa línea, se exige que el empleador compare trabajos distintos al interior de la empresa para determinar su valor relativo y fijar, en base a dicha comparación, las tasas salariales aplicables a los diferentes puestos de trabajo, propendiendo así a la igualdad salarial —o, lo que es lo mismo, evitando la discriminación en el campo remunerativo— mediante la fijación de niveles retributivos diferenciados en función de la valuación de las labores comprendidas en el análisis. Así, puestos de mayor valor serían acreedores de mayores niveles retributivos que los puestos de menor valuación.

La Teoría del Valor Comparable va asociada a una evaluación analítica de los puestos de trabajo que, bajo el sistema de puntos, tiene por objeto determinar las diferencias de valor al interior de la empresa. Este sistema difiere del método de clasificación por categorías profesionales, que constituye más bien un método no analítico —como ya lo hemos referido anteriormente—, y cuya finalidad es simplemente determinar la importancia de los puestos en la organización, mas no su valor relativo en la misma. Pese a estos diferentes puntos de partida entre los sistemas de puntos y de clasificación, es posible a *grosso modo* trasladar un planteamiento de excepción que surge dentro de la concepción de la Teoría del Valor Comparable y que justifica que puestos de menor valía en la empresa sean remunerados con un sueldo mayor al que debiera corresponderle. Nos referimos a lo que se ha venido a denominar *red-circling*. Aunque este supuesto de excepción se desenvuelve —reiteramos— en el marco de la comparación del valor de los puestos de trabajo, el fondo del mismo puede ser de aplicación en el esquema de clasificación por categorías profesionales cuando un trabajador es trasladado a un puesto de categoría inferior, pero conservando su nivel salarial original.

⁶⁶ “Se consideran trabajos de igual valor aquellos a los que producto de una evaluación de empleos, les corresponde un conjunto similar de requerimientos relativos a aptitud (conocimientos, capacidad e iniciativa), esfuerzo (físico, mental y emocional), responsabilidades (de mando o supervisión de personas, sobre seguridad de los recursos materiales y de la información, y sobre la seguridad y bienestar de las personas) y condiciones de trabajo” (Blume 2009: 78).

En efecto, se admite como una situación excepcional el “congelamiento” temporal del salario de un empleado en un particular nivel o estatus, pese que el valor del trabajo haya decrecido por alguna razón usualmente ajena a la voluntad del trabajador. Así, la excepción del *red-circling* postula que un trabajador puede mantener su salario original o habitual, por ejemplo, mientras se encuentra en rehabilitación y temporalmente asignado a un trabajo menos gravoso por efecto de un acomodo razonable por razón de incapacidad. Aunque la conservación del salario original supone una distorsión del sistema retributivo que orbita en torno al valor del trabajo realizado, se toleran estas situaciones particulares o atípicas debido a que el trabajador afronta cambios significativos en su trabajo como resultado de factores que se encuentran fuera de su esfera de control, como por ejemplo la incapacidad física (Blume 2009: 112-113). Por consiguiente, la movilidad funcional descendente producto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde la perspectiva de la no discriminación e igualdad salarial, califica como un supuesto especial en el que resulta factible la conservación del nivel retributivo original del trabajador, no obstante que éste pase a desempeñar labores de categorías inferiores. Aunque desde lo teórico se pone énfasis en que lo deseable es que el *red-circling* sea una medida temporal hasta que el salario se equipare con el valor correspondiente al trabajo realizado, consideramos viable que la legislación recoja su permanencia en la eventualidad que la ley admita también, más adelante, la movilidad funcional descendente como una medida preventiva lícita.

Finalmente, en lo que atañe a la conservación de los complementos salariales en los casos de movilidad funcional descendente, consideramos aplicables, *mutatis mutandi*, las consideraciones expuestas precedentemente sobre este tema al tratar las movilizaciones horizontales, supuestos en los cuales también podría presentarse esta casuística.

CAPÍTULO IV

LA EXIGIBILIDAD DE LA MOVILIDAD FUNCIONAL Y LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE REUBICACIÓN Y LAS FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPLEADOR POR DETRIMENTO SOBREVENIDO DE LAS CAPACIDADES DEL TRABAJADOR

1. EL DESPIDO JUSTIFICADO POR DETRIMENTO DE LAS FACULTADES FÍSICAS O MENTALES

Hasta el momento hemos venido desarrollando las principales notas características del derecho que ostenta todo trabajador de ser objeto de una movilidad funcional y de ver reconfiguradas sus funciones de trabajo, cuando ello es recomendado por cuestiones de protección personal a fin de salvaguardar la vida y la salud del servidor luego de un accidente de trabajo o de advertida una enfermedad profesional. El propósito de esta medida de protección va en el sentido no sólo de impedir que la continuación de las labores habituales mengue aún más la salud del trabajador o lo exponga a riesgos ocupacionales incontrolables o exacerbados por su especial estado de sensibilidad, sino que también tiene el propósito de permitir, en la medida de lo posible, la mejoría o la curación plena del trabajador. Todo esto sucede, evidentemente, sin afectar la conservación de la fuente de ingresos para el trabajador y su familia, y permitiendo a su vez que, a través del trabajo, el individuo permanezca inmerso en la vida social y pueda participar en ella ejerciendo sus demás derechos.

Este elemental planteamiento que constituye la pieza clave de la movilidad funcional motivada por el infortunio laboral, conlleva indefectiblemente a plantear la interrelación que existe o que debería existir entre dicho instituto y el despido laboral. Debe tenerse presente que el artículo 23º literal a) del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR, establecía originalmente como causa justa de despido basada en la capacidad del trabajador “el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas”. En la actualidad el texto legal de esta causal ha sido modificado por la Ley General de la Persona con Discapacidad en el sentido de fijar como condición previa al despido el acomodo razonable e incluso la reubicación del trabajador, y sólo en caso estos derechos no se puedan satisfacer, el empleador puede proceder con el acto

extintivo⁶⁷.

Esta modificación legislativa —producida en el ínterin de la elaboración del presente estudio— confirma dos cosas: en primer lugar, que había necesidad de armonizar desde la ley el despido por incapacidad sobrevenida y el derecho de reubicación, requiriéndose una lectura de este último en el sentido de que sólo su inviabilidad habilitaba al empleador a proceder con la extinción del contrato de trabajo; y, en segundo lugar, el cambio legal confirma que el derecho de reubicación no constituye un derecho absoluto, dado que la ley prevé que éste se practique en tanto exista vacante en la empresa. Dicho en otros términos, la modificación legal, lejos de restar vigencia a nuestro análisis, ha venido a confirmar en la realidad los puntos de partida y las hipótesis planteadas como premisas para la elaboración de nuestro estudio. En tal sentido, nos animamos a pensar que en los párrafos que restan al presente trabajo se dejan plasmados los razonamientos y las reflexiones del legislador que, entrelíneas al cambio legal, habrían motivado la modificación de la causal de despido referida al detrimento sobrevenido de facultades. En lo sucesivo concentraremos nuestra atención alrededor del artículo 23º literal a) del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su versión original, con el ánimo de indagar los motivos de la modificación legal y justificar las razones por las cuales estimamos pertinente y válida ésta.

Con este punto de partida, conviene recordar que el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral prevé dos grupos de causas justas de despido: las relacionadas con la capacidad y las relacionadas con la conducta del trabajador. Dentro de las causales relacionadas con la capacidad se encuentran tres especies: (i) el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de las tareas; (ii) el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; y (iii) la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinante de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. Por su parte, entre las

⁶⁷ Desde el 25 de diciembre de 2012, y por efecto de la Séptima Disposición Complementaria de la Ley No. 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad, el artículo 23º literal a) del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral quedó redactado en los siguientes términos:

“Artículo 23º.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- b) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.”*

causales vinculadas a la conducta del trabajador se encuentran: (i) la comisión de falta grave; (ii) la condena penal por delito doloso; y (iii) la inhabilitación del trabajador.

En tal sentido, la incapacidad física o mental o la ineptitud sobrevenida, como causal de despido, exigía que el estado de incapacidad esté médicamente demostrado (por Essalud, o el Ministerio de Salud, o una Junta Médica del Colegio Médico del Perú, según la norma reglamentaria) y presupone el otorgamiento de 30 días naturales para que el trabajador demuestre su capacidad (artículo 31º del Decreto Supremo No. 003-97-TR) en el puesto en que se encuentra. De esta manera, la redacción de esta norma base del sistema de relaciones laborales en nuestro país no contemplaba como condición previa del despido la reubicación del trabajador. Bastaba que el trabajador esté incapacitado para el puesto ocupado, y que no pueda demostrar su capacidad en el mismo puesto dentro del plazo de 30 días naturales establecidos por la ley, para que se entienda como válido el despido que le practique el empleador.

Nótese la relación existente entre la movilidad funcional que venimos estudiando y este particular supuesto de despido: el accidente laboral o la enfermedad profesional que motiva la movilidad funcional según la normativa preventiva es aquél que priva al trabajador de las condiciones de salud necesarias (entre ellas, las físicas o mentales) para continuar desempeñando el mismo puesto de trabajo con seguridad (entiéndase, sin afectación de la vida o la integridad), siendo el imperativo subsecuente de la movilidad funcional que el trabajador sea reubicado en el trabajo; mientras que, por su parte, la ley laboral sancionaba el despido por el solo hecho que el trabajador pierda, por causa sobrevenida, cualidades físicas o mentales que le imposibiliten seguir desempeñando el mismo puesto de trabajo para el cual fue contratado, sin que se plantee ningún derecho previo de reubicación.

En ese sentido, el problema se planteaba en diferentes vertientes: ¿el trabajador que sufre una alteración en su salud por causa de infortunio laboral, al no poder continuar con la prestación por él comprometida, debería perder su empleo? Si no lo debería perder, como plantea la movilidad funcional, ¿el empleador estaría obligado a reconocer un derecho absoluto a la reubicación, o la reubicación es un derecho sujeto a límites? ¿Cuáles serían entonces las obligaciones del empleador y cómo se armoniza el despido contemplado por la ley laboral con el derecho a la reubicación?

Los motivos que podían conllevar al detrimento físico o mental sobrevenido, según la norma

laboral, podían ser diversos, dado que la ley no hace distinciones: pueden tratarse de infortunios laborales o de accidentes y enfermedades no asociadas al trabajo. Nosotros nos enfocaremos, en consonancia con los límites de esta investigación, a aquellos detrimentos sobrevenidos que provienen de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Como fuere, entre la movilidad funcional propuesta por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y el despido por detrimentos físicos o mentales sobrevenidos existe una relación claramente conflictual, pues la reubicación se erige con la doble finalidad de preservar la salud del trabajador, pero también con el objetivo de servir deliberadamente como una alternativa a la extinción del contrato de trabajo (Fabregat Monfort 2002: 31). Por consiguiente, a estas alturas parece bastante evidente que los fundamentos e imperativos de la movilidad funcional tienen íntima relación e imbricación con el principio de estabilidad en el empleo, pues con ella se persigue la conservación del contrato de trabajo (o lo que es lo mismo, evitar el despido)⁶⁸. Para estos efectos, la movilidad funcional recurre a la clásica solución del “mal menor”, bajo el entendido que ante la antinomia surgida, es preferible la movilidad interna del trabajador —cambio de puesto y funciones— en lugar de la movilidad externa —cese del trabajador— (Sala Franco 1973: 123; Fabregat Monfort 2002: 31-32).

1.1. El detrimento sobrevenido de las facultades del trabajador como causal de despido justificado

El despido, en su concepción más amplia, constituye la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador. La relación entre el despido y el derecho al trabajo ha sido abordada con suma claridad por el Tribunal Constitucional. A partir del conocido pronunciamiento contenido en la STC No. 1124-2001-AA/TC, fue consolidada la doctrina de este Colegiado en torno al contenido esencial del derecho del trabajo, el cual supone, según la interpretación desplegada, la intolerancia del ordenamiento constitucional frente a la pérdida incausada del trabajo; intolerancia que constituye una manifestación de la proscripción de la arbitrariedad en el plano de las relaciones laborales, lineamiento rector en todo Estado Democrático y Social de Derecho. El Fundamento 12 de esta sentencia dispuso lo siguiente:

⁶⁸ Como lo señala Fita, “la existencia de disposiciones [...] que exigen de la empresa el ofrecimiento al trabajador de un puesto de trabajo acorde a la capacidad residual del individuo ha venido a fomentar las interpretaciones en favor de la existencia de un derecho del trabajador afectado de incapacidad extintiva al cambio del puesto de trabajo, protegiéndose así uno de los principios inspiradores del ordenamiento laboral como lo es el de la estabilidad en el empleo” (1997: 82).

12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de 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 el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (Subrayado nuestro).

Esta aproximación al despido cobra importancia por dos razones. La primera, de orden esencialmente ontológico jurídico, en tanto se concibe al despido como la atribución de un poder, de una fuerza reconocida por el Estado sobre el empresario para la supresión del goce de un derecho fundamental —al trabajo—, de validez presunta en tanto no sea revocada por la autoridad judicial. En tanto que el ejercicio de este poder lleva consigo una elevada carga de gravosidad para la contraparte laboral —el trabajador—, es lógico que la proscripción de la arbitrariedad dimanante del orden constitucional imprima sobre el régimen del despido claras limitaciones y exigencias, cuyo cumplimiento o satisfacción permitirá recién reconocer en él —en el despido— un acto válido de privación legítima de un derecho fundamental.

En segundo lugar, la acción extintiva que despliega el empleador tiene connotaciones que superan el plano meramente laboral. En abstracto, y al margen de las causales que para el despido puedan invocarse, la ruptura unilateral del contrato de trabajo por decisión del empleador tiene profundas repercusiones en lo social, pues el acto extintivo limita al trabajador del goce pleno de su ciudadanía por la expulsión que supone ello de un conjunto de entornos sociales donde el trabajo es presupuesto necesario y natural, teniendo por resultado la exclusión y la marginación fáctica y moral del individuo. Esto han señalado en su oportunidad Baylos y Pérez Rey:

[...] el despido, tiene que contemplarse como un acto de fuerza, un

fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial. En tanto que fenómeno de empresa, más allá de su forma jurídica y de su engarce en el mecanismo regulativo de las relaciones de trabajo entre el momento contractual y el organizativo, es ante todo un acto de violencia del poder privado que se expresa como tal. La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo. (2009:44)

Así, desde una perspectiva limitadamente contractualista, el despido es la resolución unilateral de una relación jurídica de naturaleza laboral, limitada por una serie de condiciones y preceptos que le sirven como requisito de legitimación. Pero desde una perspectiva más integradora que perciba al fenómeno en conjunto, el despido es un acto de fuerza contra un derecho fundamental, y como tal, es limitado por el orden constitucional y legal, reconociendo la validez de su ejercicio sólo en tanto existan causas objetivamente justificadas que lo motiven.

Ahora bien, tal como lo iremos desarrollando paulatinamente, es posible que la perspectiva legal de las causas que legitiman el truncamiento de la relación laboral (en particular, la causal referida al detrimento sobrevenido de facultades) haya requerido, con el tiempo, algunos ajustes a fin de afinar la percepción de “lo justo” con los principios constitucionales subyacentes al ordenamiento jurídico. Este es un proceso natural de evolución jurídica, de redescubrimiento del Derecho, y consideramos que la causa justa bajo comentario no estaba exenta de esta necesaria relectura.

En efecto, dicha causal hoy en día no podría ser revestida de una lectura constitucional como medida directa e inmediata ante un supuesto de detrimento sobrevenido de facultades físicas y mentales del trabajador desencadenada por un infortunio laboral, pues es pertinente la exigencia de implementar otras alternativas previas tendientes a evitar en lo posible el despido (la movilidad funcional impuesta por ley), considerando que los destinatarios de la norma laboral son individuos pertenecientes a grupos vulnerables,

quienes por esta condición requieren de una protección especial y adicional en el marco del principio de solidaridad que inspira el Estado Social de Derecho, con el propósito de evitar su exclusión social y la privación del goce de derechos fundamentales; máxime cuando hemos afirmado que la pérdida del trabajo supone, por efecto, la privación o limitación en el goce de otros derechos en sociedad, situación que se ve agravada tratándose de individuos con limitaciones físicas o sensoriales. En buena cuenta, el conflicto entre el despido y la reubicación surge precisamente porque la incapacidad exigida en el trabajador para una movilidad funcional ha de ser la misma que constituiría causa suficiente de despido por detrimento sobrevenido de facultades (Sala Franco 1973: 125).

1.1.1. El origen de la causal de despido

El detrimento de las facultades físicas o mentales del trabajador determinante para el desempeño de sus tareas fue recogido como causal de despido justificado en la ley peruana por primera vez en el Decreto Legislativo No. 728 de noviembre del año 1991, también conocido como “Ley de Fomento del Empleo”. Antes de esta norma, no existía en el Perú disposición alguna que contemplase causal semejante. Esto se confirma a partir de una somera lectura del Decreto Ley No. 18471, del Decreto Ley No. 22126 y de la Ley No. 24514, que fueron las tres normas que con anterioridad al Decreto Legislativo No. 728 regularon lo concerniente al despido y a la estabilidad laboral. Así, mediante la Ley de Fomento del Empleo, y siguiendo las corrientes neoliberales y de flexibilización de aquél entonces, se dio inicio a un proceso de profunda transformación normativa, dejando de lado los modelos más rígidos de estabilidad laboral absoluta para pasar a adoptar esquemas de protección mínima en materia de terminación del contrato de trabajo y en otros aspectos de las relaciones laborales.

