

# ESTABILIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD: ACERCA DE LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN EN EL EMPLEO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

---

MICHAEL VIDAL SALAZAR<sup>(1)</sup>

---

## I. INTRODUCCIÓN

---

La Ley N° 29973 - Ley sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Ley), en la línea de lo establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha introducido al ordenamiento peruano una serie de disposiciones que buscan la protección del discapacitado, en varios ámbitos, entre ellos el laboral.

Lo interesante del tema es observar como dichas normas se han tenido que acoplar a las disposiciones ya existentes en materia de empleo (en especial con relación a la extinción del vínculo laboral), o para graficarlo mejor, como las disposiciones ya existentes se han tenido que adaptar a la nueva normativa.

El presente trabajo busca revisar las novedades introducidas por la Ley y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP (en adelante, el Reglamento), y como las mismas han introducido cambios al esquema de estabilidad laboral regulado en nuestro ordenamiento.

---

(1) Profesor de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente Senior del Área Laboral (Human Capital) de Ernst & Young (EY). Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

## II. DERECHO AL TRABAJO Y DISCAPACIDAD: LA CUOTA MÍNIMA Y EL ACCESO AL EMPLEO

---

Para introducirnos en la materia, sería importante primero revisar la definición legal de “persona con discapacidad”. Al respecto, siguiendo lo previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 1), el artículo 2 de la Ley señala que se trata de “aquella persona que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

A continuación, en su artículo 3, la Ley empieza por describir la protección general que guía la regulación contenida en ella, indicando que “la persona con discapacidad tiene los mismos derechos que el resto de la población, sin perjuicios de las medidas específicas establecidas en las normas nacionales e internacionales para que alcance la igualdad de trato. El Estado garantiza un entorno propicio, accesible y equitativo para su pleno disfrute sin discriminación”. Queda claro, pues, que todo trato diferenciado de la persona con discapacidad solo tendrá justificación en tanto tenga como objetivo brindarle una situación de igualdad frente a los no discapacitados.

Este es el ámbito en que se mueve la regulación contenida en la Ley, y que aterriza en el ámbito laboral señalando que “la persona con discapacidad tiene derecho a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás, en un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneraciones por trabajo de igual valor, y con condiciones justas, seguras y saludables”. En el citado artículo se refleja la consagración a favor de la persona con discapacidad de varios derechos laborales, de los que es titular en su condición de persona, pero que el legislador ha considerado necesario ratificar considerando su especial situación.

Entre los derechos mencionados se encuentra el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad (en distintas manifestaciones: condiciones, oportunidades, remuneración) y la libertad de trabajo.

Considerando los objetivos del presente trabajo, nos centraremos en el derecho al trabajo, el mismo que es reconocido en el artículo 22 de la Constitución cuando señala que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional (TC) en la STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, la citada disposición constitucional tiene un doble

contenido que comprende el “acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho de no ser despedido sino por causa justa” (f. j. 12).

El TC sigue así la línea de lo establecido por el Tribunal Constitucional Español, el cual, en su STC N° 22/81, reconoce el doble contenido del derecho al trabajo, pero dando un carácter más amplio a la parte privada, al referirse a “conservar el puesto de trabajo que se tiene”. Coincide además con lo señalado por Neves Mujica, para quien el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución contiene a su vez el derecho a acceder a un empleo y el derecho a conservarlo. Con relación a lo primero, el autor considera que el citado derecho puede referirse a un puesto genérico o a un puesto específico. Sobre lo segundo, considera que la conservación del empleo coincide parcialmente con uno de los sentidos de la estabilidad laboral: la prohibición del despido injustificado (estabilidad de salida), prohibición que alcanzaría incluso a cualquier otra forma de extinción de la relación laboral no surgida de la voluntad del trabajador<sup>(2)</sup>.

De hecho, la Ley se ha preocupado por cubrir tanto la parte referida al acceso al trabajo, como de la conservación del empleo. Con relación a lo primero, regula una serie de condiciones que incentivan la contratación de personal discapacitado, siendo la más importante el establecimiento de cuotas de empleo mínimas, que en el caso de las entidades públicas asciende al 5 % de la totalidad del personal, mientras en el caso de empleadores privados con más de 50 trabajadores asciende al 3 % (art. 49).

Esta cuota mínima (que empezará a aplicarse a partir de enero de 2015) ha sido objeto de críticas, en especial en lo referido a los empleadores privados, a los que se les impone un porcentaje de contratación que se considera un tanto elevado, y que podría constituir una limitación para el cumplimiento de lo dispuesto por la norma.

