

LA INEPTITUD SOBREVENIDA POR ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD OCUPACIONAL

Liliana Tsuboyama Shiohama⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

En materia de seguridad y salud en el trabajo nuestro país dio un salto muy importante a partir del año 2005, con la publicación del Decreto Supremo N° 009-2005-TR, que aprobó el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, en adelante “SST”, el cual por primera vez exigía a los empleadores de todos los sectores económicos a contar con un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud, así como cumplir con una serie de obligaciones complementarias.

Posteriormente, en el año 2011 se publicó la Ley N° 29783, que en el fondo dio fuerza de ley a estas obligaciones y que empoderaba, en consecuencia, a las autoridades laborales en la tarea de fiscalización en su cumplimiento. A ello se sumaron las consecuencias en el ámbito penal y la posterior creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) con su correlato en el incremento de multas por infracción de obligaciones laborales y la especial consideración de aquellas referidas a la seguridad y salud en el trabajo.

Este año, en julio de 2014, mediante Ley N° 30222, el Gobierno decidió flexibilizar algunas obligaciones de la vigente Ley de Seguridad y Salud

(1) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster de Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Profesora de Derecho Laboral de la Universidad de Lima.

en el Trabajo, como parte de un paquete de medidas destinadas a promover la inversión.

Uno de los temas presentes en las tres normas fue el caso de los trabajadores que, habiendo sufrido un accidente de trabajo y una enfermedad profesional, ya no pudieran continuar desempeñándose en el mismo puesto de trabajo. Dichos trabajadores tienen el derecho a ser transferidos a otro puesto de trabajo; sin embargo, este derecho de transferencia tuvo distintos condicionamientos en estos cuerpos normativos.

Adicionalmente esta situación debe ser analizada conjuntamente con la facultad del empleador de extinguir el vínculo laboral por ineptitud sobrevenida, contemplada en el Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, la LPCL), la Ley General de las Personas con Discapacidad –aprobada mediante Ley N° 29973– y con regulaciones del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo que también han abordado esta situación.

Este trabajo pretende analizar –a la luz de la normativa antes indicada– la problemática de la situación de un trabajador afectado por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y que no pueda continuar desempeñándose en el mismo puesto de trabajo producto de dicha discapacidad.

II. MARCO NORMATIVO

1. Ineptitud sobrevenida como causa de extinción de la relación laboral

El texto original del literal a) del artículo 23 de la LCPL establecía como causa justa de despido, relacionada con la capacidad del trabajador, “el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas”. Este detrimento o ineptitud sobrevenida debe ser certificado por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador⁽²⁾. Además, si el trabajador se niega injustificadamente a someterse a los referidos exámenes médicos, se entendía como aceptada la causa justa de despido.

(2) Artículo 33 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo.

El despido por ineptitud sobrevenida debe seguir el procedimiento establecido en la LPCL, que consiste en notificar al trabajador el haber incurrido en la causal y darle 30 días naturales para que pueda ejercer su derecho de defensa. Posteriormente el empleador podrá o no tomar la decisión del despido.

Mediante la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 24 de diciembre de 2012, se sustituyó el literal a) del artículo 23 de la LPCL, quedando la causal de causa justa de despido con el texto siguiente:

“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 decir, conforme a esta modificación, la ineptitud sobrevenida solo puede ser considerada como causa justa de despido si previamente:

- El empleador ha realizado los ajustes razonables correspondientes en el puesto de trabajo para que el trabajador pueda continuar sus funciones no obstante la deficiencia sobrevenida;
- Se ha verificado que no existe otro puesto vacante al cual pueda ser transferido el trabajador afectado por la ineptitud; y,
- Se ha verificado que, de darse la posibilidad de poder transferir al trabajador a otro puesto, este podría conllevar un riesgo para la seguridad y salud del trabajador o de terceros.

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.

2. El despido por ineptitud sobrevenida en el marco normativo del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)

El SCTR es una cobertura adicional que poseen los trabajadores que desarrollan una actividad calificada como riesgosa, consistente en prestaciones de salud –a través de Entidades Prestadoras de Salud o EsSalud– y prestaciones económicas –a través de compañías de seguro o la Oficina de Normalización Previsional (ONP)–, que pudieran ser necesarias con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional producto del desempeño laboral en la actividad riesgosa.

