

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El despido por causa justa relacionado a la capacidad del trabajador: Deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales.

Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR:

Ethel Natalia Almonte Nina

ASESOR:

David Jose Campana Zegarra

CÓDIGO DE ALUMNO:

20089046

2019

Resumen Académico

La causal de despido tipificada en el artículo 23° del TUO de la Ley de Productividad Laboral y Competitividad laboral vinculada a las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas no tiene, actualmente, una aplicación práctica, lo que conlleva a que no pueda ser invocada por los empleadores para extinguir el vínculo laboral con sus trabajadores. A través del presente artículo analizo dos causas que generan la inaplicación práctica: i) la diversidad de acepciones empleadas en la normativa laboral para definir la falta de capacidad sobrevenida del trabajador y la omisión del enfoque interdisciplinario de dichos conceptos y ii) la inexistencia de un procedimiento por parte de las autoridades de salud competentes que certifiquen la incapacidad del trabajador y la incidencia que tenga sobre las labores para las cuales fue contratado, lo cual ha sido, además, ratificado por la Corte Suprema en una casación reciente. Sobre ello, propongo una serie de modificaciones legislativas y propuestas sociales que pueda coadyuvar a que los empleadores puedan invocar dicha causal ante tales situaciones y, con ello, evitar lo que hoy en día sucede en muchos casos, esto es, agravar la situación de salud y dignidad de los trabajadores, y, paralelamente, generar mayores costos a los empleadores, ante la imposibilidad práctica de aplicar dicha causal como motivo de despido.

Contenido

Introducción.....	1
<u>Capítulo I: Discapacidad, ineptitud, incapacidad y deficiencia.....</u>	3
1.1. Terminología: enfoque social e interdisciplinario.	
1.2. Denominación normativa, ajustes razonables y transferencia de puesto.	
1.3. Sobre aquellas deficiencias reguladas a nivel normativo, así como las no reconocidas por la Autoridad correspondiente (CONADIS)	
<u>Capítulo II: La extinción del vínculo laboral por causas justas de despido vinculados a la incapacidad del trabajador.....</u>	16
2.1 La extinción del vínculo laboral y causas justas de despido en la normativa laboral.	
2.2 Jurisprudencia nacional e internacional relevante	
2.3 Derechos constitucionales implicados	
<u>Capítulo III: Análisis de los temas desarrollados, conclusiones y propuestas.....</u>	24
Conclusiones y Recomendaciones.....	28
Bibliografía	29

Introducción

A través del presente artículo se busca analizar la inaplicación práctica de una de las causas tipificadas en la normativa laboral peruana para proceder con un despido denominado justo que extinga el vínculo laboral entre un trabajador y su empleador, debido a la falta de capacidad del aquél para el trabajo.

La falta de capacidad del trabajador antes mencionada, actualmente se encuentra referida a las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas que, conjuntamente con otros requisitos, hacen válida o “justa” la extinción de la relación laboral entre un trabajador y su empleador¹, al impedir el desempeño de sus tareas.

Dicha definición ha ido cambiando a lo largo del tiempo, buscando ajustar sus alcances a un modelo social, lo que ha conllevado nuevas formas de protección respecto a las personas con deficiencias/discapacidad para el trabajo; sin embargo, los alcances respecto a qué se debe entender por deficiencia, no han sido desarrollados correctamente a nivel normativo, jurisprudencial o por parte de la Autoridad de Trabajo o de Autoridad de Salud. Asimismo, aun se sigue manteniendo el requisito dispuesto por el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, que exige a los empleadores contar con la certificación de las autoridades señaladas en la referida normativa para invocar dicha causal de despido.

Por lo tanto, dichas interrogantes justifican hoy en día la inaplicación práctica de la referida causal, lo cual involucra distintos aspectos constitucionales, relacionados a la conservación en el empleo del trabajador, la libertad empresarial del empleador y la dignidad y seguridad y salud de las personas con discapacidad/deficiencias.

Hoy en día existe un grupo considerable de personas- trabajadores² que mantienen distintos tipos de deficiencias, las mismas que interfieren en su capacidad para desempeñar sus labores en el trabajo, sin embargo, ello no ha sido tratado adecuadamente en la legislación socio-laboral, lo que ha conllevado que sea casi improbable que los empleadores invoquen esta causal para la extinción del vínculo laboral con sus

¹ Literal a) del artículo 23° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 713 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR- Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

² En el Perú existen 1 575 402 personas con alguna discapacidad, según la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informativa (INEI), conjuntamente con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en el año 2012.

trabajadores como consecuencia de la imposibilidad del trabajador de desempeñar la prestación para la cual fueron contratados, resultando oneroso, preocupante y hasta perjudicial en algunos casos mantener la relación laboral con aquellos; por lo tanto, a través del presente artículo, analizaremos dichas interrogantes buscando entender las mismas e implementar una solución al respecto.



Capítulo I: Discapacidad, incapacidad, invalidez, detrimento y deficiencia

1.1. Terminología

De acuerdo con la definición vigente de La Real Academia de la Lengua Española, la persona con discapacidad es aquella que padece de una disminución física, sensorial o psíquica, que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida.

Respecto a incapacidad, esta se encuentra definida como la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo. Así como la falta de entendimiento o inteligencia. La incapacidad laboral, por su parte, es la 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 personal.

Por otro lado, dicha academia define que la invalidez en las relaciones laborales es una situación de incapacidad total o parcial.

El detrimento y la deficiencia, por su parte, son definidos como el deterioro, daño o perjuicio y la deficiencia está vinculada a la salud mental, asociada a desajustes en el comportamiento.

Vemos que, desde una perspectiva conceptual, entender lo que significan las distintas acepciones empleadas por el mundo jurídico no resulta tan alejado de lo que es conocido por la Sociedad, siendo que dichos conceptos son usualmente vinculados a las relaciones de trabajo.

En 1980 la Organización de la Salud (OMS) propuso unificar distintos alcances respecto al tema, emitiendo una Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (España, 1976), mediante la cual se determinaron los siguientes alcances:

- Deficiencias: Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.
- Discapacidad: Toda disminución (restricción) o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro de un margen que se considera normal para el ser humano.

- Minusvalía: Situación de desventaja para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso.

Sobre el particular, Egea y Sarabia han señalado que la discapacidad y su construcción social varían de una sociedad a otra y de una a otra época y van evolucionando con el tiempo (Egea, Sarabia, 2001:15). Al respecto, coincidimos con lo señalado por dichos autores, al señalar que con el tiempo los alcances de discapacidad u otras definiciones empleadas variarán según el tiempo, cultura y enfoque brindado por cada sociedad, lo cual evidencia la necesidad de que cada legislación brinde especial atención a los conceptos empleados en su regulación y que la misma se ajuste a la realidad de la sociedad.

Así, según Rosa Luna, desde un punto de vista terminológico, la heterogeneidad de profesionales involucrados presenta ventajas y desventajas. Las fortalezas están vinculadas a la diversificación y al enriquecimiento conceptual y las debilidades a la proliferación y coexistencia de una considerable variación denominativa que entorpece la comunicación intra e interdisciplinaria (Rosa Luna, 2008: 61)

Pese a ello, la referida autora afirma desde una perspectiva conceptual que, la discapacidad nos remite a un concepto emergente que viene centrando su interés en la interacción, persona-entorno básicamente en la autodeterminación, la integración, la igualdad de derecho y las capacidades de las personas con discapacidad (2008:62)

Como consecuencia de ello, en el año 2001, la Organización Mundial de la Salud propuso el documento denominado Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), mediante el cual se estableció una clasificación, marco y lenguaje universal estandarizado para describir la salud y los estados relacionados, definiendo la discapacidad como un término genérico que abarca deficiencias, limitación de actividades o restricciones de la participación y circunscribiendo dichos términos a la época y cultura de dicho periodo (OMS, 2001).

