

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**El despido laboral basado en la incapacidad laboral del trabajador:
por deficiencia sobrevenida**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

AUTOR

Ccantu Stefany Osorio Velarde

ASESOR:

Estela Encarnación Ospina Salinas

Diciembre, 2020

RESUMEN

En la sociedad peruana, las personas con algún tipo de incapacidad laboral entre las cuales podemos encontrar a las personas con discapacidad mas no se limita a las mismas, y debido a sus deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales, a largo plazo, son víctimas de exclusión, discriminación e indiferencia por la mayor parte de la población peruana, lo cual impide que puedan desarrollarse en los ámbitos profesionales, sociales y familiares en aras de ejercer sus libertades y derechos básicos en igualdad de oportunidades que cualquier otra persona. Por otro lado, desde la visión del empleador, se deben cumplir con las expectativas generadas en base a las obligaciones previamente determinadas y aceptadas por las partes a través del contrato de trabajo, de modo tal que sea posible cumplir con la prestación de servicios a cambio del pago de una remuneración. No obstante, existe una zona gris en la cual los derechos de ambos individuos se contraponen siendo necesario su esclarecimiento cuando la incapacidad laboral aparece con posterioridad a la determinación de las obligaciones y expectativas generadas del contrato de trabajo.

El presente trabajo de investigación versa sobre el despido del trabajador -basado en su capacidad- por deficiencia sobrevenida que impida el desarrollo de las funciones de trabajo contado como previos requisitos para su aplicación, con ajustes razonables, y reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo que no implique riesgos para el trabajo y terceros. Dicho despido por capacidad se encuentra recogido en el inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. Este es un tema poco desarrollado e investigado en el Perú a pesar de encontrarse regulado en una de las normas laborales más conocidas de nuestro ordenamiento.

La deficiencia sobrevenida es una causal de despido de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual sufrió modificaciones con la entrada en vigor de la nueva Ley general de la persona con discapacidad, Ley N°29973. Asimismo, en la práctica existe poca evidencia de su aplicación como causal de despido toda vez que es posible hallar deficiencias en su reglamentación, convirtiéndose en un tema de estudio altamente relevante, no obstante, olvidado. Su reglamentación y procedimiento de calificación es inadecuado – poco práctico- razón por la cual es pasible de ser impugnada por cualquier trabajador a pesar de contar notoriamente con una incapacidad inhabilitante para la labor por la cual ha sido contratado, lo cual no otorga seguridad jurídica al empleador, reduciendo el espectro del poder de dirección y derecho a la libertad de empresa. En aras de analizar esta figura jurídica se han utilizado

las distintas fuentes del derecho en aras de establecer cuáles son los principios, doctrina, jurisprudencia, términos legales y sociales adecuados, estadísticas, culminando en la proposición de alternativas/propuesta para viabilizar su aplicación.



INDICE

	Pág.
Hoja de respeto.....	
Carátula.....	1
Resumen.....	2
Índice.....	4
Lista de Tablas.....	6
Lista de gráficos.....	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: MARCO CONCEPTUAL: LA INCAPACIDAD CONCEBIDA COMO UN FENÓMENO SOCIO- JURÍDICO EN MATERIA LABORAL.....	10
1.1. Estado situacional	10
1.2. Análisis normativo.....	15
1.2.1. Derechos fundamentales laborales.....	15
1.2.1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación	16
1.2.1.2. Derecho al trabajo y estabilidad laboral	18
1.2.2. Obligaciones del empleador en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.....	26
1.2.2.1.1. Deber de prevención y fiscalización	27
1.2.2.1.2. Readaptación y reubicación	28
1.2.2.1.3. Ajustes razonables.....	35
1.3. Análisis de la terminología socio-jurídica	36
1.3.1. Minusvalía.....	39
1.3.2. Discapacidad	39
1.3.3. Incapacidad/invalides.....	Error! Bookmark not defined.
1.4. Enfoque social de protección: teoría social.....	52
1.5. Responsabilidad social corporativa.....	55
1.6. Conclusiones.....	55
CAPITULO II: LA DEFICIENCIA SOBREVENIDA DE LA CAPACIDAD COMO CAUSAL DE DESPIDO DEL TRABAJADOR	58
2.1. Análisis de constitucionalidad del poder de dirección del empleador	58
2.2. El despido por la deficiencia sobrevenida de la capacidad para el trabajo.....	65

2.3.	Categorización de la deficiencia sobrevenida de la capacidad.....	69
2.4.	Caso relevante	74
2.5.	Ineficacia de la aplicación como causal de despido	81
2.5.1.	Designación de una entidad calificadora inadecuada	81
2.5.2.	Ineficiencia al interpretar la norma.....	83
2.5.3.	Inexistencia de un documento válido calificador.....	84
2.6.	Limitantes para el uso del despido por deficiencia sobrevenida.....	88
2.6.1.	Imposibilidad de transferencia por inexistencia de un puesto vacante	88
2.6.2.	Imposibilidad de transferencia por Inexistencia de un puesto que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.....	89
2.7.	Conclusiones.....	92
CAPITULO III: ESQUEMA PROPOSITIVO SOCIO-JURIDICO		94
3.1.	Propuestas laborales.....	94
3.1.1.	Replanteamiento de la causal de despido y limitaciones.....	94
3.1.2.	Reglamentación de la calificación de deficiencia sobrevenida	98
3.1.3.	Replanteamiento como causal de extinción	100
3.1.4.	Documentos para la calificación de la incapacidad.....	104
3.1.5.	Medidas promocionales de contratación de personas con incapacidad laboral (capacitación obligatoria).....	112
3.1.6.	Protección especial: Reubicación asimilable y movilidad funcional: ajuste o acomodo razonable	112
3.1.7.	Tutela de los trabajadores especialmente sensibles.....	113
3.1.8.	Gestión de las incapacidades	114
3.2.	Propuestas de la Seguridad Social	114
3.2.1.	Recargos a la seguridad social.....	114
3.2.2.	Seguros de invalidez legales y extralegales	115
3.3.	Conclusiones.....	116
CONCLUSIONES		118
BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL.....		122
BIBLIOGRAFÍA DE APOYO		124

LISTA DE GRÁFICOS

	Pág.
Gráfico N° 01.....	10
Gráfico N° 02.....	11
Gráfico N° 03.....	12
Gráfico N° 04.....	13
Gráfico N° 05.....	14
Gráfico N° 06.....	14
Gráfico N° 07.....	56
Gráfico N° 08.....	112
Gráfico N° 09.....	113
Gráfico N° 10.....	115



LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla N° 01.....	25
Tabla N° 02.....	46
Tabla N° 03.....	48
Tabla N° 04.....	89



INTRODUCCIÓN

Las personas con incapacidad laboral, debido a sus deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales, a largo plazo, son víctimas de exclusión, discriminación e indiferencia en su centro de trabajo. Ante ello, el ordenamiento jurídico peruano ha procurado su inclusión haciendo uso del derecho a la igualdad, y no discriminación. No obstante, en ciertos casos cuando la incapacidad manifiesta es altamente visible lo cual impide la prestación de servicios del trabajador, la legislación no optó por otorgarles una protección directa y adecuada – fomentando la aplicación de la seguridad social-, sino que impidió la desvinculación laboral de estos trabajadores imponiendo altos niveles de prueba para la extinción del contrato de trabajo, procurando el mantenimiento de la relación laboral a toda costa sin perjuicio de la expectativa del empleador respecto a las condiciones previamente pactadas en el contrato de trabajo. Así, frente a la opción del empleador de resolver el contrato de trabajo, se encuentran una serie de derechos tales como el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho al trabajo que resguardan al trabajador incapacitado impedido de realizar –de manera ajena a su voluntad- las funciones para las cuales fue contratado.

El despido laboral por deficiencia sobrevenida – causal objetiva circunscrita a la existencia de una incapacidad laboral/invalidez permanente parcial- establecido en el inciso a) del artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR1, no ha sido posible de ser aplicado libre de riesgo alguno en la práctica, debido a su ineficiente regulación y falta de procedimiento para la calificación de dicha deficiencia por las Entidades destinadas por la legislación.

Cabe señalar que, si bien este inciso ha sido modificado por la Ley General de la Persona con Discapacidad, su nueva versión no hace más que formalizar una práctica jurisprudencial y de principios existentes. En efecto, José Ignacio Castro Otero, sobre el inciso antes mencionado y con anterioridad a su modificación, indicaba: “Si la invalidez parcial penamente que sufre el trabajador no es determinante para el desempeño de sus labores, entonces el trabajador continuará laborando normalmente, toda vez que no estaremos frente a una causa de suspensión ni de extinción del contrato de trabajo. En este caso, es posible que, como

¹Inciso a) del Artículo 23 de LPCL: “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,”

consecuencia de la invalidez, se pretenda, por ejemplo, una reubicación a otro puesto de la empresa que eventualmente represente menor riesgo para la seguridad y salud del trabajador.” (CASTRO OTERO, 2008) En efecto, ello también es recalado en la nueva versión del inciso a) del artículo 23 de la LPCL al establecer la necesidad de realizar ajustes razonable, e incluso transferir al trabajador como pre requisitos para aplicar la causal de despido.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal el análisis y la determinación de la causal de despido antes mencionada, así como proponer alternativas de solución ante las inconsistencias que se presentan durante la aplicación de esta causal de despido objetiva respetando los derechos de los trabajadores dentro de los límites establecidos por nuestra Constitución Política evitando de esta manera la nulidad del acto.

En el primer capítulo, se describe el estado situacional y se analiza el marco normativo y terminológico socio-jurídico de aquellos conceptos que son relevantes para definir en un segundo capítulo, lo que debe entenderse por deficiencia sobrevenida.

Así, en un segundo capítulo se analiza el despido por capacidad –inciso a) del artículo 23 de la LPCL- por deficiencia sobrevenida estableciendo sus características, calificación como incapacidad parcial y permanente, deficiencias, procedimientos y limitaciones. Asimismo, se verifica si existe una colisión entre el derecho del empleador a la libertad de empresa con el derecho a la no discriminación, igualdad de trato y al trabajo.

Para lograr dicho objetivo, se ha realizado una descripción y análisis del derecho a la libertad de empresa y en específico el poder de dirección del empleador en la relación laboral.

Y, por último, en el tercer capítulo, se ha visto prudente proponer alternativas de solución a las deficiencias y limitaciones existentes para la aplicación de este tipo de despido, en aras de poder establecer cambios radicales y transversales a nuestra legislación, siendo que ante su imposibilidad de aplicación se estaría vulnerando el derecho del empleador a ejercer su poder de dirección en la relación laboral así como el respeto a las condiciones de trabajo pre establecidas por las partes, con los límites y protección que deba observar respecto a los derechos de las personas con incapacidad laboral, dependiendo del origen de la deficiencia.

**CAPITULO I: MARCO CONCEPTUAL: LA INCAPACIDAD
CONCEBIDA COMO UN FENÓMENO SOCIO-JURÍDICO EN
MATERIA LABORAL**

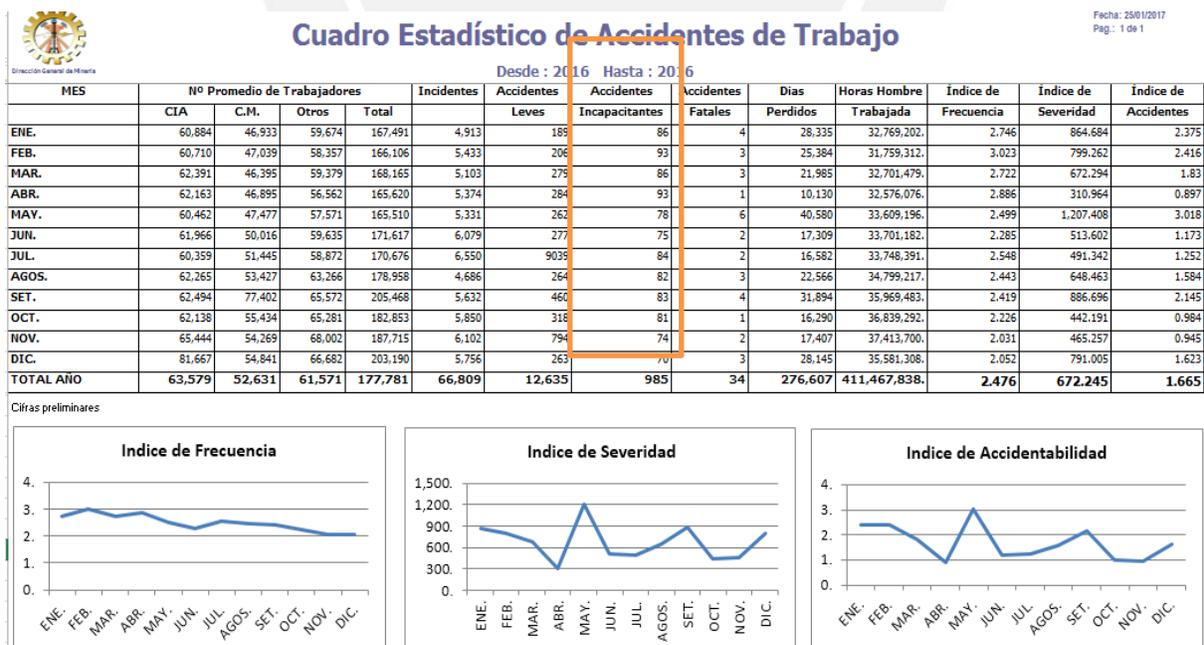
1.1. Estado situacional

En nuestro país existen distintos términos utilizados para definir las deficiencias físicas, mentales, o sensoriales de las personas. Conceptos como incapacidad, ineptitud, invalidez y discapacidad, son utilizados por las distintas entidades e instituciones, e incluso han sido plasmados en nuestra normativa sin discriminación alguna.

Los únicos datos estadísticos públicos que existen sobre deficiencias se refieren a las personas con discapacidad y respecto a los accidentes de trabajo que puedan resultar en alguna incapacidad.

En efecto, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha publicado data respecto a los accidentes de trabajo reportados, de los cuales resulta importa resaltar la información obtenida sobre accidentes incapacitantes.

Gráfico N° 1



(*) Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario estadístico 2016.

Gráfico N° 2

Fecha: 13/01/2020
Pag.: 1 de 1

Cuadro Estadístico de Accidentes de Trabajo
Desde : 2019 Hasta : 2019

AÑO : 2019

MES	N° Promedio de Trabajadores				Incidentes	Accidentes Leves	Accidentes incapacitantes	Accidentes Fatales	Dias Perdidos	Horas Hombre Trabajada	Índice de Frecuencia	Índice de Severidad	Índice de Accidentes
	CIA	C.M.	Otros	Total									
ENERO	66,726	50,606	85,114	202,446	3,887	191	83	4	44,490	38,048,240.	2.287	1,163.305	2.674
FEBRERO	67,986	45,418	86,014	199,418	4,409	243	89	2	21,777	37,214,306.	2.445	585.178	1.431
MARZO	67,070	48,143	89,393	204,606	4,569	262	92	1	10,128	39,466,947.	2.356	256.62	0.605
ABRIL	65,732	51,099	85,065	201,896	4,112	263	96	4	28,173	38,921,546.	2.569	723.841	1.86
MAYO	68,017	50,769	88,620	207,406	3,899	226	107	4	28,949	40,704,445.	2.727	711.2	1.939
JUNIO	66,762	51,427	89,585	207,774	3,615	271	96	2	22,753	40,284,505.	2.433	564.808	1.374
JULIO	68,287	54,885	93,802	216,974	3,954	286	83	2	17,831	41,347,445.	2.056	431.248	0.887
AGOSTO	68,988	57,380	89,348	215,716	3,514	264	108	3	24,928	41,803,386.	2.655	596.315	1.583
SEPTIEMBRE	66,107	55,312	94,732	216,151	3,109	364	105	2	20,630	41,776,889.	2.561	493.814	1.285
OCTUBRE	65,460	52,270	92,297	210,027	3,577	294	94	1	11,447	40,553,428.	2.343	282.27	0.661
NOVIEMBRE	67,199	54,754	96,215	218,168	3,485	262	114	5	35,485	42,977,448.	2.769	825.666	2.286
DICIEMBRE	58,435	46,782	83,066	188,283	2,968	225	89	3	40,731	37,143,534.	2.477	1,096.584	2.716
TOTAL AÑO	66,397	51,570	89,438	207,405	45,078	3,151	1,156	33	307,322	480,242,119.	2.476	639.931	1.584

(*) Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario estadístico 2019.

En el año 2019, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tomó conocimiento de la existencia de 1156 accidentes de trabajo incapacitantes, lo cual implica la emisión de certificados de incapacidad temporal para el trabajo, o la declaración de una invalidez permanente, situación que daría lugar a una incapacidad para el trabajo. (Empleo, Anuario estadístico 2019. , 2019)

No obstante, tal y como hemos mencionado, la incapacidad laboral no puede solo ser analizada con los datos recabados de accidentes de trabajo, toda vez que quedaría pendiente revisar y analizar data respecto a enfermedades profesionales, accidentes y enfermedades comunes, que, a su vez darían lugar a la incapacidad laboral.

Cabe señalar que el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) solo notificó 93 casos de enfermedades profesionales en el 2015, y 32 en el 2016. (Empleo, Anuarios Estadísticos , 2020).

Por otro lado, es necesario revisar data respecto a la existencia de personas con “discapacidad”, toda vez que existen personas con discapacidad que se encuentran dentro de la población económicamente activa (PEA), o que acaban de salir de dicho grupo a causa de la existencia de esta incapacidad laboral (invalidez) sobrevenida al contrato de trabajo, solicitando –como medida adicional- su evaluación y categorización como “persona con

discapacidad”. La Organización Internacional del trabajo (OIT) señala que más de mil millones de personas, es decir, aproximadamente un 15% de la población mundial, padece alguna forma de discapacidad ya sea física psíquica, mental o sensorial. Asimismo, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) ((INEI), 2012), en la primera encuesta nacional sobre personas con discapacidad desarrollada en el año 2012, demuestra que el 157,502 de 28 millones de personas, son discapacitadas, es decir, aproximadamente 5.2% de la población peruana. Asimismo, 820 731 de este grupo de personas, son mujeres, más de la mitad, y 754 671 son hombres.² (OSORIO VELARDE, 2018)

Gráfico N° 3



(*) Fuente: Cuadro conseguido de CONADIS sobre primera encuesta nacional sobre personas con discapacidad desarrolla por la INEI data del año 2012

Por otro lado, los censos nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas, revelaron que 2 millones 892 mil 10 personas con al menos una discapacidad forman parte de la Población en Edad Laboral (PET). De este total, 1 millón 668 mil 588 son mujeres, es decir el 57,7% y 1 millón 223 mil 422 son hombres y representan el 42,3% de la PET. (INFORMATICA, 2017)

² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Página web: Revisado el 08 de enero de 2018.

Gráfico N° 4
PERÚ: POBLACIÓN EN EDAD DE TRABAJAR CON Y SIN DISCAPACIDAD, SEGÚN SEXO Y ÁREA DE RESIDENCIA, 2017
 (Absoluto y porcentaje)

Sexo y Área de residencia	Población total	Población con discapacidad		Población sin discapacidad	
		Absoluto	%	Absoluto	%
Total	23 495 641	2 892 010	100,0	20 603 631	100,0
Hombre	11 540 891	1 223 422	42,3	10 317 470	50,1
Mujer	11 954 749	1 668 588	57,7	10 286 161	49,9
Área Urbana	19 540 626	2 434 402	84,2	17 106 224	83,0
Hombre	9 518 832	999 341	41,1	8 519 491	49,8
Mujer	10 021 794	1 435 061	58,9	8 586 733	50,2
Área Rural	3 955 015	457 608	15,8	3 497 407	17,0
Hombre	2 022 059	224 081	49,0	1 797 979	51,4
Mujer	1 932 955	233 527	51,0	1 699 428	48,6

Fuente: INEI - Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas.

No obstante, la normativa peruana otorga una protección especial únicamente para el grupo de personas con discapacidad. Esta protección inició con la creación de distintos programas de concientización, orientación y defensa de los derechos de este grupo de personas, no obstante, son insuficientes. Entidades estatales como el Ministerio de trabajo y promoción del empleo, EsSalud, así como el Ministerio de Salud, son los entes encargados de desarrollar estos programas.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la “discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.” En otras palabras, con discapacidad nos referimos a todos aquellos elementos limitantes que impiden el desarrollo de la vida social con normalidad, e impidiendo el desarrollo de la persona con sus pares.

Por otro lado, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en su Anuario estadístico sectorial (2016), señala que en dicho año existieron 20,876 accidentes laborales, de los cuales 14,931 accidentes ocurrieron en Lima Metropolitana. El reparto variará de la actividad económica que se desarrolle siendo las más peligrosas la industria manufacturera (24.87%), las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler (18.78%) y el rubro de construcción (11.43%). Cabe señalar que casi la mitad de estos accidentes devinieron en

accidentes incapacitantes, es decir, después de la evaluación médica, se recomendó que el trabajador accidentado siga un tratamiento interrumpiendo sus labores, representado el 46.11% de los casos. ((MTPE), 2016)

En el ámbito laboral, la entidad encargada de evaluar la incapacidad laboral es EsSalud, toda vez que es la encargada de otorgar las prestaciones económicas (en materia de salud), no obstante, esta entidad mide únicamente los datos respecto a la incapacidad laboral temporal, y por lo tanto, aquellos que tienen incidencia en la suspensión del contrato de trabajo. (CONTROL, 2015)

Gráfico N° 5

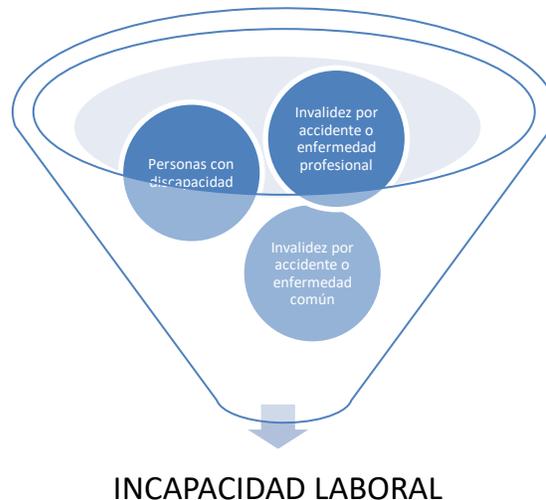
Distribución de Montos de Subsidios Otorgados según Prestaciones Económicas, 2015



Fuente: Sub Gerencia de Normalización y Control

En efecto, de acuerdo con la normativa vigente, tenemos que el esquema que se deberá tener en cuenta para el análisis que vendrá a continuación, es el siguiente:

Gráfico N° 6



Todos estos grupos componen el grupo de trabajadores afectados “incapacidad laboral”. Cabe señalar que, en algunos casos, la “discapacidad” solo será una declaratoria de una calificación social de trabajadores con invalidez. Para lo que atañe a este trabajo de investigación cualesquiera de estos términos deben ser analizados como “sobrevenidas”, es decir, que han aparecido o han sido declarados con posterioridad al inicio de la relación laboral.

1.2. Análisis normativo

En base a lo señalado, es necesario delimitar el marco normativo que deberá estudiarse y analizarse respecto a los derechos de la persona con incapacidad laboral, así como las medidas preventivas que debe tomar el empleador como obligaciones derivadas de la relación laboral –obligaciones de seguridad y salud en el trabajo- en aras de proteger al trabajador frente una incapacidad laboral, ya sea con aras de mantener la relación laboral, o proceder a la extinción de la misma de acuerdo a la normativa vigente:

1.2.1. Derechos fundamentales laborales

La eficacia de derechos fundamentales laborales son aquellos derechos de alcance universal aplicables a todas las personas por su sola condición de tal, trabajadores, llamados también derechos laborales de naturaleza inespecífica por Palomeque. (PALOMEQUE LOPEZ, 2004) Estos derechos son indisponibles y merecen una protección total del ordenamiento jurídico. Podríamos decir que estos derechos se basan en los principios consagrados tanto en la Declaración de derechos humanos, la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo, así como los mencionados en la Constitución Política del Perú, y su máximo interprete, el Tribunal Constitucional, entidad que podrá incluir otros derechos fundamentales laborales para defender la “dignidad del trabajador”. (OSORIO VELARDE, 2018)

FERRAJOLI señala cuáles son las características de estos derechos fundamentales. El autor manifiesta que los derechos fundamentales son universales, vale decir, consustancial a todos los sujetos por su sola condición, atribuible a todos por igual; así como inalienables, es decir, indisponibilidad, porque no podría ser disponibles ni por el mismo trabajador ni por el empleador, y se encuentran recogidos en normas generales y abstractas. Asimismo, estos derechos fundamentales laborales se encuentran subdivididos en derecho laborales inespecíficos y específicos. (FERRAJOLI, 2007) Respecto a los derechos laborales

inespecíficos³, o Derechos de la personalidad del trabajador, los cuales son inherentes a la condición de la persona, y los derechos laborales específicos, los que se reconocen en virtud de la condición del trabajador, vale decir, en función de la categoría profesional de trabajador. (OSORIO VELARDE, 2018)

En la práctica, en las relaciones laborales suele existir un enfrentamiento de los derechos laborales inespecíficos del trabajador frente al poder de dirección del empleador. Estos derechos no pueden ser materia de disposición ni por el propio trabajador, o de privaciones arbitrarias de parte del empleador, toda vez que existe una función limitadora del ejercicio del poder de dirección, dependiendo del caso en concreto. (OSORIO VELARDE, 2018)

El artículo 23° de la Constitución política del Perú de 1993 señala: "(...) ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)".

En el séptimo fundamento jurídico de la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado lo siguiente:

"(...) En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. (...) Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo)".

Una vez más se resalta el límite del poder de dirección del empleador frente a los derechos fundamentales de los trabajadores, los cuales tiene como base el respeto de la dignidad, el derecho a la igualdad y, en sentido estricto, el derecho a la no discriminación.

1.2.1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

Entre los derechos que restringen el poder de dirección del empleador y buscan el respeto de la dignidad de trabajador, nuestro ordenamiento jurídico establece como valores predominantes, el Derecho a la Igualdad y a la no discriminación en el Empleo. Estos

³ Término acuñado por el profesor PALOMEQUE (1991).

derechos se han convertido en principios y luego en derechos transversales a todo el ordenamiento jurídico. Respecto al derecho a la igualdad debemos tener en cuenta tres manifestaciones: (i) igualdad ante la ley, (ii) igualdad en la aplicación de la ley, e, (iii) igualdad de oportunidades. (OSORIO VELARDE, 2018)

EGUIGUREN PRAELI, las define señalando que existirá un problema de aplicación de la igualdad ante la ley- faceta formal-, cuando se le impone un límite constitucional a la actuación del legislador al momento de la producción de normas, las cuales no deben de contravenir el principio de igualdad de todas las personas (EGUIGUREN, 2002). No obstante, respecto a la igualdad en la Aplicación de la Ley- faceta material-, como principio rector del Estado Democrático, siendo que constituye una obligación de todos los organismos públicos, de no aplicar la ley de manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones distintas. (EGUIGUREN, 2002)

Respecto a la igualdad de oportunidades, la Constitución Política del Perú de 1993, en el artículo 26 establece como uno de los objetivos del derecho al trabajo, la igualdad de oportunidades. Es decir, el Estado tiene el deber de ir más allá de la verificación de igualdad formal en una situación similar para un colectivo general, pretende alcanzar la igualdad sustancial.

Asimismo, el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú en señala que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” Como resultado, tenemos que nuestra Carta Magna reconoce el derecho a la igualdad y prohíbe todo tipo de discriminación en motivos determinados o posible de ser determinados – origen, raza, sexo, cualquier otra índole, entre otros-. (OSORIO VELARDE, 2018)

Es necesario entender que el acto de “discriminar” lleva consigo el acto de diferenciar; y, que esta distinción o diferenciación tiene una calificación peyorativa o negativa. Además, este trato vejatorio debe referirse a un motivo prohibido, no obstante, eso no basta. La doctrina ha señalado en numerosas ocasiones que, además de este trato vejatorio, el acto de discriminación no debe estar justificado en causas objetivas, razonables y proporcionales, toda vez que no toda desigualdad o distinción es un acto de discriminación. (OSORIO VELARDE, 2018)

COSSIO PERALTA señala que debemos entender que existen dos tipos de “discriminación”,

una en sentido estricto, por justificarse en un motivo prohibido y otra en sentido lato “no razonable o justificada”:

“De esta manera, podemos concluir que existe un sentido estricto del término discriminación y un sentido lato. En efecto, en el sentido estricto, existirá una discriminación cuando se verifique un tratamiento diferenciado que se sustente en algún motivo prohibido. En cambio, en el sentido lato, será discriminación todo tratamiento diferenciado que no se sustente en una causa objetiva o razonable. Habiendo establecido las bases conceptuales del término discriminación, pasemos a desarrollar cuándo se verifica una situación de discriminación en el empleo.” (COSSIO PERALTA, 2016)

1.2.1.2. Derecho al trabajo y estabilidad laboral

Nuestra carta magna establece como obligación del Estado garantizar la dignidad de las personas, y en especial, el cuidado de las personas con discapacidad, buscando fomentar la igualdad entre sus ciudadanos. En cuanto al ámbito laboral, el Estado deberá promover la inserción y mantenimiento de estos individuos para que puedan, en la medida de posible, competir en igualdad de condiciones. (OSORIO VELARDE, 2018)

La Constitución Política del Perú de 1993, en sus artículos 23 y 26, inciso 1, señala la protección de la persona contra prácticas discriminatorias en el trabajo, estableciendo los grupos que ameritan de una protección especial:

Artículo 23°.- “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.” (Subrayado propio)

Artículo 26°.- “En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.” (Subrayado propio)

En semejanza con lo establecido en los puntos anteriores, existen convenios, y tratados internacionales que reconocen el derecho a la igualdad y no discriminación. Cabe señalar que la cuarta disposición final y transitoria de la constitución política de 1993, se establece que “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”, generando lo que se denomina el bloque de constitucionalidad y brindando el valor de norma nacional aplicable a aquellas disposiciones y principios como el derechos recogidos. (OSORIO VELARDE, 2018)

Debemos tener como parámetro de interpretación de este dispositivo el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (ratificado por el Perú), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, el cual considera discriminación 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. Cabe precisar que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. (OSORIO VELARDE, 2018)

Ante ello, es prudente acoger la definición de discriminación establecida en el Convenio N° 111 de la OIT por ser un convenio aplicable y exigible para nuestro país, y por ser un término de aceptación universal. (OSORIO VELARDE, 2018)

Artículo 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 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 discriminación, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones

existan, y con otros organismos apropiados.”⁴ (OIT O. I.)