Al regular las pensiones por invalidez, las Normas Técnicas del SCTR, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 003-98-SA, establecen que en caso de un trabajador con invalidez –causada por una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo– inferior al 50 % y superior al 20 %, es decir, una invalidez parcial permanente, el empleador queda prohibido de cesar al trabajador basado en su condición de invalidez (artículo 18.2.4).

Bajo esta normativa entonces, se prohíbe expresamente al empleador cesar a un trabajador que haya incurrido en una invalidez parcial permanente a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional derivado del ejercicio de una actividad considerada como riesgosa. Aquí podemos apreciar una colisión con el artículo 23-a) de la LPCL, la cual analizaremos posteriormente.

Cabe señalar que ha existido jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁽³⁾ que ha considerado como base legal para sustentar una reposición, el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, aun cuando por un tema de jerarquía contraviene la LPCL.

3. Derecho de reubicación del trabajador según el régimen legal de Seguridad y Salud en el Trabajo

Otro cuerpo normativo que viene incidiendo en el tema de las consecuencias de una ineptitud sobrevenida es el que regula la Seguridad y Salud en el Trabajo.

(3) Sentencia recaída en el Exp. N° 10422-2006-PA/TC de 16 de enero de 2007. Considerando 10. “Además 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 emplazada 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.

El derogado Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR, estableció el derecho de los trabajadores a ser transferidos, en caso de accidente de trabajo o de enfermedad ocupacional, a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, siempre y cuando exista. 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.

Posteriormente la Ley de SST, Ley N° 29783, replicó este derecho de preferencia, sin embargo, eliminando la condición de la existencia de otro puesto de trabajo. Es decir, se imponía la obligación de transferencia a otro puesto de trabajo, existiera o no aquel (artículo 76). Además, se agrega que tal transferencia no debe afectar los derechos remunerativos ni la categoría del trabajador.

En julio de 2014, esta norma fue modificada por la Ley N° 30222, que exceptuó del derecho de transferencia a aquellos trabajadores que fueran afectados con una invalidez absoluta permanente, guardando así coherencia con la LPCL, que incluye como causal de extinción de pleno derecho de la relación laboral a la invalidez absoluta permanente.

Visto este panorama legislativo, pasemos a analizar la problemática jurídica que ello genera.

III. INEPTITUD SOBREVENIDA COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO APLICABLE A TODOS LOS TRABAJADORES EN GENERAL

Como se ha señalado líneas arriba, el artículo 23 inciso a) de la LPCL establece, como causa justa de despido vinculada 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”.

Así, para poder extinguir la relación laboral de un trabajador con una deficiencia sobrevenida, se requiere lo siguiente:

- i) Que exista una deficiencia sobrevenida;
- ii) Que el empleador haya realizado ajustes razonables al puesto de trabajo;
- iii) Que no obstante ello la deficiencia impida el desempeño de las tareas de trabajador;
- iv) Que no exista posibilidad de transferir al trabajador a otro puesto de trabajo por cuanto:
 - a. No hay puesto vacante; o,
 - b. Habiéndolo, el puesto implica riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.

1. La deficiencia física, intelectual, mental o sensorial debe ser sobrevenida

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “sobrevenir” significa “Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra”.

Ello conlleva a que la deficiencia que puede dar origen al despido al trabajador debe ser una que se haya producido con posterioridad al inicio de la relación laboral, pues si se trata de una característica que el empleador conoció al momento de su contratación, se entiende que fueron aceptadas por aquel como parte de las características del trabajador, más aún cuando el empleador pudo haber verificado durante el periodo de prueba la aptitud del trabajador pese a dichas deficiencias⁽⁴⁾.