Respecto a las deficiencias, el CIF señala que son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida. Respecto a las limitaciones de actividades, señala que son dificultades que un individuo puede tener en el desempeño o realización de actividades (OMS, 2001).

Atendiendo a ello, Rosa Luna concluye que en la nueva versión el término de discapacidad ha sido reemplazado por la 'actividad a nivel individual', la denominación minusvalía cambiada por la sintagmación 'participación en la sociedad' y la unidad terminológica deficiencia por la lexicalización 'funciones y estructura corporales' (Rosa Luna, 2008: 66)

Posteriormente, el concepto de discapacidad fue variando e implicando términos más sociales. Así, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 2002 señalaba que la persona discapacitada es toda persona cuyas posibilidades de obtener un empleo adecuado, reintegrarse al empleo, conservar su empleo o progresar en el mismo resulta considerablemente reducidas como consecuencia de una disminución física, sensorial, intelectual o mental debidamente reconocida (OIT, 2002).

Posteriormente, en el año 2006, la Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la cual se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas de la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad. Asimismo, dicha Convención señala que las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo (Naciones Unidas, 2006).

En España, Luque y Villanueva, citando a García (1996) han mencionado que este colectivo podemos clasificarlo en tres grupos, las personas con discapacidad física y orgánica, con discapacidad psíquica y con discapacidad sensorial (Luque, Villanueva, 2017; 100)

Por otro lado, Minguijón define a la discapacidad como el estado de salud de una persona que, debido a problemas en las funciones corporales, se genera una limitación en su accionar y, a su vez, se restringe su participación social, lo cual se encuentra relacionado a factores ambientales y personales (Minguijón, 2005: 41)

Por su parte, Bergamino, citando a Gómez (2005), señala que la discapacidad se divide en tres: física, sensorial y mental. En la primera, la persona que la padece no tiene control voluntario de su aparato muscular, así como ninguna sensibilidad en alguna o varias partes del cuerpo. Por otro lado, la discapacidad sensorial se refiere a una alteración del funcionamiento en el área del cerebro que controla sentidos como la vista y el oído, así como quienes presentan problemas de comunicación o lenguaje. Así, la discapacidad

visual equivale tanto a la pérdida total de la capacidad de ver como a una debilidad visual en ambos ojos. Finalmente, la discapacidad mental es la limitación en la capacidad de aprendizaje de nuevas habilidades – incluso básicas- o la presencia de trastornos de conciencia y comportamiento, tanto en actividades elementales de la vida como en su relación con la sociedad (Bergamino, 2018: 87)

Como vemos, existen distintos alcances respecto al término discapacidad, por lo que, coincido con Rosa Luna al señalar que, dentro de las características generales del ámbito de la discapacidad, se encuentra que es de naturaleza interdisciplinaria como transdisciplinaria interdisciplinario por cuanto se trata de un tópico de interés para disciplinas tales como la educación, la medicina, la psicología, la sociología, el derecho, la ética, etc. Y transdisciplinario en tanto en cuanto la discapacidad es un tema que nos concierne a todos (Luna,2008;61). Por lo tanto, partimos de la premisa que cualquiera sea el término empleado por los operadores jurídicos para definir la falta de capacidad de una persona para el desempeño de sus labores, éste tendrá que ajustarse a los demás ámbitos interdisciplinarios, no pudiendo centrarse hoy en día en los conceptos convencionales que se han venido empleando.

Atendiendo a ello, si bien resulta importante el enfoque interdisciplinario del término discapacidad para tener un alcance completo del mismo, el carácter transdisciplinario es aún más importante teniendo en cuenta que, según la Organización Mundial de la Salud, a través del Informe Mundial sobre la Discapacidad ha señalado que al año 2010, alrededor del 15% de la población mundial vive con algún tipo de discapacidad (OMS, 2011) y, por su parte, a nivel nacional, en el 2012 el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI) llevó a cabo la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre discapacidad, la cual arrojó que existen 1 575 402 personas con alguna discapacidad (INEI, 2012).

Enfoque Social e interdisciplinario

Ahora bien, tal como hemos señalado en la parte introductoria del presente trabajo, existe a nivel social, incluso jurídico, conceptos vinculados a la discapacidad como la deficiencia, la invalidez, la incapacidad y la ineptitud, las cuales forman parte del bagaje conceptual que permitirá dilucidar cuál es el mejor término a emplear.

Respecto a la incapacidad, conforme ha sido tratado por la regulación laboral³, esta se encuentra definida como el producto de una restricción anatómica, fisiológica o psicológica (impedimento) con ausencia de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que considera normal para el individuo, de causa común o laboral, demostrable por técnicas adecuadas y evidenciables desde el punto de vista clínico.

Al respecto, Bregaglio, Constantino, Galicia y Beyá han señalado que la discapacidad surge cuando las barreras sociales impiden la realización de un derecho, mientras la incapacidad para el trabajo surge en aquellas ocasiones en las que la capacidad laboral para un empleo está comprometida. En ambos casos, no obstante, hay un factor biológico innegable: en el caso de la incapacidad para el trabajo, es la disminución de la capacidad laboral en la actividad habitual de la persona (Bregaglio, Constantino, Galicia y Beyá, 2016:307).

A manera de resumen, los referidos autores han concluido que la discapacidad, desde una perspectiva biológica, está vinculada a la deficiencia, siendo el factor relacional o social, la barrera social, jurídica, comunicacional, entre otros, vinculada a la discapacidad. En cambio, la incapacidad en el ámbito estrictamente laboral, desde una perspectiva biológica, está vinculada a la disminución de la capacidad laboral que puede ser causado por enfermedad o deficiencia (discapacidad), siendo el factor relacional o social, los requerimientos para un empleo específico determinados por el empleador.

Atendiendo a ello, podríamos entender que ¿la discapacidad implica incapacidad *per se*? De acuerdo a lo desarrollado por los autores antes mencionados la respuesta es depende, si esta interfiere en el desempeño de sus labores, pues la incapacidad no implica una discapacidad de por sí, pues existen ciertos requisitos para ser calificado como persona con discapacidad, lo que nos lleva a pensar que si bien una persona puede tener una incapacidad puede que no califique como discapacitada y si una persona es discapacitada puede que no cuente con una incapacidad para fines previsionales, lo que no abre un mundo de consecuencias tal como veremos más adelante.

En esa línea, Daniel Ulloa, coincidiendo con los autores antes mencionados, ha señalado que se debe diferenciar una deficiencia (no poder caminar) de una discapacidad

³ Norma y procedimientos para la emisión, registro y control de las certificaciones médicas por incapacidad y maternidad en ESSALUD.

(deficiencia más barrera u obstáculo). Asimismo, menciona que, al utilizar el concepto de persona con discapacidad debe hablarse de persona en situación de discapacidad, pues esa barrera suponer una desigualdad que al tener un motivo prohibido (la deficiencia) suponer una discriminación (Ulloa, 2019:7)

Por otro lado, el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y empleo, define a una persona con invalidez como toda persona cuya posibilidad de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

La invalidez como término dentro del mundo laboral, está vinculado al derecho previsional desde la prestación asistencial hasta la pensión por algún tipo enfermedad o deficiencia. Por lo tanto, coincido con Bregalio, Constantino, Galicia y Beyá, al señalar que la categoría invalidez es un rezago del modelo médico o rehabilitador de la discapacidad, hoy superado por el modelo social, no siendo el término invalidez el adecuado para efectos del presente artículo.