Conforme a lo establecido en dicho artículo y según lo expresado por el autor José Balta Varillas, esta definición permite identificar cuando menos tres elementos esenciales en ella: (a) un acto, (b) un motivo o razón y (c) un resultado. (OSORIO VELARDE, 2018)

Ante ello, el acto vendría a ser la distinción, exclusión o preferencia como el despido o exclusión de un trabajador con discapacidad, lo cual obviamente otorga una connotación negativa a la situación/estado del trabajador, por ejemplo, el empleador que excluye de la planilla de sus trabajadores a una persona con discapacidad. No obstante, dependerá del segundo elemento, motivo o razón, para verificar si estamos frente a un acto discriminatorio, ya que por sí solo dicho acto no acarrea ilegalidad ni inconstitucionalidad. En tal caso, el motivo de dicha exclusión, deberá estar prohibida por la ley. (OSORIO VELARDE, 2018)

En función a la normativa vigente, debemos tener en cuenta la definición de discapacidad como aquella que tiene “una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, sensoriales o mentales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro los márgenes considerados como “normales”, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad”. (OIT O. I.)

Asimismo, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas, cuya finalidad es “promover, proteger y asegurar el goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. (Unidas, 2006)

Partiendo de estos parámetros internacionales, con fecha 24 de diciembre de 2012, se dictó la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, norma que fue reglamentada el 8 de abril de 2014 a través del Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP (RLPD). Estas normas tienen la finalidad de establecer el marco legal para la promoción, protección y realizaron, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad.

⁴ Convenio N° 111 OIT

Así, el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, por lo que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Cabe señalar que de acuerdo a lo indicado por el autor Carlos Blancas Bustamante, se debe distinguir el mandato de no discriminación del derecho a la igualdad ante la ley, pues este último radica en la prohibición de los tratamientos desiguales, carentes de justificación, que se manifiesten en el contenido de la ley o en la aplicación de esta. (BLANCAS BUSTAMANTE, La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional, 2002) El punto crucial es definir quiénes son los beneficiarios de esta protección, pues el padecer una enfermedad no significa que el trabajador obtenga la calificación de ser una persona con discapacidad.

La carta magna también reconoce que es obligación del Estado garantizar una tutela especial a la persona incapacitada para que pueda velar por sí misma, respetando su dignidad. Es decir, se ofrece un régimen legal especial de protección, atención, readaptación y seguridad (Artículo 7) (AUTORES., 1993) al trabajador incapacitado (artículo 23). (AUTORES., 1993)

Respecto a la normativa internacional, la cual es parte del derecho nacional en base a la lectura en conjunto de los artículos 3° y 55° de la Constitución Política del Perú, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria, también se pronuncia sobre casos de discriminación laboral contra las personas con discapacidad. (OSORIO VELARDE, 2018) Entre ellas, se encuentran:

- i. **La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad** (aprobada mediante resolución legislativa N° 27484, de fecha 15 de junio de 2001): La presente convención señala que la discriminación contra las personas con discapacidad es toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Asimismo, se señala que para lograr el objetivo de eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad, es obligación de los Estados adoptar las medidas necesarias de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole.⁵ (OSORIO

⁵ Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1999.

VELARDE, 2018)_(Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (primera sesión plenaria), 1999)

En estricto, define a la discapacidad como “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”. (OSORIO VELARDE, 2018)

- ii. **Convención de las Naciones Unidas Sobre las Personas con Discapacidad**, ratificada por el Perú el 30 de enero de 2008, en su artículo 1, establece que las personas con discapacidad son aquellas que “(...) 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 los demás”. Es claro que uno de los objetivos de la Convención de las Naciones Unidas es la integración y la readaptación de la persona con discapacidad en la sociedad. (OSORIO VELARDE, 2018)

En base a estas dos normativas, podemos apreciar que se concibe el término “discapacidad” en función al modelo “social”, lo cual implica que la discapacidad va más allá de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, es necesario la existencia de barreras o limitaciones físicas, comunicativas, arquitectónicas, socioeconómicas, entre otras, que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.⁶ (OSORIO VELARDE, 2018)

En efecto, los pronunciamientos realizados por Naciones Unidas establecen un modelo social de discapacidad pues prevalece un concepto de integración de la persona con discapacidad en los distintos ámbitos de la sociedad y que las desventajas que presenta en la misma, no solo sobre las limitaciones físicas, psíquicas u otras. (OSORIO VELARDE, 2018)

- iii. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:** En el presente acuerdo los estados partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos por los pactos, tratados y convenios de

Para el Perú: Aprobada mediante Resolución Legislativa N° 27484, de fecha 15 de junio de 2001. Ratificada por Decreto Supremo N° 052-2001-RE.

6 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia emitida en el caso de Furlán y Familiares vs Argentina de fecha 31 de agosto de 2012, ha precisado que, a nivel interamericano, prevalece el enfoque social de discapacidad, señalando expresamente lo siguiente en los considerandos 132 y 133.

derechos humanos. Entre los derechos reconocidos encontramos 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 (...).”⁷ (OSORIO VELARDE, 2018)

iv. **Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, N° 168:**

En el presente convenio se pone de manifiesto la necesidad de todo miembro de garantizar la igualdad de trato a todas las personas protegidas, sin discriminación alguna por razón de invalidez, esforzándose por adoptar medidas especiales para fomentar posibilidades suplementarias de empleo y ayuda al empleo, además de adoptar medidas legislativas y prácticas nacionales.⁸ En este caso, se exige la adopción de medidas legislativas no discriminatorias por razones de discapacidad. (OSORIO VELARDE, 2018)

Asimismo, la Ley General de la persona con Discapacidad, Ley N° 27050, de fecha 31 de diciembre de 1998 señala:

Artículo 31.- 2). “Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad”.

Por último, el resultado, como tercer elemento, cuyo fin es el de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, es decir, la permanencia o mantenimiento en el puesto de trabajo. Cabe señalar que durante la vigencia de la presente ley prevaleció el enfoque médico. (OSORIO VELARDE, 2018)

De conformidad con el artículo 45 de la Ley de la Persona con Discapacidad (LPD), la persona con discapacidad tiene derecho a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás, en un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor y con condiciones de trabajo justas, seguras y saludables. (AUTORES, Ley de la Persona con Discapacidad, Ley 29973, 2012) Los órganos responsables de garantizar el respeto y ejercicio de estos derechos laborales de la persona con discapacidad, así como de promoverlos son el ministerio de trabajo y promoción del empleo, el CONADIS y los gobiernos regionales. Ellos también se encargan del desarrollo de sus capacidades y habilidades a través de las distintas unidades orgánicas que tengan esas funciones. Esta

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

⁸ Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, Convenio N° 168, (1988) Organización Internacional del Trabajo.

normativa se relaciona y recoge la definición de persona con discapacidad, al establecer la teoría social de la misma. (OSORIO VELARDE, 2018)

Por otro lado, el artículo 4 de la LPD delimita que las políticas y programas de los distintos sectores y niveles de gobierno se sujetan a ciertos principios, cuya aplicación será de manera transversal sobre cuestiones relativas a la discapacidad. Entre los principios establecidos por la norma, se encontraba el respeto de la dignidad inherente tal como la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, así como la independencia de la persona con discapacidad; la no discriminación de la persona con discapacidad; la participación y la inclusión plenas y efectivas en la sociedad de la persona con discapacidad; el respeto por la diferencia y la aceptación de la persona con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades para la persona con discapacidad; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad; el respeto a la evolución de las facultades del niño y la niña con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; la razonabilidad; y, la interculturalidad. (AUTORES, Ley de la Persona con Discapacidad, Ley 29973, 2012)

Debemos tener en cuenta que la LGPD no es la primera norma defensora de los derechos de las personas con discapacidad, la cual en aras de lograr su integración a la sociedad, cuenta con las siguientes antecesoras: Ley 3015, Ley de protección de las personas con trastorno del espectro autista y su reglamento, Ley 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la ley 6842, Ley general de la salud y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental, Ley 6842, ley general de la salud y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental. (OSORIO VELARDE, 2018)

Por último, mediante la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973, se recoge el modelo social de persona con discapacidad establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad, estableciendo en su artículo 2° que las personas con discapacidad son aquellas personas que padecen una discapacidad de carácter permanente que, al actuar con barreras actitudinales y del entorno, "(...) no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos (...)". (OSORIO VELARDE, 2018)

En nuestro país, la discriminación, y en especial, la discriminación en el empleo es un tema común, razón por la cual el Estado acepta y asume el compromiso de combatirlo. En efecto, como parte de este deber, el Estado impulso el establecimiento de normativa nacional con el fin de promover la participación de las personas con discapacidad en el campo laboral. En

efecto, nuestra normativa, en estricto la Ley de la Persona con Discapacidad define a la persona con discapacidad como “aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales e 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.”⁹ (AUTORES, Ley de la Persona con Discapacidad. Ley N° 29973, 24) Es decir, la discapacidad se hará latente cuando exista algún agente que imposibilite su desarrollo normal.

Ante ello, y como una de estas medidas tendientes a promover el desarrollo laboral de la persona con discapacidad, la Ley general de la persona con discapacidad establece la imposición de una cuota mínima de contratación de trabajadores con discapacidad o “cuota de empleo”, cuyo porcentaje variará dependiendo del sector en el que se encuentre.

Tabla N° 01

CUOTA DE EMPLEO	
Públicas	5% de la totalidad del personal
Privadas	3% de la totalidad del personal, cuando la empresa tenga más de 50 trabajadores.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 49.2 de la Ley general de la persona con discapacidad, la cuota de empleo en las entidades públicas, es de 5% del total del personal. Aquí se incluye a los servidores públicos, personal civil de las fuerzas armadas y la policía nacional, debiendo la entidad pública observar el cumplimiento de la cuota de empleo, a través de las convocatorias de selección de personal o concurso de méritos. Siempre se deberá buscar la priorización de la contratación de una persona con discapacidad frente a actores sin discapacidades, ello implicará que cuando una plaza ocupada por una persona con discapacidad, debe ser ocupada, en principio, por otra persona con discapacidad.

En el caso del sector privado, las empresas tienen la obligación de contratar con una cuota del 3% cuando tenga en su planilla más de 50 trabajadores, lo cual se constatará de una

⁹ Artículo 2, Ley de la Persona con Discapacidad. Ley N° 29973, 24 de diciembre de 2012.

revisión de la data de la planilla electrónica, cálculo realizado en base al promedio de trabajadores registrados por año. Para el cumplimiento de esta cuota, el empleador deberá registrar en la planilla electrónica la condición de discapacitados, lo cual tendrá relevancia a la hora de beneficios tributarios para el trabajador.

1.2.2. Obligaciones del empleador en material de Seguridad y Salud en el Trabajo

Es la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783, la cual señala entre sus principios rectores, la responsabilidad del empleador respecto a las “implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole” en caso ocurra un accidente o enfermedad ocupacional, estableciendo la actuación del empleador en 3 etapas: (i) Antes (principio de prevención, (ii) Durante (principios de información, capacitación, consulta, participación, y en especial, gestión integral del sistema de seguridad y salud); y por último, (iii) después (principio de atención integral de salud, y el deber de responder –indemnización por daños y perjuicios- y/o mantenimiento de la relación laboral –reubicación y readaptación). Sin tomar en cuenta el agente causante de la enfermedad y accidente ocupacional, salvo en el caso de la reparación al trabajador, siendo el agente infractor de este principio, quien deberá responder por los daños causados.

En efecto, es el empleador el garante del sistema de gestión de seguridad y salud, razón por la cual deberá tomar todas las medidas pertinentes para que los trabajadores puedan desempeñar sus labores sin encontrarse expuestos a riesgos que puedan mermar su salud. En estricto, esta obligación se encuentra reconocida en el artículo 17° de la Ley, asegurando un compromiso del empleador con la salud y seguridad de sus trabajadores y de aquellos que realicen funciones en su centro de trabajo.

Artículo 17°. “Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo El empleador debe adoptar un enfoque de sistema de gestión en el área de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con los instrumentos y directrices internacionales y la legislación vigente.”

La Ley antes mencionada, y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 005-2012-TR, establecen cuales son estas obligaciones de Seguridad y Salud en el Trabajo, lineamientos básicos para proteger tanto a la persona sin y con discapacidad.

La citada Ley establece las obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el

trabajo. En el artículo 21° establece las medidas de prevención y protección de seguridad y salud las cuales van desde la eliminación de los peligros y riesgos como el nivel máximo de protección, hasta la facilitación de equipos de protección adecuados a los trabajadores para realizar sus funciones –en contextos de actividades de alto riesgo, en tanto la eliminación del riesgo sea casi imposible por la actividad económica realizada-.

Tal y como mencionamos, la legislación reconoce los siguientes niveles de protección (Art 21 de la Ley 29783):

1. Eliminación de los peligros y riesgos. Se debe combatir y controlar los riesgos en su origen, en el medio de transmisión y en el trabajador, privilegiando el control colectivo al individual.
2. Tratamiento, control o aislamiento de los peligros y riesgos, adoptando medidas técnicas o administrativas.
3. Minimizar los peligros y riesgos, adoptando sistemas de trabajo seguro que incluyan disposiciones administrativas de control.
4. Programar la sustitución progresiva y en la brevedad posible, de los procedimientos, técnicas, medios, sustancias y productos peligrosos por aquellos que produzcan un menor o ningún riesgo para el trabajador.
5. Facilitar equipos de protección personal adecuados, asegurándose que los trabajadores los utilicen y conserven en forma correcta

En aras de lograr esta protección, según los artículos 35 y siguientes de la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, el empleador tendrá, entre sus responsabilidades, la identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo, la vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, así como la asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional.

Asimismo, el artículo 59 de la Ley, señala que el empleador deberá realizar modificaciones a las medidas de prevención de riesgos laborales cuando estas resulten inadecuadas, buscando el mantenimiento de la relación laboral y la protección de los trabajadores.

1.2.2.1.1. Deber de prevención y fiscalización

El deber de prevención de Seguridad y Salud en el trabajo, tal y como mencionamos anteriormente, es una de las obligaciones impuesta al empleador en aras de evitar riesgos o

estar preparado para su ocurrencia. La Ley N° 29783 Ley de seguridad y Salud en el Trabajo, en el Título Preliminar, artículo I, señala lo siguiente:

“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 en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de riesgos laborales.” (VARIOS, Ley de seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, 2016)

Podemos definir al deber de prevención como la obligación que existe por parte del empleador para evitar un riesgo (enfermedad profesional o accidente de trabajo) que se genere como consecuencia del trabajo, asegurando al trabajador un trabajo con condiciones mínimas aceptables, entendiendo que la salud del trabajador está íntimamente relacionada con el trabajo a través del medio ambiente de trabajo.

Ante ello, es necesario que el empleador establezca medidas de prevención necesarias para proteger la salud y la vida de los trabajadores, convirtiéndose en un tema central dentro del sistema jurídico y sobre todo en las relaciones laborales.

Respecto a este deber de prevención, en cuanto a la readaptación “ajustes razonables”, y de la reubicación, su incumplimiento ha sido establecido como una infracción muy grave, según el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo:

“Designar a trabajadores en puestos cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales conocidas o sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ellas derive un riesgo inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.” (VARIOS, Ley de seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, 2016)

En el siguiente acápite se desarrollarán los conceptos de readaptación y reubicación.

1.2.2.1.2. Readaptación y reubicación

Ahora bien, es necesario dilucidar e identificar la naturaleza de estos ajustes razonables, entre

los cuales tenemos a la reubicación como consecuencia del restablecimiento del vínculo laboral con un trabajador discapacitado, al mantenimiento del mismo, y a la readaptación, cuyo propósito es mantener este último. (OSORIO VELARDE, 2018)

Así, respecto a las normas internacionales, como lo son los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las mismas que al estar ratificadas por el Congreso serían parte de la normativa aplicable en nuestro país, y las recomendaciones de la OIT, se presentan como aplicables al tema las siguientes:

1. La Recomendación N° 99 sobre adaptación y readaptación profesionales de los inválidos¹⁰, identifica medidas para aumentar las oportunidades de empleo de los inválidos. Así, en su literal 30° señala como medio el estimular a los empleadores a trasladar a los trabajadores cuya capacidad de trabajo haya cambiado por haber disminuido su capacidad física a empleos adecuados dentro de su empresa. Es decir, aquí estaríamos hablando de reubicación.
2. De acuerdo con la Recomendación 168 de la OIT¹¹, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, como uno de sus objetivos principales se busca la plena participación de las personas inválidas en la vida social y el desarrollo, así como de la igualdad, en aras de que se permita que una **persona inválida**¹² obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, promoviendo la readaptación del profesional de esta manera en la sociedad. Asimismo, se señala que tienen derecho a disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en un empleo, en cuanto sea posible según sea su elección, y aptitudes individuales.

En la presente recomendación se habla de readaptación profesional, donde se compromete a incluir medidas como: adaptar dentro los límites razonables los lugares de trabajo, eliminar los obstáculos de orden físico o arquitectónico o los relativos a la comunicación que afectan el transporte, el acceso y el libre movimiento en los locales. Hasta allí, no se habla de reubicación propiamente dicha.

¹⁰ Recomendación N° 99 sobre Adaptación y readaptación profesionales de los inválidos, adoptada el 22 de junio de 1955.

¹¹ Recomendación 168 OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (1983). Numeral 4, numeral 11

¹² Según la OIT, el término "persona inválida" se refiere a toda aquella cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo estén substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

No obstante, en el numeral 34 de la recomendación se contempla la posibilidad de reubicar al trabajador con discapacidad: “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 invalidas empleadas en la empresa, así como de proporcionar empleo a otras personas invalidas.” (Trabajo, 1983)

3. Por otro lado, tenemos el Convenio 159¹³, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), señala la necesidad de emitir una política nacional de readaptación profesional y empleo de personas inválidas. Este convenio tiene el fin de conservar un empleo adecuado y el progreso en el mismo, integrando a la persona discapacitada en la sociedad. Asimismo, el artículo 3 señala que esta política está destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional, debe basarse en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general.
4. Asimismo, es necesario resaltar un referente normativo adicional como es el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decisión 584), y su Reglamento (Resolución 957), normas emitidas por la Comunidad Andina de Naciones (CAN), las cuales son consideradas como parte de la normativa peruana. Esta normativa señala a la reubicación laboral como un mecanismo de prevención y protección del trabajador discapacitado. (OSORIO VELARDE, 2018) Así, la Decisión 584, en su artículo 21°, exige a las partes laborales el cumplir la obligación del derecho de reubicación, sin establecer distinción entre enfermedades ocupacionales y/o accidentes de trabajo:

Artículo 21°.- “Sin perjuicio de cumplir con sus obligaciones laborales, los trabajadores tienen derecho a interrumpir sus 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

¹³ Convenio N° 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas invalidas), ratificado por el estado peruano el 19 de junio de 1986.

razones de salud, rehabilitación, reinserción y recapacitación.”

Siguiendo la misma línea, el artículo 17 de la Resolución 957, señala que es obligación del empleador de tomar en cuenta los exámenes ocupacionales para tomar medidas preventivas, entre ellas, (OSORIO VELARDE, 2018) el derecho de reubicación:

Artículo 17.- “Los resultados de las evaluaciones medicas 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.”

Reiterando ambas disposiciones en el año 2002, se emitió la “Gestión de las Discapacidades en el Lugar de Trabajo”, una serie de recomendaciones prácticas sobre el particular. (OIT C. D., 2002)¹⁴

Se debe destacar que la OIT no hace distinción entre una invalidez producida por enfermedad común, de una producida por una enfermedad profesional, por lo que es de aplicación para ambas circunstancias, incluso ha indicado que se lleven a cabo medidas de readaptación profesional. En tal caso, aplicando la recomendación indicada, así como el convenio, se llega a la conclusión que el empleador tiene la obligación de readaptar en su puesto de trabajo y de trasladar a otro al trabajador invalido, optando así por la continuidad de la relación laboral y no por la extinción de la misma tras la disminución de la capacidad del trabajador, teniendo en cuenta la elección del trabajador, así como sus aptitudes y capacidad. (OSORIO VELARDE, 2018)

Ante ello, tenemos que se diferencian 2 conceptos a lo largo de los documentos investigados: 1) la readaptación, como la adaptación del puesto de trabajo a la nueva situación del trabajador y 2) la reubicación, como la adecuación del trabajador al nuevo puesto de trabajo. En la normativa nacional vigente encontramos que existen tanto el mandato de readaptación

¹⁴ Convocatoria del Consejo de Administración de la OIT N° 277, donde se desarrollaron y adoptaron en Ginebra del 3 al 12 de octubre de 2001-

como el de reubicación laboral, no obstante, este último se encontraría restringido a la discapacidad con etiología ocupacional (accidente de trabajo o enfermedad profesional). La presente normativa denomina a la reubicación como “adecuación”. (OSORIO VELARDE, 2018)

Así, en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, en su artículo 76° se indica: “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.”.(subrayado nuestro) (VARIOS, Ley de seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, 2016)

Este derecho de preferencia habría sido replicado y plasmado en la presente ley, haciendo incisión en que no se debe afectar los derechos remunerativos ni la categoría del trabajador. No obstante, cabe preguntarse si ello es posible. (OSORIO VELARDE, 2018)

Más atrás, tenemos como referencia al derogado Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR, el cual señala, a su vez, la transferencia de los trabajadores con discapacidad a otro puesto de trabajo que implique menos riesgo para su seguridad y salud, en caso de accidentes de trabajo o enfermedad ocupacional, siempre y cuando exista. Este nuevo traslado se sujeta a la condición de que el empleador previamente capacite al mismo y que exista dicho puesto, no buscando acrecentar a niveles exorbitantes los gastos económicos y organizacionales del empleador. (OSORIO VELARDE, 2018)

Casi una década después, aparecería la Ley N° 30222, que mantuvo el deber de transferencia pero exceptuó a aquellos trabajadores que sufrieran de una invalidez absoluta permanente, haciendo un símil con las formas de extinción del vínculo laboral del artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que señala la invalidez absoluta permanente como causal de extinción automática y de pleno derecho, armonizando con lo indicado sobre la invalidez parcial permanente establecido en la Norma del Seguro Complementario de Riesgo y su imposibilidad de despedir a quien la sufra. (OSORIO VELARDE, 2018)

Cabe mencionar que, si bien no se expresa literalmente el término de reubicación en las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, se podría entender que también es una opción y obligación brindada por esta norma. Así, en el artículo 18.2.4., en el cual se establece el supuesto de invalidez permanente parcial, en el cual se menciona que el

empleador queda prohibido de prescindir de los servicios del trabajador si su invalidez es mayor e igual al 20% pero menor del 50%. Entonces, si el trabajador, teniendo un grado de menoscabo de su discapacidad puede seguir realizando con las tareas para las que fue contratado, y se encuentra dentro de ese porcentaje, debería permanecer en su puesto de trabajo, no obstante, si no puede continuar con dichas labores a pesar de los ajustes, y ya que no puede ser cesado, debería ser reubicado. (OSORIO VELARDE, 2018)

Reiterando la vigencia de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783 y lo especificado en el artículo 76° de la misma, se entiende que la consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional que incapacite al trabajador para desempeñarse en su posición habitual, es la reubicación del trabajador. (OSORIO VELARDE, 2018)

Por lo tanto, luego de un análisis de la norma junto con los demás dispositivos existentes, llegamos a la conclusión que para que exista la reubicación como tal debe existir: 1) Un trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional (no enfermedad común); 2) Esto deviene en una discapacidad que no es absoluta ni permanente; 3) El empleador realizó los ajustes razonables (**readaptación**) en el puesto de trabajo; y, 4) La discapacidad le impide al trabajador desarrollarse adecuadamente en su puesto habitual, generándose un riesgo para su seguridad y salud, a pesar de los ajustes efectuados. No obstante, si bien la reubicación sería la última etapa de la resocialización del trabajador, ello no enerva la posibilidad de continuar con la readaptación del puesto de trabajo para que el trabajador pueda desempeñarse con facilidad. (OSORIO VELARDE, 2018)

Asimismo, el artículo 50° de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con discapacidad dispone los ajustes razonables para las personas con discapacidad como: adaptación de las herramientas de trabajo, maquinarias, y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador. Entonces, tenemos que existe un mandato de acomodo razonable a favor de los trabajadores con discapacidad. Nuestro ordenamiento impone como obligación que los empleadores deben adoptar medidas o ajustes razonables al puesto de trabajo, esta se subdivide en: 1) modificaciones al proceso de evaluación de personal que permiten que el trabajador discapacitado compita. 2) Modificación al ambiente de trabajo que permite al trabajador discapacitado ejecutar las funciones esenciales del trabajo. 3) Modificación que permitan al trabajador discapacitado disfrutar los mismos beneficios que los otros trabajadores. (OSORIO VELARDE, 2018)

Al momento de disponer el acomodo razonable, se debe tener en cuenta que este solo necesita ser razonable ya que, tal y como señalamos anteriormente, no puede exceder en demasía de las posibilidades económicas del empleador, o que represente un cambio fundamental en la empresa (dificultad indebida) y mientras provea una oportunidad de tener las mismas posibilidades que los demás trabajadores de cumplir con sus labores, este es cumplido. (OSORIO VELARDE, 2018)

Como se puede apreciar, es tan solo la normativa nacional la que hace diferencia entre enfermedad profesional, accidente de trabajo y enfermedad común, que tiene como resultado la reubicación del trabajador. Como ejemplo de ello, en el Exp. N.º 10422-2006-PA/TC), el demandante presentó un informe médico de la clínica Limatambo donde se señalaba la falencia del mismo, así como la etiología de la secuela. El Tribunal Constitucional, en base a ello, decide aceptar dicho documento como válido y tras ello, asume la posición de reubicar al trabajador en un puesto de menor riesgo. El problema radica en: ¿ello fue necesario? (OSORIO VELARDE, 2018)

Los principios recogidos en los convenios y recomendaciones otorgan la protección de la readaptación y de la reubicación a todos los trabajadores discapacitados que se encuentran en la misma situación (ocupacional y no ocupacional), entonces la normativa nacional no podría recurrir a limitar esa posibilidad de apoyo y protección a los trabajadores discapacitados a solo un grupo. Cabe señalar que si bien los trabajadores cuya dolencia obedece a una enfermedad o accidente de índole profesional merecen un especial cuidado, ello no puede restar importancia al resto, teniendo en cuenta que esta medida ya no es de prevención sino una consecuencia ante la discapacidad sobrevenida. (OSORIO VELARDE, 2018)

Así, es necesario señalar que la necesidad de reubicación se hará obligatoria para aquellos casos accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. "(...) bajo la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo será distinta en este caso, ya que, al referirse al trabajador afectado por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, no se prevé la posibilidad de su cese, sino más bien se prescribirá su transferencia a otro puesto de trabajo que implique un menor riesgo para su seguridad y salud." (TSUBOYAMA SHIOHAMA, 2015)

El derecho de transferencia del trabajador a otro puesto de trabajo parte de los principios recogidos en todas las normas internacionales y de la protección especial que se le brinda al trabajador discapacitado, teniendo como objetivo, que toda persona que adolezca de algún

tipo de discapacidad se mantenga integrado a la sociedad, garantizando su acceso al trabajo, su promoción y su mantenimiento en él. Debe resaltarse que los principios y derechos fundamentales tienen la defensa de la continuidad laboral del trabajador que tenga alguna limitación física o sensorial que impida el cumplimiento normal de las obligaciones laborales, lo cual denota la absolutidad del derecho a la reubicación, pero con limitaciones. (OSORIO VELARDE, 2018)

1.2.2.1.3. Ajustes razonables

La normativa peruana indica que una persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo, las cuales comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad, y por último, la reubicación del trabajador discapacitado. (OSORIO VELARDE, 2018)

Cabe precisar que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 50 de la Ley de la Persona con Discapacidad, el empleador deber realizar los ajustes razonables –de manera específica-, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Todo ello se debe a que el término de “discapacidad” o el fenómeno es visto desde una perspectiva de derechos humanos desde hace algunos años, buscando la integración e inclusión a la sociedad, reduciendo barreras, y por lo tanto, aparece la idea de accesibilidad (adecuación de entornos y dispositivos). (OSORIO VELARDE, 2018)

Con fecha 03 de julio de 2019, se publicó la Resolución Ministerial N° 171-2019-TR, mediante la cual el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo aprobó los “lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad, en el proceso de selección y en el lugar de trabajo, y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector privado”. El propósito de esta normativa es otorgar los recursos necesarios para lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

La presente normativa establece los lineamientos de los ajustes razonables durante el proceso de selección de personal, en especial, durante la convocatoria. El posible empleador deberá comunicar a los postulantes, la necesidad de informar sobre ajustes razonables, en

caso sean necesarios. Es decir, en principio, será la persona con discapacidad quien deberá solicitar la adopción de estas medidas, las cuales serán deliberadas en un procedimiento para verificar su idoneidad y diseño.