En atención a ello, el Reglamento establece que, si de la fiscalización correspondiente se determina que un empleador no ha cumplido con la cuota (que además es anual), en el procedimiento sancionador puede realizar sus descargos acreditando que no se han generado nuevos puestos de trabajo o vacantes por cubrir debido a la terminación de vínculos laborales por cualquiera de sus causas, o en caso haberse generado las vacantes pero no haber contratado personas con discapacidad, demostrar (i) las razones técnicas o de riesgo vinculadas al puesto de trabajo por las cuales, pese a haberse generado una vacante, la misma no puede ser cubierta

---

(2) NEVES MUJICA, Javier. “Libertad de trabajo, derecho de trabajo y estabilidad en el trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. Lima, mayo de 2002, pp. 11-12.

por personas con discapacidad, (ii) la oferta de los puestos de trabajo a través de la Bolsa de Trabajo de la Ventanilla Única de Promoción del Empleo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, (iii) la omisión en la convocatoria de cualquier requisito que constituya una exigencia discriminatoria contra las personas con discapacidad y (iv) la implementación de procesos de evaluación específicos que garanticen la efectiva participación de las personas con discapacidad (art. 56)<sup>(3)</sup>.

Si bien las disposiciones del Reglamento flexibilizan razonablemente la obligación de contratación de personas con discapacidad, exigiendo un comportamiento diligente del empleador y no la necesaria contratación de un universo de personas que puede resultar escaso, queda una duda en relación al supuesto en que, existiendo vacantes, no se ha contratado el personal exigido. La citada duda gira en torno a la situación en que, por la naturaleza de las labores a cumplir, la contratación de personas con discapacidad no es posible. En dicho caso, la norma reglamentaria exige que, a la acreditación de las razones técnicas o de riesgo que se presentan, se sume necesariamente el procedimiento de convocatoria y, de ser el caso, de evaluación. En efecto, si bien de una primera lectura parecería que

---

(3) “Artículo 56.- Reglas para la aplicación de la cuota de empleo en el ámbito privado

56.1 Los empleadores, al registrar a sus trabajadores en la Planilla Electrónica, señalan obligatoriamente si se trata de personas con discapacidad.

56.2 La obligación de los empleadores privados con más de 50 trabajadores para contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 3 % de la totalidad de su personal, es de carácter anual.

56.3 El Sistema de Inspección del Trabajo determina en el mes de enero de cada año, el cumplimiento de la cuota correspondiente a las personas con discapacidad, en el año anterior. Para ello, verifica la información contenida en la Planilla Electrónica, aplica los criterios de cálculo previstos y notifica a los empleadores que no han cumplido con la cuota, dando inicio al correspondiente procedimiento sancionador.

56.4 Los empleadores notificados por el incumplimiento efectúan sus descargos acreditando fehacientemente:

a) No haber generado, en el año, nuevos puestos de trabajo o vacantes por cubrir por la terminación del vínculo laboral en cualquiera de sus causas.

b) En caso de haberse generado vacantes en el año, deben concurrir:

1.1 Razones de carácter técnico o de riesgo vinculadas al puesto de trabajo que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad en la empresa;

1.2 Haber ofertado los puestos de trabajo en el servicio de Bolsa de Trabajo que se ofrece en la Ventanilla Única de Promoción del Empleo, o de los servicios prestados por otras entidades articulados a dicha Ventanilla;

1.3 Haber omitido todo requisito que constituya una exigencia discriminatoria contra las personas con discapacidad; y,

1.4 Haber garantizado que los procesos de evaluación específicos permitan la efectiva participación de las personas con discapacidad que postulen.

56.5 Los servicios de Acercamiento Empresarial y de Bolsa de Trabajo que se prestan a través de la Ventanilla Única de Promoción del Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en co-gestión con los gobiernos regionales, desarrollan estrategias especializadas de vinculación entre oferta y demanda, para facilitar a los empleadores el cumplimiento de la cuota”.

se trata de dos situaciones distintas, el artículo 56, señala que las condiciones que sustentan los descargos concurren.

Lo antes mencionado se corrobora con lo que señala el Proyecto de Normas Complementarias para la Aplicación y Fiscalización de la Cuota de Empleo para Personas con Discapacidad aplicable a Empleadores Privados (objeto de pre publicación mediante Resolución Ministerial N° 162-2014-TR), cuando señala en su artículo 20 que “cuando en la convocatoria realizada por el empleador para un puesto de trabajo concreto, se comprueba la postulación de persona con discapacidad (...) el análisis exige la concurrencia de los cuatro supuestos establecidos en el literal b) del numeral 56.4 del artículo 56 del Reglamento”. Por su parte, el artículo 21 establece que “cuando en la convocatoria realizada por el empleador para un puesto de trabajo concreto, se compruebe que no hubo postulación de alguna persona con discapacidad el análisis exige la concurrencia de los supuestos contenido en lo numerales 1.1., 1.2. y 1.3. del numeral 56.4 del artículo 56 del Reglamento”, es decir, todos salvo la implementación del proceso de evaluación y sus condiciones.