Respecto a la ineptitud, Fita Ortega citando a Sala Franco (1991) señala que para que la ineptitud puede constituir un motivo de extinción de los contratos debe traducirse en una disminución de capacidad laboral del trabajador, reflejada en la obtención de un rendimiento defectuoso, no aceptada previamente por el empresario (Fita,1997)

Por su parte, Castro Otero, circunscribiendo el término ineptitud a la causa de despido materia del presente trabajo, señala que la ineptitud sobrevenida que es determinante para el desempeño de la labor es causa justa de despido, con prescindencia del origen de la ineptitud. Así, tal origen podrá ser una enfermedad o accidente común, una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo (Castro, 2008:376)

Vemos pues, que la ineptitud es un término general estrechamente vinculado a la incapacidad para el trabajo; sin embargo, desde una perspectiva social esta se encuentra vinculada a la incompetencia de la persona, no siendo dicha definición la adecuada para los fines del presente artículo, pese a que, tal como desarrollaremos en el segundo capítulo, este término fue empleado durante mucho tiempo, vinculado a la falta de capacidad para el trabajo desde una perspectiva socio laboral.

Por tanto, luego de haber revisado los distintos términos vinculados a la discapacidad, podemos concluir que no existe una alineación entre los mismos debido a la incidencia

de las distintas disciplinas que existen entorno, como el derecho, la salud, la psicología, entre otros; no obstante, soy de la opinión que los términos discapacidad, incapacidad y deficiencias, son las más adecuados para tratar la controversia del presente artículo y, porque además debemos tener en cuenta que hoy en día todas son guiadas por el modelo social que gira en torno a la discapacidad, tal como desarrollamos a continuación.

Así, tal como ha sido desarrollado por los distintos autores en el marco de la evolución de la discapacidad, el modelo social es aquella visión que dio un giro al modelo médico relegado, que solo proponía trabas a la persona con discapacidad, circunscribiéndola en una perspectiva médica que no tenía relación con otras disciplinas ni con la sociedad, esto es, aislando un tema importante con el que miles de personas convivían diariamente; sin embargo, el modelo social se presentó como un nuevo paradigma que dio un nuevo tratamiento a la discapacidad.

En efecto, tal como señala Jorge Victoria, dicho modelo se relaciona con los valores esenciales que fundamentan los derechos humanos, como la dignidad humana, la libertad de la persona y la igualdad, que propician la disminución de barreras y dan lugar a la inclusión social, que pone en base principios como autonomía personal, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, dialogo civil entre otros (Victoria, 2013;1093)

Entonces, vemos que dicho modelo viene orientando distintas propuestas respecto a las personas con discapacidad, como son la erradicación de barreras para su interacción con la sociedad, así como, en el ámbito laboral, la reubicación e implementación de ajustes razonables que agoten todas las medidas posibles para que dichas personas puedan tener una vida digna; sin embargo, no se puede dejar de lado ciertas perspectivas por más que cuenten con buenas intenciones de buscar la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad.

Así, desde un enfoque de salud pública y tal como ha sido tratado en Natalia Gómez, el enfoque de las capacidades también considera importantes las acciones individuales y colectivas, públicas o privadas, para hacer posible el bienestar y el bien vivir humano de las personas con discapacidad, en el sentido que reconoce que se trata de un asunto que, más allá de las deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales, y respecto a las barreas para la participación y la igualdad, tiene en cuenta la importancia de garantizar la calidad de vida y en general el bienestar a este grupo vulnerado socialmente (Gómez, 2018)

Entonces, veamos cómo está definida la discapacidad normativamente, cuáles son las incapacidades reconocidas legalmente y cuáles aun no cuentan con un marco normativo que les brinde amparo legal para buscar el fin social que hemos comentado.

1.2. Denominación normativa, ajustes razonables y transferencia de puesto.

Ni la Ley de Creación del Seguro Social ni la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, así como su reglamento desarrollaron los alcances de detrimento o discapacidad de las personas, a efectos de su cobertura. En efecto, la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social, tan solo señalaba que su artículo 4° que el ámbito de aplicación de EsSalud comprendía, entre otras, las personas con discapacidad física y mental sin desarrollar los alcances de dicha discapacidad. Por su parte, la Ley N° 26790- Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud- y su reglamento, tampoco desarrollaron lo antes mencionado, definiendo tan solo a la enfermedad profesional como *“todo estado patológico que ocasione incapacidad temporal, permanente o muerte y que sobrevenga como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeñar el trabajador”*, sin que haya desarrollado qué se entiende por incapacidad.

Aunado a ello, las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobado por Decreto Supremo N° 003-98-SA definieron la incapacidad de cara a la cobertura derivada de un accidente de trabajo. Así, el artículo N° 18 2.4. señaló lo siguiente: *“Invalidez Parcial Permanente Inferior al 50%: En caso de las lesiones sufridas por el asegurado dieran lugar a una invalidez parcial permanente inferior al 50%, pero igual o superior al 20%; (...) la Entidad empleadora queda prohibida de prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez”*; sin embargo, a través de dicha norma, quedó al menos tipificado la imposibilidad de extinguir el vínculo con aquellas personas que como consecuencia de un accidente de trabajo adquieran una invalidez; no obstante, el marco del detrimento por alguna deficiencia común y no profesional, quedó sin ser desarrollada.

Cabe precisar que, durante dichos años, se promulgó la primera norma orientada a regular los distintos aspectos relacionados con las personas con discapacidad. Así, la Ley N° 27050, Ley General de la Personal con Discapacidad publicada el 06 de enero de 1999, definió a la persona con discapacidad como *“(...)aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de*

realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad”, norma que definitivamente tuvo que ser modificada y adecuada a los cambios culturales y sociales.

De esa forma, mucho tiempo después, en el año 2012 se promulgó la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, mediante la cual se modificó y complementó en inciso a) del artículo 23 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, adecuando de esa forma una norma que mantenía conceptos vinculados a las deficiencias/incapacidades desde una perspectiva desfasada.

Así, el referido cuerpo normativo define a la persona con discapacidad como aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás⁴.

Asimismo, el artículo 3° del referido cuerpo normativo ratifica los derechos de las personas con discapacidad, enfatizando el principio-derecho de igualdad y, además, que dichos derechos deben interpretarse a la luz de los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De esa manera, como bien señala Daniel Ulloa, si bien años atrás se había emitido en el Perú otras normas vinculadas a las personas con discapacidad (leyes N° 23285 de octubre de 1981, N° 24067 de enero de 1985; y, N° 27050, de diciembre de 1998), ninguna de ellas preveía alguna protección especial en el marco de una relación de trabajo y en especial frente al despido, con excepción de la última (Ulloa, 2019).

Ahora bien, sin perjuicio del carácter inclusivo de la referida norma, lo cierto que la ley antes mencionada también procura regular el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, incluyendo requisitos que deben ser cumplidos por los empleadores a fin de garantizar el respeto y ejercicio de los derechos laborales.