Lo más relevante de la presente normativa es lo dispuesto en el artículo 19°, el cual supone la presentación de criterio para determinar si los ajustes razonables a adoptar implican una carga desproporcionada y por tanto, onerosa para el empleador. Estos son los siguientes:

- Cuando suponga la paralización o alteración del ciclo productivo de forma que se ponga en riesgo el cumplimiento de las metas productivas de la empresa.
- Cuando suponga un impacto económico negativo que ponga en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio correspondiente.
- Cuando suponga una falta de liquidez en la empresa que impide el cumplimiento oportuno de sus obligaciones. (VARIOS, Resolución Ministerial N° 171-2019-TR,, 2019)

1.3. Análisis de la terminología socio-jurídica

Desde 1980,¹⁵ la Organización Mundial de la Salud (OMS) utilizaba las siguientes definiciones para deficiencia, discapacidad y minusvalía ((OMS), 1980):

- Deficiencia: Es la pérdida de una función (psicológica o fisiológica). El término deficiencia (impairment) hace referencia a la existencia de una alteración o anomalía de una estructura anatómica que condiciona la pérdida de una función, que puede ser tanto fisiológica como psicológica. (Salud)
- Discapacidad: (disability) Hace referencia a cualquier restricción o falta de capacidad (aparecida como consecuencia de una deficiencia o anomalía) para llevar a cabo una actividad determinada. (Salud) (Subrayado propio)

Queda claro que este no es un concepto médico, es un concepto social, no es un atributo de la persona.

“La discapacidad no es un atributo de la persona, sino un conjunto de condiciones que hacen que una limitación en el funcionamiento se transforme en una desigualdad de oportunidad la que muchas veces es ocasionada por el

¹⁵ Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)

ambiente social". (VARIOS, Las voces de los otros, 2006)

- Minusvalía: El término minusvalía (hándicap) hace referencia a la existencia de una barrera presente en el individuo. Es una situación desventajosa consecuencia de una deficiencia o discapacidad; que limita o impide el desarrollo del rol que sería esperable en ese individuo en función de su edad, sexo y situación social y cultural. Es decir, cuando la discapacidad se transforma en ausencia de integración social, imposibilidad de independencia física, movilidad o cualquier hándicap en contra del desenvolvimiento de la persona. (Salud)

Este término de minusvalía general, tiene una connotación altamente discriminatoria, no obstante, su especialización como "minusvalía para cierto tipo de trabajo" sería el correcto a ser utilizado en la legislación laboral. Es una disfuncionalidad física, que IMPIDE el desarrollo de sus labores debidamente probadas por la ciencia médica especializada en la salud ocupacional. Incluso podríamos relacionar directamente con el término de INCAPACIDAD LABORAL, mal utilizado en nuestro medio. (OSORIO VELARDE, 2018)

Cabe señalar que los conceptos de minusvalía, discapacidad e incapacidad forman parte de la terminología médica habitual. Pese a tener en común el que cada una de esas definiciones trata de las limitaciones y deficiencias originadas en las personas por patologías, lesiones o malformaciones, se diferencian claramente por la forma de valoración, las prestaciones asociadas y el ámbito social o laboral en el que se encuadran. (Salud)

Dudzik Elwan y Metts, brindan un ejemplo para poder entender esta relación: La polio (una enfermedad) puede causar parálisis (una deficiencia), la cual, a su vez, puede derivar en limitaciones para la movilidad de las personas que la padecen (una discapacidad) lo que podría crear condiciones que dificultarían el acceso al empleo (una minusvalía). Entonces, respecto a la discapacidad (término social), se debe entender que existen barreras que se encuentran fuera de la persona que tiene una deficiencia que no es todos los casos debe ser considerada como restrictiva y por ende, no siempre será considerada como incapacidad para el trabajo. (MALDONADO, 2007)

Nos preguntamos, ¿Era competencia de la OMS crear estos términos con connotaciones sociales adversas? ¿No debió entrar a tallar alguna dependencia de un Organismo relacionado con el trabajo con características intersectoriales? Se trató de incorporar un enfoque médico, el cual lamentablemente se combinó con cargas sociales negativas.

(OSORIO VELARDE, 2018)

Cada uno de estos términos fue utilizado de manera arbitraria e injustificada, razón por la cual, no es posible discernir, por ejemplo, a que término se refiere el inciso a) del artículo 23 de la LPCL cuando menciona “ineptitud sobrevenida”.

En efecto, para poder utilizar correctamente el término de ineptitud sobrevenida laboral debemos definir a cuál de estos términos se refiere y como aplicarlo. Por ejemplo, podríamos decir que un médico normal (con especialidad en oftalmología, por ejemplo), sobre la funcionalidad de los ojos, establecería un 20% de “minusvalía”, lo cual se traduce como una invalidez parcial, teniendo una capacidad funcional de 80%. Ante ello cabría realizarse las siguientes preguntas: ¿Esto genera una invalidez permanente? ¿Desde cuándo debe ser considerada permanente para todo tipo de actividad? ¿Al 50%?. Utilizar esta concepción podría ser errónea. En cambio, un médico ocupacional (con la especialización adecuada para definir la funcionalidad en torno al trabajo que desempeña el actor) diría que penderá del trabajo que realice para declarar el grado de “incapacidad laboral”.

Los conceptos de minusvalía, incapacidad y discapacidad forman parte de la terminología habitual del médico de cualquier especialidad, aunque en ocasiones no se diferencian correctamente. Lo mismo ocurre con los procedimientos a seguir para su valoración y los organismos oficiales competentes para realizar tal función. (M.T. Vicente- Herrero, 2018)

Sin perjuicio de ello, estos términos tienen implicancias socioeconómicas y legales, razón por la cual es necesario establecer la correcta definición de cada uno. Vista pues la trascendencia del tema, se revisarán a fondo los conceptos básicos de cada uno de estos términos.

Los conceptos Discapacidad e Incapacidad a lo largo de los años han sido tratados y utilizados como similares; sin embargo, en nuestro ámbito social, laboral y legal existen importantes diferencias. En el diccionario de la Real Academia Española, Discapacidad se define como cualidad de discapacitado, entendiéndose como tal «Que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas como normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas» (VARIOS, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA). Sin embargo, la incapacidad se recoge como «Estado transitorio o permanente de una persona que, por accidente o enfermedad, queda mermada en su capacidad laboral», e incluso recoge la definición específica de Incapacidad laboral como un término de Derecho: «Situación de enfermedad o de padecimiento físico o psíquico que impide a una persona de

manera transitoria o definitiva realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la Seguridad Social». (VARIOS, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA)

Por ello se puede concluir que la incapacidad se deriva de la relación entre las condiciones de salud de la persona y el trabajo, mientras que la Discapacidad lo hará de la relación entre dichas condiciones de salud y el medio ambiente en el que la persona desarrolla su vida. (M.T. Vicente- Herrero, 2018)

El concepto de Capacidad como «aptitud o suficiencia para hacer algo» y su contrario Incapacidad, añadiendo al término el «para qué» o «frente a qué». (VARIOS, Minusvalía, discapacidad e incapacidad. Una revisión desde la legislación española, 2019)

1.3.1. Minusvalía

Por minusvalía debemos entender “una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, el sexo y factores sociales y culturales)”. ((OMS), 1980)

La minusvalía –término médico tácitamente derogado por el Derecho- ha pasado a denominarse discapacidad de forma legal y oficial, toda que se entiende por persona con discapacidad a aquella persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, buscando la integración de estas personas a la sociedad o a la población económicamente activa (PEA).

Una minusvalía, según la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, (CIDDM) publicada en 1980 por la OMS, «es la situación de desventaja de una persona a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que le limita o impide el desempeño de un rol que sería normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales)». ((OMS), 1980)

1.3.2. Discapacidad

Se debe entender por discapacidad “toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de

la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano. Concierno a habilidades, en forma de actividades y comportamientos que son aceptados en general como elementos esenciales en la vida diaria. (...) El diagnóstico de una persona con discapacidad deberá realizarse en relación a la deficiencia que la ocasiona junto a las consecuencias de la misma, que además podrán derivar en minusvalía sin relación lineal entre ellas, ya que pueden darse situaciones en las que una deficiencia no cause discapacidad, pero sí minusvalía.” (M.T. Vicente- Herrero, 2018)

Distintos autores consideran a la discapacidad como un fenómeno, mas no definen el porqué de su calificación. Según el Diccionario de la Real academia española, el concepto “fenómeno”, proviene del latín, phaenomēnon, siendo una de sus definiciones “toda manifestación que se hace presente a la consciencia de un sujeto y aparece como objeto de su percepción”. Partiendo de ello, tendríamos que un fenómeno socio-laboral sería aquel suceso o manifestación que se hace consciente en un sujeto respecto de un hecho, cambio o circunstancia que tiene repercusión en la sociedad y en el trabajo y que aparece como objeto de su percepción. Hasta allí, no encontramos un rasgo negativo en dicha definición. No obstante, aún no hemos culminado, según la Real Academia Española, “opresor” es un adjetivo utilizado para calificar a aquel “que abusa de su poder o autoridad sobre alguien”.

En conclusión, consideramos que el concepto de discriminación es utilizado como “un fenómeno socio-laboral opresor del desarrollo” pues es toda manifestación que es consciente en el sujeto y por ende parte de su percepción en la sociedad y en lo laboral, normalizado, ante un hecho o circunstancia cuya naturaleza es reprimir, discriminar, abusar y vulnerar los derechos de un tercero.

Cabe señalar que en muchos países han tomado consciencia de la connotación negativa que tiene el término de “discapacidad”, por lo cual hablan de “personas con habilidades diferentes”, para salvaguardar la igualdad de condiciones y derechos de todas las personas. Aquí, debemos tener en cuenta que “discapacidad” no es un término médico, pues si esto fuese así, sería un término objetivo, y lejos de serlo, su verdadera naturaleza acaecería en lo social, es decir, “la discapacidad”, hoy en día, es un término social.

La discapacidad es, según la citada clasificación de la OMS, “toda restricción o ausencia debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen considerado normal para el ser humano”. Esta condición puede ser temporal o permanente, reversible o irreversible; de movilidad o de desplazamiento, de conducta y de

comunicación; y es un término en constante evaluación. Recibiendo también la definición de “falta de adecuación entre la persona y su entorno, más que como una consecuencia de la deficiencia de las personas”. (VARIOS, DEUSTO SALUD, 2018)

La Organización de las Naciones Unidas describe a la discapacidad como "un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". (Convención de la ONU, 2006)

La discapacidad es una realidad humana que ha sido percibida de manera diferente en diferentes períodos históricos y civilizaciones. Como se explicará más adelante la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF, define la discapacidad como el resultado de interacciones complejas entre las limitaciones funcionales (físicas, intelectuales o mentales) de la persona y del ambiente social y físico que representan las circunstancias en las que vive esa persona ((OMS), 1980), como deficiencias, limitaciones en la actividad, restricciones en la participación juntando factores como la condición de salud y factores ambientales y personales. Debemos tener en cuenta que la ONS utiliza una teoría mixta o “biopsicosocial”, unión de la teoría médica y la teoría social.

Entonces podríamos decir que las deficiencias son problemas o taras que llegan a afectar la función corporal o mental, por otro lado, las limitaciones en la actividad son dificultades para realizar tareas y por último, las restricciones de la articulación son problemas para desarrollarse en ciertas circunstancias. Se juntan las características propias de las personas y las de la sociedad y sus obstáculos, para las cuales debe hacer énfasis en sus derechos humanos, y el derecho a ser tratados con igualdad. Ante ello nace la necesidad de incluirlos en la sociedad por la condición de titular de derechos que ostenta, adaptando el entorno y los espacios públicos a las necesidades de las personas con discapacidad. También tenemos distintos tipos de discapacidad como física (motriz, visual, auditiva, verbal), mental (intelectual, psicosocial), entre otras. En nuestro país, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), el Consejo Nacional para el Desarrollo e Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) y los gobiernos regionales son los encargados de promover y garantizar el respeto y el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Además, existe el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad, el cual se encuentra a cargo del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS)

la cual se encarga de compilar, procesar y organizar la información referida a la persona con discapacidad y sus organizaciones, proporcionada por las entidades públicas de los distintos niveles de gobierno.

Nuestra legislación nacional, La Ley 29973 (Ley General de la Persona con Discapacidad) indica que se trata de aquella persona que tiene “una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales [...] pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión [...] en la sociedad en igualdad de condiciones”.

Es necesario resaltar un primer acercamiento a la posibilidad de cese de un trabajador con discapacidad planteado como modificatoria a la normativa existente, mediante la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad¹⁶, la cual presenta el literal a) del artículo 23 de la LPCL, causal de causa justa de despido con la siguiente precisión: “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; (...)”.

Con esta modificación, el empleador podrá despedir a un trabajador con discapacidad solo si ha realizado los ajustes razonables correspondientes en el puesto de trabajo para que el trabajador pueda continuar sus funciones, no obstante la deficiencia sobrevenida y se ha verificado que no existe otro puesto vacante al cual pueda ser transferido, toda vez que esto podría conllevar un riesgo para la seguridad y salud del trabajador o de terceros.

En aras de promover la solicitud de la declaración de “discapacidad”, el Ministerio de Salud publicó la nueva Norma Técnica de Salud-NTS N° 127-MINSA/2016/DGIESP, que establece las nuevas vías –agilizando- para llegar a los procesos de evaluación y calificación de los Certificados de Discapacidad en establecimientos de salud públicos y privados. Asimismo, se amplían los lugares que otorgarán dicha certificación. Para ello, es necesario que los establecimientos cuenten con un médico certificador debidamente capacitado, registrado y acreditado por el Ministerio de Salud para cumplir con los procesos señalados en la Norma técnica. Esta norma señala que la entrega del Certificado de Discapacidad será inmediata, en

¹⁶ Norma publicada el 24 de diciembre de 2012.

tanto la discapacidad sea evidente o congénita, en otras palabras, cuando la capacidad funcional no cambie a pesar del tratamiento.

Posteriormente, se publicó el Decreto Legislativo N° 1384 para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos de manera autónoma y en igualdad de condiciones. La norma modifica el Código civil, y reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, utilizando como nuevos términos “capacidad plena y restringida”. Solo, en caso lo requiera, las personas con discapacidad podrán contar con la ayuda de una persona de apoyo para realizar cualquier tipo de “actividad o acto”.

Así, mediante este Decreto Legislativo se elimina la figura del “curador”, que era una persona nombrada por un juez para que tome las decisiones en lugar de la persona con discapacidad, y la reemplaza por “apoyos y salvaguardias”. Los primeros son personas que asisten y son elegidos por las personas con discapacidad; y los segundos, son medidas para garantizar el respeto de los derechos y la voluntad de la persona con discapacidad. Aquí se destaca el cambio de paradigma sobre la discapacidad, ya que se pasa a un modelo social, tal y como se ha mencionado en el presente capítulo.

“Cabe recordar que la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, que entró en vigor para el Perú en 2008, introduce el modelo social de la discapacidad. Este plantea que la discapacidad no responde a un aspecto inherente de la persona, sino a la interacción entre la deficiencia de la misma y las barreras sociales que impone la sociedad.” (ZUTA, 2019)

No obstante, las figuras de interdicción y curatela no han sido eliminadas y podrán ser utilizadas en el caso de pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva la interdicción civil.

Es necesario señalar que la calidad de una persona con discapacidad es otorgada por Conadis. Al inscribirse en el Conadis obtendrán una resolución y recibirán un carné de Persona con Discapacidad, de esta forma podrán acceder a varios beneficios que les corresponde, como jubilación adelantada, distintivo vehicular, pasajes libres en el transporte público, tarifas deportivas preferenciales, exoneración de pagos, tratamientos y terapias, entre otros.

1.3.3. Incapacidad o invalidez

Existe una confusión conceptual entre lo que se puede denominar como “incapacidad física (general)” y la “incapacidad laboral (especie)”. Cabe señalar que sin perjuicio de tener desventajas físicas, sensoriales, psicológicas, entre otras, un trabajador pueda desempeñarse laboralmente sin limitaciones, razón por la cual una limitación funcional no se puede deducir la incapacidad laboral para el puesto contratado.

“Bajo el modelo social de la discapacidad, y en particular en la CDPCD y la LGPCD, las categorías de «incapacidad para el trabajo» o «invalidez» no necesariamente forman parte de las consecuencias de la discapacidad. A manera de ejemplo, el artículo 52.2 de la LGPCD señala que la persona que adquiere una discapacidad tiene derecho a conservar su puesto de trabajo con los ajustes razonables correspondientes. Si la discapacidad es determinante para el desempeño de sus tareas, se le debe transferir a algún puesto vacante que no implique riesgos para su seguridad y salud. En ese escenario, sin duda, deberá pensarse en la figura de la incapacidad para el trabajo o la invalidez”. (VARIOS, Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿Si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?, 2016)

Cabe señalar que el Documento técnico “Evaluación y calificación de la invalidez por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, emitido por el Ministerio de Salud, señala “la incapacidad (lat. Incapax. Falta de capacidad o potencia para el trabajo especialmente) se refiere a una o varias acciones que no se pueden realizar. La discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Por ejemplo, un violista al que le han tenido que amputar tres dedos de su mano le origina una incapacidad total para tocar el violín, y una discapacidad de la persona de grado leve para realizar otras actividades diferentes a su profesión”. Así, se establecería la diferencia entre incapacidad y discapacidad sin perjuicio de los requisitos adicionales que se requieren para la calificación de una discapacidad.

Dicho documento también señala que “la capacidad fisiológica residual (CFR) o incapacidad funcional (llamada también invalidez personal en oposición a la invalidez profesional)”, estableciendo una similitud entre ambos términos.

Es necesario indicar que tanto en la regulación internacional, las figuras «incapacidad» e «invalidez» han sido utilizadas indistintamente, sin desarrollar un concepto claro y diferenciado para cada uno. La Organización Internacional del Trabajo establece los siguientes Convenios internacionales:

Convenio	Tabla N° 02 Observaciones
Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima) (OIT, 1952)	<p>El término «incapacidad para el trabajo» se usa en los siguientes contextos:</p> <ul style="list-style-type: none"> –El artículo 14 señala que existirán prestaciones monetarias de enfermedad cuando la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional –El artículo 32 señala que existirán prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional cuando la incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional. Asimismo, señala que incapacidad es la disminución correspondiente de las facultades físicas o a la muerte del sostén de familia. –El artículo 54 señala que existirán prestaciones de invalidez cuando se observe ineptitud para ejercer una actividad profesional.
Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes (OIT, 1967)	Se define el término “invalidez” como la incapacidad para ejercer una actividad lucrativa cualquiera, en un grado prescrito.

La Organización Internacional del Trabajo señala que la “incapacidad” se refiere a la imposibilidad (temporal o permanente) de laborar y por tanto, de obtener una remuneración para cubrir sus gastos. No obstante, la categoría “invalidez”, por el contrario, es un rezago del modelo médico –derogado-. No obstante, es necesario analizar si esta afirmación es correcta.

En la misma línea pareciera estar la legislación española, que utilizó el término «invalidez para

el trabajo» hasta antes de la ley 24/1997. No obstante, a partir de dicha ley, la legislación de seguridad social empleó el término «incapacidad para el trabajo». Cabe señalar que el artículo 136 de la Ley General de Seguridad y Salud define la incapacidad –y para lo que ocupa nuestro ámbito de estudio – permanente como aquella “situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta medicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

De acuerdo a la legislación española, los elementos definitorios de la incapacidad permanente son: 1° La alteración grave de la salud; 2° La disminución o anulación de la capacidad laboral; y 3° El carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral. Asimismo, la incapacidad es indiferente que las reducciones deriven de un accidente o enfermedad profesional o accidente o enfermedad común, no obstante, tanto para materia laboral y previsional, esta incapacidad deberá ser sobrevenida (124.1 de la LGSS), irreversible (136.1 de la LGSS) – después de haberse sometido al tratamiento prescrito-, involuntaria –incapacidad no imputable-, objetivable (136.1 de la LGSS) –susceptible de determinación-, que exista disminución o anulación de la capacidad laboral (136.1 de la LGSS), definitivo o previsiblemente definitivo (136.1 de la LGSS).

En nuestro país, tanto invalidez¹⁷ e incapacidad para el trabajo se encuentran reconocidas, en los siguientes sistemas normativos:

Tabla N° 03

Normatividad	Observación
Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (Congreso de la República, 1997)	Ley que establece un subsidio por incapacidad temporal (artículo 12.a) y un seguro complementario de trabajo de riesgo (en adelante, SCTR) – D.S. N° 003-98-TR.
Sistema de pensiones a. Pensión del sistema nacional 19990: decreto ley 19990 (Poder Ejecutivo, 1973) y decreto supremo 011-74-TR (Poder Ejecutivo, 1974a).	Establece los supuestos y beneficios de la pensión de invalidez (todos los regímenes utilizan la terminología «pensión de invalidez», incluso cuando la definan como «incapacidad para el

¹⁷ Es necesario señalar que la normativa en materia previsional denomina la incapacidad para el trabajo como invalidez.

- b. Régimen de pensiones y trabajo»). compensaciones por servicios civiles prestados al Estado no comprendidos en el decreto ley 19990: decreto ley 20530 (Poder Ejecutivo, 1974b).
- c. Régimen de pensiones militar-policial: decreto ley 19846 (Poder Ejecutivo, 1972) y decreto supremo 009-DE-CCFA (Poder Ejecutivo, 1987).
- d. Sistema privado de pensiones: decreto supremo 054-97-EF (Poder Ejecutivo, 1997) y decreto supremo 004-98-EF (Poder Ejecutivo, 1998a).

No obstante, ninguna normativa define que se entiende por incapacidad y/o invalidez, y mucho menos, establece claramente sus diferencias. Es necesario señalar que la normativa en materia previsional se mencionan ambos términos: incapacidad para el trabajo como invalidez. Asimismo, la normativa para la determinación de accidentes o enfermedades profesionales adopta el término de invalidez, siendo en pocas palabras similares toda vez que su fin es brindar salvaguardas o remedios ante la existencia de una deficiencia que incapacita al trabajador para continuar laborando.

Así, es necesario señalar que la incapacidad laboral está supeditada a la existencia de una invalidez laboral, la cuales pueden ser producidas por enfermedades comunes y las producidas por enfermedades ocupacionales.

Por otro lado, cabe señalar que nuestra normativa establece a la invalidez como una de las causales para la extinción de la relación laboral. En efecto, se reconoce tipos de invalidez: (i) por la duración, como permanente, temporal; y (ii) por la intensidad, como parcial y absoluta. Asimismo, el médico especialista para valorar la incapacidad laboral deberá hacer uso del documento técnico “evaluación y calificación de la invalidez por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

En efecto, la invalidez absoluta permanente ha sido establecida como una causa de extinción de la relación laboral (inciso “d” del artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley de

Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 001-97-TR), y se detallan sus condiciones en el artículo 20 de la norma antes mencionada indicando que la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral. En el caso de la invalidez absoluta y parcial temporal, únicamente causará la suspensión del contrato de trabajo en tanto subsista la imposibilidad de realizar labores, cumpliendo con los requisitos establecidos por Ley.

En efecto, respecto a la invalidez parcial permanente, nuestra legislación no se ha pronunciado expresamente sobre la misma. No obstante, parecería que se encuentra recogida en el inciso a) del artículo 23 de la LPCL, despido por capacidad, la cual contempla que únicamente será aplicable si “dicha invalidez impide el desempeño de sus tareas”.

Artículo 23.- 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;"

Cabe señalar que según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral la calificación de invalidez debe de ser calificada, por una entidad facultada (EsSalud, el Ministerio de Salud o una junta designada por el Colegio Médico del Perú).

A su vez, las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobado por Decreto Supremo N° 003-98-SA, también menciona entre sus artículos las palabras “incapacidad” e “invalidez”:

Artículo 13.- Prestaciones Mínimas

“La cobertura de salud por trabajo de riesgo otorga, como mínimo, las siguientes prestaciones:

I) Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la ENTIDAD EMPLEADORA y a los ASEGURADOS;

II) Atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, cualquiera que fuere el nivel de complejidad; hasta la recuperación total del ASEGURADO o la declaración de una invalidez permanente total o parcial o fallecimiento. EL ASEGURADO conserve su derecho a ser atendido por el Seguro Social en Salud con posterioridad al alta o a la declaración de la invalidez permanente, de acuerdo con el Artículo 7 del Decreto

Supremo No 009-97-SA. (...)"

Asimismo, en el literal 18.2 de la citada norma, señala:

18.2. Pensiones por invalidez

"LA ASEGURADORA" pagará al ASEGURADO que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedará en situación de invalidez; las pensiones que correspondan al grado de incapacidad para el trabajo conforme al presente Decreto Supremo, de acuerdo a las normas técnica dictadas por el Ministerio de Salud a propuesta de LA COMISION TECNICA MEDICA. (...)"

Ante ello, lo que es posible inferir es que la palabra invalidez es un estado de salud dictaminado como un médico o comisión médica evaluadora en base a una incapacidad para el trabajo lo cual le brinda distintos derechos al trabajador, estando directamente relacionados ambos términos: incapacidad –término laboral-, invalidez –término médico-.

Cabe señalar que dicho literal también menciona los tipos de invalidez según la temporalidad y del alcance o gravedad del mismo, lo cual repercute ante la existencia o no de una incapacidad laboral: temporal o permanente. El carácter temporal o permanente de la invalidez es determinado en función al "grado de recuperabilidad que puede tener una persona" ante la existencia de un siniestro que vulnere su salud. Es necesario señalar que las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobado por Decreto Supremo N° 003-98-SA, hacen referencia a la incapacidad laboral como producto de una invalidez causada por accidente o enfermedad profesional:

- Invalidez Parcial Permanente: Como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedara disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente en una proporción igual o superior al 50% pero menor a los dos tercios.

Cabe señalar que esta normativa hace mención expresa a una subespecie de la invalidez parcial permanente (inferior al 50% pero igual o superior al 20%). Para estos casos señala **"la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez."**

- Invalidez Total Permanente: Como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional amparado por este seguro, quedara disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente en una proporción igual o superior a los

dos tercios.

- Invalidez Temporal: Únicamente tendrá esta calificación hasta el mes en que se produzca su recuperación.

Cabe señalar que el D.L. N° 19990 también menciona las palabras incapacidad e invalidez como relacionadas, al momento de señalar quienes son las personas que podrán acceder a una pensión mensual de invalidez y sus requisitos. En efecto, el D.L. N° 19990 señala que “Las personas con incapacidad física o mental temporal o permanente, que les quita o reduce la posibilidad de trabajar y generar ingresos para vivir, pueden acceder a la pensión mensual de invalidez.” Asimismo, se establece que para acceder a la misma, se deberá cumplir con, entre otras, “que la invalidez sea por accidente común o de trabajo o enfermedad profesional, si a la fecha de producirse estas aportando.”

Cabe señalar que la incapacidad podrá catalogarse según su origen, hecho que es realmente importante para el objeto de estudio de este trabajo de investigación. Respecto a este punto, es necesario analizar lo establecido en las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobado por Decreto Supremo N° 003-98-SA, toda vez que establecen los tipos de incapacidad según su origen –respecto de la incapacidad parcial y permanente-. En efecto, los artículos 2¹⁸, 3¹⁹ y 4 de la referida normativa, establecen lo que se debe entender

¹⁸ Art. 2.- Accidente del trabajo

2.1 De acuerdo con el inciso k) del Artículo 2 del Decreto Supremo No 009-97-SA, se considera 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.

2.2 Se considera igualmente accidente de trabajo:

- a) El que sobrevenga al trabajador ASEGURADO durante la ejecución de órdenes de la Entidad Empleadora o bajo su autoridad, aun cuando se produzca fuera del centro y de las horas de trabajo.
- b) El que se produce antes, durante después de la jornada laboral o en las interrupciones del trabajo; si el trabajador ASEGURADO se hallara por razón de sus obligaciones laborales, en cualquier centro de trabajo de la Entidad Empleadora, aunque no se trate de un centro de trabajo de riesgo ni se encuentre realizando las actividades propias del riesgo contratado.
- c) El que sobrevenga por acción de la Entidad Empleadora o sus representantes o de tercera persona, durante la ejecución del trabajo.

¹⁹ Artículo 3.- Enfermedad profesional

De acuerdo con lo establecido por el Inc.) n de Artículo 2 del Decreto Supremo No 009-97-SA, se entiende como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene el trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o de medio en que se ha visto obligado a trabajar.

La tabla de Enfermedades Profesionales y su vinculación causal con la clase de trabajo que la origina

por “accidente de trabajo”, “enfermedad profesional” y “accidente y enfermedad común”, hechos que dan lugar a una incapacidad laboral.

Así, una incapacidad laboral como resultado del trabajo realizado para el empleador (ocupacional) podrá ser por accidente o una enfermedad profesional. Un accidente de trabajo será –a grandes rasgos- “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 norma también establece algunos supuestos adicionales en aras de ampliar esta terminología a los casos que pudiesen estar relacionados con un accidente de trabajo. En el caso de “enfermedad profesional”, la normativa señala que es “todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o de medio en que se ha visto obligado a trabajar”.