Siguiendo a Blancas, podemos identificar cuáles fueron los cambios más importantes de este proceso de transición en materia de despido (2002: 110-112). Así, entre las diversas modificaciones e innovaciones que trajo consigo el Decreto Legislativo No. 728 se encuentran, en términos generales, las siguientes: (i) la restricción del concepto de “despido” a la extinción individual del contrato de trabajo, excluyendo de esta figura el cese colectivo por causas objetivas; (ii) la posibilidad de extender el período de prueba en ciertos casos, lapso luego del cual el trabajador alcanza protección contra el despido; (iii) la posibilidad de que el juez ordene el pago de una indemnización en lugar de la reposición en el empleo, si éste estima que la reposición resulta inconveniente luego de tramitado un proceso por

despido injustificado; (iv) la introducción de la figura del despido nulo cuando éste obedece a alguno de los “motivos prohibidos” inspirados en el artículo 5° del Convenio 158 OIT; (v) el establecimiento de la opción excluyente de las acciones impugnatorias al obligar al trabajador a optar *in limine litis* entre la acción de reposición y la de indemnización; (vi) la ampliación de las causas objetivas del cese colectivo; y, lo más trascendente para nuestro estudio, (vii) se incluyó nuevas causales de despido relacionadas a la capacidad del trabajador, al advertir que el artículo 4° del Convenio 158 OIT —no ratificado hasta hoy por el Perú— reconocía la posibilidad de establecer causas justificadas relacionadas con la capacidad del trabajador o con su conducta (además de las basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio), lo que permitió introducir en la ley peruana el detrimento sobrevenido de las facultades mentales o físicas del trabajador como causal relacionada a la capacidad del trabajador.

Es de esta manera cómo la causal bajo estudio adquirió carta de ciudadanía. La norma reglamentaria (artículo 33° del Decreto Supremo No. 001-96-TR) no añadió propiamente ninguna especificación a la causal, sino tan sólo estableció el mecanismo legal para su acreditación. Así, se estableció que el detrimento del trabajador debía ser certificado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social — IPSS (hoy Essalud), o por el Ministerio de Salud, o por una Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú.

Desde su plasmación legal, el tratamiento jurisprudencial de esta causal de despido ha sido virtualmente nula, a lo cual se añade el hecho que la falta de regulación de desarrollo ha hecho que ninguna de las tres entidades llamadas por ley a acreditar el detrimento de las facultades físicas o mentales haya podido desplegar en el terreno de los hechos la certificación correspondiente. Esto nos lleva a concluir deductivamente que, en la práctica, esta causal ha sido remotamente invocada por los empleadores debido a las dificultades que su materialización exige. Parecería más bien que los empleadores suelen optar por recurrir a otros mecanismos extintivos más viables al constatar el detrimento sobrevenido de las facultades físicas o mentales del trabajador, como por ejemplo el mutuo disenso o la renuncia, en ambos casos aparejados de incentivos para la terminación del vínculo laboral o alguna otra clase de ayuda material o económica. Pese a esta atingencia, el estudio de la causal del detrimento sobrevenido de facultades del trabajador nos parece de suma utilidad para los efectos de la presente investigación en dos sentidos: el primero, en el plano teórico, con la finalidad de establecer las relaciones de coordinación que deben existir entre el despido y la movilidad funcional originada en el infortunio laboral; y, en segundo lugar, con

miras a la introducción de las modificaciones legislativas que resulten necesarias a fin de plasmar la actualización de la causal a las exigencias contemporáneas que demanda la protección y promoción de personas con discapacidad.

1.1.2. El detrimento sobrevenido de facultades del trabajador

Aunque el literal a) del artículo 23° del Decreto Supremo No. 003-97-TR parecería estar aludiendo a dos causales distintas de despido basadas en la capacidad del trabajador (“el detrimento de la facultad física o mental sobrevenida” por un lado y, por otro, “la ineptitud sobrevenida”, en ambos casos de tal índole que resultan determinantes para el desempeño de las tareas), consideramos que ello no es así, sino que nos encontramos ante una única causal, en cuyo tenor la norma incurre en una redundancia.

Esto lo confirma el artículo 33° del Decreto Supremo No. 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, al establecer que el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida debe ser certificada o por el IPSS, por el Ministerio de Salud o una Junta Médica del Colegio Médico del Perú. Con esta redacción, la norma reglamentaria confirma implícitamente que ambos extremos están referidos a determinada condición de salud disminuida del trabajador que le impide desempeñar con “normalidad” las labores convenidas y ofrecer un rendimiento “convencional” en la prestación de sus servicios, lo que debe ser refrendado por acto médico calificado que valide la veracidad de la causa física o mental imputada. Por consiguiente, a partir de la configuración legal del despido, no parece existir diferencia entre el detrimento sobrevenido de las facultades físicas o mentales del trabajador y la ineptitud sobrevenida que afecta a éste⁶⁹.

⁶⁹ No obstante esta interpretación, es muy probable que la intención original del legislador peruano (finalmente relativizada por la norma reglamentaria) haya sido distinguir dos formas distintas de ineptitud, aludiendo con el “detrimento sobrevenido de las facultades físicas o mentales” a causas de etiología médica que impiden que el trabajador pueda continuar prestando con normalidad sus servicios, y con el término “ineptitud sobrevenida” a la pérdida o insuficiencia profesional advenida. Esta apreciación se extrae de la lectura del párrafo 94 del Estudio General de 1995 de la Comisión de Expertos de la OIT, elaborada con ocasión del Convenio 158 OIT (“Protección contra el Despido Injustificado”), el cual fue fuente de inspiración para el legislador peruano al elaborar el Decreto Legislativo No. 728. Según la Comisión, “la ineptitud del trabajador (denominada a veces «incapacidad») puede revestir dos formas: en primer lugar, puede ser el resultado de una falta de las calificaciones o aptitudes necesarias para ejecutar las tareas descritas y aparecer, por lo tanto, como una insuficiencia profesional [...] La noción de ineptitud recubre también los casos de mala ejecución del trabajo no imputable a una falta deliberada y de incapacidad de distinto grado para ejecutar el trabajo, como consecuencia de un accidente o una enfermedad” (OIT 1995: 44). Lo que en todo caso debe quedar claro es que la ineptitud o la incapacidad del trabajador, cualquiera fuere su causa, es tenida por el Convenio 158 OIT como motivo válido del despido del trabajador, pues en este instrumento se establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (artículo 4°).

De la misma opinión es Blancas, quien ha afirmado sobre esta causal de despido:

La literalidad del precepto permite sostener que el supuesto de hecho está configurado por la pérdida o disminución significativa de las aptitudes físicas o mentales del trabajador, por lo que consideramos que la expresión «ineptitud sobrevenida» deviene reiterativa, pues sólo puede obedecer a las mismas razones, como viene a confirmarlo la norma reglamentaria al señalar que tanto el detrimento de facultades como la ineptitud sobrevenida, «deberá ser debidamente certificado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador». (2002: 142)

El elemento esencial de esta causal de despido es la identificación que existe entre el detrimento de las facultad o ineptitud sobrevenida con la incapacidad para realizar la prestación de servicios que constituye el objeto de la obligación contraída por el trabajador en virtud del contrato de trabajo, traduciéndose la ineptitud en una disminución o merma de las capacidades o cualidades físicas o mentales necesarias para realizar el trabajo convenido. El origen de la ineptitud es atribuible a las condiciones de salud del trabajador, es decir, a causas no imputables o no dependientes de la voluntad de éste⁷⁰.

Por ser “sobrevenida”, esta incapacidad debe ser una adquirida o acaecida en el transcurrir del vínculo laboral, y no una incapacidad originaria o presente al momento del inicio del vínculo laboral. De ahí que el infortunio laboral puede convertirse en causa eficiente o desencadenante de este tipo de ineptitudes que podrían dar origen al despido.

De otro lado, es una incapacidad no temporal —ya que la incapacidad temporal

⁷⁰ Aunque no forma parte de nuestro trabajo profundizar en otras causales de despido, conviene señalar en términos generales que la causal del detrimento sobrevenido de facultades físicas y mentales debe ser diferenciada de la contemplada en el inciso b) del artículo 23° del Decreto Supremo No. 003-97-TR, consistente en “el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares”, y de la falta grave tipificada en el literal b) del artículo 25° de la misma norma, que consiste en “la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción”. En efecto, mientras el inciso a) del artículo 23° tiene por base un sustento patológico (por tanto, no dependiente de la voluntad del trabajador) que atañe y afecta las facultades físicas o mentales, el inciso b) del artículo 23° se refiere más bien a una disminución del rendimiento que no tiene base médica, pero que tampoco depende por entero de la voluntad del trabajador, y que es equiparable más bien a “la manifiesta falta de habilidad de un individuo para desempeñar ciertas funciones, esto es, la pura y simple torpeza [...] cuya consecuencia más inmediata es la imposibilidad de alcanzar el rendimiento esperado [...]” (Fita 1997: 73). Por su parte, la falta grave del inciso b) del artículo 25° constituye un acto deliberado, consciente y voluntario de quien pudiendo y sabiendo cómo trabajar, decide incurrir en bajos niveles de rendimiento.

simplemente suspende el contrato de trabajo, tal como lo establece el artículo 12º literal a) del Decreto Supremo No. 003-97-TR—. Además, debe revestir trascendencia o ser radical, pues la ley exige que sea “determinante para el desempeño de las labores”, de ahí que “debe demostrarse una relación directa y evidente entre dicha pérdida de capacidad y los requerimientos específicos del cargo o función” (Blancas 2002: 142), o cuando menos, respecto del conjunto o las fundamentales tareas propias del trabajo que se encomienda al trabajador (Fita 1997: 34).

Además, debe entenderse que es una incapacidad “relativa”, en la medida que afecta la realización de los servicios que constituyen el objeto del específico contrato de trabajo, es decir, las prestaciones que en concreto debería realizar el trabajador, puesto que la incapacidad que es absoluta y total pone fin de pleno derecho al contrato de trabajo cuando es declarada en la forma exigida por ley, conforme lo señala el artículo 20º del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

El fundamento jurídico contractual de esta modalidad de resolución del vínculo laboral se remite, desde nuestra perspectiva, a una institución o supuesto originario del derecho común, en función del cual deviene en válida y procedente la resolución del contrato por incumplimiento no imputable al deudor —entiéndase en nuestro caso, al deudor del trabajo, es decir, al trabajador—. No se trata de un supuesto de incumplimiento imputable, culpable o atribuible a la esfera de voluntad del trabajador, ya que la causa que determina la imposibilidad de ejecutar plenamente la prestación convenida se impone sobre servidor y se traduce en la disminución de sus capacidades laborales. El propósito de este tipo de resolución es amparar la situación jurídica del acreedor de la prestación cuyo cumplimiento íntegro y oportuno devino en imposible por motivos no imputables al deudor. Visto esto para efectos laborales desde la perspectiva del empleador, el detrimento sobrevenido de las facultades mentales o físicas constituiría una respuesta a la frustración súbita o inesperada de la razonable expectativa del empresario, concebida al momento de concertar el contrato de trabajo, según la cual el sostenimiento o conservación de las capacidades laborales del trabajador constituía parte de las causas por las cuales se procedió a su contratación. Por ende, parecería que la causal de despido que estudiamos encontraría su génesis y fundamento privatista en la resolución por incumplimiento inimputable al deudor, instituto que ha sido recogido para el derecho común por el artículo 1316º Código Civil⁷¹.

⁷¹ Código Civil Peruano, artículo 1316º.- “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la

Según la doctrina, existen dos formas de sustentar este supuesto de resolución contractual: desde la Teoría de la Causa o desde la Teoría de la Sanción (Del Valle 1988: 55). Según la Teoría de la Causa, y partiendo del hecho que los contratos son sinalagmáticos, la obligación de una de las partes se torna en causa de la otra; de tal manera que si una de ellas no cumple su obligación (sea por causa imputable o no imputable) la obligación de la otra cesa o, lo que es lo mismo, deja de tener una causa. De otro lado, desde la Teoría de la Sanción, la resolución contractual es una acción proporcionada al acreedor contra el deudor que no cumple con la obligación comprometida, entiéndase, como mecanismo punitivo ante la ruptura de la equivalencia prestacional. A nuestro parecer, la Teoría de la Sanción no aparenta ser aplicable más que a los casos de incumplimiento por culpa del deudor, siendo más razonable creer que es la Teoría de la Causa la que más se aproxima a los fundamentos de la resolución contractual que venimos estudiando, pues la perspectiva legal de la causal de despido por detrimento sobrevenido no es el de ser una sanción, sino un mecanismo de defensa del sinalagma contractual.

Sin embargo, el fundamento privatista de la causal de despido por detrimento sobrevenido de las facultades físicas o mentales del trabajador, una vez trasladado al ámbito del Derecho del Trabajo, tropieza con sustanciales matices que ponen de manifiesto la inaplicabilidad pura y simple de la resolución contractual civil en el ámbito laboral cuando hablamos de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Esto, principalmente por dos motivos: en primer lugar, los infortunios laborales podrían ocurrir por el incumplimiento del empleador de los deberes preventivos establecidos por la normas de seguridad y salud en el trabajo; de ahí que sea factible, en esos casos, hablar de una inculpabilidad del trabajador, pero sí de una culpa —cuando menos remota u originaria— del empleador en la ocurrencia del detrimento sobrevenido. Parecería poco apropiado sostener que en estos casos exista una llana atribución concedida al empresario para poner fin al contrato de trabajo luego de haber concurrido —por acción u omisión— en la causa que pretende alegar como motivo del despido. Y aun cuando la responsabilidad del infortunio laboral pueda ser reconducida a la persona del trabajador (por ejemplo, por la inobservancia de un procedimiento de trabajo para el cual fue debidamente instruido), la calificación del accidente o de la enfermedad

obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere”.

como originada *por el trabajo* prescinde del análisis de las responsabilidades en la ocurrencia del hecho (asunto que será propio de un litigio sobre responsabilidad contractual o indemnizatorio), siendo lo trascendente determinar la causalidad o la etiología laboral del siniestro a fin de que, respecto de dicho evento, el ordenamiento jurídico establezca un tratamiento particular. Si dicha etiología es atribuible al trabajo, la movilidad funcional recogida por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo relativiza, como venimos analizando, la posibilidad de alegar *prima facie* el detrimento físico o mental como causa del despido.

En segundo lugar, y como complemento de lo anterior, la aplicación directa de la resolución contractual por incumplimiento no imputable al deudor en el ámbito laboral viene ajustada y matizada por consideraciones de tipo social, no presentes en los fundamentos ni en la configuración del referido instituto civil. Como parte del Derecho Social, las figuras laborales suelen tomar en préstamo los conceptos y principios del derecho común, en la medida que ello sea factible dado los diferentes puntos de partida de una y otra rama jurídica — relaciones privadas de igualdad, en contraposición de relaciones laborales de desigualdad real—. Cuando esto no resulta factible, las modificaciones tendientes a regular las desigualdades propias del ámbito del trabajo se hacen presentes por encima de los institutos privados, por lo que pese a partir de ellos o tener en éstos un fundamento primigenio, el Derecho del Trabajo impone modificaciones, matices u oposiciones. Así, el detrimento sobrevenido de las capacidades físicas o mentales del trabajador provenientes de un infortunio laboral, aun cuando constituya en principio un hecho no imputable al deudor —trabajador—, no justifica por sí solo la resolución contractual, pues por consideraciones de índole social y protectorio —principio de estabilidad en el empleo, responsabilidad social empresarial, principio de solidaridad en el Estado de Derecho, promoción de los derechos de las personas con discapacidad, etc.— se establecen obligaciones intermedias de reubicación que hacen de la resolución contractual una alternativa no liminar, sino más bien residual.

En suma, la causal de despido a la que nos referimos debe implicar una disminución de las capacidades laborales del servidor con base patológica. Se trata de una alteración de la capacidad laboral que el empleador inicialmente contrató debido a la aparición de factores sobrevinientes que inciden y alteran las facultades físicas o mentales del trabajador. La doctrina ha entendido que suelen ser dos los motivos sobrevinientes típicos que afectan tales facultades: de un lado, la edad y, de otro, los accidentes y enfermedades (Fita 1997: 64). De estos últimos nos interesarán sólo los que tengan un origen laboral.

Como fuere, la aplicación de esta causal de despido no está sujeta, a partir de su propio texto, a la eventualidad de realizar reubicaciones laborales del trabajador que incurre en el supuesto de hecho de la norma a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Por el contrario, parecería que bastase con incurrir en el supuesto de hecho (sufrir un detrimento de facultades físicas o mentales) para que el empleador tenga habilitada la vía del despido. Sin embargo, hay que considerar que al momento de promulgarse el Decreto Legislativo No. 728 (1991) aún no se encontraba vigente la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, por lo que por razones de temporalidad, esta última debe relativizar y tener incidencia sobre los postulados originales de aquél dispositivo. Si es aceptado el hecho que la movilidad funcional por cuestiones preventivas es una medida orientada no sólo a proteger al individuo de mayores daños a su salud, sino que uno de los efectos derivados y consustanciales a dicha finalidad es el erigirse como una medida alternativa al despido, resulta claro que la consecuencia de este razonamiento será que el despido por detrimento de las facultades físicas o mentales no puede ser, de ninguna manera, la primera opción del empleador, cuando menos cuando se trate de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que imposibiliten al trabajador la continuación en la misma labor, que son los supuestos recogidos por el artículo 76º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

La atención especial que deberían recibir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales de cara a un posible despido por causas relacionadas con la capacidad del trabajador ha sido destacada por la Comisión de Expertos en el Estudio General de 1995 relativo al Convenio 158 OIT, pese a que este convenio no contiene disposiciones de protección específicas para estos casos especiales, sino que por el contrario, habilita de plano el despido por causas justificadas relativas a la capacidad o conducta del trabajador⁷². No obstante esto, la Comisión de Expertos hace una clara exhortación:

138. Por lo que se refiere a las víctimas de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en opinión de la Comisión es aconsejable que se les conceda una mayor protección [...] La Comisión toma nota con interés que en algunos países la persona que

⁷² Recuérdese que las mayores aproximaciones y sugerencias relacionadas a la reubicación laboral en la OIT se han dado en instrumentos relativos a la seguridad y salud en el trabajo, no en convenios o recomendaciones vinculados a las relaciones de trabajo. Para tales efectos nos remitimos a la parte pertinente del Capítulo II de la presente investigación.

ha sido víctima de un accidente del trabajo o una enfermedad profesional goza de una mayor protección. En China, el empleador no tiene el derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador si se confirma que éste ha perdido total o parcialmente su capacidad de trabajo a consecuencia de una enfermedad profesional o un accidente del trabajo [...]