Ante ello, el artículo 50° del referido cuerpo legal, precisaba que:

⁴ Artículo 2° de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad

“La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo. 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, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad”

Dicho artículo fue modificado en el año 2018 mediante Decreto Legislativo N° 1417, precisando aún más en qué consistían dichos ajustes razonables, incluyendo además que los empleadores están obligados a realizar dichos ajustes, salvo cuando demuestren que suponen una carga desproporcionada o indebida, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Al respecto, recientemente, la referida Autoridad Administrativa mediante Resolución Ministerial N° 171-2019-TR publicó los lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad.

Así, dichos lineamientos reafirman que, según Palacios (citado por Lengua), de lo que se trata es de hacer efectivo el principio de igualdad a partir de la adaptación práctica de las condiciones necesarias para que las personas con discapacidad puedan gozar de los derechos de forma igual que los demás individuos sin discapacidad (Lengua, 2013)

Sin embargo, un tema interesante tratado en dichos lineamientos también es los límites que existen a dichos ajustes razonables, los cuales, según dicha resolución, se encuentran vinculados a una carga desproporcionada o indebida, la cual deberá entenderse 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 operados.

Lo cierto es que, si la normativa mencionada en el presente capítulo busca garantizar la protección e inclusión de las personas con discapacidad, lo cierto es que, todavía existen ciertos puntos que no llegan a convivir, a fin de encontrar una solución que represente el desarrollo de una vida de oportunidades para las personas con discapacidad sino también una vida digna y segura, sin forzar derechos como el derecho al trabajo a fin de cumplir con el fin de la inclusión de las personas con discapacidad conforme al modelo social antes comentado.

Finalmente, de cara a la protección otorgada a las personas con discapacidad en materia laboral, debemos mencionar que la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo señala en su

artículo 76° que los trabajadores tienen derecho a la adecuación del puesto en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, no advirtiéndose otro tipo de supuesto que incida sobre la capacidad del trabajador, por lo que a continuación desarrollaremos que deficiencias/incapacidades que están resguardadas en materia laboral.

1.3.Sobre aquellas deficiencias reguladas a nivel normativo, así como aquellas no reconocidas por la Autoridad correspondiente (CONADIS).

Entonces, ¿quién tiene la condición de discapacitado? El artículo 73° de la Ley General de la Persona con discapacidad, señala que esta condición se acredita con el certificado de discapacidad que es otorgado por todos los hospitales del Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (EsSalud), previa evaluación, calificación y certificación.

La norma técnica de salud para la evaluación calificación y certificación de la persona con discapacidad, tiene como anexo N° 1, un listado de situaciones que generan la entrega de dicho certificado, generando de manera automática el reconocimiento de la persona como discapacitada, al ser estas discapacidades severas sea por enfermedades o casos congénitos o evidentes como amputaciones en que la capacidad funcional no variará pese a tratamiento. Ante ello, si bien no existe norma al respecto, creemos que, a través de dicho certificado, el empleador, luego de realizado los ajustes necesarios y buscando la reubicación, podría extinguir el vínculo laboral.

Sin embargo, el presente artículo fue pensado respecto a aquellas enfermedades o diagnósticos que no pueden ser identificados a simple vista o que no tienen la calificación de severo para obtener el otorgamiento de un certificado que probablemente habilite al empleador a extinguir la relación laboral a fin de resguardar el derecho a la salud del trabajador.

Adicionalmente, otra perspectiva que, si bien no es materia de este artículo, pero también es analizado a la luz del tema, es considerar a aquellas deficiencias sobrevenidas que se generan como consecuencia de una enfermedad o accidente de trabajo, esto es, derivan de dicho esos. Estos casos vienen siendo una zona gris por parte de los legisladores y operadores jurídicos, al existir una línea delgada de diferencia entre las deficiencias sobrevenidas a la esfera personal del trabajador y aquellas que devienen tal vez de la esfera laboral del éste.

Por lo tanto, hay enfermedades como las hernias que no califican para obtener un certificado que los identifiquen como una persona con discapacidad o que incluso no se encuentran dentro de aquellas enfermedades que sean protegidas desde la perspectiva asistencial, lo que nos lleva a concluir que por ello el uso del término deficiencias y no discapacidad como parte de la causal que justifica un despido justo; sin embargo, a continuación desarrollaremos el impacto del término que se debe emplear a fin de que el empleador extinga el vínculo laboral con una persona con discapacidad, lo cual deberá leerse no con una mirada maliciosa de querer desvincular a dicho grupo sino con un enfoque de prevención a efectos de resguardar la seguridad y salud de aquellas personas y porque no, también, la libertad de empresa del empleador.

Entonces, teniendo en consideración el tema del presente artículo, vinculado a la causal de extinción del vínculo laboral por falta de capacidad del trabajador (artículo 23° de la LPCL) la desarrollaremos en el próximo capítulo, tenemos que dejar claro que las deficiencias o la ineptitud es una calificación atribuible a las condiciones de salud del trabajador, pudiendo ser físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, siendo éstas no imputable a la voluntad del trabajador. Asimismo, se caracteriza por ser sobrevenida pues no ha sido adquirida de forma previa al inicio del vínculo laboral, sino que es acaecida durante el vínculo laboral, de aquí la diferencia con las demás calificaciones de incapacidad que trataremos. Finalmente, esta no es temporal, sino que probablemente sea permanente y, por ende, tenga una incidencia mayor en el desarrollo laboral.

Así, desde la perspectiva asistencial, existen distintos grados de invalidez que han llevado a regular en materia social las consecuencias de estas, no existiendo en todos los casos una vinculación o armonía con la materia sociolaboral y, sobre todo con la falta de capacidad señalada en el artículo 23 antes mencionado.

De esa forma, la normativa nacional regula los siguientes escenarios:

- La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece el otorgamiento de subsidios por incapacidad temporal, entre ellos, por enfermedades temporales.
- Asimismo, a través del Seguro Complementario ante el Trabajo de Riesgo, se busca otorgar pensiones ante la invalidez temporal o permanente, principalmente, como consecuencias de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Así, dicha norma define que una persona tiene invalidez total permanente cuando,

como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedara disminuido en su capacidad de trabajo en forma permanente en un proporción igual o superior a los dos tercios.

- Desde una perspectiva pensionaria, tenemos que según el artículo 24° del Decreto Ley N° 19990- Sistema Nacional de Pensiones, se otorga una pensión de invalidez ante la incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente que le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría en un trabajo igualo similar.
- En el Sistema Privado de Pensiones, conforme a lo señalado en el Reglamento de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 004-98-EF) se otorga una pensión de invalidez al trabajador con invalidez parcial como consecuencia de una incapacidad física o mental de naturaleza prolongada, de acuerdo con lo que establezca el comité médico competente, por la que queda impedido en 50% o más de su capacidad, siempre que esta no alcance las dos terceras partes de la misma. Asimismo, se otorga una pensión de invalidez al trabajador que presente una invalidez total como consecuencia de una incapacidad física o mental que se presume de naturaleza permanente, de acuerdo con lo que establezca el comité médico competente, por la cual quede impedido para el trabajo cuando menos en dos terceras partes de su capacidad de trabajo.

Ante, como bien concluyen Bregagliom Constantino, Galicia y Beyá, en el Perú la pensión de invalidez se determinar a partir de la constatación de incapacidad para el trabajo (parcial o total, de acuerdo a la regulación específica), y la incapacidad para el trabajo estaría asociada a la imposibilidad de proveerse de un ingreso a partir de un trabajo. Dicho ingreso, debiera ser en relación a la actividad lucrativa habitual. (Bregaglio, Constantino, Galicia y Beyá, 2016:305).