Por otro lado, este Decreto Supremo también establece el otro supuesto que debe entenderse como causa de una incapacidad laboral, ya sea como resultado de un accidente o una enfermedad común. En efecto el artículo 4²⁰ de la citada norma señala que será accidente o enfermedad común “Todo accidente que no sea calificado como accidente de trabajo con arreglo a las normas del presente Decreto Supremo, así como toda enfermedad que no merezca la calificación de enfermedad profesional; serán tratados como accidente o enfermedad comunes sujetos al régimen general del Seguro Social en Salud y al sistema pensionario al que se encuentre afiliado el trabajador”.

Entiéndase que esta clasificación, lejos de ser meramente enunciativa y formalista, debe regir

será aprobada por el Ministerio de Salud, a propuesta de la Comisión Técnica Médica a que se refiere el Art. 30 del presente Decreto Supremo.

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. El IPSS, las EPS, las ASEGURADORAS el Instituto Nacional de Rehabilitación y el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, informarán a la Comisión Técnica

Médica respecto de los casos que conozcan para que las incluya en las ulteriores propuestas de modificación de la referida Tabla.

²⁰ Artículo 4.- Accidentes y Enfermedades Comunes

Todo accidente que no sea calificado como accidente de trabajo con arreglo a las normas del presente Decreto Supremo, así como toda enfermedad que no merezca la calificación de enfermedad profesional; serán tratados como accidente o enfermedad comunes sujetos al régimen general del Seguro Social en Salud y al sistema pensionario al que se encuentre afiliado el trabajador.

las obligaciones, responsabilidades del empleador y los derechos y beneficios del trabajador en materia laboral y previsional toda vez que es necesaria la defensa del derecho al trabajo, no obstante, también tiene una especial relevancia la defensa de los acuerdos realizados entre las partes, en especial, respecto a la prestación del servicio de parte del trabajador, como una de las características esenciales del contrato de trabajo.

1.4. Enfoque social de protección: teoría social

De lo expresado hasta este punto, hemos podido observar que las distintas normas utilizan, en su mayoría, el modelo social. Tal y como ha sido establecido, se propone el cambio de paradigmas, de un modelo médico, que institucionaliza la idea de que la discapacidad únicamente se debe a las deficiencias – físicas, intelectuales mentales, entre otras- que pueden afectar a las personas a uno de respeto de los derechos de la persona con discapacidad, restringiendo el desarrollo de su vida con normalidad, impidiendo su desenvolvimiento, la realización de actividades, entre otros, al modelo social. (OSORIO VELARDE, 2018)

“Frente a esta mirada individual de la discapacidad, médica y de rehabilitación, ha surgido una nueva mirada de la discapacidad basada en un enfoque social y de derechos que entiende que las dificultades o impedimentos que experimentan algunas personas para realizar las actividades antes señaladas (...) son causadas o agravadas principalmente por barreras físicas o de actitud que han sido creadas por la sociedad o por el estado al no tener en cuenta a las personas con discapacidad. Esto quiere decir que estas barreras responden a una serie de errores de diseño o adaptación que no les permiten a las personas con discapacidad acceder, en igualdad de condiciones, a la infraestructura y procedimientos de uso general de la comunidad” (AUTORES, Inclusión laboral con responsabilidad)

Asimismo, esta teoría rescata la idea de que no se debería excluir a ninguna persona, pues existe la obligación de adoptar políticas inclusivas para la población cuyo éxito dependerá de la responsabilidad social de los actores incluidos en la misma. “La causa de la imposibilidad para hacer las cosas se traslada del individuo a la sociedad y al estado.” (AUTORES, Inclusión laboral con responsabilidad)

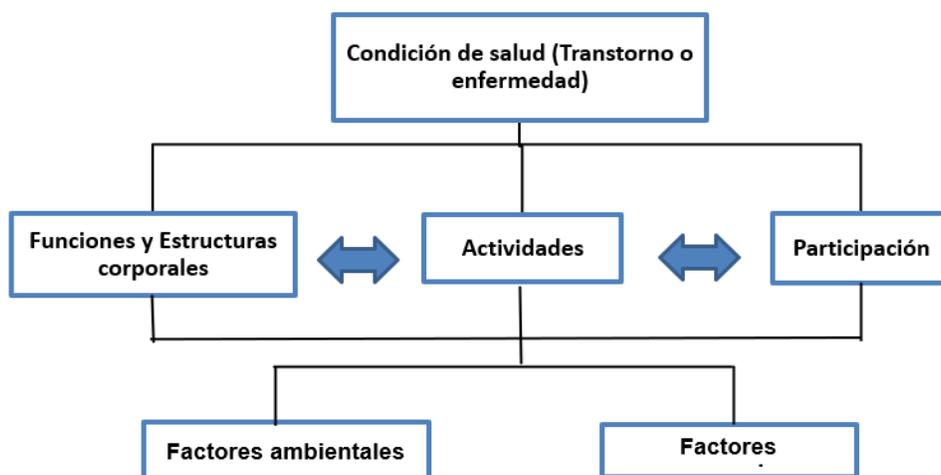
“El éxito o el mejor desempeño de algunas personas con discapacidad en el lugar de trabajo dependerá en gran medida de las medidas o de los ajustes razonables que los empleadores estén dispuestos a brindar a favor de sus trabajadores con discapacidad,

incluyendo la provisión de accesibilidad y de distintos tipos de apoyo” (AUTORES, Inclusión laboral con responsabilidad)

Es necesario superar la mirada tradicional de que la empresa solo debe optar por obtener riquezas sin pensar en sus trabajadores, en otras palabras, la empresa deberá incorporar ajustes razonables en base al trabajador y no al revés, pues el trabajador no se deberá adaptar a las condiciones del trabajo. Solo así se podrá obtener un potencial alto. Debe entenderse como una obligación del empleador o de la empresa, pues esta se beneficia del trabajo del trabajador, sus frutos, siendo que la inclusión social es parte de la responsabilidad social que todas las empresas están llamadas a desarrollar.

La discapacidad no es considerada como una característica o como un atributo de la persona, sino como un conjunto de condiciones de salud que en determinadas circunstancias que hacen inviable el desarrollo integral de la persona. Una especie de retribución por la riqueza generada, y por el aprovechamiento de frutos, que crea un deber social. (OSORIO VELARDE, 2018)

Gráfico N° 7



(*) Cuadro elaborado por la Organización Mundial de la Salud – Enfoque social en la Clasificación internacional de funcionamiento.

Como hemos ido adelantando, existe una relevancia muy importante de los factores personales y ambientales pues interactúan con aquel sujeto que tiene una condición de salud determinada y es en base a esta relación que se determina el grado y la posibilidad de funcionamiento y el desarrollo de la misma en la sociedad. (OSORIO VELARDE, 2018)

El modelo social considera el fenómeno de la discapacidad con un origen social y su integración con la misma, la cual, aparte de ser creada, también puede ser agravada por el entorno económico y social. Es por esta razón que para la eliminación de esta discriminación se requiere de la acción social. (OSORIO VELARDE, 2018)

Según el artículo 7° de la Constitución política del Perú, “la persona incapacitada para velar por si 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”.

Asimismo, Alberto Vásquez Encalada señala que “es importante notar que si bien la protección estipulada en los artículos 7, 16 y 23, puede resultar insatisfactoria, es posible alcanzar una adecuada protección de los derechos de este colectivo a partir del reconocimiento de los principios de dignidad, igualdad y no discriminación reconocidos por la misma carta fundamental. Por lo demás, el contenido de los derechos reconocidos en la constitución, de acuerdo con su cuarta disposición final y transitoria, debe ser interpretado de conformidad con la declaración universal de derecho humanos y con los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el estado peruano, tales como la CDPCD (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de las naciones unidas)” (VASQUEZ ENCALADA)

Es necesario señalar que la constitución se basa en un enfoque médico y tradicional de la discapacidad, el cual pone las causas en las limitaciones de las personas, y en no las influencias nocivas de los factores ambientales y contextuales. La Ley 27050, a su vez, recoge esa visión. (OSORIO VELARDE, 2018)

La Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad de las naciones unidas, a su vez, en el año 2008, sufre un cambio de paradigmas, llegando a revisar el concepto de discapacidad, paradigma de accesibilidad y la interacción de personas con deficiencias y las barreras, accediendo a un modelo social. En otras palabras, la desventaja ya no está en la persona sino en las barreras. Es a partir de esta norma, que nuestro Estado adopta el modelo

social. (OSORIO VELARDE, 2018)

1.5. Responsabilidad social corporativa

Rosa Maria Fuchs²¹ define la responsabilidad social corporativa como un compromiso que adquiere la empresa para dar respuesta a las expectativas que la sociedad deposita en ella de tipo social, económico y ambiental. Asimismo, la RSC mejora la reputación de la empresa y la confianza en los negocios.

“La responsabilidad social es un criterio de valor añadido que va más allá del interés utilitario o lucrativo de las instituciones y que es aplicable a toda organización (pública o privada).”

Entonces tenemos que la Responsabilidad social es un deber o un pago de la empresa o en el empleador por su participación en la vida económica de la sociedad, por lo cual brinda de un régimen especial de protección a algunas personas para que estas puedan participar en la misma.

Ya no existe caridad o asistencialismo tal y como se manejaba en un modelo medico respecto a la discapacidad, ahora la responsabilidad social toma otra visión es un reconocimiento de derechos humanos con rango constitucional y responsabilidad de eliminar barreras, para que la sociedad y el estado cambien y se ajusten a la persona.

1.6. Conclusiones

En la práctica, en las relaciones laborales suele existir un enfrentamiento de los derechos laborales inespecíficos del trabajador frente al poder de dirección del empleador. Estos derechos no pueden ser materia de disposición ni por el propio trabajador, o de privaciones arbitrarias de parte del empleador, toda vez que existe una función limitadora del ejercicio del poder de dirección, siendo reconocido por la Constitución política del Perú de 1993.

²¹ Profesora asociada del Departamento Académico de Administración de la Universidad del Pacífico. Es candidata a doctor en Dirección de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid (España), obtuvo el grado de magíster en Investigación en Ciencias de la Administración por la Universidad ESAN, es International MBA por el Instituto de Empresa (España) y licenciada en Administración por la Universidad del Pacífico. Su área de especialización es lo relacionado con el Balance trabajo vida, arraigo laboral, generación y retención de personal, diversidad en las organizaciones y emprendimiento social.

Así, se resalta el límite del poder de dirección del empleador frente a los derechos fundamentales de los trabajadores, los cuales tiene como base el respeto de la dignidad, el derecho a la igualdad y, en sentido estricto, el derecho a la no discriminación, así como el derecho al trabajo.

Existe una modificación respecto al modelo que impera actualmente en la doctrina en aras de salvaguardar el derecho a la igualdad, instaurándose un modelo social, siendo los anteriores, el modelo de prescindencia y el modelo rehabilitador). Así, en los pronunciamientos realizados por Naciones Unidas se establece un modelo social de discapacidad pues prevalece un concepto de integración de la persona con discapacidad en los distintos ámbitos de la sociedad y que las desventajas que presenta en la misma, no solo sobre las limitaciones físicas, psíquicas u otras.

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783 establece entre sus principios rectores, la responsabilidad del empleador en 3 etapas: (i) Antes (principio de prevención), (ii) Durante (principios de información, capacitación, consulta, participación, y en especial, gestión integral del sistema de seguridad y salud); y por último, (iii) después (principio de atención integral de salud, y el deber de responder –indemnización por daños y perjuicios- y/o mantenimiento de la relación laboral –reubicación y readaptación-, incluyen ajustes razonables). Así, el empleador es el garante del sistema de gestión de seguridad y salud, razón por la cual deberá tomar todas las medidas pertinentes para que los trabajadores puedan desempeñar sus labores sin encontrarse expuestos a riesgos que puedan mermar su salud y mantener de esta manera la relación laboral.

La legislación peruana ha establecido una serie de términos para referirse a un trabajador que presenta alguna deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales. Así, cabe señalar que los conceptos de minusvalía, discapacidad e incapacidad fueron utilizados de manera arbitraria e injustificada. En efecto, los conceptos de minusvalía, incapacidad y discapacidad forman parte de la terminología habitual del médico de cualquier especialidad, aunque en ocasiones no se diferencian correctamente. Lo mismo ocurre con los procedimientos a seguir para su valoración y los organismos oficiales competentes para realizar tal función.

Respecto al término de minusvalía –término médico tácitamente derogado por el Derecho- ha pasado a denominarse discapacidad de forma legal y oficial, toda que se entiende por persona con discapacidad a aquella persona cuyas posibilidades de integración, incluyendo la

actividad laboral, han sido debilitadas o disminuidas a raíz de una deficiencia en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

El concepto de discriminación es utilizado como “un fenómeno socio-laboral opresor del desarrollo” pues es toda manifestación que es consciente en el sujeto y por ende parte de su percepción en la sociedad y en lo laboral, normalizado, ante un hecho o circunstancia cuya naturaleza es reprimir, discriminar, abusar y vulnerar los derechos de un tercero. debemos tener en cuenta que “discapacidad” no es un término médico, ni legal, pues si esto fuese así, sería un término objetivo, y lejos de serlo, su verdadera naturaleza acaecería en lo social, es decir, “la discapacidad”, hoy en día, es un término social.

La normativa define que se entiende por incapacidad y/o invalidez, y mucho menos, establece claramente sus diferencias, no obstante, es posible definir la incapacidad como la situación en la que el trabajador se encuentra impedido para el desarrollo de su actividad laboral común, recibiendo o habiendo recibido asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social.

La legislación peruana menciona como causal de despido por incapacidad a la “ineptitud sobrevenida” (inciso a) del artículo 23 de la LPCL), debiendo entenderse por tal una incapacidad laboral parcial y permanente, la cual contempla que únicamente será aplicable si “dicha invalidez impide el desempeño de sus tareas. Es necesario señalar que respecto a la invalidez parcial permanente, nuestra legislación no se ha pronunciado expresamente sobre la misma.

La incapacidad laboral recoge: personas con discapacidad, invalidez cuyo origen proviene de un accidente o enfermedad profesional e invalidez cuyo origen proviene de un accidente o enfermedad común. Todas estas calidades deben ser entendidas como sobrevenidas –con posterioridad al inicio del contrato de trabajo- para efectos del presente trabajo de investigación, en aras de identificarlas como deficiencia sobrevenida.

CAPITULO II: LA DEFICIENCIA SOBREVENIDA DE LA CAPACIDAD COMO CAUSAL DE DESPIDO DEL TRABAJADOR

2.1. Análisis de constitucionalidad del poder de dirección del empleador

Los artículos 58° y 59° de la Constitución Política del Perú:

“Artículo 58°.-

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

“Artículo 59°.-

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.” (Subrayado propio)

El derecho a la libertad de empresa permite a un sujeto de derechos desarrollar una actividad económica bajo su propia autorregulación y con la condición mínima de desarrollarla de acuerdo a la ley y sus formalidades. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha expuesto que el contenido de libertad de empresa está constituido por cuatro tipos de libertades,²² tales como la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia, y por último, la libertad de cesar las actividades. (OSORIO VELARDE, 2018)

La libertad de organización, según el Dr. Ricardo Beumont Callirgos, contiene la libre elección del giro objeto social, nombre, denominación o razón social, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. (BEUMONT CALLIRGOS, 2008)

Asimismo, el texto constitucional en el artículo 59° señala que este derecho o esta libertad “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”. Cabe señalar que ningún derecho es absoluto, y sienta este uno, está sujeto a límites internos y externos, y a su

²² Tribunal constitucional en el Exp. N° 3320-2004-AA

coexistencia con otros derechos constitucionalmente protegidos. Debemos observar que uno de los límites a este derecho es el acceso o ejercicio de derechos fundamentales de las personas, uno de derecho constitucional y no por uno de menor jerarquía. (OSORIO VELARDE, 2018)

Así, como bien se ha expresado líneas arriba, la libertad de empresa, se manifiesta de distintas formas en el espectro del derecho y relaciones jurídicas, una de estas manifestaciones se haya en el ámbito laboral, en donde existe un sujeto, el empleador, que decide desarrollar una actividad económica, para lo cual necesita que otro sujeto, el trabajador, brinde sus servicios por una remuneración, bajo ciertas condiciones, y de cierta manera. (OSORIO VELARDE, 2018)

De esta manera tenemos que en una relación laboral existen dos partes: el empleador y el trabajador. Ambos son acreedores y deudores de su contraparte, no obstante, para que la prestación de dicho servicio el ordenamiento jurídico le otorga ciertas facultades al empleador para pueda regular dicha prestación. Esta libertad o facultad otorgada es el poder de dirección del empleador. (OSORIO VELARDE, 2018)

“El poder de dirección reconocido al empleador comprende una pluralidad de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional. Esto se traduce, en hecho y en derecho, en la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, en la facultad de legislar en el seno de la empresa, en la facultad de imponer sanciones disciplinarias y en diversas facultades o derechos (de control, de ordenar la empresa, de variar las condiciones de trabajo), reconocidos al empleador como necesarios para conducir la empresa.”
(HERNADEZ RUEDA)

Esta libertad o facultad del empleador para autorregular la prestación del servicio se encuentra recogida en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) en su artículo 9°, en el cual se indica lo siguiente:

Art. 9°.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como 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.”

Como manifestaciones o facultades de este poder de dirección tenemos. (i) Poder reglamentario, (ii) Poder de fiscalización, y por último y no menor (iii) Poder sancionador, los cuales pasaremos a detallar:

- (i) El poder reglamentario, el cual Tal y como se menciona líneas arriba, según el artículo 9° de la LPCL, el empleador tiene la facultad de dirigir y normar la relación laboral. Esto es, el empleador podrá reglamentar, indicar de qué manera desea que se preste la relación laboral, brindando para ello las indicaciones, órdenes y disposiciones necesarias para que el trabajador pueda cumplir con dicho servicio, las cuales serán de obligatorio cumplimiento para el trabajador, caso contrario, estaría incumplimiento con uno de sus deberes primordiales.

Estas reglamentaciones no solo se encuentran en el contrato de trabajo, también pueden ser materia de desarrollo en convenios colectivos, Reglamentos de trabajo interno, disposiciones internas, comunicados o directivas.

- (ii) Asimismo, mediante el poder de fiscalización, el empleador tiene la facultad de fiscalizar, vigilar y observar el cumplimiento íntegro, correcto y adecuado de las normativas reglamentos, directivas indicaciones, órdenes y disposiciones impartidas al trabajador.
- (iii) Por último, el poder disciplinario o sancionador del empleador se identifica con la facultad de sancionar el incumplimiento de las instrucciones brindadas de acuerdo a lo indicado por la normativa legal vigente, así como por lo señalado por el Reglamento Interno de Trabajo u otras disposiciones, de manera razonable. La sanción disciplinaria a aplicar dependerá de la gravedad del incumplimiento cometido, pudiendo ir desde una amonestación hasta la extinción del vínculo laboral, despido. (OSORIO VELARDE, 2018)

Tal y como se podrá observar, los derechos involucrados son el derecho a la no discriminación, y a la estabilidad al trabajo (derecho al trabajo), y el derecho a la libertad de empresa (poder de dirección del empleador), en ese orden. De una mirada más profunda de los derechos antes señalados, tenemos, de un lado, que en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, en los incisos 2) y 15) y en el artículo 22° y 23°, son reconocidos los derechos

de no discriminación de cualquier índole y el derecho al trabajo. (OSORIO VELARDE, 2018)

Artículo 2°.- “Toda persona tiene derecho: 2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (...) 15) A trabajar libremente, con sujeción a ley.”²³

Artículo 22°.- “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”²⁴

Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)²⁵

Y por otro lado, tenemos situaciones en las cuales se limita el poder de dirección del empleador, en favor del trabajador respecto a las modificaciones en la relación laboral que puede realizar el primero. Asimismo, el Tribunal Constitucional limita el campo de acción del empleador al decidir que debe ser repuesto en un puesto de trabajo que implique menor riesgo, exigiendo al empleador una modificación de las condiciones anteriores. (OSORIO VELARDE, 2018)

Así, tenemos que todo empleador posee facultades, o potestades para dirigir la relación laboral a su favor. Este se denomina el poder de dirección, el cual está basado en la libertad de empresa, se encuentra recogido en el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (OSORIO VELARDE, 2018)

Artículo 9°.- “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o

²³ Artículo 2° Constitución Política del Perú

²⁴ Artículo 22° de la Constitución Política del Perú

²⁵ Artículo 23° de la Constitución Política del Perú

incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación e las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.”

El poder de dirección consta, a su vez, de 3 facultades o atributos: facultad de dirección, fiscalización y sanción, teniendo como límite esencial a la razonabilidad. Esta última, está planteada como límite para el poder de dirección del empleador, pero también para la modificación de las condiciones de la relación laboral, o *ius variandi*. (OSORIO VELARDE, 2018)

“En virtud de esta facultad se le permite al empleador ordenar las concretas prestaciones de sus trabajadores. Dicha prerrogativa se viabiliza o reconduce, a través de las llamadas órdenes de trabajo las cuales pueden definirse como aquellas indicaciones dadas a conocer al trabajador una vez iniciada la relación laboral—sea a través del empleador por sí mismo o por medio de sus representantes, funcionarios o jefes debidamente autorizados—con tal capacidad coercitiva que modifica la conducta de aquel, conminándolo a hacer o no hacer algo, o a dejar de hacerlo, bajo pena de sanción justamente por efecto de la subordinación o sujeción jurídica de uno hacia otro.” (GARCÍA MANRIQUE, 2010)

Una de las facultades que nacen del poder de dirección es el *ius variandi*, el cual es aquella potestad que, en virtud del poder de dirección, permite introducir modificaciones en la relación de trabajo, no obstante, existen ciertas modificaciones que se encuentran reguladas por la normativa actual. No obstante, como tantas situaciones en nuestro ordenamiento, el *ius variandi* no se encuentra del todo regulado, lo cual da carta abierta a modificaciones que desee realizar el empleador. De los diversos aspectos no regulados – o poco reglamentados— que se aprecia en la legislación peruana, el tema de la modificación de las condiciones de trabajo por el empleador es, como se mencionó, uno de los que requiere de regulación. (TOYAMA MIYAGUSUKU)

Como bien hemos mencionado, el poder de dirección encuentra su asidero en el derecho constitucionalmente protegido de la libertad de empresa, establecido en su artículo 59, ya que según este derecho el empleador contaría con facultades que le permiten reglamentar, dirigir, modificar, y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites. (OSORIO VELARDE, 2018)

Art. 59.- “El estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”²⁶

En contrapartida a la libertad de empresa (o derecho de empresa) que ocupa al denominado poder de dirección del empleador y su *ius variandi*, encontramos al derecho al trabajo, también regulado constitucionalmente, y además tomado como derecho fundamental, recogido tanto en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, así como en la parte social y económica de la misma. (OSORIO VELARDE, 2018)

Art. 2 inciso 15.- “Toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley.”

Art. 22.- “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”

Art. 23.- “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.”

Art. 26.- “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.”

Ante ello, cabe destacar que se otorga una especial tutela de protección a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (discapacitado), reconociendo un principio protector del derecho laboral. Asimismo, ninguna relación laboral (o directiva impartida por el empleador,

²⁶ Artículo 59° de la Constitución Política del Perú.

puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales). Por otro lado, en el artículo 59° se señala que “el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”, es decir, el ejercicio de la libertad de empresa, así como la potestad para dirigirla, modificar la relación, reglamentar, entre otras, no puede ir contra la salud, o interpretando en el caso en particular (contra la salud de un discapacitado, cuya situación se ha visto deteriorada, en aras de la realización de la persona. (OSORIO VELARDE, 2018)

El Tribunal Constitucional ha destacado, en innumerables ocasiones que los derechos del trabajador tienen una relevancia “superior” y actúan como límite sobre las facultades del empleador dentro del centro del trabajo. Una muestra de ello, es lo señalado en el Exp. N° 1058-2004-AA/TC. No obstante, la Constitución no es la única que impone límites a este poder directriz del empleador o a la libertad de empresa. Es la misma legislación laboral²⁷, la que señala los actos de hostilidad, definidos como los actos en los cuales el empleador excede sus prerrogativas, su facultad de dirección, siendo equiparables al despido. Cabe señalar que es luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 29973, Ley de la Persona con Discapacidad, que esta norma adquiere gran relevancia. (OSORIO VELARDE, 2018)

En lo que respecta a nuestro caso en particular, la movilidad funcional operada por el Tribunal Constitucional, referida a la modificación de las tareas del trabajador, estaría amparada en esta especial protección del derecho al trabajo que sirve como límite al poder de dirección. Asimismo, y mientras no se contradiga lo establecido en la resolución del TC, el empleador podrá hacer uso de su *ius variandi*, y por tanto, modificar el puesto del trabajador. En caso de existir algún tipo de reclamo sobre la decisión optada por el empleador, esto deberá ser parte de un nuevo proceso judicial siendo que la pretensión presentada y la nueva solicitud no tienen equivalencia alguna. (OSORIO VELARDE, 2018)

²⁷ Artículo 30° de la LPCL.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a. La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador,
- b. La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
- c. El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- d. La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- e. El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- f. Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole. (Vigente a partir de 25/12/20102)
- g. Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajar. (Vigente a partir de 27/02/2003)
- h. La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad (Vigente a partir de 25/12/2012)

2.2. El despido por la deficiencia sobrevenida de la capacidad para el trabajo

El despido relacionado con la capacidad del trabajador –deficiencia sobrevenida- es una causa justificada para la extinción del contrato de trabajo. Esta causal de despido intenta otorgar un camino al empleador ante situaciones que sobrepasan la expectativa contractual de la relación laboral, las cuales impiden la subsistencia de la misma (pago de una remuneración a cambio de la prestación de servicios del trabajador, bajo subordinación del empleador) conforme a las condiciones pactadas entre las partes. Es necesario señalar que este tipo de cese califica como un despido objetivo –conocida de esta manera tanto por la doctrina peruana como internacional-, toda vez que debe ser fehacientemente probado por el empleador y se debe a una causal relacionada con la capacidad del trabajador.

Su desarrollo, ha sido objeto del literal a) del artículo 23 de la LPCL, señala lo siguiente como tipo de despido por incapacidad:

Artículo 23.- 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."

Es necesario señalar que entre las causas de extinción del contrato de trabajo tipificadas por el artículo 16° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL), relacionadas con la capacidad del trabajador, se encuentran la invalidez absoluta permanente y el despido, en los casos y forma permitidos por la ley. En efecto, el artículo 23 de la LPCL tipifica como causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador.

El despido puede ser por causas relacionadas con la capacidad o la conducta de trabajo. La capacidad como causa justa de despido habilita la ruptura del vínculo laboral cuando existe “inadecuación entre las exigencias de la ocupación a desempeñar y las aptitudes del trabajador impiden la continuación normal de la relación laboral”. (BLANCAS BUSTAMANTE, El Despido en el Derecho Laboral Peruano, 2013)

Cabe resaltar que la prestación personal de servicios es un elemento esencial de la relación laboral conforme al artículo 4 de la LPCL, por lo que su afectación o variación puede generar un impacto relevante en el empleador, toda vez que existe un nivel promedio de capacidad que debe guiar la prestación del servicio, logrando un desempeño medio (trabajador promedio) o “los resultados razonablemente esperados por el empleador, de tal forma que este obtenga la rentabilidad necesaria respecto al trabajador contratado y, a su vez, cumpla con los objetivos del negocio; caso contrario, si el empleador no consigue estos objetivos” (CADILLO, 2013). Así, no se cumpliría con los fines del contrato de trabajo, existiendo excesiva onerosidad y por tanto, resultaría imposible continuar con un trabajador que no cumple con la prestación pactada. No obstante, tal imposibilidad debe ser de tal grado, que afecte la subsistencia del vínculo laboral.

Tal y como se señaló anteriormente, la causal del inciso a) del artículo 23 de la LPCL busca permitir al empleador concluir la relación laboral sin el pago de una indemnización o su reposición como consecuencia directa de la extinción de la relación laboral.

Cabe señalar que este inciso tuvo una regulación inicial distinta. Fue modificado por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012, cuyo texto era el siguiente:

“a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; (*)

Probablemente esta modificación se llevaría a cabo por las razones que menciona Cesar Lengua Apolaya: “Solo recientemente a través de la Ley N° 29973 –Ley General de la Persona con Discapacidad- (...) ha sido encarada y resuelta la pugna que se presenta entre este supuesto de despido legítimo y el derecho de reubicación en general, pues tradicionalmente la ley (Decreto Legislativo N° 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 origine 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.” (LENGUA APOLAYA, 2015)

Sin perjuicio de estar de acuerdo con la premisa de una interpretación armoniosa del ordenamiento legal, es necesario señalar que el uso de este tipo de despido no resulta tan simple como señala el autor, quien concluye que “el despido es una alternativa meramente

residual ante la imposibilidad de practicar la reubicación”, como paradigma de la movilidad funcional para promover el mantenimiento de la relación laboral.

Liliana Tsuboyama señala: “De esta manera, actualmente la ineptitud sobrevenida comprobada de un trabajador ya no implica automáticamente su cese, sino que previamente el empleador debe haber realizado los ajustes necesarios a su puesto de trabajo; si con ello persiste que el trabajador no pueda desempeñarse en él, el empleador debe intentar transferirlo a otro puesto vacante que no afecte la seguridad y salud del trabajador o de terceros. Se entiende que, agotada esta posibilidad, recién el empleador podría invocar esta causa justa para dar por concluida la relación laboral con un trabajador.” (TSUBOYAMA SHIOHAMA, 2015)

Asimismo, es necesario señalar que esta necesidad imperiosa de mantener el vínculo laboral dependerá del origen de este detrimento, ahora llamado “deficiencia sobrevenida”, es decir, si el origen deviene de una afectación común o una ocupacional/laboral.