139. En algunos países, cuando el trabajador no sea apto para reanudar su empleo anterior una vez cumplidos los plazos de suspensión del contrato, el empleador, quedará obligado a proponerle otro empleo [...]. (OIT 1995: 68-69)

Cabría preguntarse por qué no se contempló, como medida preferente al despido, un derecho de reubicación ante la ineptitud sobrevinida por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional en el Decreto Legislativo No. 728 o en cualquier otra norma de nuestro ordenamiento, sino que ha tenido que esperarse hasta la dación de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo para que se reconozca este derecho. A nuestro entender, la respuesta a esta pregunta constituye el elemento de juicio que requerimos para hilar esa tirante relación que existe entre el despido por detrimentos sobrevinidos de las facultades del trabajador y el derecho de reubicación.

Todo apunta a que dicha respuesta puede ser hallada comprendiendo el momento histórico jurídico que vivimos en la actualidad, en el que, apartándonos de las tradicionales tendencias del mero asistencialismo de las personas que sufren algún tipo de discapacidad —cuando no de posturas proclives más bien a su marginación—, se pretende hoy en día dotarles de herramientas jurídicas efectivas que les permitan, en su condición de ciudadanos, ver realizados de forma real y efectiva sus derechos fundamentales. Esto no es otra cosa que el principio de solidaridad sobre el que se asienta el Estado de Derecho, en el cual la mera consagración de derechos fundamentales es apenas el punto de partida, siendo el siguiente paso la imposición de legítimas cargas u obligaciones —incluso sobre particulares— a fin de hacer vigentes y efectivos tales derechos, sobre todo, tratándose de colectivos que en lo fáctico ven limitados ese ejercicio.

Debemos reconocer, no obstante, que el asunto que tratamos no termina de ser absolutamente pacífico en la doctrina. Existen diversidad de criterios y consideraciones de

corte económico y ético-sociales detrás y en continua tensión tras esta forma de despido; así, mientras desde el punto de vista económico, parecería ser excesivo hacer recaer sobre la empresa el coste económico que supone el mantenimiento de una relación laboral cuyo resultado no es rentable, desde el punto de vista ético-social se suele tomar en consideración la situación del trabajador que ve perdido su empleo, con serias dificultades para encontrar una nueva ocupación, y la situación de la familia que depende de los ingresos de ese trabajador (Fita Ortega 1997: 81). No obstante ello, bien podríamos sostener que existe un paulatino y progresivo reconocimiento favorable al derecho de reubicación por estar imbricado con las consideraciones de índole social que pasamos a abordar.

1.2. El principio de solidaridad como fundamento constitucional del derecho de reubicación: el replanteamiento de la causal de despido

El principio de solidaridad, que parte de la moderna concepción del modelo social de Estado, tiene un impacto trascendente en la materia que venimos desarrollando, toda vez que constituye el elemento central a partir del cual se delinear y construyen los postulados de inclusión que se pone de manifiesto en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad. Dicho principio ha tenido un rol esencial sobretodo en el campo de la promoción de los derechos y eliminación de las barreras de las personas con discapacidad —sin que se limite a este ámbito—, encontrándose a la par íntimamente vinculado con los valores que inspiran los derechos humanos, tales como la dignidad humana, la autonomía del individuo, la igualdad y la solidaridad de los seres humanos. No es en vano que la situación de las personas que sufren algún tipo de discapacidad recién comenzó a ser concientizada alrededor de los años sesenta del siglo pasado, incluso luego de haberse celebrado la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948 que, no obstante haber sido un importante hito en la materia, fue una norma que no abordó el tema de la discapacidad.

La forma cómo las sociedades han encarado las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de los individuos en general —no sólo en lo que respecta al trabajo, sino también en relación a otros aspectos de la vida social— ha oscilado históricamente desde esquemas legales orientados por el rechazo y la exclusión de dichos colectivos, pasando por medidas de mero asistencialismo y reconocimiento lírico de derechos, para adoptar —sólo en tiempos más recientes— novedosas perspectivas de inclusión, promoción y

reconocimiento efectivo de derechos a través de mecanismos de acción positiva; esto último, debido a que la discapacidad ha dejado de ser entendida como una anomalía del sujeto, y comienza a ser contemplada más bien como una anomalía de la sociedad, de la mano del progreso de los derechos humanos (De Asís 2007: 19).

Estos tres esquemas de pensamiento, que han tenido su correlato en los diferentes textos legales, han sido extensamente estudiados por Palacios (2007: 245-246), quien ha planteado la siguiente caracterización:

- En el primer modelo, que podría denominarse *de prescindencia*, se considera de las causas de la discapacidad tienen un motivo religioso y que las personas que la padecen constituyen una carga social. Las personas que la sufren son asumidas como innecesarias porque no contribuyen a las necesidades de la comunidad, o porque sus vidas no merecen la pena ser vividas, etc. Por estas razones la sociedad decide *prescindir* de ellas, ya sea a través de políticas eugenésicas o simplemente marginándolas.
- En el segundo esquema, que podría ser llamado *rehabilitador o médico*, se estima que las causas de la discapacidad son de origen científico. En él se entiende que las personas con limitaciones físicas o sensoriales no son inútiles o innecesarias, pero deben ser necesariamente rehabilitadas para promover su convivencia en sociedad. La sociedad asume la tarea de “normalizar” a las personas con deficiencias, reforzándose así un prejuicio negativo respecto de la situación de discapacidad —se le tiene como una anomalía y un obstáculo en sí mismo—. Las herramientas de normalización serían pues la educación especial, la seguridad social, entre otros.
- Finalmente, el modelo *social* parte del entendido que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son predominantemente sociales, toda vez que es ésta la que limita las posibilidades de que las personas con discapacidad puedan satisfacer sus necesidades, y que estas necesidades puedan ser tenidas en consideración en un medio social pensado y diseñado mecánicamente —en lo físico, moral y jurídico— como para un universo de personas que gozan de todas sus facultades físicas y mentales. Bajo este modelo, las personas con limitaciones pueden aportar a las necesidades sociales bajo las mismas condiciones que las personas que no las poseen, reconociéndose no obstante su estatus de personas, en cierta forma, diferentes. La discapacidad se torna así en un concepto

complejo que supone la existencia de personas con deficiencias (sean estas físicas, mentales, sensoriales, etc.) y un medio social hostil frente a dichas particularidades, siendo la discapacidad propiamente el resultado de conjugar ambos elementos. Tal como lo sintetiza Campoy:

El modelo “social”, sin embargo, está caracterizado por que se considera que la integración social de las personas con discapacidad pasa, en una medida muy importante, por la adaptación del entorno social a las especiales capacidades de las personas, de forma tal que se haya de garantizar el que las personas con discapacidad tengan las mismas oportunidades que el resto de los individuos de la sociedad para el autogobierno de su vida. (2007: 147)

Desde esta perspectiva histórica, bien podríamos afirmar que el despido del trabajador motivado por el detrimento sobrevenido de sus facultades físicas o mentales, tal como se encontraba planteado por la normativa laboral peruana, era una medida que tiene como fundamento subrepticio algunas implicancias derivadas de los modelos de prescindencia y rehabilitador. Respecto del modelo prescindencia, creemos que se identifica más con sus consecuencias que con sus razones, pues como hemos referido, dicho modelo tiene un basamento religioso, el cual no resulta de aplicación a esta causal de despido. Sin embargo, en lo que respecta a las consecuencias, la prescindencia es el referente para la ley peruana: el despido excluye al trabajador no sólo del puesto específico, sino que muy probablemente del mercado de trabajo por las menores o reducidas posibilidades de reinserción laboral, condenándolo finalmente a una situación de marginación social. Ante este escenario, privado de la oportunidad de trabajar, no le queda más alternativa al individuo afectado que apelar al asistencialismo y a la ayuda brindada por los sistemas de seguridad social (modelo rehabilitador), en la medida que califique para la obtención de una pensión. De no ser así, es decir, de no calificar el detrimento sufrido como una incapacidad en el plano de la Seguridad Social —no obstante haberlo sido para efectos laborales— el apartamiento social se torna virtualmente pleno⁷³.

⁷³ Compartimos las inquietudes de Fabregat Monfort en este extremo, que son trasladables plenamente al caso peruano. Según la autora, “no se sabe muy bien porqué (sic) hay [que] considerar [...] que una alteración en la salud del trabajador, lo convierte en incapaz o inepto, dando derecho así al empresario a extinguir objetivamente, y en base a ello, la relación laboral; pero, sin embargo, no se le considere así para otorgarle el derecho a una prestación de incapacidad de la seguridad social. Sobra decir lo ilógico que resulta que a un trabajador se le declare, por una alteración en su salud, incapaz para trabajar, extinguendo objetivamente su contrato en base a esa incapacidad y que, no obstante, en materia de seguridad social la misma enfermedad no se considere causa

El enfoque social no procura —como parecería— reconocer un estatus especial o privilegiado a favor de las personas que sufren algún tipo de deficiencia que limita su inserción social, sino que, partiendo de un enfoque más integral sobre la no discriminación como regla, lo que se procura es hacer efectivo aquél *principio de igualdad* en el que se sustentan los derechos humanos y que están referidos en los textos constitucionales y legales⁷⁴; esto, luego de tomar conciencia de que dicha lírica igualdad reposaba sobre blandengues estructuras jurídicas que se han visto, a la larga, superadas por una realidad automática y tradicionalmente excluyente⁷⁵, haciendo de las deficiencias físicas y mentales fenómenos sociales —anómalos— antes que auténticos problemas jurídicos. En el específico campo de lo laboral, las estadísticas más recientes demuestran que dicha exclusión es angustiante: las personas con discapacidad tienen más probabilidades de estar desempleadas, y generalmente ganan menos cuando trabajan; asimismo, los datos mundiales de la Encuesta Mundial de Salud indican que las tasas de empleo son menores entre los varones y mujeres discapacitados —53% y 20%, respectivamente— que entre los varones y mujeres no discapacitados —65% y 30%, respectivamente— (OMS 2011: 11-12). Por ello, como bien lo ha destacado De Asís:

[...] el reconocimiento de los derechos de las personas con

de incapacidad a efecto de prestaciones. Evidentemente, lo razonable debería ser que el concepto de incapacidad fuese idéntico a efectos laborales que de seguridad social” (Fabregat Monfort 2002: 95).

⁷⁴ Sobre este tema se ha mencionado que una de las premisas del modelo social es el principio de igualdad. En virtud de éste, todas las personas poseen no sólo un valor intrínseco inestimable, sino que también son intrínsecamente igual en lo que refiere a su valor, más allá de cualquier diferencia. Esto no significa que deban negarse las diferencias, sino que el modelo social exige a toda sociedad que se precie de igualitaria adoptar un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas para tenerlas en cuenta de forma positiva, eliminando así las barreras socialmente creadas a los puntos de acceso de las estructuras de la vida diaria —educación, trabajo, etc.— por estar éstas diseñadas en función de la norma dominante; esto es, las personas sin discapacidades (Palacios 2007: 263).

⁷⁵ Tal como lo ha destacado la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial (BM), el entorno facilita o restringe la participación de las personas con discapacidad. En ese sentido, los obstáculos para las personas con discapacidad generalmente han estado determinados por: (i) políticas y normas insuficientes (la formulación de políticas no siempre tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad); (ii) actitudes negativas (creencias y prejuicios, tales como los conceptos erróneos de los empleadores de que las personas con discapacidad son menos productivas que sus homólogos no discapacitados); (iii) prestación insuficiente de servicios (las personas con discapacidad son particularmente vulnerables a las deficiencias que presentan los servicios tales como la atención de salud, la rehabilitación y la asistencia y apoyo), (iv) problemas con la prestación de servicios (la mala coordinación de los servicios, la dotación insuficiente de personal y su escasa competencia pueden afectar a la calidad, accesibilidad e idoneidad de los servicios para las personas con discapacidad; (v) financiación insuficiente (los recursos asignados a poner en práctica políticas y planes son a menudo insuficientes; (vi) falta de accesibilidad (los lugares públicos, sistemas de transporte y de información no son accesibles a todas las personas); (vii) falta de consulta y participación (muchas personas con discapacidad están excluidas de la toma de decisiones en cuestiones que afectan directamente a su vida); (viii) falta de datos y pruebas (la falta de datos rigurosos y comparables sobre la discapacidad y la falta de pruebas objetivas sobre los programas que funcionan pueden dificultar la comprensión e impedir que se adopten medidas) - (Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: 2011: 9-11).

discapacidad no se apoya en el reconocimiento de la especificidad de unos sujetos desde la que se justifica la atribución especial de derechos, sino en la necesidad de generalizar la satisfacción de los derechos a aquellos que no los tienen satisfechos. (2007: 35)

El modelo de Estado Social exige relacionar el fenómeno de la discapacidad con una perspectiva de derechos humanos, debiéndose reaccionar frente a la exclusión y discriminación por discapacidad en la promoción de los mismos valores que inspiran y dan fundamento a los derechos humanos. Y es que el modelo social de la discapacidad coincide en muchos aspectos con dichos valores: la dignidad, la libertad entendida como autonomía, una igualdad inclusiva de las diferencias, la satisfacción de las necesidades básicas y, ciertamente, la solidaridad de la colectividad en pos del logro de estos objetivos (Palacios y Bariffi 2007: 23).

Por ello, paralelo al *principio de igualdad* se erige el *principio de solidaridad* como piedra fundante del Estado Social⁷⁶. Esto se explica debido a que la igualdad formal que propone el *principio de igualdad*, es útil para la construcción del Estado Liberal de Derecho, pero esto a su vez es radicalmente insuficiente si lo que se busca es garantizar de manera efectiva y eficiente dicha igualdad jurídica proclamada por los textos legales.

Para la construcción del Estado Social de Derecho el valor igualdad habría de adquirir nuevas dimensiones, pues la apreciación paulatina de las situaciones de desigualdad real vividas por personas individuales y por colectivos de personas, por falta de recursos económicos, por circunstancias personales o sociales o, más recientemente, por discriminaciones indirectas, hizo necesaria la

⁷⁶ Sin el ánimo de inmiscuirnos en profundos debates doctrinales y filosófico-jurídicos sobre el concepto de Estado Social, sino por el contrario, a fin de simplificar el concepto, recurrimos a lo señalado por García Novoa sobre el particular: “Frente a esta concepción tradicional del Estado Liberal, el Estado Social como modelo de Estado expresa uno de los cambios más importantes de las funciones de la Constitución en el siglo XX, sobre todo a partir de la Primera Guerra Mundial. La base de este cambio está, según DE OTTO, en el convencimiento de la insuficiencia de la sociedad civil y la necesidad de intervención del Estado. Se trata, en otras palabras, del paso del Estado Liberal clásico al llamado Estado del Bienestar, Estado Social o Estado Intervencionista. El fenómeno se traduce en la incorporación a las constituciones de mandatos de intervención, de preceptos finalistas que pretenden señalar al Estado objetivos de política económica o social. En el fondo, lo que existe es una intención de atribuir al Estado una voluntad de conformar el orden social, de erigirlo en *motor activo de la vida social*. Si el Estado liberal pretendía simplemente asegurar las garantías jurídicas, el Estado Social se encuentra llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. Del Estado árbitro-imparcial se pasa progresivamente al Estado intervencionista que defiende el *Welfare State*.

El concepto de Estado Social fue acuñado por HELLER, y en su sustancia, al incorporar al Estado obligaciones positivas a actuar y hacer en el campo económico y social, supone un intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban al Estado y a la Sociedad” (2009: 9).

incorporación de esas nuevas dimensiones de igualdad que pretenden hacer posible una igualdad real de oportunidades para todos los ciudadanos [...] no se trata de garantizar que todos tengan, finalmente, las mismas oportunidades de éxito, sino que todos tengan razonables oportunidades de éxito [...]”. (Campoy 2007: 185)

El *principio de solidaridad* no ha quedado como un simple precepto de construcción conceptual en la doctrina jurídica, sino que se encuentra expresamente recogido en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional como elemento interpretativo transversal de todo el ordenamiento constitucional y, por ende, de todo el orden jurídico peruano. En los siguientes pronunciamientos que transcribimos —que no son los únicos sobre la materia, pero sí los más trascendentes para nuestros propósitos— podremos advertir cómo el Intérprete Constitucional ha concebido los alcances del principio de solidaridad derivado de la vertiente social del Estado Liberal. Dichos elementos permitirán, a su vez, identificar cómo la reubicación laboral por accidente de trabajo o enfermedad profesional adquiere un basamento constitucional que justifica por qué el despido por detrimento sobrevenido de las facultades físicas o mentales no constituye una alternativa inmediata para el empleador (en tanto que constituye una medida de directa exclusión), sino que se encuentra mediatizada y relativizada por derechos de inclusión o medidas normativas previas, proclives y propicias a la igualdad de oportunidades, aun cuando éstas exijan de parte de los particulares algunos sacrificios que, en tiempos pasados, podrían haber sido considerados excesivos de cara a los intereses individuales de los particulares (sin que dichos derechos sean tampoco absolutos, conforme veremos más adelante).

- En la STC 048-2004-PI/TC del 1 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional sentó algunas directrices, perfilando lo que sería el propósito general del principio bajo comentario, esto es, relieves la dignidad humana por encima de los intereses de tipo lucrativo, material o económico, todo lo cual partiría de los alcances del artículo 1º de la Constitución Política de 1993. El pronunciamiento señaló específicamente lo siguiente (Fundamento 37):

37. El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de

su ethos organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1° de la Constitución Política, que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho.