Entonces, vemos que la incapacidad en el desarrollo del trabajo, en términos previsionales y asistenciales, está vinculada a la deficiencia medible, debido a los porcentajes de menoscabo que indica la mayoría de normativa, y a la incidencia de dicha incapacidad en la percepción de ingresos, no siendo la repercusión que dicha deficiencia tenga para el desarrollo habitual del trabajo un requisito a ser considerado.

Por tanto, a continuación, desarrollaremos los alcances del tema que nos compete en este artículo y la relación que existe entre dicha causal y expuesto hasta el momento.

Capítulo II: La extinción del vínculo laboral por causas justas de despido vinculados a la incapacidad del trabajador.

2.1 La extinción del vínculo laboral y causas justas de despido

Nuestra legislación laboral ha dispuesto distintas causales de extinción del vínculo laboral entre las cuales se encuentra el despido. El despido es aquella forma de extinción de contrato de trabajo que se produce por voluntad unilateral del empleador. En efecto, el artículo 16° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece las formas mediante las cuales la relación laboral puede ser válidamente extinguida, entre ellas el despido, en los casos y formas permitidos por ley.

De esa forma, tal como señala Carlos Blancas, existe un consenso a nivel doctrinal al señalar que el despido es aquella voluntad unilateral del empleador, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada (Blancas, 2013: 46)

Por su parte, Arévalo y Avalo señalan que “El despido constituye una causal de la relación laboral atribuible a la voluntad unilateral del empleador, pudiendo fundarse en la presencia de una causa justa prevista por la ley o carecer de la misma, acarreando en este último las responsabilidades que la legislación establece” (Arévalo; Avalos, 2007: 95).

De ese modo, el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁵ dispone que para que opere el despido de un trabajador, es indispensable que exista una causa justa, la cual, agrega, puede estar relacionada con la capacidad o conducta del trabajador.

En ese sentido, vemos que nuestra legislación, en concordancia con los distintos instrumentos internacionales emitidos, tales como, el Convenio 158 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), ha contemplado la posibilidad de que el empleador de termine al vínculo laboral que contrae con un trabajador, siempre y cuando exista una causa justificada para ello, habiéndole otorgado la denominación de causa “justa” habilitante para ello.

Sobre el particular, Rafael Alburqueque ha señalado que definir qué se entiende por causa justa es complicado en la medida que ello dependerá de cada sistema jurídico- laboral,

⁵ Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR

pudiendo en algunas legislaciones restringirse a la conducta atribuible a alguna de las partes o, con un alcance más amplio, aquellas que incluyen razones económicas o técnicas, así como ajenas a la voluntad de cada una de las partes, como el caso de fuerza mayor o ineptitud del trabajador (Alburquerque, 1988: 21)

De ese modo, Carlos Blancas señala que la normativa internacional antes señalada ha conllevado que nuestra legislación agregue como causas de extinción del vínculo laboral, aquellas vinculadas a la capacidad, ampliando la noción de causa justa para comprender en ésta aquellos supuestos en los que la inadecuación entre las exigencias de la ocupación a desempeñar y las aptitudes del trabajador impide la continuación normal de la relación laboral, siendo este un elemento legitimador del despido (Blancas, 2006: 139)

Actualmente, el literal a) del artículo 23° del referido cuerpo normativo, señala que, son entre otras causas justas de despido relacionadas 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, 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.

Reglamentando dicha causal, el artículo 33° del Reglamento de la Ley de fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, dispone que el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas, deberá ser debidamente certificado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta Médica designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

En ese sentido, conforme al reglamento señalado, el empleador no podrá extinguir el vínculo con el trabajador de manera automática, luego de haber realizado los ajustes razonables y la reubicación correspondiente sin éxito, debido a que necesariamente tendrá que acreditar el detrimento del trabajador a través de un informe médico correspondiente que solo podrá ser realizado por las entidades referidas y no por una entidad privada.

Sobre esta última y derogada disposición, Carlos Blancas ha señalado que la literalidad del precepto permite sostener que el supuesto de hecho está configurado por la pérdida o disminución significativa de las aptitudes físicas o mentales del trabajador. Asimismo, dicho autor resalta que el detrimento de las facultades del trabajador o su ineptitud sobrevenida, ha de ser < determinante > para el desempeño de sus labores, motivo por el

cual debe demostrarse una relación directa y evidente entre dicha pérdida de capacidad y los requerimientos específicos del cargo o función que aquel ocupa (Blancas, 2009: 221).

Asimismo, Castro Otero ha señalado que para que proceda la ineptitud sobrevenida como causa justa de despido, la incapacidad del trabajador tiene que ser determinante para el desempeño de sus tareas, por lo que debe necesariamente existir una innegable vinculación entre dicha incapacidad y las labores que desempeña el trabajador (Otero, 2008:367)

Ahora bien, debemos precisar que los alcances de la referida causa despido fueron modificados en el año 2012 conforme a la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. En efecto, conforme a los términos anteriores del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 713 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, el primer literal del artículo 23° señalaba como causa justa de despido al *detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas*; sin embargo, tal como hemos señalado, dicha causal fue modificada no solo variando la terminología respecto a la falta de capacidad del trabajador, esto es, de “detrimento” a “deficiencia” sino ampliando los supuestos de deficiencias que conlleven un menoscabo de la capacidad del trabajador, tales como, las intelectuales y sensoriales, incluyendo además que, previamente a solicitar un informe médico que acredite su detrimento, se implementen primero ajustes razonables al puesto, así como se opte por la reubicación.

De esa forma, entendemos que el legislador buscó circunscribir los alcances de dicha causal en lo regulado a través de la Ley General de la Persona con Discapacidad, no obstante que dicho término, esto es, “discapacidad” no fue empleado como parte de la modificación de dicha causal. Entonces, ¿qué implican las deficiencias reguladas en el inciso a) del artículo 23 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral? ¿se debe entender por deficiencia, para efectos en materia laboral, aquella regulada por la normativa antes mencionada o las vinculadas a implicancias asistenciales y previsionales? ¿debería tomarse en consideración también los alcances regulados en materia de seguridad y salud?

Cabe precisar que, tal como hemos señalado a lo largo del presente artículo, el requisito dispuesto en el artículo 33° del Reglamento de la Ley de fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, vinculado a que el detrimento de la facultad física o

mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas, deberá ser debidamente certificado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta Médica designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador, sigue vigente sin que en la práctica pueda realizarse,

De esa forma, es de conocimiento que, la Comisión Médica Evaluadora y Calificadora de Incapacidades del Seguro Social (EsSalud) ni el Ministerio de Salud cuentan con procedimientos establecidos para la emisión de un informe destinado a acreditar dicha situación para efectos laborales, siendo que el informe que emiten tan solo tiene efectos asistenciales.

Por lo que, a continuación, desarrollaremos un poco, como cuál viene siendo el criterio jurisprudencial a nivel internacional y nacional sobre el tema tratado.

2.4 Jurisprudencia nacional e internacional

Actualmente, en España, se encuentra vigente el Real Decreto Legislativo 2/ 2015- Ley del Estatuto de los Trabajadores mediante el cual se dispone, en el artículo 52° del referido cuerpo normativo, que el contrato podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

La definición adoptada por el Tribunal Supremo respecto a la ineptitud está vinculada a la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actuación de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.