Para poder aplicar, modificar, implementar o analizar el despido por deficiencia sobrevenida de la capacidad como causal de extinción por capacidad del trabajador es necesario definir que entendemos por “deficiencia sobrevenida”. Ello será materia de análisis en los siguientes puntos.

En España, el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 52.a), permite el despido por causas objetivas como la ineptitud sobrevenida –posterior al inicio de la relación laboral- quedando fuera de este tipo de despidos aquellos relacionados con un rendimiento del trabajo defectuoso (la ineptitud como causa extintiva ha de asociarse a la ausencia de una voluntad culpable del trabajador), así como aquellas ineptitudes acaecidas con anterioridad al inicio de la relacional laboral, o no percibidas por el empleador.

Así, la ley española prevé la ineptitud sobrevenida como una posible causa de despido objetivo (se otorga una indemnización de 20 días de salario por año de servicio). Es necesario señalar que por “ineptitud”, la ley se refiere a la ausencia en la persona del trabajador de las condiciones necesarias para desempeñar su trabajo. Así, esta ineptitud debe tener su origen en una imposibilidad física (pérdida de habilidad o deterioro de las condiciones personales ligadas al trabajo).

De manera adicional a lo señalado, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

de 22 de febrero de 2018 (asumiendo la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, específicamente, la sentencia de 11 de abril de 2013, “Asunto Ring”), se analiza el caso de una trabajadora de una entidad bancaria que es despedida por ineptitud sobrevenida. Cabe señalar que existía evidencia de su estado de salud y su capacidad para el trabajo por un largo periodo, no obstante, a pesar de los medios probatorios existentes que acreditaban la ineptitud, la trabajadora solicita la declaración de nulidad del despido al considerar que habría sufrido de discriminación por su condición de persona con discapacidad.

En dicho caso, se determinó que no se produce una vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora respecto a su condición de discapacitada toda vez que la empresa había adoptado medidas de ajuste razonables tendentes a la readaptación de la situación de la trabajadora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de su afectación (en aplicación de lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2000/78), y por lo tanto, no era posible de ser calificada como un despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. (Sanchez, 2019)

Por otro lado, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo señala la existencia de ajustes como requisito de razonabilidad, no debiendo constituir una carga excesiva para los empleadores. El resultado: el despido no debe ser calificado como nulo.

Por último, existen pronunciamientos del Tribunal Supremo Español (por ejemplo) que establecen y reiteran que, para evitar la nulidad de un despido por ineptitud sobrevenida, el empleador debe demostrar que se han tomado medidas de ajuste razonables y que no constituyan una carga excesiva para el empleador.

Es necesario señalar que el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT –el cual no ha sido ratificado por el Perú a la fecha- reconoce la posibilidad de establecer causas justificadas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, lo cual permitió la inclusión de esta causal de despido. En efecto, de acuerdo a lo señalado por la Comisión de Expertos en el Estudio General (1995), emitido en relación al Convenio 158 OIT, se habilita el despido por capacidad, no obstante, se deja constancia de que las víctimas de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales merecen una protección especial (mayor), estableciendo la posibilidad de la reubicación.

El sentido de esta modalidad de resolución del vínculo laboral se debe hallar una solución ante el incumplimiento del contrato sin culpa/dolo del trabajador (no imputable), al no poder

prestar los servicios determinados en el contrato de trabajo por una deficiencia sobrevenida, situación que no podría ser de cargo del empleador, es decir, no se le podría obligar a mantener vigente el vínculo laboral sin que se cumpla las prestaciones recíprocas del contrato, pago por prestación de servicios.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario resaltar lo indicado por las Normas Técnicas del SCTR, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 003-98-SA, las cuales establecen que queda prohibido cesar al trabajador basado en su condición de invalidez parcial permanente causada por una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo, es decir, inferior al 50 % y superior al 20 %, situación no contemplada, por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

18.2.4. Invalidez Parcial Permanente inferior al 50%:

“En caso que las lesiones sufridas por EL ASEGURADO dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20% LA ASEGURADORA pagara por una única vez al ASEGURADO invalido, el equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una invalidez permanente total.

En estos casos, la Entidad Empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez.” (Subrayado nuestro).

Sin perjuicio de ello, es necesario señalar que lo señalado por el inciso 18.2.4. de las Normas Técnicas del SCTR, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 003-98-SA, constituyen una norma de menor jerarquía que contraviene por el inciso a) del artículo 25 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, no siendo posible su aplicación, y procediendo en base a ello, la aplicación de este tipo de despido se realizará en tanto se cumplan con los lineamientos del mismo.

2.3. Categorización de la deficiencia sobrevenida de la capacidad

El literal a) del artículo 23 de la LPCL, señala respecto a la deficiencia sobrevenida que califica como causa justa de despido relacionada con la “capacidad” del trabajador, “las deficiencias

físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas (...)."

Así, es necesario resaltar que, de acuerdo a la legislación, una incapacidad causante del despido es toda deficiencia sobrevenida:

1. Por la naturaleza: físicas, intelectuales, mentales o sensoriales
2. Por su estado: sobrevenida, no debe haber acaecido con anterioridad a la contratación del trabajador.
3. Por su gravedad: Es incapacidad laboral deberá ser parcial, toda vez que la incapacidad absoluta se encuentra establecida como una causal de extinción del contrato de trabajo en el artículo 16° de la LPCL²⁸.
4. Por su consecuencia: Que impidan el desempeño de sus tareas – labores para las cuales ha sido contratado.
5. Requisitos adicionales: realizar ajustes razonables correspondientes antes de concluir que dicha incapacidad impide el desempeño de sus tareas.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, no ofrecen mayores criterios que los previamente establecidos. Así no existe mayor referencia que la indicada en la Ley. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, no se ha brindado mayores luces. Ante ello, es conveniente remitirse a la legislación y doctrina comparada, en especial la española, la cual presenta una figura similar como tipo de despido objetivo.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la deficiencia es:

“Toda pérdida o anomalía, permanente o temporal, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida de una extremidad, órgano o estructura corporal, o un defecto en un sistema funcional o mecanismo del cuerpo. La deficiencia supone un trastorno orgánico, que se produce una limitación funcional que se manifiesta objetivamente en la vida diaria”.

Según lo anteriormente analizado, la calificación de deficiencia se asemeja a la señalada para incapacidad, previamente analizada en el capítulo anterior: “De la revisión de las numerosas

²⁸ Lilitana Tsuboyama señala: “La deficiencia de la cual adolece el trabajador y que servirá de sustento del despido por causa justa deberá ser de carácter permanente, es decir, no deberá tratarse de una incapacidad coyuntural para desempeñar sus funciones.” (TSUBOYAMA SHIOHAMA, 2015)

normas, estimamos una posible definición de la incapacidad como la situación en la que el trabajador se encuentra impedido para el desarrollo de su actividad laboral común, recibiendo o habiendo recibido asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social.” (Idea propia)

Así, la deficiencia sobrevenida es la incapacidad laboral es aquella situación en la que un trabajador no puede desarrollar sus funciones. Esta incapacidad puede ser transitoria o no. En el primer caso estaremos ante una incapacidad temporal, mientras que en el segundo caso nos encontraremos con una incapacidad permanente. Además, la incapacidad permanente se gradúa según las funciones para las que está invalidado el trabajador.

Cabe señalar que la norma no establece claramente a que se refiere con sobrevenida. Ante ello, es posible tomar como referencia la legislación comparada. En efecto, el artículo 1241 de la Ley General de Seguridad y Salud (España) establece que la incapacidad permanente debe ser sobrevenida como requisito para su determinación. Así, la legislación española señala que se trata de una incapacidad <<sobrevenida>> cuando es posterior al desempeño de un empleo o actividad profesional, razón por la cual, de existir con anterioridad a la afiliación, no daría lugar a la declaración de la incapacidad permanente, salvo si estas reducciones son experimentadas tras una agravación o empeoramiento durante el periodo de tiempo en que aquél estuvo afiliado y en alta en el sistema de la Seguridad Social. “En ese sentido, hay que significar que existen enfermedades de evolución lenta y progresiva que en sus comienzos mediante el oportuno tratamiento médico permiten trabajar hasta que llega un momento en el que por sí mismas o por la interacción de otras dolencias inhabilitan a realizar todas o algunas de las fundamentales tareas de la profesión habitual o de cualquier actividad laboral.”²⁹

En base a lo establecido en el artículo detallado, entendemos que son requisitos para la procedencia de este tipo de despido por incapacidad –la calificación de deficiencia sobrevenida-, lo siguiente:

1. Existencia de una relación de causalidad: Es decir, las deficiencias deben impedir directamente el normal desempeño de las labores.
2. Labores principales: Se deben tomar en cuenta las labores que realiza el trabajador en la práctica y no las accesorias, es decir, no se tomará como referencia los trabajos

²⁹ ROQUETA Buj, Remedios. La incapacidad permanente. Editorial del Consejo económico y social. Madrid, España, 2000.

esporádicos o potenciales.

3. Ajenidad a la voluntad de las partes y Gravedad: Esta deficiencia sobrevenida debe ser ajena que se traduce como una incapacidad laboral, debe ser ajena a la voluntad del trabajador la cual no permite el desarrollo o desempeño normal de su trabajo, haciendo insostenible la relación laboral (gravedad).
4. Permanente: Toda vez que la normativa señala que para la incapacidad temporal corresponde la suspensión del contrato de trabajo hasta la recuperación del trabajador, necesariamente deberá ser calificada como permanente.
5. Deficiencias sobrevenidas: Estas deficiencias deben ser conocidas con posterioridad al inicio de la prestación del servicio del trabajador o sobrevenidas. Caso contrario, se podría entender que el empleador al conocer las mismas, las habría aceptado tácitamente y por lo tanto, las expectativas de la aptitud del trabajador deben medirse de acuerdo a esta manifestación tácita de voluntades. Por otro lado, es necesario señalar que despedir a un trabajador, habiendo tomado conocimiento de esta situación, sería contrario a la teoría de los actos propios.
6. Objetiva: La aplicación de este tipo de despido debe ser objetiva basándose en informes médicos que dictaminen la incapacidad laboral (invalidez parcial y permanente), y no en base a criterios subjetivos que puedan trasgredir el derecho a la igualdad y no discriminación.

La normativa española también incluye el despido por ineptitud sobrevenida del trabajador, es decir, con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Así, el Tribunal Supremo ha analizado el concepto de ineptitud, entendiéndolo como «aquella inhabilitación o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona de trabajador, bien por falta o actualización de los conocimientos, bien por deterioro o pérdida de los recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.»; (Ley de Incompatibilidades, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1990).

Así, el Estatuto de Trabajadores español, y la jurisprudencia establecen como requisitos para calificar una ineptitud como causa extintiva (Art. 52 ET), el que sea conocida o sobrevenida con posterioridad a la prestación de servicios del trabajador, no existir voluntariedad en la disminución del rendimiento (despido objetivo, no disciplinario), la ineptitud debe ser

demostrada, verdadera y no simulada, debiendo ser valorada en función a las tareas propias de la prestación laboral contratada (Sentencia N° TS. Sala de lo Social, de 06/03/200), Re. 3839/2007), esta ineptitud debe afectar tareas esenciales (no accesorias) (Sentencia TSJ Cataluña, de 31/10/1997), así como al conjunto del trabajo encomendado al trabajador, determinando una aptitud inferior a la media normal del trabajador y no en razón a la existencia o no de herramientas de trabajo que pudiesen mejorar la productividad del trabajador, y debe ser permanente.

Asimismo, la jurisprudencia española ha establecido una relación entre la ineptitud y la invalidez que da lugar a una incapacidad laboral: “La invalidez permanente sólo es hábil para actuar como ineptitud sobrevenida cuando no rebase el grado parcial, ya que, si tal grado es superior, la citada invalidez ampara la extinción de la relación laboral, con sometimiento a la disciplina que le es propia. Ahora bien, dicha afirmación debe ser matizada en un doble sentido: ni la declaración de invalidez permanente parcial constituye siempre un motivo que legitima la extinción, ni tampoco es un presupuesto indispensable. De esta forma los tribunales vienen señalando que las limitaciones que se deriven del estado físico o psíquico del trabajador han de ser esenciales en el correcto desarrollo de la actividad para que puedan justificar la extinción del contrato. Es decir, se exige una relación causa-efecto entre el desempeño de la prestación pactada y la enfermedad.” (TSJ Galicia, de 19/01/2000, Rec. 629).

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía delimitó el concepto de ineptitud sobrevenida (STS 2 mayo 1990). En su sentencia establecía como: “Inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, destreza, capacidad de concentración, etc-.”

Además, añadió que “tal enfermedad se exteriorice con posterioridad a la contratación. Y que la misma sea permanente y no circunstancial. Añadiendo que además ha de tratarse de ineptitud general, en el sentido de que ha de venir referida al conjunto del trabajo que se encomiende al trabajador. Y ello sin que sea suficiente una disminución en rendimiento, resultando imprescindible que la ineptitud incida sobre el conjunto de las tareas propias del puesto de trabajo o constitutivas del objeto del contrato de trabajo y no solo sobre algunas aisladamente consideradas.”

En razón a lo señalado anteriormente, es necesario observar que la ineptitud relacionada con

la falta de destreza o habilidad del trabajador, establece las siguientes consideraciones:

- Descenso en el rendimiento de carácter no voluntario. Ha de diferenciarse un descenso en el rendimiento de carácter voluntario, o derivado de una actuación negligente por parte del trabajador, que originaría un despido disciplinario. Ver sentencias TS, Sala de lo Social, de 27/02/2009, Rec. 1715/2008 y TS, de 03/06/2008, Rec. 2532/2006
- El desconocimiento de la normativa necesaria para la realización de sus funciones.
- La falta de actualización de los conocimientos.
- Pérdida de los requisitos legales para desarrollar una actividad o carencia sobrevenida del título o autorización requerida para desarrollarla. Carecer del título académico necesario para obtener la, habilitación gubernativa necesaria para realizar su labor (ejm: habilitación gubernativa como vigilantes de seguridad, ausencia de licencia federativa para el ejercicio de un deporte profesional, la no renovación del permiso de residencia a un trabajador extranjero, etc). Ver sentencias TSJ Cataluña, de 29/01/1999, TSJ Andalucía, de 09/09/1999 y TSJ Galicia, de 09/02/2007, Rec. 6273/2006.
- Falta de la titulación requerida para impartir unas determinadas enseñanzas cuando ésta se exige de manera sobrevenida. Ver sentencia TSJ Murcia, de 13/03/2000
- Retirada del carné de conducir. Ver sentencia TSJ Murcia, de 29/10/1999, Rec. 1307/1999 (AUTORES, IBERLEY - Normas, 2019)

2.4. Caso relevante

La aplicación del inciso a) del artículo 23 de la LPCL ha sido muy limitada tanto en su antigua versión, como en su modificatoria, razón por la cual no existe jurisprudencia cuantiosa y rica para el análisis y estudio de este tipo de despido objetivo, el cual ha ido evolucionando hasta su modificación.

Partimos de la base que el caso del expediente judicial N° 00980-2005-0-0601-JR-CI-02, demanda de amparo interpuesta por Mauro Serrano García contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L, podría ser considerado como uno de los precursores para la modificación de esta causal de despido, razón por la cual resulta importante y fundamental como tema de estudio en aras de estudiar dicha causal, permitiendo el estudio y análisis de todos los institutos jurídicos que constituyen el despido por deficiencia sobrevenida. Sin perjuicio de ello, es necesario señalar que continúa cargando con las mismas deficiencias estructurales a la fecha.

Con fecha 6 de diciembre de 2005, el ex trabajador interpuso una demanda de amparo contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L. Entre sus pretensiones el demandante solicitó que se deje sin efecto la carta de despido cursada de fecha 26 de setiembre de 2005, por la cual la empresa le comunicó su decisión de despedirlo por la causa de despido relacionada con la capacidad, consistente en el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente, determinante para el desempeño de sus tareas (literal a) del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante D.S. N° 003-97-TR), alegando lo siguiente:

1. Que, la demandada habría vulnerado sus derechos constitucionales a la estabilidad en el trabajo, así como su derecho al trabajo al haber sido despedido del puesto que ocupaba.
2. Que, el detrimento de la capacidad por la cual habría sido despedido deriva de una enfermedad de etiología ocupacional y no una enfermedad común, producto de su labor para la demandada. Como prueba presento un Informe médico emitido por la clínica Limatambo TRU-CLMTB-NOV-05, así como un nuevo Dictamen de la Comisión Médica de Essalud- Cajamarca, documento que habría sido solicitado por el demandante, donde se puede apreciar que tiene una incapacidad parcial permanente, con un menoscabo del 30%.
3. Ante ello, no podría ser despedido por su empleadora de acuerdo a lo indicado en el Decreto Supremo N° 003-98-SA, artículo 18 párrafo 18.2.4. de las normas técnicas del Seguro Complementario de trabajo de riesgo, que expresamente señala que la entidad empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador que sufra una lesión que dé lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50% pero igual o superior al 20%, basada en su condición de invalidez, por lo cual el hecho de haber sido despedido basado únicamente en el detrimento de sus facultades físicas e ineptitud sobreviniente determinantes para el desempeño de sus tareas, establecido en el D.S. N° 003-97-TR, artículo 23°, deviene en un acto abusivo, y por tanto es un despido nulo.

A continuación, procederemos a desarrollar los siguientes acápites:

- **Antecedentes y lesión:** El 7 de mayo de 2003, el ex trabajador fue atendido en el

Centro Médico del Campamento Minero, según copia de la consulta médica, con el diagnóstico de lumbalgia aguda concomitante, siendo confirmado el diagnóstico al día siguiente por el médico del centro de trabajo, Dr. Emerson Sánchez Chávez. No obstante, dicho evento nunca fue reportado como accidente de trabajo ante la Compañía aseguradora de trabajo de riesgo. El 9 de septiembre de 2003, el trabajador fue intervenido quirúrgicamente por una hernia discal lumbar.

Con fecha 5 de agosto de 2005, mediante el Dictamen de Comisión Médica, emitido por ESSALUD de Cajamarca se dictaminó por unanimidad que el trabajador sufría de una incapacidad permanente parcial consistente en una hernia de disco en la región lumbar, imposibilitándolo de realizar esfuerzos moderados, indicando además que el trabajador no puede trabajar en áreas que demanden esfuerzos y que puedan agravar su enfermedad, pero está en capacidad de realizar cualquier otro trabajo.

- **Despido:** Con fecha 24 de agosto de 2005, la empresa Minera Yanacocha S.R.L., inició un procedimiento de despido contra el trabajador amparándose en la causal prevista en el literal a) del artículo 23° del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, relacionada con el detrimento de su facultad física e ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de sus tareas, como Operador de Planta, mostrando como prueba el dictamen de comisión médica emitido por ESSALUD de Cajamarca se dictaminó por unanimidad que el trabajador sufría de una incapacidad permanente parcial. Con fecha 26 de septiembre de 2005, la empresa procedió a despedir al trabajador.

El despido realizado no se ha basado en su condición de invalidez –acto discriminatorio-, sino en su incapacidad física para desempeñar las labores de Operador de Planta, para las que fue contratado. Ésta es una causal distinta de extinción del contrato de trabajo (literal a del artículo 23° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante D.S. N° 003-97-TR). Por lo tanto, el demandante fue despedido de acuerdo a la causal establecida por la ley de competitividad laboral que prevé como causal el detrimento de la capacidad física sobreviniente y siendo que las labores que desarrolla el demandante demanda esfuerzo físico, en tal sentido se ha configurado la misma.

- **Reubicación/movilidad funcional por decisión del empleador:** En una primera instancia, posteriormente a su intervención quirúrgica y reintegro del trabajador a sus

labores, y ante la incapacidad del mismo para poder realizar el cargo antes designado, la empresa optó por asignarle labores que demandaban menor exigencia física, como Operador de Planta, tales como: recolección de muestras descargas en envases de medio litro; lectura de flujómetros; corrección de conectores desacoplados: revisión de mangueras para verificar taponamientos de las perforaciones por donde discurre la solución cianural; revisión de conectores de mangueras para su acoplamiento y enroscamiento; apoyo en la colocación de abrazaderas (conectores entre las mangueras y tubería matriz que traslada la solución al PAD); y apoyo en la colocación de insert (flejes de un cuarto de pulgada que sirven para acoplar las tuberías). (Resolución del Tribunal Constitucional, 2011)

Si bien en el ordenamiento legal no existía la reubicación por incapacidad –hasta mediados del 2014-, la empresa reubicó al trabajador para que desarrolle actividades menos riesgosas, las cuales tampoco pudo desarrollar. Se cambió de puesto de Operador II a Operador de procesos.

- **Análisis y calificación de la lesión:** Entre sus argumentos de defensa, la demandada señala que el origen de la incapacidad física del demandante no es consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional. Para ello se basan en el Dictamen de la Comisión Médica del Seguro Social de Salud, solicitado por la empresa, en el que se señala que la incapacidad del demandante origina una percepción de subsidios por el régimen de salud y no por el régimen del Seguro Complementario de trabajo de riesgo.

Dicha incapacidad fue confirmada por el Dictamen de la Comisión Médica, de fecha 5 de agosto de 2005, evaluada por el Seguro Social de ESSALUD de Cajamarca que concluyó por unanimidad que el demandante sufría de una incapacidad permanente parcial que le impedía realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos moderados, por lo que ya no podría realizar sus labores de operador de planta.

- **Entidad a cargo de la calificación:** De acuerdo a lo señalado por el demandado, Essalud y/o la EPS son los entes competentes para señalar la incapacidad del demandante, razón por la cual no era pertinente que se acredite que la incapacidad del demandante sea de índole ocupacional, ya que la Clínica Limatambo no es la entidad competente para determinar el origen ni la naturaleza de la afectación que sufre el demandante.

El demandado señalaba que el demandante no ha tenido atenciones médicas bajo el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y no ha presentado ni recibido pago de beneficios o ha efectuado el trámite de algún beneficio o ha efectuado algún reclamo respecto a la póliza de seguro complementario de trabajo de riesgo N° 6200650 contratada por la empresa.

- **Nulidad de despido:** Con fecha 26 de mayo de 2006, el Segundo Juzgado Especializado Civil de Cajamarca emitió la Sentencia que declara fundada la demanda de amparo interpuesta por el señor Mauro Serrano García, y dispuso: (i) Declarar la nulidad de la carta notarial de fecha 26 septiembre de 2005; (ii) ordenar la reposición del demandante en su centro de labores Minera Yanacocha S.R.L. en su puesto de trabajo del mismo nivel y de acuerdo a su capacidad física; y, (iii) se condena al pago de costos y costas del proceso a la demandada.

En primera instancia se fundamentó el fallo FUNDADO, principalmente en lo siguiente:

1. **Confusión de terminología (discapacidad) y sobre despido por motivo prohibido:** En primera instancia, respecto a la procedibilidad de la demanda, se consideró que existe una protección urgente según los artículos 7° y 23° de la Constitución en los cuales se garantiza una protección especial de parte del Estado. Conforme al artículo 18° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial, por lo que el recurrente al haber sido despedido por razones de discapacidad sobreviniente y detrimento en sus labores ordinarias de trabajo, encuadra dentro de los fundamentos 15 y 16 de la STC 206-2005-PA/TC referidos a material laboral privada.
2. **Protección especial:** En primera instancia, señaló que el artículo 23° inciso a) del Decreto Supremo 003-97-TR, no puede ser interpretado literal ni aisladamente sino por el contrario, tiene que buscarse una interpretación armoniosa con la Constitución y la Ley, e interpretarse de forma más favorable al trabajador en aplicación del Principio Constitucional in dubio pro operario, y de forma sistemática con el artículo 18° inciso 2° literal 4 del Decreto Supremo 03-98-SA. Es por ello, que despedir a un trabajador cuando éste sufra una invalidez parcial permanente

menor al 50%, sería arbitraria y a la vez inconstitucional; toda vez que el Estado tiene el deber de otorgar una protección especial a la persona y trabajador que sufre invalidez.

3. **Requisitos para la aplicación del despido:** La enfermedad sobreviniente o incapacidad sobreviniente no debe ser producto de las labores inherentes a la relación laboral, sino por el contrario tiene que ser ajena a ésta.
4. **Calificación y porcentaje de la incapacidad:** La comisión médica del Hospital II Essalud Cajamarca, da como diagnóstico que el recurrente sufre de incapacidad parcial permanente en un 30% y que no puede realizar ninguna labor en áreas que demanden esfuerzo físico y que puedan agravar su enfermedad, pero que está en capacidad de realizar cualquier otro trabajo. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2011)

Asimismo el Informe TRAU-CLMTB-NOV-05 emitido por la Clínica Limatambo se verifica que la enfermedad del recurrente es una enfermedad de Etiología Ocupacional y que ha tenido su origen tras levantar peso excesivo, toda vez que ha sido contraída por la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral de la empleadora y que causa incapacidad para realizar las tareas habituales del trabajo, por lo cual la demanda resulta amparable ya que la extinción de la relación laboral se ha sustentado en una incapacidad parcial permanente sin tener en cuenta el grado de discapacidad del actor.

En Agravio Constitucional contra la sentencia de segunda instancia que declaró improcedente, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda y señala lo siguiente:

- **Reposición y reubicación (menor riesgo):** El Tribunal Constitucional declara nula la carta de despido. Asimismo, ordenó que se reponga a Mauro Serrano García en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desempeñaba en el cargo que venía ocupando, pero de similar categoría o nivel, bajo apercibimiento de aplicarse medidas coercitivas. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2011)

El demandado procedió a reponer al demandante, devengándose a partir de dicha fecha su correspondiente remuneración. El demandante ocuparía el puesto de operador de procesos de planta de tratamiento de agua de Yanacocha Norte.

Posteriormente, la demandada mediante un memorándum de fecha 23 de marzo de 2009, le asignó el nuevo puesto de Operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la zona este – Pampa Larga, situación que es reclamada por el demandante.

- **Represión de acto lesivo homogéneo:** El demandante reitera que la sentencia del TC ordenó reponerlo en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba en el cargo que venía ejerciendo anteriormente, pero de similar categoría o nivel. Asimismo, menciona lo expresado en el Dictamen de la Comisión médica valorado por el TC, en el cual se indica que el demandante no podía trabajar en áreas que demandaran esfuerzo físico y que puedan agravar su enfermedad, no obstante, está en capacidad de realizar cualquier otro tipo de trabajo.

No obstante, luego de ser repuesto el demandante indica que fue forzado a salir de vacaciones y cambiado de puesto al de Operador de procesos II en el PAD de Lixiviación de la zona este – Pampa Larga, el cual denota un gran esfuerzo físico causando daño a su columna, hecho corroborado en el informe de la clínica Internacional y acreditado asimismo con el Certificado Médico Legal y el Informe Médico TRAUMA-LMTMB-JUL-2009, así como en el Informe de Resonancia magnética de la clínica Ricardo Palma. Por último, señala que ello demuestra que existen actos de hostilidad en su contra.

Con fecha 11 de septiembre de 2009, el Segundo Juzgado Especializado Civil de Cajamarca, emitió la sentencia N° 54 la cual resuelve fundada la solicitud de represión de acto lesivo homogéneo presentada por el demandante, calificando sustancialmente de homogéneo el acto lesivo consistente en la rotación al puesto de operador de procesos II en el PAD de lixiviación de la zona este, por ser un acto lesivo al derecho constitucional del demandante, particularmente a sus derechos a la dignidad y al trabajo.

Asimismo, se ordena a la demandada para que, en el plazo de 3 días, reponga al demandante en un puesto de trabajo que implique un esfuerzo físico menor, en los términos ordenados en la sentencia del Tribunal Constitucional y se abstenga en el futuro de incurrir en actos lesivos a los derechos fundamentales.

- **Nulidad de despido por falta de nexo causal:** Se señala que, de la carta de preaviso del 24 de agosto de 2005, la causa de despido imputada al demandante no se

encuentra relacionada directamente con el detrimento de su capacidad laboral, sino que tiene como fundamento su condición de incapacitado, ya que en ella no se señala en que consiste el detrimento de la capacidad laboral, sino que este supuesto detrimento se encontraría probado tan solo con los dictámenes referidos. Ante ello, el TC concluye que del contenido de las cartas referidas no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para indicar la imposibilidad de realizar las labores que desempeña el demandante. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2011)

Asimismo, indica que según el artículo 18.2.4. del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el demandante, al padecer de una invalidez parcial permanente inferior al 50% no podía ser despedido, por lo cual 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.

2.5. Ineficacia de la aplicación como causal de despido

Si bien esta causal “objetiva” de despido se encuentra regulada en la LPCL desde el año 1997, en la práctica es muy poco utilizada para cesar a aquellos trabajadores con incapacidad laboral.

Ello se debe a la existencia de ineficiencias en la configuración de la norma y su reglamentación, lo cual se ha venido arrastrando incluso con la modificación del inciso a) del artículo 23 de la LPCL por la Ley general de la persona con discapacidad, Ley 29973, imponiéndose tácitamente un límite práctico a esta forma de extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio de que no se cumpla con uno de los requisitos de la relación laboral: la prestación del servicio por parte del trabajador según las condiciones adoptadas por las partes y de acuerdo a la expectativa de las mismas.