- En la STC 0004-2010-PI/TC del 14 de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional fue más específico y extenso en el desarrollo del principio de solidaridad, pues se deja en claro dos aspectos: (i) la solidaridad se manifiesta jurídicamente a través de la imposición de deberes —no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares— que se traducen finalmente en derechos de los individuos; (ii) es también un nexo ético entre los individuos que conforman una sociedad, en virtud del cual se promueve el abandono del individualismo y se propone la asistencia recíproca y la ayuda como parámetro de conducta:

6. El principio de solidaridad tiene en el ámbito constitucional uno de sus más importantes espacios de aplicación, concretándose de un lado en el ámbito de los derechos fundamentales y, de otro, en los criterios organizativos de la estructura estatal [...] Este principio puede presentarse no sólo como una exigencia ética, sino como un criterio en el ámbito jurídico-político. Este principio se concretaría, entre otras cosas, en la presencia en los ordenamientos jurídicos de deberes positivos y entre ellos el deber mismo de solidaridad; y en la existencia de normas y/o sanciones de contenido positivo que premian e incentivan determinadas conductas.

7. A diferencia de los demás valores que fundamentan directamente derechos, la solidaridad lo hace indirectamente por intermedio de los

deberes. De una reflexión desde comportamientos solidarios se deduce la existencia de deberes positivos que corresponde directamente a los poderes públicos o que éste atribuye a terceros, personas físicas o jurídicas. Estos deberes positivos tienen como correlativos a los derechos [...]

8. Así también cabe advertir que con relación al principio de solidaridad, este Tribunal en los Expedientes Nos. 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC ha precisado que: La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial [...]

A partir de la consagración del principio de solidaridad en el orden constitucional, y con la finalidad de lograr sus postulados, el Estado Social legitima el intervencionismo y el recurso a normas de injerencia en el ámbito personal y patrimonial de los particulares, sin que ello suponga ciertamente una relajación de las garantías del Estado Liberal ni un intervencionismo autoritario en pos de intereses puramente colectivos (García Novoa 2009: 10-11). Sin embargo, en esta continua interacción tensional entre la protección del individualismo y la promoción los derechos sociales de los colectivos en situación de desventaja, el Estado Social ha respondido frente a las desigualdades reales mediante diferentes mecanismos en lo que atañe a las personas con deficiencias físicas y mentales: (i) las medidas de igualación positiva, (ii) los ajustes razonables y (iii) las acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa o positiva. Si bien son los segundos los que nos interesan (por lo que dedicamos más adelante un espacio especial a este tema), nos referiremos muy brevemente a los demás para dotar de contexto a nuestro planteamiento.

En primer término, según Giménez Gluk (citado por Campoy), las medidas de igualación positiva se caracterizan por ser tratos formalmente desiguales cuya finalidad constitucionalmente admisible es la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados, por lo que la diferencia en el trato se sustenta en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan (Campoy 2007: 186). Nótese que el énfasis en este tipo de

medidas de igualación parte de la consideración individual del sujeto, no propiamente de su pertenencia a un colectivo en situación de desventaja.

Por su parte, los ajustes razonables son medidas cuyo objeto es la adecuación de los ambientes físicos, sociales, actitudinales, y otros —incluso organizativos— para que, de una forma práctica y eficaz, se permita a los individuos con discapacidad su participación, accesibilidad y el goce de derechos en situación semejante que el resto de personas que no poseen discapacidad. En el fondo, de lo que se trata es de hacer efectivo el principio de igualdad a partir de la adaptación práctica de las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad puedan gozar de los derechos de forma igual que los demás individuos sin discapacidad (Palacios 2007: 284). Aunque sobre el particular volveremos luego, el ámbito de imperatividad de los ajustes razonables viene dado por lo que la doctrina y algunas legislaciones que recogen el planteamiento identifican como las “cargas desproporcionadas”; en tal sentido, se entiende que los ajustes razonables no serían exigibles si es que su implementación va a representar una carga excesiva o desproporcionada para quien resulte, según las circunstancias, el llamado a atender el deseable ajuste.

Finalmente, es posible establecer algunas diferencias entre las denominadas “acciones positivas moderadas” y las “medidas de discriminación inversa o positiva”. Siguiendo a Campoy (2007: 188-189), las acciones positivas moderadas tienen también el propósito de atender situaciones de desigualdad real que exigen la intervención de los poderes públicos y los ciudadanos, y aunque su implementación puede afectar de alguna forma los planes de vida de terceras personas, esa afectación no debería impedir ni dificultar gravemente el desarrollo de los planes de vida de esos terceros. En este sentido se asemejan a las medidas de igualación positiva; sin embargo, se diferencian de éstas en razón de que su enfoque no es el individuo en situación de desventaja, sino el colectivo o grupo social tradicionalmente marginado y discriminado. Por su lado, las medidas de discriminación inversa parten de considerar al colectivo en situación de desventaja (no es un enfoque concentrado en el individuo como tal), pero su implementación sí tiene la virtualidad de afectar de forma directa —y hasta quizás importante— el desarrollo de los planes de vida de terceras personas.

Como fuere, en términos generales, la existencia del principio de solidaridad exige reconocer tres ideas fundamentales que son de interés para nuestro estudio: (i) en primer

término, la colectividad ocupa un rol trascendental en la vida de los individuos, pues es ésta es la que puede hacer posible —o imposible— que los planes de vida individuales de los miembros de la sociedad puedan efectivamente realizarse, de ahí que la colectividad sea responsable de permitir o impedir el goce de derechos efectivo por parte de las personas que no cuentan con la plenitud de sus facultades físicas o mentales; (ii) en segundo lugar, se admite en la actualidad —casi de manera pacífica— que el Derecho puede imponer legítimamente ciertos sacrificios directos sobre los planes de vida individuales en algunos supuestos específicos, a fin de permitir el desarrollo de los planes de vida de los individuos integrantes de colectivos tradicionalmente discriminados o excluidos —lo que claramente sucede con los ajustes razonables y las medidas de acción positiva—; y (iii) en tercer lugar, que los sacrificios que se pueden exigir a los individuos no siempre se limitan en beneficio de sujetos identificables, sino que se pueden exigir en beneficio de la colectividad en su conjunto —lo que se manifiesta, por ejemplo, en las disposiciones de cuidado medioambiental— (Palacios 2007: 266; Campoy 2007: 190-191).

Esto último es de crucial importancia tratándose de la reubicación por accidente de trabajo o enfermedad profesional, pues de contrastar las implicancias del principio de solidaridad con las que derivan de la admisión de una medida de reubicación, se puede advertir con evidente claridad que es aquél principio el que sustenta la constitucionalidad y validez jurídica de la reubicación regulada por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo ya que comparte dos de esas notas clave: en primer lugar, la reubicación tiene por finalidad permitir que el derecho fundamental al trabajo no se trunque por un detrimento sobrevenido de facultades físicas o mentales, de tal manera que deba entenderse que este supuesto no constituye una causal de despido inmediata, sino que se exige al empleador agotar algunas exclusas previas que se traducen en los deberes de acomodo o ajuste razonable que más adelante abordamos; de esta manera, una nueva lectura de dicha causal de despido a la luz del principio de solidaridad, conjugado a su vez con el deber de reubicación previsto por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, nos lleva a la convicción de que, a través de la obligación de movilidad funcional, la comunidad en su conjunto ha adoptado nuevos derroteros y ha asumido un novedoso rol activo de inclusión —o más bien, de no exclusión— del individuo que, por causa del infortunio laboral, podría en principio perder su trabajo al ya no poder responder en condiciones de eficiencia y seguridad a la prestación de trabajo originalmente comprometida y asumida en el contrato de trabajo, sin considerar además que dicha situación podría también ser motivo para una potencial exclusión del mercado de trabajo, ante lo cual el Derecho del Trabajo también ha reaccionado.

En buena cuenta, se trata de una respuesta de talante social dirigida a atenuar las lógicas — aunque insensibles— consecuencias de los postulados privatistas del derecho común que, hasta hace algunos años, llevaban al operador jurídico de la materia laboral a considerar que el despido era la respuesta pertinente ante el detrimento sobrevenido de facultades físicas o mentales; esto es entendible desde dicha óptica civil, pues la resolución contractual constituye una respuesta jurídica automática ante la ruptura del sinalagma contractual. Pero el Derecho del Trabajo, por su significancia y repercusión social, va más allá de las teorías contractuales puras y simples aportadas desde el derecho privado. En materia laboral, la resolución contractual —despido por detrimento sobrevenido de facultades— ha sido remecida en sus raíces por la injerencia ejercida desde los derechos humanos y el replanteamiento de las obligaciones de la sociedad en pos del goce efectivo de derechos de los colectivos en situación de desventaja real, lo que ha terminado por convertir a dicho supuesto extintivo en uno posible, pero relativizado, vale decir, como una figura subsidiaria y, más bien, precedida de otras obligaciones tendientes a evitar la exclusión.

En segundo término, es palmario que la reubicación del trabajador que ha sido víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional supone un gravamen para la empresa desde el punto de vista organizativo (análisis interno de posibles puestos destino) e incluso económico (inamovilidad salarial), pues debe hacer frente a obligaciones a las cuales no estaba acostumbrada en el pasado, debiendo procurar la movilidad funcional de un trabajador que se encuentra en una situación especial de manera súbita, lo que en términos más crudos significa una carga para el empleador.

Sin embargo, la imposición de este tipo de cargas, como se ha visto, es una consecuencia insoslayable del acogimiento a nivel constitucional del principio de solidaridad, pues éste parte del entendido que para hacer efectivo el goce de derechos constitucionales de los colectivos desprotegidos, es factible —y hasta necesario— imponer sacrificios directos, tanto al Estado como a los particulares (incluidas las empresas), como único mecanismo para el logro de la igualdad real a favor de los colectivos desprotegidos y viabilizar así el objetivo general de procurar que la mayor cantidad de personas puedan hacer efectivo sus planes de vida y gozar de sus derechos sociales. Como bien se ha señalado, la realización de ajustes razonables —siendo la reubicación una modalidad de éstos, como más adelante precisamos— supone el reconocimiento de fuertes exigencias a los individuos de la sociedad que no se benefician directamente de ellas, pudiendo suponer incluso un perjuicio

directo e importante en el desarrollo de planes de vida de terceras personas; de ahí que la justificación de estos ajustes parte “de la incorporación de un nuevo valor, el de la solidaridad, como complemento del de la igualdad [...] en la consecución de una efectiva libertad en el máximo desarrollo posible de los propios planes de vida” (Campoy 2007: 189).

Así, el derecho de reubicación prescinde en cierta forma de la organización y administración de los recursos humanos del empleador; no es dependiente de ella sino que, por el contrario, se impone sobre ella y, en general, se impone “al menos en teoría, a ambas partes de la relación laboral —hasta el punto que el empresario puede, de alguna manera, verse obligado a movilizar a un trabajador aunque desde el punto de vista de la organización de los recursos humanos en la empresa no le interese” (Fabregat Monfort 2002: 13).

En suma, la propuesta preventiva actual desafía al empleador no sólo al imponerle obligaciones generales y específicas de previsión en protección de sus trabajadores, sino que demanda de él la extensa responsabilidad de adecuar su organización y estructuras empresariales a estos propósitos sociales, lo que antes podía ser entendido simplemente como algo facultativo o discrecional, o como una simple ayuda frente al trabajador devenido en desgracia. Por ello es que la aplicación del nuevo enfoque de la seguridad y salud, en consonancia con la promoción de los derechos sociales, exige la integración de toda la actividad preventiva en la gestión global de recursos de la empresa y reclama la adopción de medidas de seguridad de carácter técnico, pero también de tipo organizativo, encontrándose dentro de éstas las que en el pasado constituían simplemente facultades de ejercicio discrecional por parte del empresario integradas en el contenido de su poder de dirección (Martín Hernández 2006: 273).

2. LA MOVILIDAD FUNCIONAL COMO AJUSTE RAZONABLE Y LA SUBSIDIARIDAD DEL DESPIDO LABORAL POR DETRIMENTO SOBREVENIDO DE FACULTADES FÍSICAS O MENTALES

2.1. Aproximación a la noción de ajuste o acomodo razonable

2.1.1. Referentes históricos generales

La obligación de realizar acomodos o ajustes razonables⁷⁷ parte del reconocimiento de que, en ocasiones, la interacción entre las características inherentes a los individuos (como podrían ser ciertas disfuncionalidades, el sexo, la religión o las creencias) y el ambiente físico o social pueden traducirse en la imposibilidad de desarrollar una función particular o un trabajo de manera convencional, siendo el resultado la exclusión del mercado de trabajo o un abanico restringido de oportunidades en comparación con el resto de individuos; de ahí que los ajustes exigidos supongan, entre otros aspectos, la remoción de las barreras mediante el tratamiento diferenciado de estos individuos en situación de desventaja (Lawson 2008: 1-2). El objeto de los ajustes o acomodos razonables es pues una visión de integración a partir de tratos no uniformes, pero en procura de la igualdad en los resultados en casos particulares.

Aunque en la actualidad el acomodo razonable o ajuste razonable viene siendo ampliamente difundido —especial, pero no únicamente— en el campo de la promoción de los derechos de las personas con discapacidad en todo ámbito del desenvolvimiento de la vida en sociedad, con la finalidad de viabilizar la igualdad real y el goce efectivo de los derechos fundamentales por parte de dichos colectivos, en su origen ése no era su ámbito objetivo ni subjetivo.

En efecto, en su génesis, el ajuste razonable fue creado por el derecho estadounidense como un mecanismo de compatibilización entre la libertad religiosa y las exigencias del empleo, siendo su restringido campo de acción el marco de las relaciones laborales. Es posible identificar los orígenes remotos de la noción de ajuste razonable en dos momentos previos a su creación legislativa (Borges 2011: 47-53). El primero de ellos, en la Ley de Derechos Civiles (Civil Right Act) de 1964, que prohibió la discriminación por causa de raza, color, religión, sexo o nacionalidad; salvo los casos de distinción basada en la “*bona fide occupational qualification*” (exigencia profesional justificada), esto es, el supuesto demostrable de que el móvil discriminatorio es un requisito razonablemente necesario para el desarrollo regular de la empresa o negocio. Aunque la Ley no planteaba la obligación de efectuar ajustes razonables en el empleo, es a partir de este momento que surge el debate.

⁷⁷ Las denominaciones “ajuste razonable” y “acomodo razonable” las entendemos alternativas y equivalentes para efectos prácticos. La diferencia entre ambas nomenclaturas obedece a la diferente terminología empleada en la legislación y jurisprudencia desarrollada en los dos países donde el concepto ha sido mayormente impulsado como parte de las luchas históricas por la igualdad y no discriminación: los Estados Unidos de América y Gran Bretaña. Así, mientras en los Estados Unidos el concepto ha sido creado y desarrollado bajo la denominación de “ajuste razonable” (*reasonable adjustment*), el derecho inglés lo ha abordado como “acomodo razonable” (*reasonable accommodation*).

El segundo momento se da en el año 1966, cuando la *Equal Employment Opportunity Commission* (Comisión de Igualdad de Oportunidades, creada por la Ley de Derechos Civiles) expidió una serie de recomendaciones no vinculantes (*Guidelines on discrimination because of religion*) enfatizando el deber de los empresarios de acomodar las razonables necesidades religiosas de sus trabajadores, cuando dicha acomodación fuese posible *sin inconveniente serio* para el desarrollo de la empresa. Un año más tarde, en 1967, la barrera del *inconveniente serio* que libraba al empresario de la obligación de acomodo, sería elevado a la exigencia de una *carga excesiva (undue hardship)*, siendo esta excepción la que se ajusta al concepto actual de acomodo razonable en la doctrina y legislaciones que han abordado expresamente este tema.

No sería sino hasta el año 1972 que el acomodo razonable por razones religiosas se instaura como obligación legal en los Estados Unidos a través de una enmienda a la Ley de Derechos Civiles de 1964. Su plasmación legal se debió a que en el año 1971 la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al resolver la causa *Dewey vs. Reynolds Metal Company*, consideró que no había asidero legal para la imposición al empleador del deber de acomodo pues, como se ha señalado, hasta entonces lo que existía eran apenas algunas recomendaciones.

La ampliación de la obligación de realizar ajustes razonables hacia el terreno de las personas con discapacidad es también una idea originaria de los Estados Unidos. Partiendo de la Ley de Rehabilitación (*Rehabilitation Act*) de 1973 —de aplicación restringida a las entidades de gobierno federal y a las organizaciones que recibían fondos de él o que le proveían de bienes o servicios—, se emitieron algunas regulaciones interpretativas de desarrollo que establecían que, a efectos de prohibir la discriminación en perjuicio de las personas con discapacidad, debían adoptarse ajustes razonables a favor de ellas, aun cuando la referida Ley no contemplaba dicha obligación de manera expresa (Lawson 2008: 5).