(4) “(...) la existente y conocida con anterioridad a la superación de un periodo de prueba no podrá invocarse luego, pues el mismo subsana la ineptitud originaria, al venir obligado el empresario, (...), a realizar las experiencias necesarias para poder conocerlas y detectarlas (SALA); salvo que, naturalmente, la misma fuera ocultada dolosamente por el trabajador (ALONSO OLEA)”. “(...) esta causal solo opera cuando la afectación de la capacidad laboral del trabajador es sobrevenida al inicio de la relación laboral, no pudiendo invocarse la falta de aptitud que pudiera haber existido antes de cumplirse el periodo de prueba, pues en tal caso, tuvo el empleador la posibilidad de comprobar las aptitudes del trabajador y extinguir libremente el contrato.” (BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. *El Despido Individual por Causa Justa*. 2ª ed., ARA Editores, Lima, 2006, p. 139. MOLERO MANGLANO, Carlos (Dir.). *Estructura del Contrato de Trabajo. (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*. Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pp. 706-707

2. La deficiencia física, intelectual, mental o sensorial debe ser de carácter permanente

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.

En efecto, de tratarse de una incapacidad de carácter temporal, estaríamos frente a una causal de suspensión y no una de conclusión de la relación laboral, conforme lo establece el literal a) del artículo 12 de la LPCL. El artículo 13 de la LPCL distingue entre la invalidez absoluta temporal y la invalidez parcial temporal. La primera suspende la relación laboral por el tiempo de su duración; la segunda solo suspende la relación laboral si impide el desempeño normal de las labores por el trabajador. Igualmente debe ser declarada por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

3. La deficiencia física, intelectual, mental o sensorial no debe ser de carácter absoluto

La causal de despido por ineptitud sobrevinida regulada en el artículo 23 de la LPCL no está referida a una incapacidad absoluta para el desempeño de labores por el trabajador, ni tampoco permanente, como pudimos señalar en el numeral anterior. Ello debido a que la incapacidad absoluta y permanente constituye una causa per se de extinción de la relación laboral, regulada en el literal e) del artículo 16 de la LPCL.

Es más, la verificación de una invalidez absoluta y permanente determinará la conclusión de pleno derecho de la relación laboral.

En tal medida, la causal bajo análisis está referida entonces a la existencia de una deficiencia física, intelectual, mental o sensorial que sea parcial y permanente.

4. La causa de la ineptitud sobrevinida debe ser imputable al trabajador, pero sin que medie intencionalidad de su parte

La afectación del trabajador en el rendimiento de sus funciones debe ser provocada por una deficiencia que sea imputable a su estado físico-mental, pero que se produzca sin intencionalidad de su parte, es decir, no debe mediar voluntad de parte del trabajador en reducir su desempeño laboral.

En efecto, de mediar una disminución deliberada en el rendimiento del trabajador, nos encontraríamos frente a una falta disciplinaria que puede

dar lugar al despido del trabajador, prevista en el literal b) del artículo 25 de la LPCL, pues al ser el trabajador un agente activo en la disminución de su rendimiento, quebranta la buena fe que debe existir en la relación laboral, no pudiéndose tolerar este actuar dañino al interior del centro de trabajo.

5. El empleador debe haber realizado previamente ajustes razonables en el puesto de trabajo del trabajador que padece la deficiencia sobreviniente

El artículo 23-a) de la LPCL exige también que el trabajador haya realizado ajustes razonables en el puesto del trabajador que adolece de la ineptitud sobrevinida, antes de determinar si no se encuentra apto para continuar desarrollando sus funciones en la misma posición.

Recuérdese que este requisito para la terminación por causa justa de la relación laboral por ineptitud sobrevinida fue incorporado por la Ley General de la Persona con Discapacidad, aprobada mediante Ley N° 29973, ley cuyo artículo 50 estableció el derecho de las personas con discapacidad 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”.

Se establece la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Mintra) asesore y oriente a los empleadores en los criterios para la ejecución de los ajustes razonables para las personas con discapacidad. Asimismo, se señala que los empleadores están obligados realizar los ajustes razonables, salvo si ello constituye una carga económica excesiva, según los criterios que fije el Mintra.

Al mismo tiempo esta obligación sigue la misma línea de lo regulado por el artículo 64 de la Ley de SST, que exige al empleador garantizar la protección de los trabajadores en situación de discapacidad, cuyas especiales características deben ser consideradas en las evaluaciones de riesgos y en la adopción de medidas preventivas y de protección.