2.5.1. Designación de una entidad calificadora inadecuada

La norma ha considerado que para la calificación de esta incapacidad laboral (invalidez parcial y permanente), las entidades pertinentes para su declaración son el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy en día Essalud, el Ministerio de Salud, o una Junta Médica designada por el Colegio Médico, no obstante, queda la interrogante de si estas entidades designadas por la norma son las adecuadas para emitir un pronunciamiento.

Así, el artículo 33 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR (anterior a la LPCL), establece lo siguiente:

“El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas a que se refiere el inciso a) del artículo 56 de la Ley, 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.”

En principio, debemos señalar que en el caso de EsSalud (ex Instituto Peruano de Seguridad Social), esta entidad ha manifestado que los informes médicos que emita, no tienen validez para temas laborales, impidiendo su uso, y no contando con un procedimiento fiable para la verificación de si dicha incapacidad limita al trabajador para el desempeño de sus labores – según el puesto que ostente-. En efecto, en los informes de incapacidad, se establece dicha precisión, haciendo imposible, a nivel práctico y funcional, el uso de este documento para proceder a declarar válido un despido por deficiencia sobrevenida.

Sin perjuicio de ello, corresponde evaluar si, fuera de la “prohibición expresa de uso de estos documentos”, es posible su uso para acreditar la existencia de una incapacidad parcial permanente laboral que impide el desarrollo de las funciones del trabajador. Así, resulta necesario señalar que EsSalud hace una evaluación general toda vez que estos informes determinan la calificación de incapacidad laboral en base al tiempo de recuperación –temporal o permanente-, no precisando si dicha evaluación impide totalmente la realización de labores para las que fue contratado el trabajador. Es necesario precisar que EsSalud se encarga de la evaluación de incapacidades ordinarias, normales, o no ocupacionales.

Por otro lado, en el caso del Ministerio de Salud, esta entidad se ha erigido como un ente rector de programas de salud, no contando con un órgano especializado para la calificación de incapacidades.

Cabe señalar que quien dictamine la incapacidad deben ser especialistas de la salud con especialización ocupacional, médicos que no son posibles hallar en ninguna de las entidades designadas.

En el caso del Colegio Médico, la evaluación practicada es general toda vez que esta institución no cuenta con un programa o procedimiento debidamente aprobado y revisado

para la delimitación la incapacidad laboral específica del trabajador. No obstante, al ser una asociación de médicos peruanos, sería posible que estos pudiesen referir a médicos especialistas en salud ocupacional entre sus afiliados cumpliéndose como mínimo con algunos de los requisitos coherentes para el análisis de la existencia de una incapacidad laboral.

Cabe señalar que, para el caso de un accidente o enfermedad profesional, creemos que correspondería a un ente especializado, como podrían ser las aseguradoras en riesgos ocupacionales, por ejemplo, aquellas aseguradoras con comité médico evaluador que verifica la correspondencia de la aplicación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. En efecto, es necesario resaltar que estas aseguradoras al calificar los accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales para la viabilidad del otorgamiento de una pensión o la cobertura del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), cuentan con Comisiones evaluadoras de médicos que verifican la existencia de un nexo causal entre la lesión o enfermedad a través de la historia clínica del trabajador y su relación con el hecho incapacitante o las funciones que realizaba el trabajador. Es decir, hay una relación entre la lesión y las funciones del trabajador, pudiendo verificar, a su vez, si en base a estas lesiones, le es imposible al trabajador cumplir con las obligaciones del puesto (perfil del puesto de trabajo). No obstante, al ser un tercero privado, éstos podrían ser fácilmente parciales en la emisión de sus pronunciamientos, debiendo existir para su procedencia, un ente rector que audite dichos informes.

En el caso particular, es necesario la existencia de una entidad que sea capaz de analizar en retrospectiva, es decir, si luego de verificar la existencia de un detrimento sobrevenido al inicio de la relación de trabajo, éste permite o imposibilita que el trabajador pueda trabajar en las funciones para las cuales fue contratado, o, con posterioridad a la existencia de ajustes razonables, incluyendo movilidad funcional, en aquellos puestos a los cuales puede acceder con los conocimientos y facultades con las que cuenta.

2.5.2. Ineficiencia al interpretar la norma

La incapacidad laboral, extrañamente, ha sido medida en base a un nivel de detrimento físico por porcentajes. No obstante, es necesario resaltar que en este tipo de despido no ha señalado algún nivel de porcentaje respecto al nivel de la incapacidad, únicamente señala que debe hacer imposible la prestación del servicio o que impida la prestación de servicios,

de sus labores.

Erróneamente el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 10422-2006-PA/TC, establece un porcentaje frente a una deficiencia sobrevenida de origen ocupacional, cuando únicamente era necesario verificar si dicha deficiencia, impedía el desempeño de sus labores y aplicaba una normativa utilizada para el otorgamiento de pensiones (D.S. N° 003-98-SA):

“(…) debe tenerse presente que según el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el demandante, al padecer de una invalidez parcial permanente inferior al 50%, no podía ser despedido. Por tanto, si la empleada 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”.

Un hecho que es necesario resaltar es que dicho nivel de invalidez es medido en base a una evaluación general del estado del trabajador-paciente, y no en base a las funciones para las cuales ha sido contratado el trabajador. Es decir, por ejemplo, en el caso de un obrero de construcción, la afectación a su habilidad psicomotriz en términos generales podría ser calificada como una incapacidad laboral parcial permanente, con un nivel leve de afectación alrededor del 30%, no obstante, para las funciones que realizaría dicho trabajador como obrero de construcción, en una actividad de alto riesgo, con la manipulación de objeto pesados y la necesidad imperiosa de contar con equilibrio absoluto, y fuerza en las extremidades para desempeñar maniobras riesgosas, esta incapacidad laboral representaría el 60%, impidiendo la continuación de sus labores y haciendo insostenible la relación laboral con el mismo.

Por el contrario, una digitadora que por una lesión de la médula espinal, pierde la movilidad de las extremidades inferiores, y cuyo % de invalidez general representa el 60%, desde el punto de vista de sus labores desarrolladas frente a una computadora, y sin la necesidad de movilizarse constantemente, su incapacidad laboral representaría un 30%, no siendo esta determinante para el desarrollo de sus funciones y por lo tanto, no impide el cumplimiento de sus funciones como trabajadora de la empresa.

2.5.3. Inexistencia de un documento válido calificador

Tal y como hemos señalado anteriormente, las entidades establecidas por la norma para la calificación de la incapacidad para el trabajo que permita un despido por deficiencia sobrevenida, deben acreditar o emitir un informe o documento que pruebe la condición de incapacidad del trabajador.

Así, la norma ha considerado para estos efectos al Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy en día Essalud, al Ministerio de Salud, o una Junta Médica designada por el Colegio Médico, califiquen dicha incapacidad, no obstante, respecto a los documentos que emiten estas entidades, existen ciertas particularidades que se deben tener presente para verificar su validez o eficacia como documento acreditante:

Tabla N° 04

Documento	Objetivo	Observaciones
Informe Médico de Calificación de Incapacidad (Resolución de Gerencia General N° 1311-GG-ESSALUD-2014, y la Directiva de Gerencia General N° 015-GG-ESSALUD-2014) Documento emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades de ESSALUD	Tiene como objetivo calificar la naturaleza de la Incapacidad como Temporal o No temporal ³⁰ , sin tener en cuenta la labor que realiza el trabajador, toda vez que es fijada en términos generales.	El análisis toma en cuenta la rapidez de recuperación del paciente en un lapso de tiempo determinado, razón por la cual no brindaría una determinación válida de la incapacidad del trabajador afectado, así como tampoco informa si el trabajador sería apto para continuar desarrollando la función por la cual fue contratado. No obstante, el Tribunal Constitucional ³¹ , en algunas sentencias controversiales, ha considerado válido el uso del Informe Médico de Calificación de Incapacidad para la extinción del

³⁰ Será no temporal cuando: (i) El asegurado presenta un impedimento configurado; (ii) El impedimento ocasionado por enfermedad, lesión o secuela es de tipo irrecuperable o requiere tratamiento por largo tiempo y su pronóstico es incierto; (iii) La resolución de la enfermedad, lesión o secuela, no es susceptible de ser tratada y recuperada en un periodo igual o menor a 11 meses con 10 días (340 días), contados a partir del vigésimo primer día de la incapacidad, periodo que da derecho al goce de los subsidios; (iv) Los días de incapacidad temporal emitidos superan el periodo máximo de ley, 11 meses con 10 días (340 días).

³¹ Sentencia emitida en el expediente N° 01816-2011-AA31 del Tribunal Constitucional.

contrato de trabajo, y en otras sentencias, lo ha declarado inaplicable, no existiendo coherencia respecto a su uso.

Certificado de Discapacidad (Resolución Ministerial N°252 - 2006/MINSA)	de Acredita la condición de persona con discapacidad. Otorgado por Ministerio de Salud, de Defensa y del Interior y ESSALUD (hospitales). Analiza la capacidad del trabajador para realizar la labor habitual, incluyendo ajustes razonables, o si no puede trabajar en su labor habitual pero sí en otra, o, en definitiva, no puede trabajar.	No se pronuncia sobre la permanencia de la invalidez. Únicamente analiza la condición de la persona en el momento de la evaluación. No analiza las posibilidades de recuperación o si es permanente. No es posible su aplicación para la desvinculación por lo ineficiente de sus particularidades y riesgos que presenta el mismo.
---	---	---

Certificado Médico de Invalidez (Decreto Supremo N° 166-2005- EF y la Resolución Ministerial 478-2006/MINSA, documento emitido por el Ministerio de Salud, ESSALUD y/o la Entidades Prestadoras de Servicios (EPS))	Emitido a solicitud del asegurado para la tramitación de una pensión de invalidez otorgada por la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Evalúa el estado de salud del solicitante (su capacidad funcional y anatómica, así como los diagnósticos y secuelas - capacidad funcional residual- y pronóstico. Se sustenta con los informes médicos pasados	Con este documento se analiza la capacidad de reinserción laboral del trabajador/paciente, así como la permanencia de la incapacidad. La comisión médica evaluadora determina si hay o no capacidad de reinserción laboral.
---	--	---

	del paciente.	
Certificado emitido por las Entidades Prestadoras de Servicios (EPS)	No se podrá usar, ya que no es una Entidad contemplada en la legislación.	No se podrá usar, ya que no es una Entidad contemplada en la legislación.
Ficha Médica de Evaluación del Grado y Naturaleza de la Invalidez Laboral (Resolución Ministerial N° 069-2011/MINSA - Documento Técnico de evaluación y calificación de la invalidez por accidente de trabajo)	Es el resultado de un proceso de evaluación y de calificación del grado de invalidez por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales (asegurados por Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo). A solicitud del interesado por el trámite de pensión de invalidez. La evaluación es exhaustiva y detallada. El médico evaluador analiza si el trabajador puede llevar a cabo las tareas habituales. No indica si es que el menoscabo sufrido por el trabajador no le permite desarrollar otras actividades relacionadas.	Solo será aplicable para aquellas empresas que realizan actividades de alto riesgo. Puede ser emitida por el Ministerio de Salud o EsSalud.
Evaluación de la Junta Médica del Colegio Médico	Realizada a solicitud de cualquier parte – empleador o trabajador- para convocar a una Junta Médica. Analizará si el trabajador	Su costo es alto para el empleador. Actualmente costaría entre S/7,000.00 a S/10,000.00 soles. No es posible visualizar el protocolo que utiliza el Colegio

padece de alguna incapacidad y/o invalidez física para el desenvolvimiento normal de sus labores. No es posible identificar los criterios utilizados para llegar a sus conclusiones. Analiza la historia clínica del trabajador.

(*) La tabla ha sido elaborada en base a la información recabada de la Tesis “Alcances y deficiencias sobre la regulación de la extinción automática del contrato de trabajo por invalidez absoluta permanente en el ordenamiento peruano”, de Carolina Giselle Tejada Rosas. (Rosas, 2018)

Ante ello, correspondería establecer un nuevo documento o subsanar las irregularidades encontradas en los documentos antes mencionados, en aras de acreditar la incapacidad laboral que respaldará el despido por deficiencia sobrevenida del inciso a) del artículo 23 de la LPCL.

2.6. Limitantes para el uso del despido por deficiencia sobrevenida

A continuación, se señalarán las limitantes que presenta la presente causal de despido:

2.6.1. Imposibilidad de transferencia por inexistencia de un puesto vacante

Entre las limitantes establecidas por la modificación de la Ley General de personas con discapacidad al T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se establece la verificación de la posibilidad de reubicar al trabajador afectado. En caso de problemas de salud el trabajador podrá volver a sus labores en el mismo puesto o a uno distinto, que preserve su bienestar. Esta institución se encuentra, a su vez, regulada por otras normativas nacionales.

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) contempla el derecho de reubicación a favor del trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional a otro puesto que implique un menor riesgo para su seguridad y salud salvo en el caso de invalidez absoluta permanente. Asimismo, se encontraba previsto en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo del 2005 (Decreto Supremo N° 009-2005-TR), hoy derogado.

Lengua Apolaya señala que la reubicación laboral ha recibido a lo largo del tiempo atención

desde dos perspectivas: como una medida de prevención de riesgos laborales, y como medida promocional de conservación del trabajo para las personas con discapacidad. (LENGUA APOLAYA, 2015)

Asimismo, este autor planea que, como medida de readaptación, la reubicación procura que el trabajador con alguna discapacidad pueda obtener, conservar y progresar en un empleo adecuado, en igualdad de condiciones que las personas que no tienen ninguna discapacidad, sin perjuicio de que fue lo que dio origen al “detrimento” (que podría ser ocupacional o no ocupacional), conforme a lo señalado en el Convenio 159³² y las Recomendaciones 99 y 168. (LENGUA APOLAYA, 2015)

Cabe señalar que la reubicación comparte principios de la movilidad funcional:

“En cuanto a la incidencia de la reubicación sobre la categoría profesional, la institución parecería no plantear objeción alguna respecto de las movilizaciones horizontales que se den dentro de la categoría profesional o hacia categorías equivalentes, y de las movilizaciones ascendentes. Aunque la normativa prohíbe implícitamente la movilidad funcional “disminuida”, la doctrina no coincide con esta determinación al considerar que ello podría truncar en los hechos el mantenimiento de la relación laboral con el trabajador, puesto que incentivaría al empleador a buscar otros mecanismos para extinguir el vínculo laboral.” (LENGUA APOLAYA, 2015)

No obstante, y en caso de inexistencia de otro puesto de trabajo donde poder reubicar al trabajador, nuestra normativa no ha señalado cual es la consecuencia³³. Podría entenderse que, ante la imposibilidad, se debe optar por el despido, o hasta qué punto debe procurarse acatar elevándose el costo para el empleador para la aplicación de esta causal.

2.6.2. Imposibilidad de transferencia por Inexistencia de un puesto que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros

Adicional a la reubicación como acción previa a la aplicación de esta causal de despido por capacidad, es necesario que dicha movilidad funcional sea a un puesto de trabajo que no implique riesgos para la seguridad y salud del trabajador o de terceros. En efecto, ello

³² Ratificado por el Estado peruano el 19 de junio de 1986.

³³ Es necesario resaltar la problemática que presenta el artículo 69 del derogado Reglamento de SST, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR: “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, **siempre y cuando este exista, debiendo ser capacitados para ello.**”

implicará la utilización de otra institución de prevención de seguridad y salud en el trabajo, la aplicación de ajustes razonables del puesto de trabajo.

De acuerdo a lo establecido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y en la Ley General de la Persona con Discapacidad, ajustes razonables son aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas –en tanto no resulten onerosas o no impongan una carga desproporcionada o indebida-, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás.

En efecto, estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, entre otras condiciones, en aras de salvaguardar los derechos y necesidades del trabajador con discapacidad.

Asimismo, el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad replica lo señalado en la norma internacional y reitera la definición de ajustes razonables: “Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.”

Estos ajustes razonables son adaptaciones que se realizan de manera especial para cada caso, yendo más allá del concepto de accesibilidad, llevándose a cabo cuando la accesibilidad prevista no sea suficiente, permitiéndose que el trabajador con discapacidad pueda gozar de sus derechos en igual condición que los demás.

La calificación de razonabilidad, por su parte, quiere decir que no debe imponerse dificultades o costos excesivos al empleador, defensa del empleador para establecer un límite a estos ajustes, debiendo ser probado ello ante la Entidad correspondiente.

En ese sentido, el artículo 50 de la LGPCD establece, de un lado, que “las personas con discapacidad tienen derecho a ajustes razonables en el centro de trabajo (...)” y, de otro, que “(...) los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva (...)”.

De esta manera, cuando el empleador proceda a despedir a un trabajador con discapacidad

en tanto su detrimento haga imposible la continuación de la relación laboral, en principio, deberá realizar los ajustes razonables que resulten necesarios. Si es que los ajustes que requieren los trabajadores con discapacidad no son posibles de ser realizados –por excesiva onerosidad-, el empleador deberá proceder a la reubicación, el cambio de puesto de trabajo, en tanto exista alguna vacante, y siempre y cuando no afecte la seguridad y salud del trabajador o terceros. Cabe resaltar que, el cambio de lugar de trabajo también podría ser considerado como un ajuste razonable.

El artículo 57, inciso 1, del Reglamento de la Ley N°29973 (Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP) precisa que “El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece, mediante resolución ministerial, las normas técnicas para la aplicación de los ajustes razonables, que pueden incluir cambios en el espacio físico, provisión de ayudas técnicas, servicios de apoyo, adaptación de herramientas de trabajo, ajustes en la organización del trabajo y horarios en función de las necesidades del trabajador con discapacidad, a fin de facilitar el acceso al puesto de trabajo, desarrollo eficiente, programas de entrenamiento, actualización laboral y programas de ascenso; asimismo, establece los criterios para determinar si la realización de ajustes razonables constituye una carga económica excesiva”.

Además de ello, de acuerdo a la Resolución Ministerial N° 127-2016-TR, se especifican los criterios técnicos para dichos ajustes razonables y los límites –onerosidad- según los siguientes casos:

- Suponga la paralización o alteración del ciclo productivo de forma que se ponga en riesgo el cumplimiento de las metas productivas de la empresa: costos productivos, presupuestos, entre otros.
- Suponga un impacto económico negativo que ponga en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio correspondiente: deudas, estados financieros con impacto negativo, entre otros.
- Suponga una falta de liquidez en la empresa que impida el cumplimiento oportuno de sus obligaciones: que pueda repercutir en el pago de otras obligaciones como el pago de la remuneración de los trabajadores, beneficios sociales, entre otros.

Finalmente cabe añadir que es considerado como un ajuste razonable al ser empleado para beneficiar a las PCD – y que por extensión podría ser posible de aplicarse a los trabajadores por incapacidad laboral- el Teletrabajo, Ley Nro. 30036, no obstante la aplicación de esta medida dependerá del tipo de incapacidad laboral que presente el trabajador, así como el tipo de funciones y trabajo que desarrolle el mismo, no siendo aplicable cuando por la naturaleza

del trabajo, se requiera la presencia física del trabajador en el centro de trabajo.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dispone asesoría en que debe tenerse en cuenta para realizar ajustes razonables para asegurar su adecuada implementación. Así, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo publicó la Resolución Ministerial N° 171-2019-TR, "Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad, en el proceso de selección y en el lugar de trabajo, y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector privado" y derogó la Resolución Ministerial N° 127-2016-TR.

En caso no exista ajuste razonable idóneo o este es desproporcionado, el empleador debe, en caso la discapacidad haya sido adquirida durante la relación laboral o la misma se hubiera agravado: Reasignar al trabajador a otro puesto compatible con sus capacidades y aptitudes; si el puesto compatible está cubierto, el empleador puede convenir con quienes lo ocupan la realización de un intercambio.

Si empleador deniega los ajustes razonables de manera injustificada, en razón a omitir su ejecución, iniciar procedimiento deliberativo, actuar de mala fe durante el mismo, no cumplir acuerdo, o no dar mantenimiento adecuado, se considera un acto discriminatorio. El trabajador puede denunciarlo ante la autoridad de trabajo o el Poder Judicial.

Para determinar existencia de carga desproporcionada o indebida, se entenderá si el ajuste supone alterar o paralizar el ciclo productivo poniendo en riesgo metas productivas de la empresa, impacto económico negativo que ponga en peligro los resultados esperados, falta de liquidez de la empresa que impida cumplir sus obligaciones. La carga se acredita con declaraciones de impuesto a la renta, estados financieros, entre otros documentos.

2.7. Conclusiones

La regulación del despido por capacidad del trabajador –deficiencia sobrevenida- establecida en el literal a) del artículo 23 de la LPCL ha sufrido algunos por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012, estableciendo lo siguiente: "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."

Esta causal de despido intenta otorgar un camino al empleador ante situaciones que sobrepasan la expectativa contractual de la relación laboral, impidiendo el mantenimiento de esta, conforme a las condiciones pactadas entre las partes, calificando como un despido objetivo, toda vez que la afectación, variación o defecto en la prestación personal de servicios - elemento esencial de la relación laboral conforme al artículo 4 de la LPCL - genera un impacto relevante en el acreedor-empleador.

El despido por deficiencia sobrevenida surgida con posterioridad a la colocación efectiva del trabajador en la empresa debe tener su origen en una imposibilidad física (pérdida de habilidad o deterioro de las condiciones personales ligadas al trabajo). Asimismo, para su aplicación el empleador debe demostrar que se han tomado medidas de ajuste razonables y que no constituyan una carga excesiva para el empleador. Así, al no existir la posibilidad de que el trabajador cumpla con la labor para cual fue contratado, no se podría obligar al empleador a mantener vigente el vínculo laboral.

Sin perjuicio de lo señalado por la legislación, la configuración de esta causal de despido, la definición de deficiencia sobrevenida (incapacidad parcial y permanente), sus implicancias legales y jurisprudenciales, así como la ineficacia de los documentos emitidos por la entidad autorizada para la calificación de dicha deficiencia conllevan a su inaplicación. Ello se debe a la existencia de ineficiencias en la configuración de la norma y su reglamentación, lo cual se ha venido arrastrando incluso antes de su modificación, impone un límite práctico a esta forma de extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio de que no se cumpla con uno de los requisitos de la relación laboral: la prestación del servicio por parte del trabajador según las condiciones adoptadas por las partes.

Ante ello, corresponde la corrección del inciso a) del artículo 23 de la LPCL, toda vez que en la actualidad el empleador es incapaz de utilizar el mismo. Ello no implica que se busque vulnerar el derecho al trabajo, toda vez que el empleador se encontraría previamente habilitado para su aplicación.

CAPITULO III: ESQUEMA PROPOSITIVO SOCIO-JURIDICO

No basta con analizar esta causal de despido, sus implicancias y hacer notar las deficiencias de su configuración legal, para otorgar el valor respectivo del presente análisis es necesario presentar algunas alternativas o propuestas desde el punto de vista laboral para su uso en aras de convertir en procedente y adecuada una causal reglamentada en nuestra legislación. Ante ello, presentamos las siguientes alternativas o propuestas desde el punto de vista laboral y de seguridad social.

3.1. Propuestas laborales

3.1.1. Replanteamiento de la causal de despido y limitaciones

Tal y como hemos señalado en el capítulo anterior, el inciso a) del artículo 23 de la LPCL, señala 3 puntos importantes para la procedencia de un despido por deficiencia de la capacidad/incapacidad: (i) la existencia de una deficiencia sobrevenida, (ii) ineficacia de los ajustes razonables realizados, (iii) inexistencia de otro puesto vacante o menos riesgoso para el trabajador o terceros.

Artículo 23.- 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."

Estas 3 variantes, vertidas en una ineficiente y desarticulada normativa sobre el tema, así como la inexistencia de mecanismos adecuados para su calificación, han hecho prácticamente imposible el uso de esta causal de despido, salvo que el empleador cuente con el dinero suficiente para solicitar distintos exámenes clínicos para acreditar la incapacidad laboral, realizar ajustes y, además, acreditar la inexistencia de un puesto que no cause riesgos a la salud del trabajador, a pesar que éste último no cuente con la capacitación y habilidades necesarias para cubrir dicho puesto. Sin perjuicio de ello, queda remanente la posibilidad de declarar nulo el despido si a juicio de la corte, las medidas tomadas son insuficientes, derivando en un despido por motivos discriminatorios.

Asimismo, hemos analizado la existencia de distintos tipos de incapacidad según su origen, tales como por enfermedad/accidente común y profesional, es decir, un tipo relaciona su

origen a la relación laboral y funciones desarrolladas para el empleador, y la otra es de origen natural o accidental pero lejos de encontrarse relacionada con el trabajo que desempeña. Ante ello, resulta lógico que la normativa vigente establezca diferencia al tratamiento de las implicancias laborales que puede traer consigo estos tipos de incapacidad.

Liliana Tsuboyama señala “A tal efecto, el trabajador afectado por la ineptitud debía ser previamente capacitado para el nuevo puesto de trabajo. Así, vemos que bajo esta regulación, ante la existencia de una ineptitud para continuar desempeñándose en un determinado puesto de trabajo, se imponía el deber de transferir al trabajador a otro que implique menos riesgo para su seguridad y salud, pero condicionado a la existencia de esta nueva posición laboral. De no ser así, se entendía que el trabajador podía ser cesado al amparo del artículo 23-a) de la LPCL.” (TSUBOYAMA SHIOHAMA, 2015)

Como es de conocimiento general, la relación laboral se encuentra constituida por la prestación personal de servicios del trabajador y la entrega de una remuneración de parte del empleador a cambio de dicha prestación de servicios. Cabe señalar que el empleador y trabajador acuerdan una serie de condiciones laborales entre las cuales se encuentran las funciones que desarrollará el trabajador, tal es así que si el trabajador realiza funciones adicionales o distintas de las que le fueron encomendadas, debería percibir una retribución (remuneración) adicional por el trabajo no comprendido entre sus obligaciones laborales.

Asimismo, debemos recordar que un accidente o enfermedad profesional se debe a una deficiencia sobrevenida durante la ejecución de sus funciones como trabajador. Ante ello, se podría señalar que la incapacidad fue adquirida como resultado de cumplir con las obligaciones de trabajo y de procurar riqueza al empleador, sin perjuicio de que existan causales que eximan de responsabilidad al empleador por el daño causado al no verificar el cumplimiento del deber de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo. Es en relación al origen de la incapacidad que, es necesario establecer una diferenciación en los supuestos para la procedencia del despido del inciso a) del artículo 23 de la LPCL.

Así, en el caso de un accidente y enfermedad ocupacional, prevista en la legislación, se deberán cumplir con las siguientes condiciones: (i) los tipos de deficiencia sobrevenida existentes, (ii) ineficacia de los ajustes razonables realizados, (iii) inexistencia de otro puesto vacante o menos riesgoso para el trabajador o terceros. Así, podríamos obtener un artículo adecuado para dicha necesidad y en función del origen de la deficiencia:

Artículo 23.- “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, **que no impliquen excesiva onerosidad**, impiden el desempeño de sus **funciones**, 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."

Es necesario señalar que es responsabilidad del empleador la vigilancia de la salud de los trabajadores, en especial de aquellos puestos en los cuales existe un riesgo mayor y es de total conocimiento del empleador toda vez que es éste quien define las funciones y obligaciones de cada puesto de trabajo en la empresa. Se debería entender que, ante la existencia de dicho conocimiento, el empleador debería tener un plan alternativo para mitigar, reducir o eliminar el riesgo existente, en especial si a mediano o largo plazo, provocarían en el trabajador una deficiencia sobrevenida.

En estos casos, la rotación de los trabajadores que cuenten con mayor tiempo desarrollando actividades con altos niveles de riesgos para adquirir una deficiencia física, intelectual, mental o sensorial sobrevenida, a otros puestos de trabajo que impliquen menor riesgo para la salud de los mismos, debería ser una medida válidamente aceptada, en especial si esta deficiencia es obtenida al realizar la actividad económica del empleador y procurando un beneficio para este último a costa de la salud del trabajador, una especie de posibilidad de eliminación de riesgo a mediano o largo plazo. Para ello, sería razonable y lógico que el empleador debería cumplir con su obligación de capacitación señalada en la LPCL con miras a una cultura preventiva y ascendente en meritocracia, obligación del empleador olvidada a la fecha.

No obstante, en el caso específico de un accidente y enfermedad común, y toda vez que la deficiencia sobrevenida no fue causada como producto del desarrollo de sus funciones y obligaciones de trabajo, sino de agente externos a la relación laboral, resulta necesario modificar este artículo en aras de obtener uno adecuado para dicha necesidad y en función del origen de la deficiencia. La nueva configuración de este tipo de despido, podría ser la siguiente:

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, **que no impliquen excesiva onerosidad**, impiden el desempeño de sus **funciones**."

Veamos la aplicación de ajustes razonables como la medida justa para la modificación del

entorno del centro de trabajo o de las condiciones de la relación laboral para que el trabajador pueda desarrollarse adecuadamente, respetando los límites objetivo impuesto en la relación laboral: las funciones a desarrollar por el trabajador establecidas por las partes desde el inicio de la relación laboral, es decir, se contrata al trabajador para que desarrolle una labor a cambio de una remuneración, cuidando el cumplimiento de los principios básicos de la seguridad y salud en el trabajo, responsabilidad del empleador, y prestando atención al principio de prevención y a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

Así, ante la existencia de ambos tipos de incapacidad por su origen, el resultado de la mixtura del artículo 23 a) de la LPCL, podría ser el siguiente:

Artículo 23.- “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, **que no impliquen excesiva onerosidad**, impiden el desempeño de sus **funciones**. En el caso de incapacidad laboral por enfermedad o accidente ocupacional, se deberá acreditar la inexistencia de un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.”