Así, en la sentencia – Sentencia 315/2012, TSJ de Madrid, la Sala de lo Social toma un caso iniciado por Don Leovigildo contra la empresa Stock Uno sobre nulidad de despido. En efecto, el Sr. Leovigildo prestaba servicios de teleoperador que consistía en la recepción y emisión de llamadas para resolver reclamos. El 08 de marzo del 2011, la empresa remitió una carta al trabajador comunicándole la extinción de su contrato de trabajo con base a la ineptitud sobrevenida. En efecto, el Sr. Leovigildo presentaba un cuadro de faringitis y disfonía, por lo que, fue calificado como no apto temporal de duración incierta. La demanda de nulidad fue declarada infundada debido a que, efectivamente, la enfermedad sobrevenida impedía al Sr. Leovigildo a atender las

llamadas después de llevar una hora en su puesto de trabajo, conforme al lo señalado por éste.

A nivel nacional, recientemente la Corte Suprema ha emitido la casación laboral N° 21599-2018-Sullana ha reiterado que el despido por incapacidad laboral sobrevenida del trabajador exige que el empleador efectúe el procedimiento previsto por ley, esto es, que la incapacidad sea certificada por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta Médica del Colegio Médico del Perú.

En efecto, en el referido proceso el empleador invocó la causal regulada en el artículo 23° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, sustentada en el Certificado de Aptitud Médico Ocupacional emitido por la Clínica Sanna, quien concluyó que el trabajador se encontraba “no apto” para las funciones que realizaba como operador, así como con el informe emitido por el médico ocupacional de la empresa, mediante las cuales se concluyó que *“(…) adecuar un puesto a sus condiciones de salud reubicación no es viable por cuando su trabajo es netamente operativo. (...) El trabajador no debería realizar ninguna labor que lo exponga a un agravamiento de las dolencias mencionadas, para mitigar el riesgo de la eventualidad médica dentro de las instalaciones de la empresa, como consecuencias para el trabajador y sus compañeros”*

Sobre el particular, la Corte Suprema ha señalado que *“(…)no basta la sola invocación de una causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador en relación al detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; sino que dicho detrimento en la capacidad alegada por el empleador debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 33° del Decreto Supremo N° 001-96-TR que aprobó el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo; por lo que, no resulta suficiente lo alegado por el empleador sustentado en documentos particulares tales como el Certificado de Aptitud Médico Ocupacional emitido por la Clínica Sanna de fecha 13 de enero del 2015, así como el Informe FDA-SAI-02-31.03.15, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, del Médico Cirujano Ocupacional de dicho nosocomio, en tanto éstos no se encuentran certificados por EsSalud, Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designados por el Colegio de Médicos del Perú, a efecto de determinar la causa justa de despido”*.

Sobre el particular, debemos señalar que, a la fecha, una de las máximas autoridades judiciales ha ratificado la falta de eficacia real respecto a la invocación de la causa

tipificada en el artículo 23 de la LPCL, lo que no hace más que confirmar la falta de interrelación entre todas las normas con enfoques asistenciales, previsionales y laborales respecto al devenir de las personas con incapacidades para el trabajo. Definitivamente, tal como desarrollaremos en el siguiente acápite, toda esta falta de regulación armoniosa tiene una incidencia directa respecto a los derechos constitucionales implicados, siendo preocupante que, a la fecha, el desarrollo laboral de las personas con incapacidad para el trabajo haya sido relegado.

2.5 Derechos constitucionales están implicados

Las interrogantes planteadas en el presente artículo justifican hoy en día la inaplicación práctica de la referida causal de despido justo sobre deficiencias físicas, intelectuales, mentales y sensoriales, lo cual involucra distintos aspectos constitucionales, relacionados a la conservación en el empleo del trabajador, la libertad empresarial del empleador y la dignidad y seguridad y salud de las personas con discapacidad/deficiencias.

Así, el derecho al trabajo supone de un lado el derecho de toda persona a acceder a un puesto de trabajo y de otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. El Tribunal Constitucional ha expresado al respecto que: “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo por una parte y, por otro el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.” (00263-2012- AA/TC)

En ponderación con dicho derecho, tenemos el derecho a la libertad de empresa y poder de dirección del empleador. Así, el artículo 59° de la Constitución señala que “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”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 3116-2009-PA-TC, que el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa, está compuesto por tres posiciones: i) el acceso, la autoorganización y la cesación. Asimismo, en la STC 003-2006-PI-TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades (STC 003, 2006).

Vemos, entonces, las dos grandes vertientes que suelen contraponerse en el derecho laboral; sin embargo, en el tema materia del presente artículo, será relevante también conocer derechos constitucionalmente reconocidos involucrados como el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores.

Así, como ha señalado Fiorella Peyrone, la expresión de “cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud”, la cual, de acuerdo al Convenio N° 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, refiere a una cultura en la que el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable se respeta en todos los niveles en los que el gobierno, los empleadores y los trabajadores participan activamente en iniciativas destinadas a asegurar un medio ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema de derechos, responsabilidades y deberes bien definidos, y en la que se concede la máxima prioridad al principio de prevención (Peyrone, 2016; 83)

De esa forma, si bien el derecho al trabajador, en su vertiente la conservación del empleo, encuentra una posición estable entre los derechos fundamentales, también lo es el derecho a la salud; razón por lo cual el modelo social comentado, a través del cual se busca reconocer diferencias como Sociedad, también involucra que, agotado todas las posibilidades de adaptación vinculado a los ajustes razonables y la transferencia de puesto, se busque priorizar a la persona sobre el trabajo, y pueda, el empleador, en función también a su libertad de empresa, extinguir el vínculo laboral con aquellos trabajadores que puedan presentar alguna deficiencia determinante para el desempeño de las labores para las cuales fue contratado, buscando prever cualquier situación que agrave dicha deficiencia; sin embargo, como hemos comentado, la imposibilidad práctica de extinguir el vínculo laboral con los trabajadores que presenten alguna deficiencia sobrevenida, por el simple hecho de no contar con una entidad reguladora que acredite la incapacidad del

trabajador para el desarrollo de sus labores- siendo nada tratado las enfermedades mentales.

Adicionalmente, otra incidencia de dicha utilidad práctica, deviene directamente en el perjuicio económico del empleador que deberá mantener en la planilla, sin posibilidad de asignarle una función, al trabajador que presenta ciertas deficiencias que no han podido ser ajustadas o reubicadas, lo que probablemente conlleve a que el trabajador, consciente de ello, presente su renuncia o busque extinguir el vínculo laboral de mutuo disenso, caso contrario el empleador deberá seguir abonando las remuneraciones y beneficios que por ley le corresponden a dicho trabajador, enclaustrando una relación que pudo ser extinguida.

Por tanto, vemos la importancia de modificar la norma que habilita al empleador a extinguir el vínculo laboral con un trabajador que presente deficiencias/incapacidades, luego, claro, de realizado los ajustes y reubicación requerida, pues no solo porque tiene incidencia en la gestión del empleador sino también porque dicha situación podría agravar el estado de salud del aquel trabajador, lo que conllevaría a que si bien los legisladores buscan proteger y resguardar la conservación en el empleo de dicho grupo, dicha protección podría tener consecuencia fatales para estos.

Capítulo III: Análisis de los temas desarrollados, conclusiones y propuestas.

A manera de resumen, reiteramos que la finalidad del presente artículo académico es tratar de entender y, de ser el caso, ratificar la existencia de una inaplicación práctica de una de las causas tipificadas en la normativa laboral peruana para proceder con un despido denominado justo que extinga el vínculo laboral entre un trabajador y su empleador, debido a la falta de capacidad del aquél para el trabajo.