6. Pese a los ajustes razonables realizados por el empleador, la deficiencia física, intelectual, mental o sensorial debe impedir el desempeño del trabajador

a) Obligación de realizar ajustes razonables al puesto de trabajo para permitir el desarrollo laboral del trabajador que adolece de la deficiencia

La obligación de realizar ajustes razonables al puesto de trabajo viene dada por la Ley General de la Persona con Discapacidad,

como parte de su finalidad de procurar el acceso de la persona con discapacidad a un puesto de trabajo y mantenerse en él. Así, el artículo 50 de la Ley otorga a las personas con discapacidad el derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo, que incluye, entre otros, la adaptación de las herramientas de trabajo, reorganización del trabajo y horarios.

El empleador queda eximido de esta obligación si se demuestra que la aplicación de estas medidas implican una carga económica excesiva, según los criterios que al efecto fije el Mintra. Como veremos más adelante, el matiz 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⁽⁵⁾.

Consideramos que reglamentariamente debiera darse mayores pautas a lo que se entiende por ajustes razonables, pues será muy complejo que la Autoridad de Trabajo pueda establecer criterios aplicables para los distintos casos que pudieran suscitarse en el día a día de las actividades laborales, que involucren la realización de ajustes en el centro de trabajo. Además, no solo importará en gran medida la participación de diversos especialistas sino también de aquellos profesionales que puedan determinar de manera equitativa hasta qué punto resulta a una empresa técnica y económicamente viable la operatividad de tales ajustes.

La fiscalización de las eventuales medidas que pudiera tomar el empleador también deberá ser llevada a cabo por inspectores con capacitación en esta materia, con conocimiento del procedimiento productivo o industrial del empleador, de sus principales maquinarias y equipos, de las discapacidades, entre otros. Este mismo conocimiento lo debieran tener también los miembros del Poder Judicial que en algún momento tuvieran que hacer frente a conflictos derivados de supuestos ceses o movilidad de personal basados en la causal bajo análisis.

(5) Artículo 76.- Adecuación del trabajador al puesto de trabajo. 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.

b) La deficiencia debe estar directamente relacionada con el desempeño del trabajador

Dado que la justificación de la causal de despido bajo análisis es que el trabajador ya no pueda desarrollar sus actividades habituales en el centro de trabajo, es requisito indispensable entonces que la deficiencia que padezca en efecto no le permita desempeñarse en su puesto de trabajo. Es decir, la deficiencia debe estar directamente relacionada con su aptitud para ejecutar sus labores, a pesar de los ajustes realizados por el empleador.

Debe tenerse en cuenta la importancia que reviste la deficiencia física del trabajador a efectos laborales más que la discapacidad en sí. Es decir, lo que es de relevancia en este caso es la ausencia parcial o total de las aptitudes para desempeñarse en un determinado puesto de trabajo, más que la discapacidad en sí. Esta línea es la que declara la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT) al momento de definir la invalidez, término con el cual esta organización se refiere a lo que conocemos comúnmente como discapacidad.

Tal como señala Lengua, “el aspecto de la discapacidad que busca proteger la OIT es aquella que limita la perspectiva profesional de la persona en las tres fases mencionadas: en la oportunidad de acceder a un empleo, en la de conservación del empleo y en la oportunidad de progresar en un empleo”⁽⁶⁾. Es decir, dado que es parte de la naturaleza humana integrarse a la comunidad y siendo una forma de dicha inclusión la posibilidad de contar con un trabajo, la medición de la discapacidad de un individuo en función de sus aptitudes para desempeñarse adecuadamente en un entorno laboral resulta totalmente ajustada a la realidad.

En tal sentido, resulta justificada la exigencia de relacionar de manera directa a la deficiencia física del trabajador con su desempeño laboral.

c) Determinación de la deficiencia del trabajador

De otro lado, tenemos que, de acuerdo a la normativa general vigente la aptitud para el trabajador deberá ser determinada por

(6) LENGUA APOLAYA, César. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del Derecho”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 71.

EsSalud, el Ministerio de Salud o una Junta del Colegio Médico, a solicitud del empleador. El informe médico que cualquiera de estas entidades emita deberá, asimismo, indicar la aptitud o no del trabajador para el desempeño de sus actividades habituales.