Asimismo, en aras de limitar la excesiva onerosidad de los ajustes razonables e incluso la movilidad funcional, corresponde realizar el siguiente comentario:

Artículo 23.- “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, **que no impliquen excesiva onerosidad**, impiden el desempeño de sus **funciones**. En el caso de incapacidad por enfermedad o accidente ocupacional, se deberá acreditar la inexistencia de un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros **y en tanto el trabajador cumpla con el perfil, capacidades y competencias exigidas para el puesto de transferencia, debiendo para ello el empleador acreditar el cumplimiento de la obligación continua de capacitación.**”

En efecto, para sobrepasar este último límite de “debiendo para ello el empleador acreditar el

cumplimiento de la obligación continua de capacitación”, será necesario que, de ahora en adelante, los empleadores cumplan con capacitar continuamente a sus trabajadores tal y como establece la LPCL desde sus inicios, e incluir un acápite promoviendo la capacitación en sentido vertical, es decir, para la promoción interna de trabajadores en la empresa, lo cual resultaría lógico en vista que se busca la protección del derecho al trabajo y mantenimiento de la relación laboral.

3.1.2. Reglamentación de la calificación de deficiencia sobrevenida

Tal y como se ha podido verificar, nuestra legislación nacional no tiene una definición clara de lo que puede conocerse como deficiencia sobrevenida. En efecto, nuestra normativa, sin perjuicio de interpretar que existe una posible definición relacionada con incapacidad laboral parcial y permanente, no suele incidir en la misma, la relaciona con porcentajes, con una incapacidad general, y hasta le otorga un sesgo de discriminación a pesar de ser una causa justa relacionada con la capacidad y establecida por Ley.

Tal y como fue mencionado en el capítulo segundo, la deficiencia será:

“(…) toda pérdida o anomalía, permanente o temporal, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida de una extremidad, órgano o estructura corporal, o un defecto en un sistema funcional o mecanismo del cuerpo. La deficiencia supone un trastorno orgánico, que se produce una limitación funcional que se manifiesta objetivamente en la vida diaria”. (OMS)

Dicha definición coincidiría con la de incapacidad. No obstante, esta incapacidad debe ir más allá. Así, la deficiencia sobrevenida planteada en la LPCL, es la incapacidad laboral declarada toda vez que un trabajador no podría ser capaz de desarrollar sus funciones, aquellas para las cuales fue contratado y, a mi parecer, se debería añadir que cuenta con capacidad y experiencia para desarrollar.

Por otro lado, esta incapacidad puede ser transitoria o no. En el primer caso estaremos ante una incapacidad temporal, mientras que en el segundo caso nos encontraremos con una incapacidad permanente. Cabe señalar que la temporalidad si ha sido materia de análisis por el Seguro Social, tanto así que el Certificado de Incapacidad para el Trabajo establece la calificación de temporalidad para la incapacidad. “temporal”, “no temporal”

Además, esta incapacidad permanente debe graduarse según las funciones para las que está invalidado el trabajador: parcial o total/absoluta. En el presente caso, esta incapacidad permanente calificaría como parcial.

La jurisprudencia española señala respecto a la calificación de la incapacidad permanente parcial que:

“(…) las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo. De manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total) o dificultadas en su realización en el 33% o más de su rendimiento (incapacidad permanente parcial), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral. Igualmente se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial cuando, aun sin merma del rendimiento, para mantener aquel, el trabajador tenía que realizar un esfuerzo físico superior al normal, de manera que su trabajo le resulte más penoso o peligroso.” (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Rioja de 29 de noviembre de 2011).³⁴

Así, para tales efectos, la normativa peruana en materia de seguridad y salud en el trabajo, seguridad social (Salud y pensiones), LPCL, así como todas aquellas emitidas por EsSalud, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y aquellos protocolos, normas técnicas, directivas, resoluciones que regulen las actividades de las aseguradoras (para actividades de alto riesgo, por ejemplo), deberán contar con una única terminología “incapacidad” que tendrá como sinónimo invalidez, no obstante, la calificación de esta invalidez debe otorgarse en base a criterios cualitativos y cuantitativos, siendo los primeros más relevantes pero no los únicos para su aplicación, y efectivamente, deberán relacionarse directamente con las labores que desempeña el mismo como parte de sus funciones de trabajo.

Cabe señalar que no será posible asemejar a los términos de discapacidad o minusvalía, toda vez que el primero sería una condición evaluada y otorgada por CONADIS, que tendría connotaciones sociales, y minusvalía no se encontraría amparado por nuestro ordenamiento legal, toda vez que pertenecería a un enfoque médico derogado por la teoría social. Más aun, minusvalía correspondería a un término médico, no a un término legal/social, encontrándose en el medio de ambas definiciones, el de incapacidad laboral en los términos y criterios

³⁴ BRUNA Reverter, Javier. La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica. Editorial Comares. Granada. 2012.

señalados en el presente acápite (calificación en base a criterios cualitativos y cuantitativos).

Asimismo, es necesario señalar que la jurisprudencia española ha añadido ciertos criterios a esta deficiencia sobrevenida (incapacidad), pudiendo ser consideradas como requisitos para la procedencia de la extinción del vínculo laboral en caso de presentarse: (i) sea pasible de ser comprobada u observada; (ii) ha de valorarse sobre las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos a los habituales; debiendo medirse sobre el ejercicio de las tareas esenciales, considerándose improcedente la extinción cuando afecte a actividades accesorias; es decir, debe afectar al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no sólo a alguno de sus aspectos; (iii) tiene que generar una aptitud inferior a la media normal en cada momento, lugar y profesión –razón por la cual debería existir un criterio promedio al cual comparar la incapacidad laboral de un trabajador-; (iv) debe afectar al trabajador y no a las herramientas de trabajo, toda vez que deberá demostrarse sin perjuicio de los ajustes razonable realizados, es insostenible la relación laboral.

Como se puede observar, comparte varias similitudes con los requisitos de la deficiencia sobrevenida regulada por la LPCL, debiendo entender la misma como una incapacidad laboral con los puntos definidos en el anterior párrafo. Solo de esta manera se podrá entender a qué se refiere el inciso a) del artículo 23 de la LPCL con: “Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, que no impliquen excesiva onerosidad, impiden el desempeño de sus funciones.”

3.1.3. Replanteamiento como causal de extinción

Tal y como se ha podido observar, la LPCL presenta la existencia de una deficiencia sobrevenida –incapacidad laboral parcial y permanente-, como una causal de despido “por capacidad”.

Tal y como hemos señalado anteriormente existen ciertos tipos de incapacidad: total y permanente, parcial y permanente, y aquellas temporales. Aquellas que son temporales tienen como consecuencia la suspensión del contrato de trabajo hasta que la incapacidad para el trabajo desaparezca. No obstante, respecto a las incapacidades permanentes, existe la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por distintas causales a pesar de ser ambas, causales objetivas por incapacidad del trabajador.

En efecto, es necesario señalar que la incapacidad total y permanente como una forma de extinción del vínculo laboral detalladas en el artículo 16 de la LPCL, y a la incapacidad temporal –ya sea parcial o permanente- como una causal de suspensión del contrato de trabajo detallado en el artículo 12° de la citada norma.

Ante ello, no resulta coherente la existencia de un “despido” por falta de capacidad del trabajador, debiendo ser reconsiderada como una causal de extinción de la relación laboral. En efecto, el artículo 23 de la LPCL señala como “causa justa de despido relacionadas con la capacidad del trabajador”, no obstante, es necesario verificar los demás incisos para verificar si corresponde o no la inclusión del inciso a) como una causal de despido:

- a) Las deficiencias -físicas, intelectuales, mentales o sensoriales- sobrevenidas que impidan el desempeño de las funciones del trabajador aunado con otros requisitos establecidos por el inciso a) del artículo 23 de la LPCL.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, es decir, cualquier tipo de incapacidad existente que no es sobrevenida si la comparamos en el primer inciso de dicho artículo.

El segundo inciso parece ser una especie de sanción por bajo rendimiento que no cumple con las expectativas del empleador relacionado con la capacidad, asemejándose a un periodo de prueba perpetuo detector de la incapacidad, no obstante, no me pronunciare sobre este inciso toda vez que sería necesario realizar un análisis propio de esta causal de despido.

- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

El inciso c) toda vez que no se relaciona con la capacidad del trabajador sino con una sanción ante la negativa de practicarse un examen ocupacional, las siguientes:

Ante lo señalado, sería conveniente verificar la correcta ubicación del inciso a del artículo 23 de la LPCL y su clasificación, pudiendo estar más acorde con la naturaleza de un causal de extinción del contrato de trabajo al igual que su hermana –incapacidad total y permanente-, y muy parecida a sus primas-hermanas calificadas como causales de suspensión –incapacidades temporales-, pudiendo modificarse el inciso e) del artículo 16 de la LPCL de la

siguiente manera, ante la existencia de una causa objetiva y a razón de la voluntad del empleador:

Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

e) La invalidez/incapacidad absoluta permanente, así como la parcial permanente. Se entenderá por tal, las deficiencias sobrevenidas –físicas, intelectuales, mentales o sensoriales-, las cuales impidan el desempeño de las funciones del trabajador.

En el caso de la invalidez/incapacidad parcial permanente, procederá como causal de extinción del contrato de trabajo, si a pesar de realizados los ajustes razonables correspondientes que no impliquen excesiva onerosidad, impidan el desempeño de las funciones.

En el caso de incapacidad por enfermedad o accidente ocupacional, se deberá acreditar la inexistencia de un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros."

Toda vez que esta causal de extinción no se debe a alguna actividad realizada u originada por el trabajador, sino que se debería a una causa de extinción objetiva posible de ser corroborada mediante el desarrollo de una pericia médica, ésta deberá ser considerada como una causal de extinción de la relación laboral.

Por otro lado, en tanto sea considerado como causal de despido en el inciso a) del artículo 23 de la LPCL, se deberá realizar el procedimiento de despido amparado en el artículo 30 de la LPCL. En caso proceda la remoción de esta causal de despido y, por tanto, su calificación como causal de extinción del vínculo laboral, no será aplicable el procedimiento de despido, bastará con que se acredite la condición de incapacidad del trabajador.

Artículo 31º.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32º, debe observarse el principio de inmediatez.

Artículo 32º.- El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquéllos. El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite.

La Ley exige al empleador llevar a cabo un procedimiento de despido el cual consiste en otorgarle 30 días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. No obstante, este “demuestre o corrija” se trataría del desempeño del trabajador al realizar sus funciones –arriesgando la salud del trabajador pero que realice un esfuerzo anormal- y no de una comprobación objetiva en base a la evaluación médica del mismo.

Cabe señalar que ni la incapacidad/invalidez absoluta y permanente –como causal de extinción del vínculo laboral- ni la temporal –como causal de suspensión- exigen al empleador otorgar un plazo para que el trabajador pueda demostrar su capacidad. Ante ello, y siendo que calificaría como una causal objetiva de extinción del vínculo laboral, no correspondería brindarle el mismo tratamiento del despido por causa justa toda vez que no se le estaría imputando al trabajador algún incumplimiento que deba ser sancionado por el empleador en virtud a su poder de dirección.

No obstante, si será necesario que el empleador comunique formalmente al trabajador la extinción del vínculo laboral, para lo cual se deberá cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 32º de la LPCL. Es necesario señalar que la LPCL no ha señalado expresamente la comunicación al trabajador por la extinción del vínculo laboral por incapacidad/invalidez absoluta y permanente. En principio, cualquier causal de extinción del vínculo laboral, salvo aquellos en los que se haya dispuesto un procedimiento especial o no sea necesaria su comunicación, se deberá comunicar al trabajador, no obstante, tal y como se ha señalado, no corresponde calificarla como un despido, si no como una causal de extinción del vínculo laboral.

3.1.4. Documentos para la calificación de la incapacidad

Es importante traer a colación el Informe N° 10-2012-MTPE/2/14, mediante el cual el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dio cuenta que ninguna de las entidades establecidas por la LPCL para declarar la invalidez posee una reglamentación coherente respecto a los procedimientos y al análisis e información que deberán seguir para la procedencia de la declaración de incapacidad.

La norma señala que la calificación de la incapacidad/invalidez parcial y permanente – denominada deficiencia sobrevenida señalada por el legislador- debe ser certificada por el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS, ahora conocido como “EsSalud”³⁵), el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú. Dicha declaración se realizará a solicitud del empleador.

Artículo 33.- “El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas a que se refiere el inciso a) del Artículo 56 de la Ley, 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.”

Este procedimiento de calificación, tal y como se ha señalado en el capítulo 2, contiene serias deficiencias que resultan en la ineficacia e imposibilidad para el uso de esta causal de extinción del vínculo laboral.

Conforme a lo establecido, en la normativa existen solo 3 entidades que estaría habilitadas para declarar la incapacidad parcial y permanente del trabajador: EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de médicos designada por el Colegio Médico del Perú. La razón de designar entidades del Estado y no permitir la presentación de una pericia médica de parte (privada) se debe a la necesidad de imparcial y objetividad a la hora de establecer la extinción del vínculo laboral. En efecto, esta medida también ha sido utilizada para la declaración de la invalidez absoluta permanente y la invalidez parcial temporal:

Artículo 20°.- La invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada conforme al Artículo 13°.

³⁵ Con fecha 30 de enero de 1999, mediante la Ley N° 27056 se creó EsSalud sobre la base del IPSS.

(LPCL)

Artículo 13º.- La invalidez absoluta temporal suspende el contrato por el tiempo de su duración. La invalidez parcial temporal sólo lo suspende si impide el desempeño normal de las labores. Debe ser declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Ante ello, correspondería habilitar el procedimiento correspondiente necesario para que estas entidades puedan proceder con la declaración de este tipo de incapacidad. En el caso estricto de EsSalud –órgano adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y vinculado para la elaboración de lineamientos generales en el sector salud al Ministerio de Salud-, debería ser la entidad encargada de la declaración de la incapacidad cuyo origen se encuentre en la enfermedad y/o accidente común.

Cabe señalar que EsSalud estaría encargada de emitir el Informe Médico de Calificación de Incapacidad, regulado por la Resolución de Gerencia General N° 1311-GG-ESSALUD-2014, y la Directiva de Gerencia General N° 015-GG-ESSALUD-2014, documento emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades de ESSALUD, no obstante, este documento únicamente declararían como temporal o no temporal una incapacidad en aras de otorgar el subsidio por incapacidad correspondiente y verificar la rapidez de recuperación del paciente, sin tomar en cuenta la función realizada por el trabajador.

Ante ello, y dado que existe una comisión médica evaluadora que se encargaría de no solo revisar los Certificados de incapacidad temporal para el trabajo (CITTS), sino que además contaría con el informe clínico del trabajador, pudiendo además realizar exámenes físicos a solicitud para evaluar el estado actual –entiéndase que EsSalud es el encargado de brindar y garantizar las prestaciones de salud- podrá ampliar la evaluación médica realizada emitiendo un informe complementario en el cual se señale el tipo de incapacidad, el grado, las evaluaciones realizadas, los hallazgos y corroboración del diagnóstico, así como las recomendaciones, todas estas medidas relacionadas con las labores desempeñadas por el trabajador, a solicitud del empleador.

Cabe señalar que es obligación de la Sub Gerencia de Auditoría de Certificaciones y Evaluación Médica, órgano técnico normativo, brindar asistencia técnica a las redes asistenciales en la gestión de la incapacidad, supervisando el desempeño de los gestores de

la incapacidad, regulando los procesos y procedimientos de auditorías y calificación de las certificaciones medicas por incapacidad, en aras de proponer mejoras.

No es posible que únicamente emita dictámenes sobre incapacidad temporal, toda vez que los órganos ejecutores, responsables de la oficina de gestión de la incapacidad temporal de la red asistencial, son los comités médicos de auditoria de la incapacidad (COMAI) de los establecimientos de salud de la red asistencial; la Comisión Medica Calificadora de Incapacidades (COMECI), de la Red Asistencial, Médicos de Control, entre otros, teniendo estos órganos la especialización y documentación suficiente para ampliar un informe médico para determinar si corresponde continuar con la relación laboral o no, no solo a solicitud del empleador, sino como una muestra de prevención y cautela de la salud pública enfrascada en el centro de trabajo.

Cabe señalar que el punto 6.2.1.1.5 de la Directiva de Gerencia General N° 015-GG-ESSALUD-2014 establece respecto del médico de control:

“El Profesional de la Salud, acorde a la especialidad de su competencia, emitirá el CITT, como parte del Acto Médico que ejecuta, debiendo registrar en la historia clínica, el diagnóstico, el tratamiento de la enfermedad, la lesión ó secuela de acuerdo a las evidencias médicas que sustenten el impedimento ocasionado, la repercusión en el desarrollo y el cumplimiento de las actividades laborales habituales del asegurado; y de corresponder la asociación al comportamiento epidemiológico, es decir, si el continuar la labor habitual puede favorecer la propagación de la enfermedad.”

Es decir, antes de la emisión del Informe Médico de Calificación de Incapacidad (IMMECI), únicamente para la emisión del Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo, EsSalud ya contaba con la información correspondiente al tratamiento, secuela, repercusión y cumplimiento de las actividades laborales habituales del asegurado, pudiendo emitir una historia clínica, que tome en cuenta la necesidad recogida para el mal llamado despido por capacidad del inciso a) del artículo 23 de la LPCL –despido por deficiencia sobrevenida-, pudiendo ser ello plasmado por la comisión médica calificadora de incapacidades (COMECI) encargada de calificar la naturaleza de la incapacidad, y en ese caso específico, deberá ser la encargada de señalar, a solicitud del empleador, si el trabajador sería capaz de continuar desempeñándose en el puesto de trabajo de desempeñado, y en caso pueda ser posible, que acciones deben tomarse.

Grafico N° 08
INFORME DE EVALUACIÓN MÉDICA

Resumen de la Historia Clínica	
.....	
.....	
.....	
.....	
Exámenes de Ayuda al Diagnóstico	
.....	
.....	
Tratamiento	
.....	
.....	
III. DIAGNÓSTICOS	CIE 10
_____	[][][][][]
_____	[][][][][]
_____	[][][][][]
IV. SECUELAS Y COMPLICACIONES	CIE 10
_____	[][][][][]
_____	[][][][][]
_____	[][][][][]
V. PRONÓSTICO	
Recuperable en 340 días consecutivos	<input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> NO
VI. FIRMA Y SELLO DEL MÉDICO	

Finna y Sello	

(*) Anexo N° 01 de la Directiva de Gerencia General N° 015-GG-ESSALUD-2014

Cabe señalar que la inscripción incluida en el Informe sobre la incompetencia de la COMECI de pronunciarse sobre temas laborales, pensionarios u otros que no estén relacionados ni en apego a la Ley N° 26790, no correspondería toda vez que únicamente la COMECI estaría dictaminando una incapacidad según lo establecido por la Ley, dejando a las partes de la relación laboral, y en ese caso al empleador, tomar decisiones en base a la incapacidad evidenciada y sobre conclusiones derivadas de su evaluación, mediante la emisión de un informe complementario emitido a solicitud del empleador.

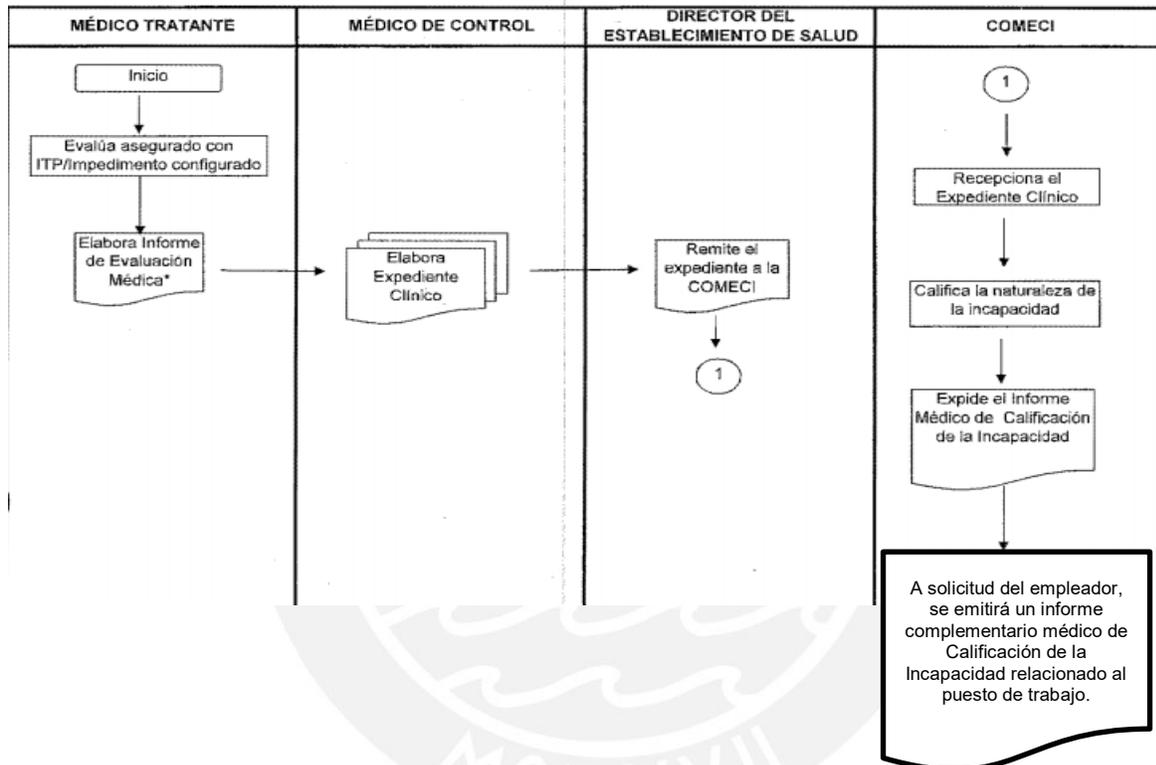
Ante ello, correspondería la modificación de las normativas que regulan la emisión del Informe Médico de Calificación de Incapacidad, regulado por la Resolución de Gerencia General N° 1311-GG-ESSALUD-2014, y la Directiva de Gerencia General N° 015-GG-ESSALUD-2014,

documento emitido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidades de ESSALUD, en aras de incluir la emisión de un informe complementario para la ampliación y detalle de las observaciones encontradas durante la evaluación y su relación con la continuación o no de las funciones para las cuales fue contratado el trabajador en función de proteger la salud del mismo.

Gráfico N° 09

ANEXO N° 5

FLUJOGRAMA PARA LA EVALUACIÓN, CALIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA INCAPACIDAD



(*) Anexo N° 5 de la Directiva de Gerencia General N° 015-GG-ESSALUD-2014 modificado.

No se debe olvidar que, además, para que proceda esta causal de extinción, es necesario que el empleador realice los ajustes razonables, no encontrándose habilitado EsSalud a señalar cuales ajustes razonables corresponderían para mantener el vínculo laboral.

Asimismo, es necesario señalar que nuestra normativa no ha establecido quien es la entidad encargada de señalar que ajustes razonables deben tomarse. Ante ello correspondería que un tercero –auditor certificado en materia de prevención en Seguridad y Salud en el Trabajo- realice una evaluación y diagnóstico de que medidas/ajustes razonables el empleador deberá adoptar, en caso sea posible continuar con la relación laboral así como un autoevaluó del gasto económico que ello representará, o la emisión de un informe en el cual se establezca la imposibilidad de continuar con la relación laboral sin perjuicio de la adopción de las

medidas/ajustes razonables –dentro del margen de costos razonables que puedan ser asumidos por el empleador-. El costo de este procedimiento deberá ser asumido por el empleador.

Cualquiera de estas 2 opciones deberá ser evaluado en conjunto por el área de recursos humanos, así como por el área de administración y finanzas de la empresa de cara a los estados financieros de la empresa. La medida o porcentaje para verificar si es procedente dicho ajuste razonable deberá tomar criterios sobre si podrá ser aplicable a otro trabajador, la duración, entre otros, además del costo que implique.

Ficha Médica de Evaluación del Grado y Naturaleza de la Invalidez Laboral, regulado por la Resolución Ministerial N° 069-2011/MINSA (Documento Técnico de evaluación y calificación de la invalidez por accidente de trabajo), tal y como se mencionó en el segundo capítulo establece un proceso de evaluación y de calificación del grado de invalidez por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales. En dicha evaluación que se realiza a los asegurados a un SCTR, los cuales pueden tener derecho a una pensión de invalidez, no obstante, este informe o evaluación médica no será emitido por ninguna de las entidades antes mencionadas, habilitadas para la declaración de la deficiencia sobrevenida por Ley, sino por las aseguradoras de SCTR o el Instituto Nacional de Rehabilitación.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que el médico evaluador para emitir la opinión final sobre el estado médico del trabajador, analiza si el trabajador puede llevar a cabo las tareas habituales que viene desempeñando a la fecha (trabajo habitual) mas no indica si es que el menoscabo sufrido por el trabajador no le permite desarrollar ningún tipo de las funciones para las cuales ha sido contratado, o incluso, en base al criterio de reubicación, para ningún tipo de actividad.

Es necesario señalar que, de acuerdo a lo señalado en el presente capítulo, correspondería establecer un límite de acuerdo a las aptitudes y conocimientos de cada trabajador en aras de observar si califica o no para su reubicación y sobre qué tipo de puesto, y de parte del empleador, verificar si cumplió con lo señalado por la LPCL³⁶.

³⁶ Artículo 84°.- El empleador está obligado a proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que éste pueda mejorar su productividad y sus ingresos.

Artículo 85°.- El empleador y los representantes de los trabajadores o de la organización sindical correspondiente, podrán establecer de común acuerdo Programas de Capacitación y Productividad, organizados a través de comisiones paritarias.

Artículo 86°.- Las acciones de capacitación tendrán las siguientes finalidades: a) Incrementar la productividad; b) Actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del trabajador en la actividad

Grafico N° 10

DOCUMENTO TÉCNICO:
"EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES"

La valoración integral de las cuatro etapas mencionadas comprende los siguientes pasos:

- | | | |
|---|---|---|
| 1. Definición de la enfermedad, lesión o secuela. | } | Aspectos Generales de Evaluación y Calificación de la Invalidez Laboral |
| 2. Determinar si existe un impedimento físico o mental. | | |
| 3. Configurar el impedimento (Clase Funcional). | } | Estudio y Valoración de la Capacidad Funcional Residual |
| 4. Estudio de las actividades laborales habituales. | | |
| 5. Estudio de las actividades de participación. | } | Estudio y Valoración de la Capacidad Laboral Residual |
| 6. Determinación de la respuesta ergonómica. | | |
| 7. Calificación del grado y naturaleza de la invalidez. | } | Calificación de la Invalidez |

(*) Resolución Ministerial N° 069-2011/MINSA

Ante ello, correspondería elegir cualquier de las siguientes alternativas de modificación de la normativa nacional:

1. Incluir como entidad declaradora de la deficiencia sobrevenida (incapacidad), únicamente en materia de incapacidad cuyo origen devenga de una enfermedad o accidente profesional, a las aseguradoras de SCTR y el Instituto Nacional de Rehabilitación, respecto al cual se mantendría la imparcialidad toda vez que ello no solo supondría que es un tercero ajeno a la relación laboral quien emite dicho dictamen, sino que sería un tercero que de emitir un dictamen que implique la restricción de la actividad laboral del trabajador, deberá proceder, a pedido del trabajador, a otorgar la pensión de invalidez al mismo, razón por la cual el análisis que realice será exhaustivo, caso contrario, se mantendrá vigente la relación laboral.
2. Incluir este informe y evaluación médica como requisito para que otra de las entidades determinadas por Ley, puedan evaluar y emitir un informe de declaración de la

que realiza; c) Proporcionar información al trabajador sobre la aplicación de nueva tecnología en la actividad que desempeña; d) Preparar al trabajador para ocupar una vacante o puesto de nueva creación; e) Prevenir riesgos de trabajo.

incapacidad de origen ocupacional. No obstante, el trámite no solo sería desgastante sino sumamente burocrático, razón por la cual existe inclinación de optar por la primera opción.

Adicional a ello, tal y como señalamos anteriormente, correspondería que un tercero –auditor certificado en materia de prevención en Seguridad y Salud en el Trabajo- realice una evaluación y diagnóstico de que medidas/ajustes razonables el empleador deberá adoptar, en caso sea posible continuar con la relación laboral así como un autoevalúo del gasto económico que ello representará, o la emisión de un informe en el cual se establezca la imposibilidad de continuar con la relación laboral sin perjuicio de la adopción de las medidas/ajustes razonables –dentro del margen de costos razonables que puedan ser asumidos por el empleador-. El costo de esta evaluación y diagnóstico deberá ser asumida por el empleador.

Como requisito adicional, el empleador deberá analizar, como parte de un ajuste razonable combinado con un derecho de facto a la movilidad funcional otorgado por la ley al trabajador para el mantenimiento de la relación laboral, si existe un puesto que implique menor riesgo para la salud del trabajador y que no exponga a terceros. Esta evaluación deberá encontrarse dentro del diagnóstico que realice el tercero/auditor certificado en materia de prevención en Seguridad y Salud en el Trabajo tomando en cuenta la disposición de puestos, la planilla de la empresa, el costo que representaría la reubicación del trabajador, así como las habilidades/conocimientos que éste cuente.