Por lo que, teniendo en consideración que, la definición de dicha causal y del concepto que emplea, esto es, incapacidad, ha ido cambiando a lo largo del tiempo, a través del primer acápite hemos desarrollado cuál es la terminología adecuada dentro del bagaje de conceptos que a nivel salud, sociolaboral, previsional, esto es, un análisis interdisciplinario que busca armonizar dichos conceptos hacia el más adecuado para efectos laborales.

Así, luego de la diversa doctrina interdisciplinaria que desarrollamos, concluimos que los términos discapacidad, incapacidad y deficiencias, son las más adecuados para tratar la controversia del presente artículo y, porque además debemos tener en cuenta que dichas acepciones son guiadas por el modelo social que gira en torno a la discapacidad.

De esa forma, los conceptos antes mencionados son propuestos a la luz del enfoque social implícito que conlleva cada uno de ellos. Por lo que, dicho modelo se encuentra vinculado con aquellos valores principales que se sustentan en los derechos humanos, esto es, aquellos derechos ius cogens como son la dignidad humana y la igualdad.

Atendiendo a ello, en dicho capítulo también desarrollamos cuáles fueron las acepciones recogidas por la legislación peruana y los alcances que el legislador quiso brindarles sobre la base del enfoque social que alberga a la discapacidad.

Así, entre la normativa relevante se hace mención a la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, mediante la cual se modificó y complementó en inciso a) del artículo 23 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, adecuando de esa forma una norma que mantenía conceptos vinculados a las deficiencias/incapacidades desde una perspectiva desfasada.

De esa manera, concluimos que si bien la normativa mencionada en el referido capítulo busca garantizar la protección e inclusión de las personas con discapacidad, lo cierto es que, todavía existen ciertos puntos que no llegan a convivir, a fin de encontrar una

solución que represente el desarrollo de una vida de oportunidades para las personas con discapacidad sino también una vida digna y segura, lo cual podrá advertirse de la lectura del artículo 33° del Reglamento de la Ley de fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, el cual dispone que el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas, deberá ser debidamente certificado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta Médica designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Finalmente, en dicho capítulo nos preguntamos ¿quién tiene la condición de discapacitado? Ante ello, concluimos que la incapacidad en el desarrollo del trabajo, en términos previsionales y asistenciales, está vinculada a la deficiencia medible, debido a los porcentajes de menoscabo que indica la mayoría de normativa, y a la incidencia de dicha incapacidad en la percepción de ingresos, no siendo la repercusión que dicha deficiencia tenga para el desarrollo habitual del trabajo un requisito a ser considerado.

Por tanto, desde una perspectiva terminológica, existe una falta de armonía conceptual que se ve reflejada en los distintos cuerpos normativos a nivel nacional, los cuales han empleado distintas acepciones vinculadas a la discapacidad, para fines previsionales, asistenciales, entre otros.

Atendiendo a ello, es lógico concluir que la falta de aplicación de la causal materia del presente artículo, tiene como causa implícita la falta de armonía conceptual entre las distintas normas laborales, pues, en la práctica, ello está íntimamente relacionado a que exista una autoridad que emplee de forma correcta dichas acepciones y con ello emitan un informe que, de acuerdo a sus procedimientos, no está regulado.

Habiendo analizado el mundo terminológico vinculado a la discapacidad, en el segundo capítulo aterrizamos dicha conclusión a la causal que nos compete para el presente artículo académico. De esa forma, tal como hemos señalado, el inciso a) del artículo 23° de la LCPL, señala que, son entre otras causas justas de despido relacionadas 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, 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.

Reglamentando dicha causal, el artículo 33° del Reglamento de la Ley de fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, dispone que el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas, deberá ser debidamente certificado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta Médica designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Por tanto, el empleador no podrá extinguir el vínculo con el trabajador de manera automática, luego de haber realizado los ajustes razonables y la reubicación correspondiente sin éxito, debido a que necesariamente tendrá que acreditar el detrimento del trabajador a través de un informe médico correspondiente que solo podrá ser realizado por las entidades referidas y no por una entidad privada.

Esto, definitivamente, nos lleva a mencionar la segunda causa que conlleva la inaplicación de la causal materia del presente artículo. En efecto, la carencia de un procedimiento por parte de las autoridades competentes, a efectos que ratifiquen la falta de capacidad del trabajador, derivada de una deficiencia/incapacidad, para el desarrollo de las labores por las cuales fue contratado, implica que en la práctica los empleadores no puedan invocar dicha causal legal de despido. Así, dicha carencia trae como consecuencia las implicancias negativas que podría tener para el trabajador y el empleador vinculado a los derechos constitucionales implicados, tales como, el derecho al trabajo, el derecho a la salud y la libertad de empresa.

Entonces, advertidos los problemas que existen en torno a la causal materia del presente artículo y habiendo comentado las conclusiones/ causas que inciden en la inaplicación de dicha causal para la extinción del vínculo laboral, a continuación, propongo algunas propuestas legislativas y sociales que podrán coadyuvar a resolver la encrucijada que deriva de la extinción del vínculo con aquellas personas que presentan deficiencias sobrevenidas en el devenir del vínculo laboral:

1. Una nueva reforma legislativa del artículo 23° del la LPCL que incluya el término incapacidad, con la finalidad que tenga consonancia con las demás normas en materia previsional y salud.
2. La modificación del artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, en el cual se varíe las instituciones de salud que puedan emitir el informe correspondiente que certifique la incidencia de la incapacidad sobre el desarrollo

de las labores del trabajador, pudiendo ser una entidad de salud privada o el médico ocupacional de la empresa, siendo tan solo ratificado por la Seguridad Social, el Colegio Médico o el Ministerio de Salud. Ello ante la falta de procedimientos por parte de éstas últimas instituciones.

3. La emisión de una norma desde un enfoque de salud, para efectos laborales, mediante la cual se incluyen porcentajes de menoscabo, pero también resultados clínicos ante las enfermedades de naturaleza mental, donde el menoscabo no pueda apreciarse claramente.
4. Finalmente, desde la perspectiva social, las entidades competentes de salud deberán reunirse para encontrar la mejor forma de actualizar sus procedimientos y, con ello, que puedan certificar la ineptitud de un trabajador para el trabajo, bajo responsabilidad de estas ante consecuencias negativas en contra del trabajador.



Conclusiones y Recomendaciones

1. Existe una inaplicación práctica de la causal tipificada en el artículo 23° de la LPCL, lo cual involucra distintos aspectos constitucionales, relacionados a la conservación en el empleo del trabajador, la libertad empresarial del empleador y la dignidad y seguridad y salud de las personas con discapacidad/deficiencias.
2. Podemos concluir que la falta de aplicación de la causal materia del presente artículo, tiene como causa implícita la falta de armonía conceptual entre las distintas normas laborales, pues, en la práctica, ello está íntimamente relacionado a que exista una autoridad que emplee de forma correcta dichas acepciones y con ello emitan un informe que, de acuerdo a sus procedimientos, no está regulado.
3. Como segunda causa que conlleva la inaplicación de la causal materia del presente artículo, es la falta de procedimiento por parte de las autoridades competentes, a efectos que ratifiquen la falta de capacidad del trabajador, derivada de una deficiencia/incapacidad, para el desarrollo de las labores por las cuales fue contratado. Ello implica que en la práctica los empleadores no puedan invocar dicha causal legal de despido.
4. La falta de aplicación práctica de la causal antes mencionada, viene causando la imposibilidad de que el empleador pueda concluir el vínculo laboral con aquellas personas que adquirieron una deficiencia sobrevenida luego de iniciado el vínculo laboral con el empleador, resultando oneroso, preocupante y hasta perjudicial en algunos casos mantener la relación laboral con aquellos; por lo tanto, a través del presente artículo, analizaremos dichas interrogantes buscando entender las mismas e implementar una solución al respecto.
5. Definitivamente, es importante implementar modificaciones legislativas y propuestas sociales que coadyuven a buscar una armonía terminológica de la incapacidad y, además, que en la práctica se pueda invocar como causal de extinción del vínculo laboral sobre la base de un informe que identifique el menoscabo del trabajador y su incidencia en el desarrollo de las funciones para las cuales fue contratado.