Existe otro factor que debe ser tomado en cuenta al momento de tratar con estos informes médicos, la cual está referida a las exigencias impuestas por la Ley de Protección de Datos Personales, aprobada mediante Ley N° 29733, que establece la información relacionada con la salud de una persona como un dato personal de carácter sensible, es decir, que reviste de una protección especial, por lo que tienen el carácter de confidencial. Ello significa, a nuestro entender, que el reporte médico al que deberá tener acceso el empleador en este caso es uno que concluya sobre la aptitud o no del trabajador para desempeñar el puesto de trabajo correspondiente, por cuanto consideramos que con ello se cumpliría con la finalidad de la norma de contar con un reporte médico que determine la relación de la deficiencia del trabajador con su desempeño laboral. Adicionalmente, el médico ocupacional debiera prescribir también las medidas necesarias para que el trabajador pueda desarrollarse integralmente en el centro de trabajo, de ser necesario en función de dicha evaluación.

Este pensamiento va de la mano con lo establecido en la Ley de SST, en el sentido que los resultados de los exámenes médicos que al amparo de este régimen normativo se someta al personal son confidenciales, por lo que el único facultado para tener acceso a ellos es el propio trabajador, además del médico del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, informándose al empleador solo sobre las condiciones generales del estado de salud del personal⁽⁷⁾.

En consecuencia, el informe médico deberá necesariamente indicar si la deficiencia que padece el trabajador (sin entrar en detalle), es determinante o no para el ejercicio de sus funciones.

(7) Artículo 102 del Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR. “De acuerdo a lo previsto en el artículo 71 de la Ley, los resultados de los exámenes médicos deben ser informados al trabajador únicamente por el médico del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, quien le hará entrega del informe escrito debidamente firmado. Al tratarse de una información de carácter confidencial, el médico informa al empleador las condiciones generales del estado de salud de los trabajadores, con el objetivo de diseñar medidas de prevención adecuadas”.

7. No existe otro puesto de trabajo vacante a donde transferir al trabajador

Otro de los requisitos exigidos por el literal a) del artículo 23 de la LPCL es procurar, antes de tomar la medida extrema de separar al trabajador afectado por la ineptitud sobrevenida, disponer su transferencia, siempre que exista un puesto vacante para ello.

El derecho de transferencia del trabajador parte del principio que debe promoverse que toda persona que adolezca del algún tipo de discapacidad se mantenga integrado a la sociedad, lo cual se manifiesta laboralmente imponiendo garantías para su acceso al trabajo, su promoción y su mantenimiento en él. En efecto, la Recomendación 99 de la OIT, formula, como medida para aumentar las oportunidades de empleo de los trabajadores con discapacidad, el que las autoridades gubernamentales estimulen la transferencia de los trabajadores que adolezcan de una disminución en sus capacidades⁽⁸⁾.

Posteriormente, el Convenio N° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), ratificado por el Estado peruano el 19 de junio de 1986, confirma, como parte de la readaptación profesional de los trabajadores “inválidos”⁽⁹⁾, la conservación de un empleo adecuado y el progreso en el mismo, con la finalidad, reiteramos, de integrar a la persona discapacitada en la sociedad.

Ello va de la mano también con la Ley General de la Persona con Discapacidad –que introdujo justamente la modificación al artículo 23 de la LPCL–, cuyo propósito es la promoción, entre otros, de la “inclusión plena y efectiva [de la persona discapacitada] en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica (artículo 1)”

Ahora bien, el derecho de un trabajador con una deficiencia física para ser transferido a otro puesto de trabajo tiene una limitación, que viene dada por la existencia o no de un puesto vacante para ello. Es decir, el derecho de transferencia solo se activa siempre que, de no adaptarse el trabajador con una deficiencia en un puesto de trabajo al que previamente se le aplicaron

(8) Recomendación 099 sobre Adaptación y Readaptación Profesionales de los Inválidos, adoptada el 22 de junio de 1955. VII. Medidas para aumentar las oportunidades de empleo de los inválidos. 30. (d) Medios para 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.

(9) En el marco de la normativa de la OIT, se denomina persona “inválida” a aquella “cuyas posibilidades 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”.

los ajustes necesarios, exista otro puesto de trabajo en el cual la persona pueda desempeñarse de manera adecuada.