Para el sector privado, la protección a favor de las personas con discapacidades se hace presente recién en el año 1990 a través de la Ley para Ciudadanos Americanos con Discapacidades (*Americans with Disabilities Act*, también conocida de manera simplificada por sus iniciales “ADA”, cuya última enmienda se ha producido en el 2008). Esta norma, de aplicación a los empleadores con quince o más trabajadores, exige a los mismos la

realización de ajustes razonables en el empleo, salvo que dichos ajustes constituyan cargas excesivas. Dichos ajustes podrían consistir, de manera general, en cambios necesarios en el ambiente de trabajo o en la forma cómo se desempeña el mismo, destinados a permitir a una persona con discapacidad⁷⁸ acceder a un empleo, a desenvolverse en él de la misma manera como lo hacen los trabajadores sin discapacidad y, en general, gozar del disfrute de igualdad de oportunidades. Bajo el ADA:

Los acomodos razonables calzan en tres categorías. En la primera categoría están las modificaciones en el proceso de solicitud de empleo que permitan a un trabajador con discapacidad ser considerado, por ejemplo, proporcionándole una versión impresa más grande del examen escrito al solicitante con deficiencias visuales. En la segunda categoría se encuentran las modificaciones al ambiente de trabajo que permitan al trabajador con discapacidad desarrollar las funciones esenciales del trabajo [...]. En la tercera categoría se encuentran las modificaciones que permitan al trabajador con discapacidad disfrutar de los mismos beneficios y privilegios que disfrutaban otros trabajadores, por ejemplo, tener acceso a programas de entrenamiento o a celebraciones en un salón que sea accesible para un trabajador en silla de ruedas. (Gold 2001: 64, traducción libre)⁷⁹

2.1.2. Concepto de ajuste razonable

⁷⁸ Para estos efectos, la “discapacidad” es concebida por la ADA bajo tres acepciones: (i) cualquier discapacidad física o mental que limita en forma significativa una o más de las actividades vitales fundamentales (tales como velar por uno mismo, realizar tareas manuales, escuchar, hablar, ver, caminar, aprender, respirar y, ciertamente, trabajar); (ii) tener un historial de discapacidad; o (iii) ser considerada como una persona con discapacidad. Para mayores referencias sobre los alcances de estos conceptos, consultar Gold (2001:56-63).

⁷⁹ Estos son también los criterios que, con carácter sugerido, ha adoptado la Comisión de Igualdad de Oportunidades de los Estados Unidos de América. En la Guía de Ejecución sobre Acomodo Razonable y Carga Excesiva conforme a la Ley de Estadounidenses con Discapacidades (*Enforcement Guidance on Reasonable Accommodation and Undue Hardship under the Americans with Disabilities Act*), emitida con carácter de recomendación en el año 2002, se ha sostenido la existencia de tres categorías de “ajustes razonables” a la luz de la norma norteamericana: (i) modificaciones o ajustes en un proceso de solicitud de empleo que permitan a un solicitante calificado con una discapacidad para ser considerado en la posición deseada para la que presentaron solicitud; (ii) las modificaciones o ajustes en el ambiente de trabajo, o en la forma o circunstancias en que es habitualmente el realizado el cargo que se ocupa o que se desee realizar, y que permitan a un individuo calificado con una discapacidad realizar las funciones esenciales de esa posición; o (iii) las modificaciones o ajustes que permitan a los individuos calificados con una discapacidad disfrutar de los mismos beneficios y privilegios del empleo que disfrutaban los empleados en situaciones similares sin discapacidades. Para mayores referencias, consultar la Guía de Ejecución sobre Acomodo Razonable y Carga Excesiva de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de los Estados Unidos de América (Principios Generales) <<http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html>>.

En la actualidad, los ajustes razonables constituyen en concepto ampliamente difundido e invocado en la doctrina y las legislaciones antidiscriminatorias por discapacidad en diversos países del mundo bajo criterios mayormente coincidentes. Así, por ejemplo, haciendo alusión a la normativa española (Ley 51/2003), Palacios define a los ajustes razonables como “medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos” (2007: 284).

Los ajustes razonables no son otra cosa que modificaciones —en el significado más general del término— que tienen por objeto restablecer la igualdad en el caso concreto, involuntariamente vulnerada o ignorada. Se trata de conductas destinadas a realizar o introducir modificaciones y adaptaciones, entendidas en sentido lato, a las necesidades particulares de las personas con discapacidad en cualquier supuesto que pudieren éstas encontrarse, a fin de permitir, en el caso concreto, el acceso o el ejercicio de los derechos y la participación efectiva en la sociedad; con la excepción de aquellos acomodos que supongan una carga excesiva o indebida y que, por ende, no son obligatorios⁸⁰.

En el Perú, la Ley General de la Persona con Discapacidad ha contemplado el instituto del ajuste razonable en el lugar de trabajo, concibiéndolo como la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias, el entorno de trabajo, la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad (artículo 50º). Si bien es importante que la ley contemple el concepto, consideramos que no es en estricto indispensable para su existencia y validez jurídica, pues creemos que el ajuste o acomodo razonable constituye una exigencia que se deduce directamente del principio de igualdad constitucionalmente recogido (Borges Blázquez 2011: 64). Además, conviene recordar que el ajuste razonable cuenta con referente más próximo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización

⁸⁰ Pérez Bueno ha identificado y categorizado los elementos constitutivos del acomodo o ajuste razonable de la siguiente forma: (i) una conducta positiva de actuación de transformación del entorno —elemento físico de cambio—; (ii) la transformación ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en toda situación en la que pudieren hallarse, a fin de proporcionarles una solución —elemento de individualización y satisfacción de las particularidades—; (iii) que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad —elemento de subsidiariedad—; (iv) estas adecuaciones no han de comportar una carga desproporcionada para el sujeto obligado —elemento de razonabilidad—; y (v) en todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad —elemento de garantía del derecho a la igualdad— (2012: 166).

de las Naciones Unidas, aprobada por Resolución Legislativa No. 29127 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 1 de noviembre de 2007, y ratificada por Decreto Supremo No. 073-2007-RE publicado el 31 de diciembre de 2007. A nuestro entender, este instrumento hace que el desarrollo legislativo del acomodo razonable sea un tema pendiente en la agenda nacional. Sin perjuicio de ello, conviene destacar algunos aspectos de este instrumento para los efectos que interesan a nuestro estudio:

- En primer lugar, el ajuste razonable es definido en el artículo 2º como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

De esta definición rescatamos tres elementos. En primer lugar, ajustes razonables no están sujetos a un enunciado limitativo de posibilidades, sino que su materialización se abre a cualquier tipo de “modificación” o “adaptación” que resulte pertinente, en tanto ella tenga por propósito garantizar la igualdad de oportunidades. Por consiguiente, los ajustes no sólo serán de tipo técnico o adaptativo (modificación de estructuras, ambientes, inmuebles o accesos), sino también organizativo, lo que en el ámbito del trabajo podría traducirse en alteraciones o variaciones en el modo, tiempo y forma de realizar el trabajo.

En segundo término, se recoge el deber en términos no absolutos, es decir, se exceptúan de la obligación de ajuste cualquier tipo de modificación o adaptación que constituya una carga desproporcionada o indebida (lo que evoca al *undue hardship* de la fórmula original estadounidense).

Conviene apuntar que, aunque este tema podría prestarse a todo tipo de controversia desde el punto de vista ético y jurídico, es un dato fáctico que las legislaciones y la doctrina de la materia recogen y aceptan este límite al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. Pueda que nos encontremos en la actualidad en un momento determinado de la historia de la lucha por la igualdad en que este tipo de excepciones se entienden como legítimas; aunque ciertamente nada asegura que ello sea la tesis imperante en los tiempos venideros. En todo caso, si

nos sujetamos a los criterios vigentes, debería admitirse la legitimidad jurídica de estas limitaciones en consonancia con los criterios mundialmente admitidos, pero siempre entendiendo lo *no razonable* con sumo cuidado, pues tampoco se trata de vaciar de contenido y de significancia las obligaciones de acomodo, interpretando y aplicando extensivamente los supuestos de excepción o liberación. Sobre el particular se ha señalado:

Los distintos ordenamientos jurídicos renuncian implícitamente a una protección completa contra la discriminación [...] al asumir que habrá esferas en que esa garantía no se producirá en todo momento y para todas las situaciones [...]. No existe la obligación de realizar todo tipo de ajustes [...] cuando imponen al sujeto obligado en primer término una carga excesiva o indebida o no son proporcionados, no constituyen un deber y por tanto no son exigibles. Al no ser razonables, deja de ser obligatoria su realización, aun a pesar de que de este modo el derecho de la persona con discapacidad se vea sacrificado [...] Más allá de las dudas que pueda suscitar esta admisión, en todo caso sí cabe exigir a las legislaciones en la materia que en la regulación de los elementos que conforman el carácter de razonable de los ajustes, se sea muy cuidadoso, de suerte que [no] se abuse de la consideración de no razonable para ampliar el número de supuestos donde no resulta posible imponer la obligación de realizar ajustes. (Pérez Bueno 2012: 163)

En tercer lugar, el ámbito de acción del ajuste razonable se torna extenso y ambicioso, pues el abanico de protección es abierto a fin de garantizar con evidente amplitud el goce efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales —lo que ciertamente incluye el derecho fundamental al trabajo—, no limitándose el ámbito de injerencia de los ajustes razonables a un catálogo cerrado de derechos, o a la mera accesibilidad física de las personas con discapacidad a los espacios públicos.

- El mismo artículo 2º establece que la denegación de los ajustes razonables constituye también un supuesto de discriminación por motivos de discapacidad; a la

- par de toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.
- La Convención establece en su artículo 27º garantías expresas en el ámbito del trabajo. Entre otras, se señala la obligación de los Estados Partes de salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, “incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo”, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, en la que puede establecerse —entre otros tópicos— la obligación de “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” (literal i) y “promover programas de [...] mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad” (literal j). Existe a nuestro entender una clara relación y diversos puntos de intersección entre el derecho de reubicación planteado en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo con esta norma de origen internacional.

Adentrarnos en la noción de ajuste o acomodo razonable —cuando menos de manera referencial— lo estimamos conveniente para los propósitos de la presente investigación, pues ello constituye un elemento imprescindible a fin de determinar la intensidad con que la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo plantea el derecho de reubicación, y cómo ello debe ser leído y compatibilizado a la luz de la causal de despido vinculada al detrimento sobrevenido de facultades físicas o mentales. En esta línea, es nuestra intención destacar dos aspectos que seguidamente desarrollaremos: en primer lugar, la reubicación del trabajador incurso en discapacidad motivada por un accidente de trabajo o enfermedad profesional constituye una forma típica de ajuste razonable, por lo que este tipo de movilidad funcional no puede ser leída con independencia de los preceptos y lineamientos que orientan dichos acomodados. Así, identificamos la existencia de un único móvil social tanto en la reubicación como en el ajuste razonable, esto es, la voluntad del Derecho de combatir la exclusión de la persona con discapacidad del mundo del trabajo, favoreciendo —por el contrario— la dignidad personal, el goce efectivo de los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho de conservar la oportunidad de seguir desempeñando una labor y poder seguir siendo fuente de sustento para sí y para el entorno familiar. En buena cuenta, hablar de reubicación en el trabajo es hablar, como ya lo venimos antelando desde los capítulos anteriores, de un fenómeno de derecho laboral individual, de una medida preventiva en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, pero también de una forma de promoción de la

persona con discapacidad. Son diferentes ópticas para enfrentar un mismo fenómeno jurídico.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, tomamos nota que al ser la reubicación del trabajador una forma de ajuste razonable, aquella —la reubicación— deberá participar también de la limitación referida a las “cargas excesivas”, excepción al deber de acomodo que ha acompañado pacíficamente la creación y evolución de este instituto. Esta propuesta de lectura del derecho de reubicación que apela a su interpretación con criterios de razonabilidad —y que parte de concebir a la reubicación como un ajuste razonable— era la que, a nuestro entender, faltaba en el texto de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Esta proposición ciertamente ceñirá esa tesitura amplia, extensa y aparentemente ilimitada del derecho de reubicación, conforme parecería plantearlo el texto de la Ley, lo cual entendemos prudente pues no existe ningún derecho de alcances absolutos ni plenos. Esto no supone ni debe ser entendido de ninguna manera como un intento de restar virtualidad al derecho de reubicación, sino por el contrario, como un ensayo destinado a delinear los contornos más exactos posibles del derecho en cuestión e identificar los supuestos de excepción, para que estos últimos no sean indebidamente interpretados en términos laxos o irresponsablemente permisivos, pues ello sí podría traer consigo la inutilidad práctica de la reubicación como derecho de inclusión social. En otros términos, de lo que se trata es de aportar una categorización jurídica al derecho de reubicación, de una interpretación razonable y compatible con otros intereses, e identificar aquellos límites que, como cualquier otra prerrogativa, debe tener también la movilidad funcional en estos supuestos de necesidad social.

2.2. La movilidad funcional como medida de ajuste razonable y la excepción de las “cargas excesivas”

La doctrina y las prácticas internacionales que han abordado el instituto del ajuste razonable y la promoción de los derechos de las personas con discapacidad coinciden de manera unánime al señalar que reubicar al trabajador que, durante el desempeño del puesto ha devenido en una situación de discapacidad, constituye una forma de poner en práctica los deberes de acomodo. Ciertamente, el supuesto en cuestión es amplio pues comprende no sólo las discapacidades generadas por infortunios laborales, sino cualquier otro tipo de circunstancia, como las discapacidades originadas por causas accidentales o enfermedades

comunes o no relacionadas al trabajo. Sin embargo, mantendremos ocupado nuestro interés en los primeros casos.

Pero así como se acepta que la movilidad funcional constituye una forma de ajuste razonable, se admite también la liberación del deber de realizar el acomodo cuando éste representa una “carga excesiva” para el empleador, por lo que será importante discernir cómo ha sido entendido dicho supuesto de liberación, tanto en su aplicación general como en su adaptación concreta al caso de la reubicación laboral como forma de ajuste razonable.

Desde una perspectiva general, la “carga excesiva” constituye un estándar jurídico, una enunciación desprovista de una significación previa, que debe ser más bien contextualizada y discernida a partir de la casuística que la invoque. A pesar de dicha indeterminación, entendemos razonablemente que no existe otra forma de abordar esta excepción por la imposibilidad que enfrenta todo legislador de imaginar cuantas situaciones particulares pudiesen presentarse en el mundo real; de ahí que en esta materia deba cumplir un rol sustancial la jurisprudencia, lo que en nuestro medio es aún un asunto pendiente. Como bien ha señalado la doctrina, determinar si la carga resulta o no proporcionada será evidentemente una cuestión a resolver en cada caso concreto, aunque se establezcan parámetros generales que deben ser tenidos en cuenta a los fines de la determinación de la obligación; esto es: los costos de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adaptación, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o de cualquier otra ayuda (Palacios 2007: 284; Campoy 2007:188). Pero será la labor judicial la que deberá aportar criterios más específicos que sirvan como parámetros de interpretación y de actuación de los operadores jurídicos al momento de invocar la existencia de “cargas excesivas” en cuestiones de discapacidad.

Es pues virtualmente imposible definir *a priori* en qué casos se presenta esta excesiva gravosidad, por lo que siempre la interpretación de la razonabilidad se remitirá a la casuística, a las situaciones concretas en que se presente el debate sobre la procedencia o no de un determinado acomodo. A lo mucho, la doctrina y algunos lineamientos jurídicos extranjeros han apuntado algunos criterios generales que deberían repasarse para analizar, en cada caso específico, si existe o no la exigencia de una carga excesiva y, por ende, indebida.

Por ejemplo, Ruiz Vieytez recuerda que, como criterio general según la práctica canadiense, no podrían aceptarse como supuestos de liberación del deber de acomodo los simples inconvenientes administrativos, las preferencias pretendidas de la clientela, la amenaza de una demanda judicial o el miedo a crear un precedente; pudiendo admitirse más bien como irrazonables, entre otros, los elevados costos financieros que reclamaría una medida concreta de acomodo, problemas organizacionales unidos a la disponibilidad de instalaciones (el tamaño de la compañía o el servicio puede ser determinante) o cuestiones relativas a la seguridad como una mayor intensidad o agravación del riesgo potencial (2009: 9-10). En semejante sentido, Borges Blázquez ha apuntado como cargas excesivas⁸¹ usualmente identificables —también en la práctica jurídica canadiense— las limitaciones financieras (coste desmesurado, sea financiero, material o humano), las limitaciones funcionales (si el ajuste exigido representa un obstáculo al correcto funcionamiento de la empresa o institución), entrar en contradicción con los objetivos o el código deontológico de la institución o empresa, vulnerar el interés colectivo, los valores democráticos o de orden público, o el infringir los derechos y libertades de otras personas (2011: 67-68).

Por su parte, la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Estados Unidos de América, en la misma línea de pensamiento, ha sostenido con carácter general que la única limitación legal a la obligación del empleador de implementar acomodos razonables es la presencia de una “dificultad excesiva” (*undue hardship*), término con el que se alude, en principio, a una dificultad o gasto significativo que atañen a los recursos y a las circunstancias del empleador en particular en relación con el costo o la dificultad de proporcionar un acomodo específico. Sin embargo, la carga excesiva está referida no sólo a las dificultades financieras que tuviere que asumir el empleador, sino también a todos aquellos ajustes cuya adopción implicare alterar, de una forma sustancial, la naturaleza o el funcionamiento de la empresa, lo que debe ser evaluado por el empleador caso por caso⁸².

Conviene recordar también en este punto algo ya mencionado anteriormente, en el sentido que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas reconoce que la obligación de realizar ajustes razonables son tales en tanto “no

⁸¹ También denominadas en el medio jurídico canadiense como “obligaciones excesivas”, “penalizaciones injustas”, “cargas desproporcionadas”, “*contrainte excessive*”, o simplemente, como en la formulación estadounidense, “*undue hardship*”).

⁸² Para mayores referencias, consultar la Guía de Ejecución sobre Acomodo Razonable y Carga Excesiva de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de los Estados Unidos de América (Principios Generales) <<http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html>>.

impongan una carga desproporcionada o indebida”, por lo que la adhesión del Perú a este instrumento nos coloca, en el plano jurídico, en semejante línea de pensamiento de la ya esbozada por otros referentes internacionales.