Entre estos ajustes razonables podrá incluirse la capacitación del trabajador para asumir otro puesto que cumpla con los requerimientos establecidos por la norma manteniendo la vigencia de la relación laboral. Cabe señalar que la LPCL en el artículo 84 contempla la obligación del empleador a proporcionar capacitación en el trabajo al trabajador a fin de que pueda mejorar su productividad y sus ingresos. Sin perjuicio de que no ha sido contemplado por la norma, debería entenderse que esta capacitación debería estar relacionada con el puesto y funciones desempeñadas por el trabajador.

Otro documento posible de ser utilizado para la determinación y declaración de la incapacidad, es el informe emitido por la Junta Médica Evaluadora del Colegio Médico, la cual cuenta con un procedimiento, a solicitud de cualquier parte –empleador o trabajador-, mediante el cual se pronunciará sobre si el trabajador padece o no de alguna incapacidad y/o invalidez física para el desenvolvimiento normal de sus labores, analizando la historia clínica del trabajador. No

obstante, dicho informe, a juicio propio, carece de profundidad, pudiendo ser contrariado por alguna pericia de parte que pueda presentar el trabajador a nivel judicial.

Correspondería en este caso que el Ministerio de Salud emitiera un manual o procedimiento a seguir estableciendo los criterios, calificaciones, acciones, medidas, detalle del informe para que el Colegio Médico pueda no solo realizar una correcta evaluación, sino que pueda emitir un informe completo y acorde a la normativa nacional vigente, haciendo eficaz los instrumentos preexistentes.

3.1.5. Medidas promocionales de contratación de personas con incapacidad laboral (capacitación obligatoria)

Corresponde al Estado fomentar campañas de sensibilización, promoción y orientación a los empleadores en aras de promover la garantía y protección del derecho al trabajo, los ajustes razonables, la evaluación médica constante de los trabajadores, así como la solidaridad y, más aun, la responsabilidad empresarial.

Oportunidad de acceder al empleo: Bolsa de trabajo para personas con incapacidad, y no solo para personas con discapacidad (CONADIS). La incapacidad o deficiencia sobrevenida implica una condición de distinta a la de discapacidad. En nuestro país esta condición se encuentra otorgada por una resolución mediante un trámite ante CONADIS.

Conservación y progreso en el empleo: Mediante realización de ajustes razonables con financiación o reducción de impuesto para los empleadores que acrediten haber realizado las medidas necesarias para “readaptar” el puesto de trabajo al trabajador con deficiencia sobrevenida. Se le deberá otorgar las oportunidades (igualdad de oportunidades) necesarias para que pueda escalar profesionalmente en la empresa, mediante promoción, reconocimientos, capacitación, entre otros.

3.1.6. Protección especial: Reubicación asimilable y movilidad funcional: ajuste o acomodo razonable

Tal y como se señaló en el segundo y en el presente capítulo, es de considerar que la reubicación del trabajador debe ser un recurso extraordinario al que el empleador se encuentre obligado toda vez que las partes habrían establecido ciertas condiciones para el inicio de la relación laboral para que el trabajador se desempeñe en un puesto de trabajo determinado. Cabe señalar que si bien la intención del legislador es mantener la relación laboral vigente, éste también podría representar un gasto excesivamente oneroso para el

empleador, lo cual contrariaría lo señalado en el requisito anterior *“realizados los ajustes razonables correspondientes, que no impliquen excesiva onerosidad, impiden el desempeño de sus funciones”*.

Es decir, existe un límite a cada acción de control y/o de gestión que pueda realizar el empleador: la excesiva onerosidad. Ante ello, queda bastante claro que la obligación de reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo podría implicar una excesiva onerosidad. No obstante, en algunos casos, será necesario imponer esta excesiva onerosidad al empleador, por ejemplo, cuando el origen de esta incapacidad provenga de un accidente o enfermedad ocupacional.

Asimismo, para que la reubicación del trabajador sea procedente es necesario que el empleador cumpla con una obligación que en la práctica no se efectúa, la cual es brindar capacitación al trabajador para la mejora de su desempeño y que éste pueda optar por un mejor puesto y remuneración.

El problema con la reubicación del trabajador (movilidad funcional) es que éste es contratado para desarrollar una función y, por lo general, no cuenta con los conocimientos/habilidades para desempeñarse en otro puesto, impidiendo la eficacia de este derecho. En los casos en que la incapacidad sea de un origen ocupacional, esta reubicación deberá ir acompañada de una capacitación al trabajador antes de la declaración de la incapacidad –en cumplimiento de la normativa vigente-, y posterior –como medida para lograr una reubicación eficaz-.

Sin perjuicio de lo establecido, es de considerarse válida la promoción y fomento de la reubicación como parte de una gestión de incapacidades. El Estado, en especial, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, deberá promocionar y fomentar a través de políticas, beneficios tributarios, campañas de orientación –responsabilidad objetiva funcional-, campañas de concientización, entre otros.

3.1.7. Tutela de los trabajadores especialmente sensibles

Es necesario señalar que existe la necesidad de tomar necesidades adicionales de cara a la protección de cierta calidad de trabajadores considerados como especialmente sensibles –tales como personas con discapacidad, trabajadoras gestantes, adolescentes trabajadores, o que por sus características personales sean especialmente sensibles como personas con

incapacidades conocidas previamente (artículos 64 y siguientes de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo), los cuales sin perjuicio de contar o no con una incapacidad declarada, deberán ser reubicados de puesto a uno que implique menor riesgo a su salud como una medida preventiva a la declaración de una deficiencia sobrevenida.

Asimismo, el empleador deberá contar con un programa de capacitación especializada para este grupo de trabajadores, en aras de proporcionales herramientas para afrontar una reubicación instantánea.

En caso de ser declarados con una deficiencia sobrevenida, no solo deberán contar con la adecuación de ajustes razonables, sino que, además, deberán ser reubicados por el empleador en caso sea necesario.

3.1.8. Gestión de las incapacidades

En la práctica, en la empresa se ha dispuesto la creación de un área de Recursos Humanos quienes velan por cuidar e incentivar el desarrollo de la armonía laboral, no obstante, este órgano –de connotación laboral- no se encuentra capacitado para gestionar, llevar a cabo ajustes razonables, evaluar económicamente y legalmente las contingencias y beneficios de aquellos trabajadores con incapacidad.

Ante ello, correspondería la creación de una sub-área especializada en la gestión de incapacidades, en especial en aquellas empresas desarrolladoras de actividades de alto riesgo, en las cuales podría recaer la obligación de readaptación y hasta reubicación de un trabajador afectado con deficiencia sobrevenida –incapacidad- por razones laborales.

Como integrante correspondiera la contratación de un médico ocupacional, directa o de manera tercerizada que cuente con la especialidad de auditor en aras de establecer las medidas adecuadas y pertinentes para optar por el mantenimiento de la relación laboral, o pasar a un plano de protección desde el punto de vista de la seguridad social.

3.2. Propuestas de la Seguridad Social

3.2.1. Recargos a la seguridad social

Resulta coherente también manejar información sobre una figura española respecto al

recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional que deriven en la declaración de una incapacidad.

En efecto, la Ley General de Seguridad Social (España), establece lo siguiente en su artículo 123:

Artículo 123.- “Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

- 1- Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentaran, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por maquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los que tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.
- 2- La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá estrictamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.
- 3- La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.”

Esta medida busca elevar el nivel de protección y de las condiciones de trabajo, así como obligar a al empleador infractor que se haga responsable por la falta de diligencia que implica el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo.

3.2.2. Seguros de invalidez legales y extralegales

Cabe señalar que as Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, documento emitido por las Naciones Unidas, maneja en su artículo 8 “Mantenimiento de los ingresos y seguridad social”. Entre sus preceptos señala que los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad ya sea que se hayan perdido su trabajo o se hayan reducido sus ingresos como consecuencia de una discapacidad. Asimismo, establece que se deberá velar para que estas personas no sean excluidas de los sistemas de seguridad social o planes

de bienestar social.

Se debe tener presente que la seguridad social es un derecho fundamental –salud o previsional- el cual se encuentra delimitado en los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución Política del Perú.

Como es de conocimiento, en nuestro país, la seguridad social abarca tanto las prestaciones de salud como las de pensiones, siendo estas últimas en las que se incidirá en este punto. Existe un sistema mixto: sistema nacional de pensiones (SNP) administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), y sistema privado de pensiones (SPP) administrado por las AFP's supervisadas por la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros. Actualmente, las aportaciones a los fondos de pensiones son de 10% y 13%, respectivamente.

En caso de optar por una pensión de invalidez ante la declaración de la incapacidad, el trabajador tendrá acceso a un ingreso mínimo para su supervivencia. No obstante, parecería insuficiente sobre todo si debe afrontar gastos mayores ante la existencia de una incapacidad. Parece coherente que a la luz del documento emitido por las Naciones Unidas, la formación de un fondo/seguro contra desempleo para aquellas personas que sea desvinculadas por la declaración de una incapacidad, debiendo para ello el empleador aportar a la cobertura de un seguro por invalidez –adicional al que otorgue la ONP o la AFP, o incluso, la asegurado en relación al Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo, toda vez que gracias al trabajo realizado por los trabajadores y al fruto de los mismos, el empleador obtiene ganancias que superarían los gastos y costos laborales, lo cual haría atractiva la generación de una actividad económica en nuestro país.

Este seguro o fondo de cobertura común en caso de declaratoria de deficiencia sobrevenida (incapacidad), no buscaría mantener el vínculo laboral, en especial si puede comprometer la salud del trabajador, y posibles contingencias laborales, y de seguridad y salud al empleador, sino al contrario, busca culminar el vínculo laboral pasando a la protección de la seguridad social basado en un apoyo financiero empresarial.

3.3. Conclusiones

Ante las complicaciones creadas por la regulación y falta de procedimiento idóneo para su calificación, la causal de despido por capacidad del inciso a) del artículo 23 de la LPCL- se

hizo inviable su utilización, razón por la cual es necesario re-regular dicha causal para su correcto funcionamiento y aplicación.

Sin perjuicio de ello, también es necesario realizar una corrección transversal de la legislación en aras de uniformizar los términos equivocadamente utilizados, realizando una actualización de la misma en base al nuevo paradigma planteado por la doctrina -teoría social-, debiendo ser el único "incapacidad/invalidez"- en aras de homogeneizar la legislación vigente. Por otro lado, corresponde a las entidades destinadas para su calificación establecer procedimientos y/o mecanismos para su procedencia, caso contrario correspondería su eliminación inmediata cada vez que, ante esta disparidad y caos creado por el legislador, el Poder Judicial opta por establecer sentencias arbitrarias, distintas y perjudiciales para el derecho de las partes.

Como consecuencia, es necesaria la visualización y presentación de alternativas y propuestas que coadyuven a brindar de eficacia a esta figura legal en los límites que supone la protección del derecho al trabajo, a la no discriminación, así como de los principios de la Seguridad y Salud en el Trabajo (Por ejemplo, reubicación) tanto del punto de vista laboral o de seguridad social, siendo estos: (i) Replanteamiento de la causal de despido; (ii) Reglamentación de la calificación de deficiencia sobrevenida; (iii) Replanteamiento como causal de extinción del vínculo laboral; (iv) Viabilización de los documentos para la calificación de incapacidad; (v) Medidas promocionales; (vi) Establecimiento de una extra protección especial: reubicación; (vii) Tutela de los trabajadores especialmente sensibles; (viii) Recargos a la seguridad social; y, (ix) Seguros de invalidez legales y extralegales.

Es indispensable determinar los límites de acción de las disciplinas del derecho -laboral y seguridad social- en aras de verificar hasta qué punto resulta viable el mantenimiento de la relación laboral.

CONCLUSIONES

Tal y como se ha podido apreciar a lo largo del presente trabajo de investigación, la persona con incapacidad laboral ha sido objeto de una protección especial -ya sea desde el punto de vista laboral y de seguridad social-, no obstante, es necesario indicar que, a nivel Constitucional y legal, dicha protección ha recaído con mayor firmeza respecto de la persona con discapacidad. Como se ha podido verificar los términos de incapacidad laboral y discapacidad deben ser leídos desde una óptica de género-especie, respectivamente.

El término “discapacidad” es un término social, no legal, por otro lado, el término “incapacidad” o su sinónimo desde el punto de vista de la seguridad social “invalidez”, pertenecen a definiciones creadas en el ámbito legal. Desde el punto de vista del derecho laboral, “la incapacidad laboral o incapacidad para el trabajo”, se encuentra regulada en normas marco tales como el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, normas del sistema de salud emitidas por el Seguro Social –EsSalud- para regular el procedimiento de subsidios económicos, entre otros. Así, es necesario resaltar que el término de “incapacidad” considera al «Estado transitorio o permanente de una persona que, por accidente o enfermedad, queda mermada en su capacidad laboral» (VARIOS, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA). Es decir, mientras que la incapacidad se deriva de la relación entre las condiciones de salud de la persona y el trabajo, a Discapacidad lo hará de la relación entre dichas condiciones de salud y el medio ambiente en el que la persona desarrolla su vida.

Únicamente la persona con discapacidad ha sido reconocida como un individuo que debe contar con una especial protección por nuestra Constitución Política. Es necesario señalar que la legislación nacional circunscribe este grupo a aquellas personas que cuentan con una o más deficiencias evidenciadas por la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, sensoriales o mentales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro los márgenes considerados como “normales”, y la limita al desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad, no obstante, para ser considerado como tal, debe contar con un certificado de discapacidad, caso contrario, no podrá acceder a una serie de beneficios y cuotas establecidas por la normativa nacional vigente.

Asimismo, persisten ciertos términos que, a pesar de encontrarse en observados por la doctrina internacional, continúan siendo utilizados. Así el cambio de paradigma, y la incorporación de la teoría social, la cual busca incorporar a un grupo de la sociedad que se ha visto relegado de manera práctica en el ejercicio de sus funciones, en igualdad de oportunidades, persisten términos como “minusvalía”, perteneciente a la teoría médica.

La normativa laboral se ha erigido en torno al término de “incapacidad laboral”, la cual puede traer como consecuencia -entre muchas otras- la suspensión del contrato de trabajo, el cese de la relación laboral, o la manifestación del derecho a la seguridad social como remedio ante dicha situación, tomando consigo una variante de la incapacidad laboral, “la invalidez”.

La legislación nacional ha establecido tipología de la incapacidad laboral: por su origen (común u ocupacional), por su temporalidad (temporal o permanente), por su gravedad (parcial y total), por su oportunidad de aparición (originaria o sobrevenida), y por su naturaleza (física, psíquica, mental, entre otra).

Entre las medidas posibles de ser aplicadas ante la existencia de incapacidad laboral, se encuentra la posibilidad del cese de la relación laboral mediante el despido por incapacidad del trabajador, causal amparada por el inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual consideró a dicha incapacidad laboral parcial y permanente, en un inicio como un “detrimento sobrevenido”, y con posterioridad a la modificación de dicha causal de despido por la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973, como una “deficiencia sobrevenida”.

La causal de despido por deficiencia sobrevenida amparada en el inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, cuenta con una excesiva regulación la cual convierte a este tipo de despido en inaplicable, ello aunado a falta de procedimientos técnicos de parte de las entidades encargadas de calificar la existencia de la incapacidad laboral en función al puesto de trabajo que desarrolla el trabajador, convirtiendo a esta causal de despido en una figura ineficaz.

Ante la falta de herramientas que otorguen objetividad a dicha causal de despido, existe negligencia de parte del legislador y poco análisis de la técnica jurídica toda vez que no se

habría analizado los componentes de esta causal de despido, situación que también ha sido abandonada por la jurisprudencia toda vez que se promovió la declaración de la misma como un despido nulo por encontrarse relacionada – a juicio del Poder Judicial- como un acto discriminatorio.

Corresponde al legislador verificar y analizar cuál será la entidad que deberá calificar la incapacidad laboral, toda vez que requerirá de un análisis detallado de la salud del trabajador respecto al puesto que desarrolla el trabajador. Es necesario tener en cuenta que las partes que suscriben un contrato de trabajo se obligan a: (i) el trabajador a prestar sus servicios, y (ii) el empleador al pago de una remuneración a cambio del servicio prestado. En caso de que las expectativas de alguna de las partes –sin perjuicio de la protección especial que adquiere gracias al derecho al trabajo- no puedan ser satisfechas, se entenderá que es imposible continuar con la relación laboral.

Cabe señalar que esta figura se encuentra ricamente definida y regulada por legislación extranjera tal como la española, la cual únicamente describe los componentes y requisitos para la aplicación de un despido objetivo, hecho que debería replicarse en nuestro país tomando en cuenta las consideraciones especiales de nuestra legislación no obstante, sería necesario realizar sendas modificaciones a la normativa nacional vigente, así como reorganizar y crear procedimientos y lineamientos para la calificación de la incapacidad laboral determinante para el desarrollo de las funciones de trabajo, como “deficiencia sobrevenida”, sin perjuicio de salvaguardar los principios de la seguridad y salud en el trabajo –entre las cuales se encuentran instituciones tales como readaptación y reubicación-, el derecho a no discriminación de las personas y el derecho al trabajo.

Asimismo, resulta pertinente verificar la posibilidad de deslindar las consecuencias y requisitos para aplicar el despido a una incapacidad laboral parcial permanente cuyo origen sea una enfermedad o accidente común de aquella cuyo origen sea una enfermedad o accidente ocupacional.

Es pertinente verificar si corresponde identificarla como una causal de despido toda vez que se trataría de una causal objetiva de extinción de la relación laboral, similar a la derivada de una incapacidad total y permanente.

Es necesario resaltar que una vez que resulte inviable mantener la relación laboral, iniciará el papel protector del derecho a la seguridad social quien tendrá la labor de velar por la

protección del extrabajador, ya sea mediante el otorgamiento de una pensión, o mediante la creación de fondos comunes de protección (seguros) que puedan cubrir las necesidades de la persona con incapacidad laboral.

Ante la existencia del inciso a) del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, “despido por deficiencia sobrevenida”, corresponderá pronunciarse por la necesidad de su operatividad en el marco legal vigente.



BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

- (INEI), I. N. (2012). PRIMERA ENCUESTA NACIONAL ESPECIALIZADA SOBRE DISCAPACIDAD.
- (MTPE), M. d. (2016). Anuario estadístico sectorial (2016).
- (OMS), O. M. (1980). Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM).
- AUTORES, V. (13 de diciembre de 2012). Ley de la Persona con Discapacidad, Ley 29973.
- AUTORES, V. (12 de 02 de 2019). IBERLEY - Normas. Obtenido de IBERLEY - Normas:
<https://www.iberley.es/temas/extincion-contrato-causas-objetivas-ineptitud-sobrevenida-trabajador-12311>
- AUTORES, V. (2012 de Diciembre de 24). Ley de la Persona con Discapacidad. Ley N° 29973.
- AUTORES, V. (s.f.). Inclusión laboral con responsabilidad.
- AUTORES., V. (1993). Constitución Política del Perú. Lima: Grijley.
- BEUMONT CALLIRGOS, R. (2008). Libertad de empresa, libertad de comercio y trabajo: rol constitucional de las empresas. Trabajo de investigación. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2008/LIBERTAD_EMPRE
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2002). La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constituional.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2013). El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima: Tercera Edición, Jurista Editores.
- CADILLO, C. (2013). La extinción de la relación laboral por causas relacionadas con la capacidad del trabajador. Derecho.
- CASTRO OTERO, J. I. (2008). La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente. Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social., 361 - 378.
- CONTROL, E. -S. (2015). INFORME DE ANALISIS EJECUTIVO A NIVEL NACIONAL 2015 . Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (primera sesión plenaria). (07 de junio de 1999).
- COSSIO PERALTA, A. J. (2016). El derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores.
- EGUIGUREN, F. J. (2002). Estudios constitucionales. ARA editores.
- Empleo, M. d. (2019). Anuario estadístico 2019. .

- Empleo, M. d. (10 de enero de 2020). Anuarios Estadísticos . Obtenido de <http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/ anuarios-estadisticos/>
- FERRAJOLI, L. (2007). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- GARCÍA MANRIQUE, Á. (2010). Las obligaciones implícitas o inherentes de los trabajadores. Soluciones Laborales, 21.
- HERNADEZ RUEDA, L. (s.f.). Poder de dirección del empleador . Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/26.pdf>
- INFORMATICA, I. N. (2017). PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DE LA POBLACIÓN CON DISCAPACIDAD, 2017. Lima.
- LENGUA APOLAYA, C. (2015). La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional. Lima: Palestra Editores.
- M.T. Vicente- Herrero, M. T. (03 de 08 de 2018). Minusvalía, discapacidad e incapacidad: una revisión desde la legislación española. Obtenido de <https://www.elsevier.es/es-revista-medicina-familia-semergen-40-articulo-minusvalia-discapacidad-e-incapacidad-una-S1138359310002182>
- MALDONADO, S. (2007). Exclusión y discriminación en contra de la población con discapacidad en el mercado laboral peruano: Un análisis de descomposiciones paramétricas y no paramétricas.
- OIT, C. D. (2002). Gestión de las Discapacidades en el Lugar de Trabajo.
- OIT, O. I. (s.f.). Convenio N° 111 .
- OSORIO VELARDE, C. S. (2018). El despido discriminatorio laboral basado en la condición de discapacidad del trabajador en el Perú. Lima.
- PALOMEQUE LOPEZ, M. C. (2004). Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional. Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura, 59.
- Resolución del Tribunal Constitucional, 00367-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 24 de octubre de 2011).
- Rosas, C. G. (2018). Alcances y deficiencias sobre la regulación de la extinción automática del contrato de trabajo por invalidez permanente en el ordenamiento peruano.
- Salud, O. M. (s.f.). Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM).
- Sanchez, G. -I. (13 de 05 de 2019). LEXOLOGY. Obtenido de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1dbc5a6a-e808-4255-a1f2-08a06dd597d4>
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (s.f.). Derecho individual del trabajo.
- Trabajo, O. I. (1983). Recomendación 168 de la OIT.

- TSUBOYAMA SHIOHAMA, L. (2015). La ineptitud sobrevenida por accidente. *Laborem*, 225.
- Unidas, N. (2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo.
- VARIOS, A. (2006). Las voces de los otros.
- VARIOS, A. (24 de abril de 2012). Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- VARIOS, A. (2016). Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿Si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez? *Derecho PUCP*.
- VARIOS, A. (27 de octubre de 2016). Ley de seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783.
- VARIOS, A. (01 de 03 de 2018). DEUSTO SALUD. Obtenido de <https://www.deustosalud.com/blog/tercera-edad/concepto-discapacidad-diferencias-entre-discapacidad-deficiencia-minusvalia#:~:text=En%20la%20actualidad%2C%20se%20est%C3%A1,la%20deficiencia%20de%20las%20personas>.
- VARIOS, A. (13 de Diciembre de 2019). Minusvalía, discapacidad e incapacidad. Una revisión desde la legislación española. Obtenido de ELSEVIER: <https://www.elsevier.es/es-revista-medicina-familia-semergen-40-articulo-minusvalia-discapacidad-e-incapacidad-una-S1138359310002182>
- VARIOS, A. (03 de julio de 2019). Resolución Ministerial N° 171-2019-TR,.
- VARIOS, A. (s.f.). *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*. Madrid.
- VASQUEZ ENCALADA, A. (s.f.). La discapacidad como categoría sospechosa. A propósito de la STC Exp. N° 02317-2010-PA/TC.
- ZUTA, E. y. (13 de abril de 2019). IUS 360. Obtenido de <https://ius360.com/modificaciones-al-codigo-civil-en-materia-de-discapacidad-desde-una-perspectiva-en-derecho-de-familia/>

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO

- ALEXY, R. (2010). La fórmula del peso. En R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Primera reimpresión ed., págs. 457 - 493). Lima: Palestra Editores S.A.C.

ANDRADE ROSALES, ROSARIO. [Impactos de la inserción laboral de personas con discapacidad auditiva en los procesos de recursos humanos de una empresa peruana de consumo masivo / Rosario Andrade Rosales, Jessy Blanca Huamán Portilla](#). En: Tesis (Lic.) -- Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Gestión y Alta Dirección. Mención: Gestión Empresarial, 2015.

ASÍS ROIG, RAFAEL DE. (2007) [Iguualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina / Ignacio Campoy Cervera, Agustina Palacios, eds. ; Domingo García Belaúnde, pról. ; Rafael de Asís . \[et al.\]](#)

BOBBIO, N. (1981). Presente y Porvenir de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos, Revista de la Universidad Complutense de Madrid (1), 6 - 28.

BOZA PRÓ, GUILLERMO. [Los sujetos laborales especialmente protegidos en la Constitución de 1993 / Guillermo Boza Pró](#) En: Taller de derecho -- Año 1, no. 1 (Ene. 2002)

CANESSA MONTEJO, M. (2009). Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional. Revista Derecho PUCP (63), 349 - 373.

CASTILLO CORDOVA, L. (2008). Derechos fundamentales y procesos constitucionales. Lima: Grijley.

CHICHIZOLA GUIMET, CARLOS. (2000) [Análisis de los factores limitantes para la adecuada implementación en el Perú del Convenio No. 169 de la OIT](#).

COLLADO, Héctor. Situación mundial de la discapacidad. Organización Panamericana de la Salud. 2013. Recuperado de <http://www.bvs.hn/Honduras/Discapacidad/Docentes/Situacion%20Mundial%20de%20la%20Discapacidad.pdf>

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (1991). [Los derechos humanos de los discapacitados](#).

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL. (2013). Derechos Humanos Laborales. México D.F.: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña. (2013). Consideraciones sobre la vigilancia de la salud de los trabajadores y trabajadoras. Barcelona: Departamento de Empresa y Ocupación de Cataluña.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Resolución N° 952, Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo.

CONADIS (Organización: Perú). (2016) [Anuario estadístico del registro nacional de la persona con discapacidad 2000-2014 / \[elaborado por el Consejo Nacional para la Integración de las Personas con Discapacidad - CONADIS\]](#). 1a ed.

CONSTANTINO CAYCHO, RENATO. [La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano : definiciones, omisiones y propuestas / Renato Antonio Constantino Caycho; Saulo Galicia Vidal](#). En: Anuario de investigación del CICAJ / Pontificia Universidad Católica del Perú -- (2013-2014)

CORTÉZ SEGURA, JOSÉ EDUARDO. [Análisis de las principales medidas implementadas por el Estado peruano para promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad / José Eduardo Cortés Segura](#). 2015 En: Tesis (Mag.) -- Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado. Mención: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

EGUIGUREN PRAELI, F. (2002). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En F. EGUIGUREN PRAELI, Estudios Constitucionales. Lima: ARA Editores.

FERRADANS CARAMES, CARMEN. (2011) [Discapacitados, universidad y empleo / Carmen Ferradans Caramés, Eva Garrido Pérez](#). En: Derecho & sociedad -- Año 22, no. 37 (Dic. 2011).

FERRAJOLI, L. (2010). Derechos y Garantías. La Ley del más débil. (Séptima Edición ed.). Madrid: Trotta.

FITA ORTEGA, FERNANDO. [La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo / Fernando Fita Ortega](#) 1997

FUNDACION PARA EL DESARROLLO SOLIDARIO- FUNDADES. (2011). Inclusión laboral con responsabilidad: ¿Cómo contratar a personas con discapacidad intelectual?

GÁLVEZ DURÁN, S. (2015). El despido basado en la enfermedad del trabajador: Una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad. IUSLabor(3), 1- 23.

IGARTUA MIRÓ, M. T. (2015). Sistema de Prevención de Riesgos Laborales (Tercera edición ed.). Madrid: Tecnos. MARÍN ARCE, J. I. (2 de marzo de 2009). Consorcio de Estudios de Mediación y Conciliación de la Administración Local - CEMICAL. Recuperado el 13 de 12 de 2015, de http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/marinarce_prevenccionriesgoslaborales.pdf

LANDAURO QUIÑE, JORGE. (2003) [Discapacidad y rehabilitación profesional / Jorge Landauro Quiñe](#) 2003. En Liberabit : revista de psicología -- Vol. 9, no. 9

MALDONADO ZAMBRANO, Stanislao. Trabajo y discapacidad en el Perú: mercado laboral, políticas públicas e inclusión social.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Inclusión laboral para personas con discapacidad / Ministerio de Educación del Perú.

MUJICA PETIT, JAVIER ANTONIO. (2017) [Caja de herramientas para defender los derechos de las personas con discapacidad / Javier Mujica, Lisbeth Paredes.](#)

OSPINA SALINAS, E. (2014). Vigilancia de la Salud de los Trabajadores. Thémis - Revista de Derecho(65), 187 - 197.

PALOMEQUE, M. C. (1991). Los derechos laborales en la Constitución española. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PASTOR MARTINEZ, A. (2014). El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (págs. 1-15). Pamplona: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SALAS FRANCO, T. (2011). Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales (Séptima edición ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

SALAS FRANCO, TOMÁS. [La extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación e incapacidad del empresario / Tomás Sala Franco](#) 1994

SANGUINETI RAYMOND, W. (2006). La Protección de los Derechos Laborales en la Constitución Peruana de 1993. En A. VARIOS, Derechos Laborales Pensionarios y Justicia Constitucional (págs. 29-101). Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

UGAZ, M., & SOLTAU, S. (2012). El Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo. Revista Derecho PUCP(68), 571 - 584.

VALDERRAMA VALDERRAMA, LUIS (2016) [Contratación laboral de personas con discapacidad: principales aspectos normativos / Luis Ricardo Valderrama Valderrama](#). En: Soluciones laborales -- Año 9, no. 98 (Feb. 2016)

VARIOS AUTORES. (2013) [Implicancias de la Ley general de discapacidad](#). En: Revista