Este presupuesto implica pues dos elementos:

- i) que exista un puesto de trabajo donde el trabajador afectado por la deficiencia pudiera desempeñarse de manera adecuada; y,
- ii) que dicho puesto de trabajo se encuentre vacante, pues lo que tampoco se pretende es afectar el empleo de otros trabajadores –que pudieran ser discapacitados o no– para reubicar al trabajador con discapacidad.

No obstante ello, a la luz de las corrientes jurisprudenciales existente en nuestro sistema jurídico, es muy importante que el empleador se encuentre en plena capacidad de demostrar que agotó todos los escenarios posibles y que, pese a ello, no pudo concretar la transferencia del trabajador. De lo contrario, si el empleador no es íntegramente tajante en esta demostración, se entenderá que infundado el cese que pudo haber llevado a cabo basado en la ineptitud sobrevenida de un trabajador.

IV. INEPTITUD SOBREVENIDA ORIGINADA POR UN ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD OCUPACIONAL EN EL MARCO LEGAL DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

1. Artículo 76 de la Ley N° 29783

En el marco de la legislación en materia de SST la consecuencia primaria ante un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional que incapacite al trabajador para desempeñarse en su posición habitual, es la reubicación del trabajador. Veamos.

El artículo 76 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo dispone que “los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de su categoría, salvo en el caso de invalidez absoluta permanente”. A tal efecto, previo al traslado “el empleador debe asegurarse que el trabajador cuenta con información y competencias suficientes para desarrollar de

manera segura y sana su labor, en caso contrario, deberá proceder a la capacitación respectiva previo al inicio de las labores”⁽¹⁰⁾.

Si bien es cierto la norma citada no lo señala expresamente, entendemos que aquella parte de los presupuestos siguientes:

- Un trabajador ha sufrido un accidente de trabajo o sufre de una enfermedad ocupacional;
- El accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional le han ocasionado una discapacidad;
- Esta discapacidad no es absoluta ni permanente;
- El empleador ha realizado los ajustes razonables en el puesto de trabajo; y,
- La discapacidad le impide al trabajador desarrollarse adecuadamente en su puesto de trabajo habitual –pese a los ajustes efectuados–, generando, por lo tanto, un riesgo para su seguridad y salud.

En consecuencia, estamos también frente a un supuesto de ineptitud sobrevenida, similar al regulado por el artículo 23 de la LPCL. Sin embargo, las consecuencias en esta situación son diferentes.

Efectivamente, mientras que el artículo 23 la ineptitud sobrevenida por causa distinta a accidente de trabajo o enfermedad ocupacional podría constituir una causa justa de despido, bajo la Ley de SST esta ineptitud impone al empleador la obligación de transferir al trabajador a otro puesto de trabajo que sea menos riesgoso y previa la capacitación correspondiente.

De esta manera, tal cual se encuentra regulada esta materia en la actualidad, la ineptitud sobrevenida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional no supondrá en ningún modo el cese del trabajador, sino su transferencia a otro puesto de trabajo.

2. Efecto legal de una ineptitud sobrevenida producida por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional: transferencia a otro puesto de trabajo

En primer lugar, debemos prestar especial atención a la denominación que se otorga al artículo 76: “Adecuación del trabajador al puesto de

(10) Artículo 108 del Decreto Supremo N° 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de SST.

trabajo”. No se trata, como vimos en el caso de la ineptitud sobrevenida por un motivo distinto al accidente de trabajo y la enfermedad ocupacional, de la adaptación del puesto de trabajo a la nueva situación del trabajador; sino al revés, la adecuación del trabajador al puesto de trabajo.

No obstante ello, consideramos que se mantiene la obligación del empleador de realizar cambios en el puesto de trabajo para que el trabajador que adolezca de alguna discapacidad pueda desempeñarse nuevamente en su posición habitual. En efecto, en este caso deben aplicarse simultáneamente también el artículo 50 de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad –que dispone la realización de ajustes razonables en el puesto de trabajo de la persona con discapacidad– y el artículo 64 de la Ley de SST que obliga al empleador a brindar una protección especial a los trabajadores en situación de discapacidad, lo cual debe ser tomado en cuenta en las evaluaciones de riesgos, para la aplicación de medidas preventivas y de protección necesarias.