Ahora bien, si nos enfocamos específicamente en la reubicación del trabajador como una forma de ajuste razonable, debemos advertir que, a la par que se consagra la exigibilidad de esta forma de acomodo, se reconoce igualmente como excepción específica a dicha obligación el hecho que no exista, al momento en que se requiera implementar el ajuste razonable, una vacante disponible que el trabajador pudiese cubrir, constituyendo este hecho la concretización de una “carga excesiva” *per se* aplicada al caso de la reubicación laboral. Dicho en otros términos, las doctrinas y legislaciones que han venido desarrollando las obligaciones de ajuste razonable reconocen que, no obstante que la reubicación laboral es una forma de acomodo, ésta no es exigible si es que no existe una vacante disponible que pudiese ser cubierta por el trabajador de acuerdo a las calificaciones laborales que éste ya posee. La reubicación no será exigible si es que ello supone que el empleador deba crear un puesto de trabajo, pues se entiende que imponer esta obligación sobre el empresario implicaría admitir una medida que sobrepasa *lo razonable*, criterio que constituye el eje gravitacional alrededor del cual se construye el deber de acomodo, como una forma de compatibilizar los intereses en juego —los de la persona con discapacidad de seguir con su empleo, y los del empresario, de no ver alterada sustancialmente la forma cómo ha concebido su organización productiva—.

En efecto, sin dejar de reconocer que la existencia del deber de reubicación de los trabajadores con discapacidades sobrevenidas fue en años anteriores un asunto altamente controvertido en los tribunales de justicia norteamericanos, Gold compila en los siguientes términos los criterios hoy en día mayormente empleados:

Cuando un trabajador no puede continuar desempeñando su trabajo [...], el trabajador puede a menudo solicitar ser transferido a otro puesto que sí podría desarrollar (posiblemente mediando un acomodo). Nuevamente, los tribunales están divididos. Algunos sostienen que los individuos con discapacidad tienen el mismo derecho del que disfrutaban los trabajadores sin discapacidad a ser transferidos en la empresa [...] Otros tribunales sostienen que la obligación legal del empleador de efectuar acomodos razonables

otorga al trabajador con discapacidad un derecho especial a ser reubicado; pero estos tribunales se dividen en otro aspecto. Algunos señalan que el empleador debe entrenar al trabajador con discapacidad para el nuevo puesto; otros sostienen que el empleador no requiere entrenar al trabajador. En dos puntos todas las cortes coinciden. Primero, el puesto debe ser existente; un empleador no tiene el deber de crear un nuevo puesto que pueda ser desarrollado por la persona con discapacidad. En segundo lugar, [la reubicación] aplica sólo para trabajadores con vínculo vigente, no para los postulantes al empleo [...]. (Gold 2001: 66-67, traducción libre, subrayado nuestro)

Por su parte, en tiempos más recientes, la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Estados Unidos de América ha precisado que la ADA específicamente enumera la reasignación a un puesto vacante (*“reassignment to a vacant position”*), como una forma de acomodo razonable⁸³, para lo cual se plasman algunos lineamientos:

- Según la Comisión, este tipo de ajustes razonables deben ser proporcionados a un trabajador que, a causa de una discapacidad, ya no puede realizar las funciones esenciales de su puesto actual, con o sin acomodo razonable, a menos que el empleador pueda demostrar que sería una carga excesiva. Asimismo, la Comisión sostiene que un empleado debe encontrarse “calificado” para el nuevo puesto, lo cual acontece sólo si satisface con suficiencia la destreza, experiencia, educación y otros requerimientos relacionados con el trabajo involucrado en la nueva posición, y si puede realizar las funciones esenciales de ésta, con acomodo razonable o sin él; no existiendo —de otro lado— obligación para el empleador de proporcionar capacitación para que el trabajador adquiera las habilidades necesarias para convertirse en “calificado”.
- Antes de considerar la reubicación, el empleador debería considerar, en primer lugar, las adaptaciones que le permitan al trabajador permanecer en su puesto original. La reubicación es un acomodo razonable de último recurso y sólo pertinente en tanto no hayan acomodos efectivos posibles que puedan realizarse para permitir el desarrollo

⁸³ Guía de Ejecución sobre Acomodo Razonable y Carga Excesiva de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de los Estados Unidos de América, numeral 24 <<http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html>>.

de las funciones esenciales del puesto de trabajo original, o en caso que las adaptaciones fácticamente posibles impongan una carga excesiva para el empleador.

Destacamos en este extremo nuevamente la subsidiariedad de la reubicación. Como ya ha sido mencionado en los capítulos anteriores de esta investigación, la reubicación del trabajador que ha sido víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional no es una medida liminar, sino de última instancia. Así lo sugieren las tres perspectivas con que hemos analizado éste instituto: (i) desde la perspectiva del Derecho Laboral, la reubicación impone una modificación sustancial al contrato de trabajo, por lo que su aplicación debiera entenderse como excepcional, y su pertinencia dependerá del análisis concurrente de los diferentes enfoques abordados; (ii) desde la perspectiva de la Seguridad y Salud en el Trabajo, la reubicación es una medida preventiva no automática, por lo que no es necesario recurrir a ella si es posible adaptar otros mecanismos de protección eficaces para salvaguardar la vida y la salud del trabajador; y (iii) y ahora, desde la perspectiva de la promoción de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables, la residualidad de la reubicación laboral es nuevamente afirmada. No cabe duda pues que los tres enfoques propuestos desde un inicio son los oportunos y acertados.

- Con relación a la vacancia del puesto, la Comisión sostiene que “vacante” se entiende a la posición que está disponible cuando el trabajador solicita el acomodo razonable, o que el empleador sabe que estará disponible en un plazo razonable, lo cual debe determinarse caso por caso, teniendo en cuenta los hechos pertinentes, tales como si el empleador, en base a su experiencia, puede anticipar que una posición apropiada quedará vacante dentro de un corto tiempo. Una posición se debería considerar vacante incluso si el empleador ha publicado un aviso o anuncio de búsqueda de postulantes para dicha posición.

Como fuere, de acuerdo al entendimiento de la Comisión y en vía de interpretación de las obligaciones derivadas del acomodo razonable tal como lo es entendido en el derecho norteamericano, queda entendido que la reubicación del trabajador con discapacidad es obligatoria sólo en tanto exista un puesto vacante. Para estos efectos, señala la Comisión, no es pertinente liquidar a otro trabajador a fin de que, mediante su cese, se genere dicha vacante, así como tampoco hay obligación de crear una nueva

posición (un puesto de trabajo) con la única finalidad de asignar a ella al trabajador con discapacidad sobrevenida, pues cualquiera de estas dos hipotéticas medidas, de entenderlas tentativamente imperativas, constituirían cargas exageradas o desproporcionadas para cualquier empleador en relación con el deber de acomodo razonable, correspondiendo más bien su ubicación en las periferias de la obligación jurídica que pesa sobre el patrono.

2.3. Lectura concordante entre el despido por detrimento sobrevenido de las facultades físicas y mentales y el derecho de reubicación. La reubicación como derecho preferente y no absoluto.

La lectura del derecho de reubicación como una modalidad de acomodo razonable para los casos de detrimentos sobrevenidos de las facultades físicas y mentales del trabajador, parece clarificar, en nuestro concepto, aquellos linderos que permiten entender a la reubicación como un derecho ciertamente importante y sustancialmente alineado con la noción de Estado Social y el rol protector y promotor de éste de cara a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad; pero también dicha perspectiva nos ha permitido vislumbrar la corroboración de una nuestras hipótesis de trabajo, en el sentido que la reubicación es un derecho no absoluto, al igual que no es absoluto ningún derecho subjetivo de la vida en sociedad. La exigibilidad de la reubicación parece un hecho insoslayable y, cuanto más, un deber jurídico del empleador en tanto su ejecución no represente una carga excesiva para éste, lo que en términos más objetivos se traduce en la imperatividad de la reubicación en tanto exista un puesto o posición vacante para el trabajador; puesto que además debe satisfacer las exigencias de categoría profesional y demás garantías laborales estudiadas anteriormente en el desarrollo de este trabajo.

Podría sostenerse en contrapartida de esta afirmación que dicha conclusión es extraída de un derecho no sólo distinto al peruano, sino incluso proveniente de una tradición jurídica distinta a la romano-germánica. Consideramos que ese tipo de críticas no hacen mella alguna a nuestras afirmaciones. Las razones son diversas, pero nos enfocamos en tres de las principales. En primer lugar, en el Perú, la promoción de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad constituye aún una materia incipiente, poco tratada como consecuencia de un desinterés social tan sorprendente como francamente intolerable. En este escenario jurídico, difícilmente podremos hallar referentes internos para explayar un tema como el que nos convoca, lo que convierte en inevitable esta tarea de concordancia y

remisión permanente al derecho extranjero y a aquellos autores foráneos que han contribuido a la fecha al logro de una especialidad jurídica que tiene una larga data de desarrollo y evolución en otros países. Lejos de ver en esta labor de remisión y consulta a las fuentes extranjeras una condición limitante, preferimos enfocarla como una potencialidad de gran valía, en la medida que aquellas experiencias extranjeras deberán nutrir el Derecho Peruano cuando éste aborde el tema de la discapacidad, al fin, de manera decidida.

De otro lado, la obligación de realizar acomodos razonables, si bien tiene su génesis en la realidad, en la experiencia y en la legislación norteamericanas, aquélla se ha convertido en una institución jurídica de alcance global en el mundo occidental, no habiéndose contentado en ser apenas una creación legislativa de alcance territorialmente limitado. Prueba de ello es que diversas legislaciones del mundo contemplan en sus ordenamientos dicha obligación, con mayores o menores alcances, y la doctrina sobre el particular es prueba palmaria de ello.

Por último, los temores de “carecer” de un respaldo jurídico positivo en torno a la obligación de realizar ajustes razonables deben verse aplacados si tenemos en cuenta los alcances de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, norma internacional que forma parte del Derecho Peruano, pues como ya ha sido desarrollado anteriormente, dicho dispositivo contempla el deber de realizar ajustes razonables y, además, consagra también los límites a este deber cuando consagra la excepción de las “cargas desproporcionadas o indebidas”, lo que va exactamente en la línea de desarrollo que hemos venido trazando.

El deber de reubicación del trabajador se va configurando así no como un derecho absoluto, sino como un derecho relativo o, como algunos han preferido denominarlo, como un derecho preferente. Ante la imposibilidad de su realización (por no existir puesto vacante en la empresa), la única alternativa que podría avizorarse es la habilitación del empleador para proceder con el despido basado en el detrimento sobrevenido de las facultades físicas o mentales del trabajador. La condición para esta habilitación es, precisamente, la imposibilidad de satisfacer un ajuste razonable.

Aunque sin entrar en dilucidaciones en torno a los derechos de las personas con discapacidad, la doctrina especializada en las cuestiones laborales ha entendido de manera pacífica a lo largo del tiempo que la reubicación laboral por cuestiones de interés social

—como lo es el caso de los trabajadores víctimas de accidentes y enfermedades relacionadas al trabajo— constituye una obligación jurídica del empleador siempre y cuando exista puesto vacante para practicarla, sin que sea imperativo para él crear un puesto *ad hoc* para el trabajador. Puede advertirse pues una coincidencia de perspectivas entre las posturas esencial y tradicionalmente laborales que han abordado esta temática, y la más reciente perspectiva que se adopta en función de la promoción de los derechos de las personas con discapacidad.

En efecto, Sala Franco hablaba de aquellos límites “razonables” desde hace muchos años atrás. Refiriéndose al debate en torno a la naturaleza discrecional u obligatoria de la movilidad funcional como alternativa al cese, identificaba el mencionado autor, más que una mera recomendación al empresario, un mandato jurídico pero “condicionado a la existencia de vacante en puesto adecuado”, lo que involucra el deber del empleador de “hacer diligencias o esfuerzos para conseguir el logro de un fin, que no es otro que el acoplamiento del personal a aquellos puestos de trabajo más adecuados a sus condiciones”; para lo cual cabe no sólo la asignación de otro puesto de trabajo dentro del centro laboral, sino incluso fuera del mismo o fuera de la localidad de residencia del trabajador (Sala Franco 1973: 133-135).

En nuestro continente, Cabanellas fue uno de los primeros que, al referirse a las consecuencias de los riesgos del trabajo, esbozaba la viabilidad del derecho de reubicación en tanto ello fuere posible para el empleador, con lo cual trazaba doctrinalmente límites razonables a dicha prerrogativa. Señalaba el autor de manera textual que “si el accidentado no pudiere realizar su trabajo anterior, pero sí ejecutar otro, el patrono está obligado a proporcionárselo, de ser posible” (Cabanellas 1968: 415).

En tiempos más recientes, pero exactamente en la misma línea del planteamiento, Fabregat Monfort ha sostenido, por ejemplo, (i) que las modificaciones funcionales no siempre son constitutivas de un derecho absoluto del trabajador, sino que su efectividad se hace depender de la existencia en la empresa de un puesto vacante (2002: 32, 50), (ii) que propiamente es derecho preferente del trabajador ser cambiado a un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual, siempre que dicho puesto exista en la empresa (2002: 36, 39); y (iii) que la ausencia de vacante debiera abrir como alternativa el despido (2002: 117).

Fita Ortega también ha sentado opinión en la misma línea al señalar lo siguiente:

De este modo, una de las cuestiones que van aparejadas al estudio de la ineptitud es la de si existe un derecho del trabajador a ser movilizado funcionalmente antes de ver resuelto su contrato. De entenderlo así, sólo cuando no existiera puesto de trabajo adecuado a la capacidad residual del trabajador, cabría rescindir el vínculo laboral. (1997: 82)

En concomitancia de lo anterior, Agra Viforcós ha recogido el parecer de los tribunales españoles sobre este problema, resaltando que si bien la inexistencia de vacante es un supuesto de exoneración de la obligación de reubicación —por lo que no existe obligación jurídica de crear un puesto adecuado—, el *onus probandi* para la liberación del deber de reubicación debe recaer sobre el empresario:

Como acertadamente afirman los Tribunales, aun quedando amparada la alteración funcional en determinados casos, el empresario no está obligado a crear *ex novo* un puesto acorde al estatus del interesado [...] Sea como fuere, es el titular de la explotación quien ha de demostrar la inexistencia de plaza para la recolocación. (2008: 18-19)

La existencia de la vacante es, conforme lo entendemos, la primera condición para el pleno despliegue del deber de movilidad funcional por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Ese puesto vacante debe ser además un puesto aceptablemente seguro para el trabajador, considerando su condición de persona especialmente sensible a los riesgos del trabajo. En ese sentido, la seguridad y salud en el trabajo aporta un elemento condicionante adicional, que es precisamente la existencia de un puesto vacante, pero *con un nivel de riesgo tolerable o idóneamente gestionable para el particular caso del trabajador especialmente sensible*, analizado ciertamente con criterios restrictivos. La existencia de un puesto “vacante”, pero que involucra un riesgo ocupacional intolerable o inmanejable que expondría al trabajador a un riesgo ocupacional incontrolable dada su especial situación derivada del hecho de haber sido víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, circunstancia que limita en el caso concreto el despliegue de ciertas funciones físicas o

mentales indispensables para el desempeño seguro del puesto, equivaldría en buena cuenta a la inexistencia de la vacante, determinando ello la frustración del derecho de reubicación laboral, siendo la consecuencia inevitable el cese en el empleo⁸⁴.

En efecto, el enfoque de la seguridad y salud en el trabajo, bajo sus propias consideraciones, apunta en el mismo sentido que venimos desarrollando, es decir, considera que el derecho de reubicación no constituye un derecho absoluto, sino más bien relativo, exigible en la medida que exista ciertamente un puesto vacante, pero además, que dicha vacante sea idónea para la protección del trabajador especialmente sensible. Respecto de dichos trabajadores se exige expresamente al empleador que despliegue toda la diligencia necesaria —incluso una mayor al estándar aplicable a otros trabajadores— para conseguir la mayor protección posible, objetivo que debe desplegarse en el mismo puesto de trabajo (en la medida que los riesgos puedan ser idóneamente gestionados y controlados) o, si ello no es posible, mediante el cambio de puesto de trabajo o, finalmente, mediante la extinción del contrato de trabajo por incompatibilidad absoluta entre el estado de salud del trabajador con el trabajo que desempeña o con el trabajo que podría ofrecérsele en la empresa mediante el mecanismo de la movilidad funcional.

En este sentido se ha manifestado Martín Hernández, a cuya opinión nos adherimos íntegramente. En vista de ello, consideramos pertinente reproducir su postura con amplitud, pues refleja de manera muy persuasiva y categórica cómo la reubicación laboral no puede constituir, tampoco desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo, un absoluto jurídico:

En el supuesto de que el empresario haya adoptado todas las medidas de seguridad tecnológica y organizativamente factibles frente a tales riesgos específicos —incluidas las consistentes en un cambio de puesto de trabajo, en un traslado o desplazamiento, un cambio de funciones o incluso una suspensión temporal del contrato, si ello resulta posible y eficaz— y a pesar de ello el nivel de riesgos se estimara objetivamente intolerable, el empresario se encontraría jurídicamente obligado a considerar a los trabajadores afectados como

⁸⁴ Como se ha sostenido, “en la medida en que la existencia de un riesgo para quien es considerado especialmente sensible ampare su derecho a ser destinado a un puesto compatible, sólo la imposibilidad (determinada restrictivamente) de tal alteración, por inexistencia de otro idóneo y apto para la cualificación del operario, abrirá las puertas a la legitimidad de la extinción de la relación laboral por [...] despido fundado en ineptitud sobrevenida [...]” (Agra Viforcós 2008: 20).

no aptos para trabajar por no hallarse en las condiciones de aptitud requeridas para desempeñar el trabajo [...] y, en consecuencia, debería despedirlos por no existir ninguna otra medida de seguridad eficaz para proteger a tales trabajadores frente a los específicos riesgos que les afectan [...]. La decisión empresarial de despido o de cualquiera de las otras medidas organizativas justificadas en razones de protección de los trabajadores, cuando no existan otras medidas de seguridad efectivas para proteger eficazmente a los trabajadores [...] no pueden considerarse en ningún caso como discriminatorias a pesar de que puedan ocasionar un perjuicio efectivo a los trabajadores desde otras perspectivas, sino perfectamente razonables y justificadas desde un punto de vista objetivo. (2006: 328)

Quedando establecido todo lo anterior, cabe preguntarnos entonces cómo compatibilizar el derecho de reubicación que consagra el artículo 76° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo a favor de los trabajadores que han sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional (artículo 76°), con el despido por causa justa fundado en el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida del trabajador, determinante para el desempeño de sus tareas, conforme al tenor original del artículo 23° literal a) del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

La labor de armonización ya ha sido realizada por la reciente Ley General de la Persona con Discapacidad. Pero en base a lo anteriormente expuesto en este estudio, creemos que el razonamiento del legislador (plasmado finalmente en la Ley) fue en el siguiente sentido. Difícilmente podríamos sostener la existencia de una derogación tácita de la primera norma respecto de la segunda, pues aunque ambas tienen la misma jerarquía normativa (rango de ley) y la primera de las mencionadas es posterior en el tiempo que la segunda (criterio de temporalidad), los tópicos abordados entre ellas no son, en principio, los mismos; así mientras la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo establece un derecho del trabajador acontecido por un infortunio laboral, el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula un supuesto de despido justificado, de lo que resulta jurídicamente impertinente entrar a la ponderación del tercer criterio de evaluación de la derogación normativa, que es el criterio de especialidad. Dicho en otros términos, no puede existir derogación tácita entre dos normas que regulan, en estricto, temas distintos, sin que pueda

sostenerse una palmaria relación de generalidad a especialidad respecto de un mismo tópico.