Bibliografía

1. ARÉVALO VELA, Javier; ÁVALOS JARA, Oxal
2007 “Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo”. Lima:
Grijley
2. ALBURQUERQUE, Rafael
1988 “Despido, retiro y justa causa”. Lima: Themis Época 2
3. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos
2009 “El principio de continuidad y el despido individual” Libro
homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez / Mario Pasco
Cosmópolis Lima: Laborem: Revista de la sociedad peruana de
derecho del trabajo y la seguridad social, pp. 219-23.

2006 “El despido en el derecho laboral peruano”. Tercera Edición. Lima:
Juristas Editores.
2013 “El despido en el derecho laboral peruano”. Segunda Edición.
Lima: Juristas Editores.
4. BERGAMINO VARILLAS, JUAN
2013 “Discapacidad visual, competencias y empleabilidad en el Perú”
En: <https://doi.org/10.18800/360gestion.201803.004> pp. 85-108.
08 de junio del 2019.
5. BREGAGLIO, CONSTANTINO, GALICIA Y BEYÁ
2016 “Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y
trabalenguas ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar
pensión de invalidez?” Lima: Derecho PUCP N° 77
6. BREGAGLIO, CONSTANTINO Y LENGUA
2016 “Querer no (siempre) es poder: algunos problemas laborales de las
personas con discapacidad en el ordenamiento peruano” Lima:
Derecho y Sociedad N° 47.
7. CADILLO ÁNGELES, Carlos

- 2013 “La extinción de la relación laboral por causas relacionadas con la capacidad del trabajador” Lima: Revista de Derecho Vol. 14.
8. CARRO IGELMO, Alberto José
1957 “El despido justo: Doctrina, legislación y jurisprudencia”
Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
9. CASTRO OTERO, José Ignacio
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 la seguridad social. Lima, octubre 2008.
10. CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio y GALICIA VIDAL, Saulo
2013-2014 “La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas” Lima: Anuario de Investigación del CICAJ Pontificia Universidad Católica del Perú.
11. COTERA CERRON, Romina
2016 “La discapacidad sobreviniente como causa válida de despido”
Lima: Actualidad Jurídica
12. EGEA, Carlos y SARABIA, Alicia
2001 “Clasificación de la OMS sobre discapacidad” En:
https://www.um.es/discatif/METODOLOGIA/EgeaSarabia_clasificaciones.pdf pp. 15-30. 01 de junio del 2019.
13. FITA ORTEGA, Fernando
1997 “La ineptitud como causa de extinción del contrato” Valencia:
Tirant lo Blanch.
14. GONZALO DE LAMA, Manuel
2015 “Causales de despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” Lima: Gaceta Jurídica.
15. GOMEZ V. en BERGAMINO VARILLAS, Juan

- 2018 “Discapacidad visual, competencias y empleabilidad en el Perú”
Lima: Revista de ciencias de la gestión N° 3
16. LENGUA APOLAYA, César
- 2013 “La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre exigibilidad del derecho”
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5238/LENGUA_APOLAYA_CESAR_ACCIDENTE_TRABAJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- 2015 “La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica e impacto en las relaciones laborales” Lima: Palestra Editores.
- 2015 “Causales de despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” Lima: Gaceta Jurídica
17. LUQUE, Paula y VILLANUEVA, Mercedes
- 2017 “La integración laboral de las personas con discapacidad: un estudio de caso” España: Gestión Joven N° 16
18. LUNA, Rosa
- 2008 “La terminología de la discapacidad entre la resematización y la reetiquetación” Boletín de la Academia Peruana de la Lengua N° 45
19. MINGIJON, Jaime
- 2005 “Discapacidad y empleo” En:
https://inaem.aragon.es/sites/default/files/discapacidad_empleo.pdf pp. 7-2011 25 de mayo del 2019.
20. MENDO RUBIO, Celso
- 1990 “Estabilidad Laboral: Ley N° 24514 Casusa justas de despido, calificación y procedimiento” Primera Edición. Lima: Editorial Tricelm S.A.

21. PEYRONE VILLACORTA, Fiorella
2016 “Trabajadores con discapacidad: el cumplimiento del deber de prevención del empleador” Lima: Soluciones Laborales N° 101
22. TSUTOYAMA, Liliana
2014 “La ineptitud sobrevenida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional” Lima: Revista Laborem.
23. ULLOA MILLARES, Daniel
2019 “La acomodación razonable como tutela del trabajador con discapacidad en el régimen laboral peruano” Pro Manuscrito.
24. VICTORIA MALDONADO, JORGE
2013 “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humano” En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Setiembre- Diciembre 2013
25. Organización Internacional del Trabajo
1950 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087.
- 1983 Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (núm. 159)
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304
- 2002 Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT- Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo, Ginebra.
<https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb282/pdf/tmemdw-2.pdf>
26. Organización Mundial de la Salud

- 1976 Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías
<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131983/8486852455-spa.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- 2001 Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf?sequence=1.
- 2011 Informe Mundial sobre la Discapacidad
https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=1
27. Instituto Nacional de Estadísticas e Informática
- 2012 Primera Encuesta Nacional Especializada sobre discapacidad
https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1171/ENEDIS%202012%20-%20COMPLETO.pdf
28. Naciones Unidas
- 2006 Convención sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
29. Ministerio de Trabajo
- Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad Laboral y Competitividad laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003- 97-TR. Diario Oficial El Peruano.
- Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad. Resolución Ministerial N° 171-2019-TR.
- Reglamento de la Ley de fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.
30. Ministerio de Salud

Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobado por Decreto Supremo N° 003-98-SA. Diario Oficial El Peruano.

31. Ministerio de Economía y Finanzas

Reglamento de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 004-98-EF.

32. Congreso de la República

Ley N° 26790- Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Diario Oficial El Peruano.

Ley N° 27050, Ley General de la Personal con Discapacidad. Diario Oficial El Peruano.

Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

33. Presidente de la República

Decreto Legislativo que Promueve la Inclusión de las Personas con Discapacidad - Decreto Legislativo N° 1417.

Decreto Ley N° 19990- Sistema Nacional de Pensiones.

34. Ministerio del Empleo y Seguridad Social- España

Real Decreto Legislativo 2/ 2015- Ley del Estatuto de los Trabajadores.

35. Corte Suprema de Lima

Casación N° 21599-2018-Sullana.

36. Tribunal Constitucional

Expediente N° 00263-2012- AA/TC.

Expediente N° 3116-2009-PA-TC.

Expediente N° 003-2006-PI-TC.

37. Tribunal Supremo de España

Sentencia 315/2012, TSJ de Madrid.