De esta manera, ante la situación de un trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional que le cause una ineptitud para desempeñarse en su puesto de trabajo, el empleador se encuentra en la obligación de realizar los ajustes necesarios y razonables en el puesto de trabajo para equilibrar la situación del trabajador.

Se entiende que, si aun realizado los cambios el trabajador no puede desenvolverse adecuadamente, de conformidad con el artículo 76 de la Ley de SST, se dispone directamente la transferencia del trabajador a otro puesto de trabajo, asumiéndose entonces en este caso que es el empleador quien tiene que ubicar un puesto de trabajo acorde con la nueva situación del trabajador.

La legislación específica en materia de SST no contempla, pues, la posibilidad de cesar al trabajador con una ineptitud sobrevenida con motivo de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, sino solo la transferencia a otro puesto de trabajo.

Sin embargo, ¿qué sucedería si el empleador no cuenta con otro puesto de trabajo donde poder reubicar al trabajador? Lamentablemente la norma no se pone en tal supuesto y, salvo que sea demostrable que su aplicación es de imposible cumplimiento, el empleador debe procurar a toda costa acatarla. Es más, recuérdese que el artículo 69⁽¹¹⁾ del derogado Reglamento

(11) Artículo 69.- 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. [subrayado agregado].

de SST, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR, otorgaba también el derecho de transferencia a los trabajadores que adolecían de una discapacidad originada por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Sin embargo el derecho de transferencia estaba condicionado a la existencia de otro puesto de trabajo en el que el trabajador pudiera desarrollarse.

En tal sentido, habiéndose derogado expresamente esa posibilidad, se manifiesta la voluntad del legislador en el sentido de que el derecho de transferencia debiera materializarse siempre, aun cuando no exista un puesto de trabajo vacante en el empleador al momento de detectarse la contingencia.

Por lo tanto, en caso de ineptitud sobrevenida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, lo que corresponde es realizar los ajustes razonables al puesto de trabajo del personal afectado y, de continuar con la ineptitud para dicha posición, transferirlo a otro puesto de trabajo idóneo.

3. El tratamiento de la invalidez parcial permanente según las Normas Técnicas del SCTR

Como mencionamos al inicio del presente trabajo, el artículo 18.2.4 de las Normas Técnicas del SCTR, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 003-98-SA, prescribe que, en caso de invalidez parcial permanente inferior al 50 % pero igual o superior al 20 %, el empleador se encuentra prohibido de prescindir de los servicios del trabajador basado en su condición de invalidez.

Al respecto, consideramos que por el principio de jerarquía normativa, se deberá preferir lo establecido en las normas de rango legal, por lo que en el supuesto de invalidez parcial permanente deberá tenerse en cuenta el análisis efectuado para el caso de la ineptitud sobrevenida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

V. CONCLUSIONES

- i) La ineptitud sobrevenida como causa de extinción de la relación laboral es objeto de diversas regulaciones, las cuales se

aplicarán en función del origen de la ineptitud, básicamente si se produjo o no a raíz de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

- ii) En el caso de un despido por justa causa por una ineptitud no originada en un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional, debe seguirse lo establecido en el artículo 23-a) de la LPCL, el cual faculta el despido del trabajador siempre que el empleador demuestre que:
- La ineptitud fue sobrevenida;
 - No obstante que realizó ajustes razonables en el centro de trabajo, persistió la ineptitud del trabajador para el desempeño en dicha posición;
 - No existió otro puesto de trabajo vacante a donde reubicar al trabajador.
- iii) En el caso de un trabajador que haya devenido en incapaz para desarrollarse habitualmente en su puesto de trabajo a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, debe ser de aplicación el artículo 76 de la Ley de SST, el cual no prevé el cese en este tipo de situaciones, sino más bien hace énfasis en la reubicación del trabajador en otra posición dentro del empleador.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido individual por causa justa*. 2ª ed., ARA Editores, Lima, 2006.

CASTRO OTERO, Jorge Ignacio. “La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente”. En: *Laborem*. N° 8, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2008.

LENGUA APOLAYA, César. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del Derecho”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

MOLERO MANGLANO, Carlos (Dir.). *Estructura del contrato de trabajo. (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*. Editorial Dykinson, Madrid, 1997.