Pero más allá de estas consideraciones, un elemento que nos parece sustancial para negar el hecho de estar ante un supuesto de derogación normativa, es el dato de que no existía auténtica incompatibilidad entre una y otra norma, sino una relación de otro tipo, derivada de la naturaleza preferente del derecho de reubicación y que condiciona, en su aplicabilidad y plenitud, al despido justificado por detrimentos sobrevenidos de las facultades físicas o mentales del trabajador. En términos más simples, lo que el ordenamiento introdujo con el derecho de reubicación es, desde nuestra perspectiva, el establecimiento de un novísimo condicionamiento a la procedencia del despido cuando media un detrimento físico o mental —incluido el derivado de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional—, afirmación a la que sólo puede arribarse si el operador jurídico opta por una prudente y necesaria interpretación integradora de los diferentes insumos de derecho que han sido referidos y analizados a lo largo de la presente investigación.

En efecto, resulta indiscutible que el derecho de reubicación contemplado en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo va a incidir —en lo interpretativo y en la praxis— sobre los alcances que usualmente se tendían sobre el supuesto de despido justificado en el detrimento sobrevenido de las facultades físicas o mentales del trabajador, causal de extinción que no estaba sujeta a condicionamiento alguno en el pasado, más que a la mera verificación de dicho detrimento (a través de los procedimientos reglamentados) y la imposibilidad surgida de continuar desempeñando el mismo trabajo para el que se fue contratado. Pero esta incidencia interpretativa de una norma respecto de la otra debe ser leída no bajo la tónica ni con el ánimo de hallar una derogación normativa incidental, pues ésta no existe. Por el contrario, consideramos que toda intención interpretativa que comulgue con dicha tendencia terminaría por forzar indebidamente los institutos jurídicos, conduciéndonos al terreno del error, pues no se presenta el escenario ni los elementos que evoquen un típico efecto derogatorio.

Sin perjuicio de haber sido necesaria una armonización normativa expresa (lo que se hizo con la Ley General de la Persona con Discapacidad), la interacción normativa que suscitaba la presencia de ambos institutos en nuestro ordenamiento —la reubicación como derecho del trabajador, y el despido por detrimentos físicos o mentales sobrevenidos— invitaba al operador una interpretación jurídica integradora que procurase la interpretación cadenciosa,

compatible y concordante no solo de ambos dispositivos legales, sino también de otros elementos de relevancia jurídica que ya hemos compilado; entre ellos, los Convenios y Recomendaciones de la OIT relativos a la readaptación profesional y a la seguridad y salud en el trabajo, los instrumentos normativos regionales andinos sobre seguridad y salud en el trabajo, los tratados internacionales suscritos por el Perú sobre los derechos de las personas con discapacidad, la lectura constitucional del derecho de reubicación como una manifestación del principio de solidaridad que orienta al Estado Social, el deber de acomodo razonable, entre otros. Estas distintas perspectivas han sido desarrolladas a lo largo de la presente investigación y aportan, en definitiva, criterios diversos pero concordantes en relación al derecho de reubicación —sin negar tampoco la legitimidad del despido justificado por detrimentos sobrevenidos de las facultades del trabajador—, erigiéndose en consecuencia como fuentes normativas y/o referenciales de diferente índole y procedencia y, sobre todo, de aplicación concurrente al tema que nos ocupa.

Por consiguiente, consideramos que una lectura armoniosa y articulada entre la causal de despido estudiada y la reubicación como derecho del trabajador, pasaba por admitir que el despido por detrimento sobrevenido de facultades físicas o mentales era justificado, pero ahora se encontraba condicionado a la inviabilidad de la reubicación. Así lo terminó señalando recientemente la Ley General de la Persona con Discapacidad.

Ello no significaba que en los casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, el despido podía seguir siendo en lo sucesivo una opción viable para el empleador, pero no de manera inmediata, ya que el principio de solidaridad del Estado Social comenzó a plantear en la actualidad novedosos deberes cuya satisfacción debía procurar el patrono en un actualizado marco de relaciones laborales que tendiesen —a través de la reubicación— a la no exclusión del individuo del goce efectivo de sus derechos fundamentales; lo que en el ámbito del trabajo supone agotar todas las alternativas posibles, dentro de los parámetros de la razonabilidad, con el propósito de evitar la expulsión laboral del servidor —y por derivación, su exclusión social— a causa de un infortunio laboral que acarreó la disminución de sus facultades físicas o mentales.

Antaño, la mera disminución de las facultades físicas o mentales era motivo suficiente para que, mediante el despido, el trabajador quedase relegado del mercado de trabajo y sujeto —sólo si la afección sufrida calificaba como un supuesto cubierto— a las medidas asistenciales y paliativas dispuestas por la Seguridad Social. Este escenario de

asistencialismo, aunque sigue siendo evidentemente necesario debido a su fundamental rol de protección social, hoy en día no resulta suficiente ni satisfactorio como medida aislada para enfrentar tales casos desde el punto de vista del goce efectivo del derecho fundamental al trabajo, pues a través de la consagración del derecho de reubicación, lo que se pretende es abrir la posibilidad de que el individuo pueda seguir laborando y empleando su capacidad residual en un trabajo personal como medio de inserción en la vida social y mecanismo de subsistencia. Claro está, debemos reconocer —como ya lo hemos venido haciendo— que la reubicación no es tampoco una prerrogativa incondicionada ni de alcances infinitos, siendo el mejor parámetro para identificar sus linderos el derivado de la noción de ajuste razonable⁸⁵.

Así, en virtud del derecho de reubicación, la viabilidad del despido se vio relativizada. Cuando el detrimento de las facultades físicas o mentales es consecuencia de un infortunio laboral, la procedencia del despido estará supeditada a la imposibilidad material de satisfacer el derecho de reubicación contemplado por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, sea porque no existe puesto vacante en la misma categoría profesional que ostenta el trabajador siniestrado⁸⁶, o sea porque aun existiendo puesto vacante dentro de la categoría, su ocupación efectiva no constituye una medida recomendable desde el punto de vista de la técnica preventiva, en tanto se encuentren presentes riesgos laborales asociados que no puedan ser controlados o gestionados adecuadamente por el empleador, considerando la condición de especial sensibilidad del trabajador. Respecto a esto último, coincidimos con Martín Hernández cuando afirma:

[...] si no existiese ninguna medida de seguridad posible y eficaz, el empresario no solamente podría, sino que, en cumplimiento de su deber de garantizar la protección eficaz de todos sus trabajadores con cuantas medidas sean necesarias, se encontraría jurídicamente obligado a despedirlos o, si la situación es simplemente transitoria, a suspender su contrato de trabajo. (2006: 273)

⁸⁵ Hay que reconocer que, si bien se le concede al derecho de reubicación la licencia necesaria para imponerse sobre la organización laboral que ha dispuesto el empleador en su negocio, también es cierto que la imposición no se da por completo, pues se respeta el interés del empresario en el sentido que esta movilidad funcional no podría tampoco ser gravosa hasta el punto de obligarle a la creación de puestos innecesarios en la organización productiva, ya que la estructura diseñada por el empresario es el reflejo del ejercicio de su libertad de empresa, la cual debe ser ponderada en su debida magnitud y en tanto derecho fundamental.

⁸⁶ Recordemos que la no afectación de la categoría profesional es una condición infranqueable dispuesta por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aunque esta limitación ya la hemos criticado en páginas anteriores.

Visto de otro modo, en términos más simples, si la reubicación del trabajador a un puesto vacante es posible sin afectar su categoría profesional y en condiciones de seguridad —sea porque el puesto es seguro para el trabajador especialmente sensible, o sea que dicha seguridad se logre a través de la adopción de medidas preventivas adicionales que no representen cargas excesivas para la empresa, tal como lo plantea el acomodo razonable—, el despido por causa justa no podía ser considerado como una alternativa jurídicamente dable. Así lo terminó por establecer, creemos que con buen criterio, la Ley General de la Persona con Discapacidad.

La inquietud que surge por derivación de esta lógica conclusión salta a la vista: quien está implícitamente llamado por ley a determinar si existe o no vacante adecuada es, en primera instancia, el propio empleador. Es de éste de quien depende *prima facie* la efectividad del derecho de reubicación. Sin embargo, ello no debería ser un elemento que desanime o provoque frustración en torno al estudio de este instituto laboral, aunque sí debería motivar algunas reflexiones dada dicha particularidad.

En efecto, el rol del empleador como primera instancia en la toma de decisiones en el ámbito del trabajo no es una novedad, pues ello sucede cotidianamente y como consecuencia derivada del propio sustrato del contrato de trabajo que reconoce en cabeza del empresario un connatural poder de dirección y la titularidad activa de la relación de subordinación laboral. En ejercicio de dichas atribuciones, ha correspondido siempre al empresario juzgar y decidir, por ejemplo, sobre la pertinencia de la aplicación de las medidas disciplinarias y sobre la ocurrencia de una falta grave que dé pie al despido, sobre la adopción de jornadas y turnos de trabajo, sobre la organización y estructuración del trabajo, sobre el traslado geográfico de trabajadores, etc.; claro está, dentro de los márgenes que concede la ley, pero siempre tales decisiones estarán —como es obvio— a la posibilidad de control judicial posterior.

Quizás no quepa más que concluir que, en relación a la reubicación laboral, serán también los jueces laborales —por la naturaleza litigiosa de la cuestión— los encargados de generar, partiendo de la casuística, los parámetros interpretativos pertinentes para cada situación y ejercer el necesario control posterior a través del proceso laboral, pues circunscribir la viabilidad de la reubicación a la existencia de un puesto vacante adecuado a las capacidades residuales y estado de salud del trabajador especialmente sensible es un requisito razonable, pertinente y ampliamente aceptado, pero también es a la par una

“puerta falsa” con cuya elasticidad se puede maniobrar fraudulentamente para prescindir indebidamente de un trabajador aparentando la inexistencia de la vacante, lo que podría convertir a este derecho en una vacua y lírica enunciación sin eficacia práctica:

[...] dado que la decisión final sobre si existe o no en la empresa vacante adecuada a la capacidad residual del trabajador depende del empleador, no resulta desacertado imaginar que las ocasiones en las que a éste no le interese llevar a cabo una movilidad de estas características, en lugar de manifestarlo abiertamente, aluda a la inexistencia de la vacante como causa justificativa de la imposibilidad de movilidad. Evidentemente, esta actuación sería claramente ejercitada en fraude de ley. (Fabregat Monfort 2002: 150)

En este punto coincidimos con Iguartua cuando destaca la necesidad de controles efectivos que analicen la existencia de los puestos vacantes, pues es el empleador el llamado en primera instancia a identificarlo, atribución que si no es pasible de fiscalización por parte de la autoridad, convertiría en “papel mojado” todo el régimen de la movilidad funcional en caso no se provean de los mecanismos adecuados para salvaguardar el goce del derecho (2005: 401). De ahí la importancia de la labor jurisprudencial de la Magistratura Laboral que, en el caso peruano, es todavía inexistente en esta materia, lo cual avizoramos debiera cambiar en los próximos años dado que nos encontramos en un terreno fértil para la producción jurídica.

A fin de compensar las dificultades reales que afrontaría el trabajador impugnante de la medida empresarial, en dicha labor de desarrollo jurisprudencial deberá tenerse presente el principio de la dinámica probatoria para que pese sobre el empleador la carga de demostrar la inexistencia de vacante o la inadecuación de la vacante existente (no acomodable al caso concreto aun cuando se adopten medidas preventivas que no signifiquen una carga excesiva), toda vez que es el empresario quien se encuentra claramente en mejor posición para demostrar la verosimilitud de los fundamentos de su decisión.

CONCLUSIONES

1. El derecho de reubicación del trabajador ante un supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional surge esencialmente en lo que podríamos identificar como una “tercera etapa” dentro de la evolución del Derecho del Trabajo en relación a los riesgos profesionales.

La primera etapa estuvo integrada por las normas que pretendían garantizar la reparación de los daños producidos por el infortunio, sea a través de enfatizar el deber de indemnización del empleador o sea mediante el establecimiento de sistemas de aseguramiento obligatorio para cubrir la responsabilidad civil del empleador. En una segunda etapa, lo que pretenden las normas (principalmente previsionales) es darle cabida a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con la finalidad de asimilar estos casos a los estados de necesidad que deben ser asistidos por la Seguridad Social. Pero es recién en la última etapa de evolución donde se entiende que el resarcimiento y asistencialismo es insuficiente para encarar las consecuencias del accidente de trabajo y la enfermedad profesional. De lo que se trata es de evitar la exclusión social del trabajador afectado, procurando de la mejor manera posible su permanencia en el mundo del trabajo, en consideración a su situación de ciudadano y como consecuencia del modelo social asumido por los textos constitucionales modernos. Es así que el enfoque preventivo de los riesgos profesionales, en confluencia con las medidas de promoción de las personas con discapacidad, sugiere la reubicación como mecanismo para lograr dichos fines.

2. A lo largo de la producción normativa de la OIT, el derecho de reubicación ha sido planteado desde dos perspectivas diferenciadas: como medida preventiva y como medida de readaptación profesional.

Es en primer lugar una obligación del empleador justificada en razones preventivas de seguridad y salud ocupacional, con el propósito de aislar al trabajador de la exposición a sustancias o condiciones de trabajo nocivas a su salud, lo cual puede advertirse a partir del estudio de instrumentos vinculados a ciertos riesgos específicos, tales como las radiaciones, y contaminación del aire, ruido y vibraciones, o sobre el cáncer profesional.

Es en segundo término una medida de promoción del empleo de las personas con discapacidad con la finalidad que éstas puedan obtener, conservar y progresar en un empleo adecuado, en igualdad de condiciones que las personas que no tienen ninguna situación de discapacidad. La reubicación laboral se inserta como mecanismo instrumental para dichos propósitos, habiéndolo reafirmado así la OIT.

3. La normativa regional andina establece también obligaciones relativas a la reubicación laboral. El Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo obliga a los estados parte de la CAN al establecimiento de normas internas sobre reubicación laboral de trabajadores con discapacidad temporal o permanente por accidentes y/o enfermedades ocupacionales, y establece a su vez el derecho del trabajador a cambiar de puesto de trabajo por razones de salud, rehabilitación, reinserción y recapacitación. El Reglamento de este Instrumento incluso enlaza el derecho de reubicación con la vigilancia de la salud de los trabajadores, en el sentido que este deber debe permitir al empleador la realización de acciones de prevención, ubicación, reubicación o adecuación del puesto de trabajo en función de las condiciones personales del trabajador y exposición a factores de riesgo.
4. En el plano normativo y jurisprudencial nacional hay pocas referencias al derecho de reubicación. Éste se ha planteado normativamente en el régimen de aseguramiento profesional del SATEP (hoy derogado) con la finalidad de asegurar la curación del trabajador o evitar mayores daños o secuelas producidas por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Por su parte, en el actual régimen de aseguramiento derivado del SCTR y aplicable a las actividades consideradas como de alto riesgo, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de evidenciar este derecho para todo trabajador que padezca de invalidez parcial permanente.
5. En base a las diferentes perspectivas con las que puede ser analizado el derecho de reubicación y tomando en cuenta los efectos innovativos que el mismo produce en el contrato de trabajo (que involucra la alteración del contenido prestacional al cual está obligado el trabajador), podemos afirmar que la naturaleza jurídica del derecho de reubicación por accidente de trabajo o enfermedad profesional implica necesariamente tres enfoques o componentes concurrentes: (i) uno estrictamente laboral, según el cual la reubicación se erige como una forma atípica y novedosa de

movilidad funcional; (ii) uno de corte preventivo de riesgos laborales, en razón de que se le puede identificar como una medida preventiva aplicable a una especie particular de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos del trabajo; y (iii) una medida promotora de los derechos de inserción de estos colectivos en el mundo del trabajo, en la medida que procura evitar la pérdida del empleo, en alineación con los conceptos de readaptación profesional.

6. En lo laboral, la reubicación por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional es parcialmente asimilable a la figura típica de la movilidad funcional, diferenciándose de ésta en su origen (la reubicación es un mandato legal, mientras que la movilidad funcional tradicional implica la alteración del contrato de trabajo por voluntad del empleador o de las partes) y en sus fines (la reubicación tiene por objeto la conservación de la vida y salud del trabajador, mientras que la movilidad funcional típica canaliza el mayor aprovechamiento que puede legítimamente extraer el empleador de la mano de obra de su personal mediante la modificación o modalización unilateral de las obligaciones de sus trabajadores). Aunque el efecto en ambos casos es la alteración de la prestación debida por el trabajador, la modalidad funcional promovida por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene un revestimiento atípico.
7. En lo preventivo, resulta importante el concepto de “trabajador especialmente sensible”. La especial sensibilidad a los riesgos del trabajo alude al resultado de la concurrencia de circunstancias subjetivas, personales y concretas que atañen a los aspectos biológicos de la persona y que, confrontadas con los riesgos ordinarios del puesto de trabajo, dan por resultado una peligrosidad incrementada (más allá de la ordinaria) que se traduce en una mayor probabilidad de sufrir daños derivados del trabajo realizado. El accidente de trabajo o la enfermedad profesional colocan al individuo en esta condición de especial sensibilidad en la medida que: (i) haya generado en él particularidades (alguna clase de menoscabo o alteración en su salud), sin que sea imprescindible haber originado discapacidad; (ii) que dichas particularidades supongan limitaciones para desempeñar el trabajo en condiciones saludables y de seguridad; y (iii) que de no adoptarse medidas preventivas especiales y calificadas, se expondría al trabajador a riesgos mayores a los ordinarios o al agravamiento de su salud ya deteriorada.

En esta línea, la reubicación es una medida preventiva porque implica la adopción de

una decisión del empleador con la finalidad de gestionar los riesgos del trabajo. Sin embargo, en su aplicación, debe ser tenida como una medida residual, practicable sólo en tanto sea necesaria o recomendable por su idoneidad para salvaguardar la vida y la seguridad del trabajador, y siempre que ninguna otra medida preventiva resulte suficientemente factible y eficaz. La reubicación no tiene por qué ser la respuesta automática luego de producido un accidente o enfermedad relacionado al trabajo, tal como parecería plantearlo la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

8. En su tercera faceta, la reubicación como una medida de readaptación profesional plantea el derecho del trabajador a conservar el empleo a fin de evitar la exclusión social producto de la pérdida del trabajo por la imposibilidad sobrevinida de continuar con la prestación laboral convenida, como consecuencia de un hecho atribuible al trabajo realizado. Analizado de esta forma, el derecho de reubicación es compatible y coincidente con el tipo de medidas promocionales que demanda el Convenio 159 OIT.
9. El derecho de reubicación debe estar sujeto a ciertas condiciones en su materialización, las cuales se derivan no sólo de la tipificación legal sino de su naturaleza jurídica compleja, de sus efectos y de sus fines o propósitos.

En primer lugar, dado que un accidente de trabajo o enfermedad profesional, por su naturaleza súbita, puede alterar la expectativa que tienen las partes sobre el desenvolvimiento del contrato de trabajo (lo cual no es deseable para ninguno de los contratantes), la reubicación debería ser practicada sólo si el puesto del trabajador y las funciones que éste desempeña no puedan ser idóneamente adecuados a sus capacidades laborales residuales, y los riesgos del puesto adecuadamente gestionados para garantizar la indemnidad del trabajador. La reubicación es por ende una medida residual frente a otras medidas preventivas que pudiere adoptar eficaz y eficientemente el empleador.

10. La reubicación es también una medida temporal. Constituye un deber del empleador causalizado, motivado por un determinado estado de salud del trabajador y con propósitos preventivos. En tal sentido, si esta movilidad funcional tiene su origen en una determinada circunstancia, lo lógico es esperar que la movilidad funcional tenga la misma temporalidad que la causa que la promueve y justifica.

11. La reubicación demanda buena fe de ambas partes laborales. De parte del empleador, especialmente, exige un análisis adecuado y sincero de la organización empresarial al fin de evaluar en términos reales la posibilidad de una reubicación, y de parte del trabajador, la buena fe exige que éste acepte la reubicación planteada.
12. En cuanto a la incidencia de la reubicación sobre la categoría profesional, la institución parecería no plantear objeción alguna respecto de las movilidades funcionales horizontales que se den dentro de la categoría profesional o hacia categorías equivalentes, y de las movilidades ascendentes, no pudiendo estas últimas ser asimiladas a la figura de un ascenso.

En todo caso, para la determinación de las categorías equivalentes a las cuales el trabajador podría ser destinado sin infracción legal, se propone un análisis no unidireccional sino bidireccional que considere la adaptabilidad del trabajador de la categoría de origen al desempeño de las funciones propias de la categoría de destino, y viceversa, con suma facilidad, pues este es un mejor método para determinar una auténtica equivalencia.

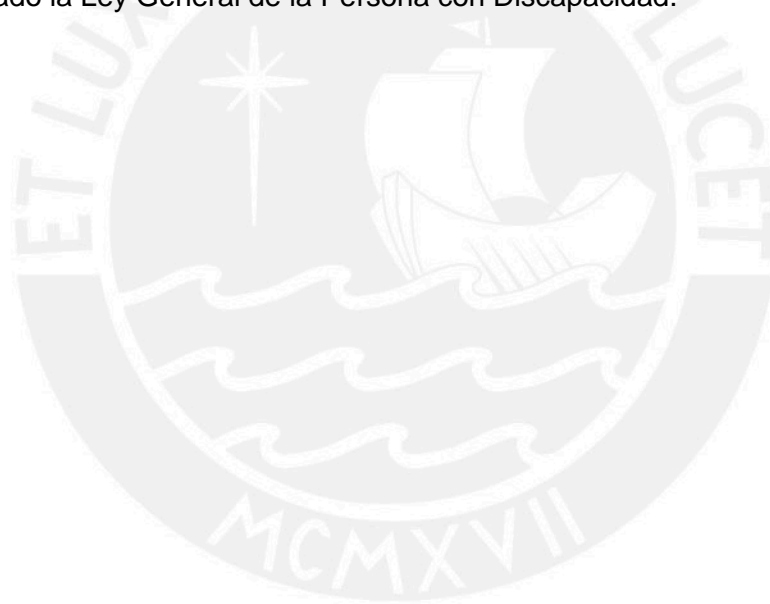
En adición a ello, la doctrina de la profesionalidad aporta criterios importantes para el análisis de las categorías equivalentes que pueden ser tenidos como indiciarios: (i) en una dimensión subjetiva, la equivalencia se verifica cuando la categoría de destino permita la utilización y perfeccionamiento de la habilidad y de la experiencia adquirida por el trabajador movilizado en la categoría profesional de origen, de tal manera que las competencias propias de la categoría de origen permitan realizar las funciones básicas de la categoría de destino, sin que sea requerido más que procesos simples de inducción, instrucción o formación, de tal manera que el patrimonio profesional del trabajador sea preservado; y (ii) en una dimensión objetiva, serán equivalentes las categorías que posibiliten tentativamente la promoción profesional del trabajador, lo que involucra un análisis abstracto de posibilidades formación, capacitación y crecimiento profesional en la categoría de origen y la de destino.

De otro lado, y aunque la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo prohíbe la movilidad funcional descendente, la doctrina no coincide con esta determinación al considerar que ello podrían truncar la continuación laboral del trabajador.

13. Respecto a la prohibición de afectar el salario del trabajador al practicar la reubicación laboral, deben tenerse presente los diferentes escenarios posibles entre las remuneraciones aplicables al puesto de origen y al puesto de destino, ya que éstos podrían estar sujetos o no a complementos salariales. Para resolver esta clase de problemas, deben confrontarse dos factores: (i) el principio tuitivo que orienta al Derecho Laboral, el cual sugiere que el trabajador conserve, o que se le otorgue — según el caso— la situación más ventajosa en los diferentes escenarios; y (ii) la finalidad teleológica de la norma, que es la conservación de las cuantías remunerativas, antes que la inmutabilidad de las denominaciones, conceptos o nomenclaturas de los complementos salariales. A partir de estos principios puede construirse soluciones creativas para dichos casos.
14. La causal de despido referida al detrimento sobrevenido de las facultades físicas y mentales, tal como se encontraba plasmada en el texto original del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se posiciona en los modelos de prescindencia y rehabilitador en relación a las personas con discapacidad, en los que éstas son o bien ignorados o simplemente asistidos con prestaciones de tipo social. Por el contrario, el derecho de reubicación se inserta en la percepción de un modelo social de Estado de Derecho, en el cual se procura otorgar las herramientas legales y demás mecanismos para que la persona con alguna deficiencia incapacitante vea realizado el goce efectivo de sus derechos fundamentales. En el mundo del trabajo, esto se traduce con el derecho de reubicación, lo que ha motivado precisamente el cambio legal de la causal de despido vinculada al detrimento sobrevenido de facultades en virtud de la Ley General de la Persona con Discapacidad.
15. Con la finalidad de hacer efectiva la igualdad de oportunidades bajo el modelo social de Estado y de cara a los derechos de las personas con discapacidad, se ha creado el concepto de “ajustes razonables”. En un sentido lato, se entiende por “ajustes razonables” toda y cualquier modificación o adaptación necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás. Bajo este concepto, la reubicación del trabajador que se encuentra incurso en un detrimento de facultades físicas o mentales producto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, constituye un ajuste razonable de tipo organizativo o administrativo en la empresa, cuyo objeto

es permitir la continuación del goce del derecho efectivo al trabajo.

16. La institución de los “ajustes razonables” tiene una limitación definida precisamente por la razonabilidad, de tal manera que se entiende que los ajustes que impliquen una carga desproporcionada o desmesurada para el empleador no son exigibles en el entorno de trabajo. Así, si bien se consagra la reubicación laboral por causa de accidente o enfermedad profesional como una forma particular de acomodo, se reconoce como límite o excepción oponible a la obligación la inexistencia de una vacante disponible. La experiencia extranjera no exige la creación de un puesto de trabajo *ad hoc* para el trabajador devenido en discapacidad, pues ello devendría en un supuesto de “carga excesiva”. Dicho en otros términos, la reubicación es exigible si existe un puesto de trabajo vacante al cual pueda ser cubierto por el trabajador en virtud de las calificaciones u cualificaciones laborales que ya posee. Así lo ha ratificado la Ley General de la Persona con Discapacidad.



BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario
2007 *Tratado de Derecho del Trabajo*. Volumen 6. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores.
- ACKERMAN, Mario (director) y Diego M. TOSCA (coordinador)
2009 *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo VI. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- AGRA VIFORCOS, Beatriz
2008 La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral. En PECVNIA. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León. León (España), 2008, No. 7, pp. 1-24.
- ALONSO GARCIA, Manuel.
1981 *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel.
- ALONSO OLEA, Manuel y José Luis TORTUERO PLAZA
1995 *Instituciones de Seguridad Social*. Decimocuarta edición. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo
2005 “Movilidad funcional y geográfica”. En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (coordinador). *Temas actuales de Derecho Laboral*. Trujillo: Editora Normas Legales, pp. 3-27.
- BAYLOS, Antonio y Joaquín PÉREZ REY.
2009 *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Ed. Trotta.
- BLANCAS, Carlos
2002 *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: ARA Editores.
- BLUME, Iván

- 2009 *Igualdad salarial entre mujeres y hombres en el Perú. De la construcción teórica a la aplicación práctica.* Lima: PUCP.
- BOHLANDER, George, SNELL, Scott y Arthur SHERMAN
2001 *Administración de recursos humanos.* Decimosegunda edición. México: International Thomson Editores.
- BONET, Jordi
2007 *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal.* Barcelona: Atelier.
- BORGES BLÁZQUEZ, Lola
2011 “Derechos e integración: el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.* Valencia, número 23, pp. 47-60. Consulta 3 de noviembre de 2012 <<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/711/468>>
- CABANELLAS, Guillermo
1968 *Derecho de los riesgos del trabajo.* Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel
1994 *La modificación de las condiciones de trabajo.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAMPOY CERVERA, Ignacio
2007 La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978. En CAMPOY CERVERA, Ignacio y Agustina PALACIOS. *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina.* Madrid: Dykinson, pp. 146-207.
- CANO GALÁN, Yolanda
2000 *El despido libre y sus límites en el derecho norteamericano.* Madrid: Consejo Económico y Social.

- DE ASÍS, Rafael
2007 Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. En CAMPOY CERVERA, Ignacio y Agustina PALACIOS. *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*. Madrid: Dykinson, pp. 17-50.
- DE DIEGO, Julián Arturo
2002 *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Quinta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DEL VALLE, José Manuel
1988 *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- FABREGAT MONFORT, Gemma
2002 *La movilidad funcional por razones objetivas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FITA ORTEGA, Fernando
1997 *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA NOVOA, César
2009 “La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. *Revista Peruana de Derecho Tributario – Universidad de San Martín de Porres Tax Law Review*. Lima, año 3, número 11, pp. 2-42. Consulta 20 de octubre de 2012 <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/11/La Doctrina del Principio de Solidaridad CGarc.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/11/La_Doctrina_del_Principio_de_Solidaridad_CGarc.pdf)>
- GOLD, Michael Evan
2001 *An introduction to the law of employment discrimination*. Segunda Edición. New York: Cornell University.

- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan
2006 *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*. Madrid: Tecnos.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz
1999 *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- HÄMÄLÄINEN, Päivi, TAKALA, Jukka y Kaija Leena SAARELA.
2006 “Global estimates of occupational accidents”. En *Safety Science*, volumen 44, número 2, pp. 137-156. Consulta: 25 de junio de 2012.
<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd63/global_estimates.pdf>
- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo
1997 Poder de dirección del empleador. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y Emilio MORGADO VALENZUELA (coordinadores). *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 405-419.
- HUMERES MAGNAN, Héctor y Héctor HUMERES NOGUER
1997 *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Decimoquinta edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- IGARTUA MIRO, María Teresa
2005 “Enfermedad profesional: tratamiento legislativo y jurisprudencial”. En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (coordinador). *Temas actuales de Derecho Laboral*. Trujillo: Editora Normas Legales, pp. 375-404.
- LAWSON, Anna
2008 *Disability and equality law in Britain. The role of reasonable adjustment*. Portland: Hart Publishing.
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo
2010 *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico laboral*. Madrid: Ed. Marcial Pons.

LUQUE PARRA, Manuel

1999 *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral.* Barcelona: J. M. Bosch Editor

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa

2006 *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo.* Madrid: Consejo Económico y Social.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio

1997 Requisitos genéricos y específicos para tener derecho a los beneficios distintos que ofrece la seguridad social. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y Emilio MORGADO VALENZUELA (coordinadores). *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 657-682.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, PIZÁ GRANADOS, Jaime e Iciar ALZAGA RUIZ

2009 *Curso de seguridad y salud en el trabajo.* Segunda Edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

MORENO SOLANA, Amanda

2010 *La prevención de los riesgos profesionales de los trabajadores especialmente sensibles.* Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

OIT

1986 *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951.* Ginebra: OIT.

OIT

1987 *Seguridad en el medio ambiente de trabajo. Estudio general sobre la protección de la maquinaria y sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones).* Ginebra: OIT.

OIT

- 1988 *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Ginebra: OIT.*
- OIT
- 1995 *Protección contra el despido injustificado. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982. Ginebra: OIT.*
- OIT
- 1996 *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111. Ginebra: OIT.*
- OIT
- 1998 *Readaptación profesional y empleo de personas inválidas. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 159) y la Recomendación (núm. 168) sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983. Ginebra: OIT.*
- OIT
- 1999 *Trabajo decente. Memoria del Director General. Ginebra: OIT.*
- OIT
- 2002 *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Ginebra: OIT.*
- OIT
- 2005 *La prevención: una estrategia global. Promover la seguridad y salud en el trabajo. Informe de la OIT para el Día Mundial sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo. Ginebra: OIT.*
- OIT

- 2008 *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa.* Ginebra: OIT.
- OIT
- 2009 *Normas de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo. Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente de trabajo. Estudio general relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), a la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164) y al Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores.* Ginebra: OIT.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD y BANCO MUNDIAL
- 2011 *Informe Mundial sobre la Discapacidad en el Mundo. Resumen.* Malta: OMS.
- PACHECO ZERGA, Luz
- 2007 *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo.* Navarra: Ed. Aranzadi.
- PALACIOS, Agustina
- 2007 ¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español. En CAMPOY CERVERA, Ignacio y Agustina PALACIOS. *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina.* Madrid: Dykinson, pp. 243-305.
- PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI
- 2007 *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: Ed. Cinca.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA
- 2009 *Derecho del Trabajo.* Decimoséptima edición. Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces.
- PÉREZ BUENO, Luis Cayo

- 2012 “La configuración jurídica de los ajustes razonables” En: PÉREZ BUENO, Luis Cayo (director). *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Madrid: Ed. Cinca. Consulta 2 de noviembre de 2012 <<http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/285/10%20a%C3%B1os%20de%20legislacion.pdf>>
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo
- 1979 “Jus variandi”. En ALMANSA PASTOR, José Manuel y otros. *Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo. En homenaje al Prof. Mario L. Devealli*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. Pp. 201-223.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos
- 2006 *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo V, volumen 2. Lima: PUCP.
- RUÍZ MORENO, Ángel Guillermo
- 2002 *Nuevo derecho de la Seguridad Social*. México: Editorial Porrúa.
- RUÍZ VIEYTEZ, Eduardo
- 2009 “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Valencia, número 18, pp. 1-22. Consulta 3 de noviembre de 2012 <<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/104/133>>
- SALA FRANCO, Tomás
- 1973 *La movilidad del personal dentro de la empresa*. Madrid: Tecnos.
- SALA FRANCO, Tomás
- 2010 *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. Sexta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen
- 2000 *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los*

trabajadores. Valencia: Tirant lo Blanch.

TAPIOLA, Kari

2001

“Promoción de las normas fundamentales del trabajo, una cuestión prioritaria para la OIT”. *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas. Educación Obrera*. Ginebra, año 2001, volumen 1, número 122, pp. 66-70.

VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés

1998

La movilidad funcional del trabajador en la empresa. Madrid: Consejo Económico y Social.

VON POTOBOSKY, Geraldo

1990

La Organización Internacional del Trabajo. Buenos Aires: Astrea.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio y otros

1983

Tratado de derecho del trabajo. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Astrea.