En tal sentido, la convocatoria siempre es obligatoria, aun cuando se considere que el puesto no puede ser ocupado por una persona con discapacidad, y la empresa tenga como acreditarlo técnicamente. Todo dependerá de si existen postulantes o no. Si existiesen, debe aplicarse el proceso de evaluación correspondiente.

Así pues, la acreditación de las razones de carácter técnico y de riesgo que dificultan la incorporación de trabajadores con discapacidad tiene como objeto en realidad “explicar la nula o escasa participación de las personas con discapacidad en la convocatoria y proceso de selección realizados”, pero no liberar de la carga de realizar tal convocatoria y proceso de selección. Ello sería ratificado por lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Proyecto, donde se describe que se considere como razones técnicas y razones de riesgo, respectivamente. Habría que analizar si es conveniente mantener una regulación de este tipo.

De otro lado, con relación al supuesto en el que el incumplimiento de la cuota se justifica en que no hubo vacantes para la contratación de personal con discapacidad, resulta interesante ver que el Proyecto establece como obligación del empleador, al realizar sus descargos, acreditar (i) que el número de trabajadores y los trabajadores son los mismos a los registrados en la planilla electrónica el año anterior, o (ii) que el número de trabajadores de la empresa disminuyó, sin haberse generado convocatorias de personal para cubrir los puestos vacantes (art. 12). Agrega, además, que “para efecto de la acreditación (...) los trabajadores con contrato de suplencia no se consideran nuevos trabajadores ni persona que cubre puestos vacantes”.

Lo antes señalado nos grafica que, mientras no haya la necesidad de contratar personal no existiría la obligación de completar la cuota, pero que apenas surja esa necesidad, la convocatoria debe estar dirigida a dicho personal hasta completar el porcentaje de contratación de personal discapacitado establecido por ley. Ello no alcanza, según el Proyecto, a los supuestos de suplencia, en los cuales existe un titular que, en un determinado momento, debe regresar al puesto en el que ha sido suplido (art. 12).

Finalmente, en materia de acceso al empleo, es importante resaltar la obligación que establece la Ley para las entidades públicas<sup>(4)</sup> de cubrir la salida de personal discapacitado, sea por renuncia, despido justificado, jubilación o fallecimiento, con otra persona con discapacidad (art. 49), a efectos, agrega el Reglamento, de alcanzar y mantener la proporción de la cuota de empleo (art. 55). Es de observar que la norma no menciona el caso de la invalidez absoluta permanente, que es una forma de conclusión del vínculo laboral distinta a las antes mencionadas, tal como se puede observar en el artículo 16 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL)<sup>(5)</sup>.

### III. ESTABILIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD

---

Ahora bien, la Ley no se ha limitado a garantizar a la persona con discapacidad la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, sino que además ha previsto una protección dirigida a la conservación del empleo. En esa línea el artículo 51, Ley establece que “el personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas. Caso contrario, dicho personal es transferido a un puesto que sea compatible con sus capacidades y aptitudes, en la medida que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o las de otras personas”.

Este dispositivo grafica la protección que ha decidido implementar el legislador con relación a la estabilidad laboral del personal discapacitado. Como es

---

(4) Es de observarse que si bien se trata de una norma dirigida a las entidades públicas, en muchas de esas entidades el personal está sujeto al régimen de la actividad privada, por lo que le alcanza la regulación contenida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(5) Aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

bien sabido, la estabilidad laboral, derecho laboral relacionado directamente con la conservación del empleo, tiene dos manifestaciones: (i) la estabilidad de entrada, por la cual el trabajador desde el inicio de la relación tiene protección en la extinción del vínculo; y (ii) la estabilidad de salida, vinculada a la protección adecuada contra el despido arbitrario (injustificado).

En este caso, la protección alcanzaría en principio a la estabilidad de salida. En efecto, de acuerdo a lo establecido por el artículo 51 de la Ley, la extinción del vínculo laboral con una persona que adquiere una discapacidad implica una serie de condiciones previas que apuntan a defender su permanencia en la empresa. Así pues, se exige lo siguiente:

- Realizar los “ajustes razonables correspondientes”.
- Realizados los citados ajustes, verificar si la discapacidad no es determinante para el desempeño de sus labores.
- Si la discapacidad es determinante para el desempeño de las labores, transferir al personal a un puesto que sea acorde con sus capacidades y aptitudes, siempre que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o las de otras personas.

Siendo así, solo será posible extinguir el vínculo laboral con un trabajador que ha adquirido una discapacidad cuando, (i) habiéndose realizado los ajustes razonables correspondientes, la discapacidad impide el desempeño de las labores, o (ii) no exista un puesto acorde con las capacidades y aptitudes del trabajador o su asignación implique riesgos para su seguridad y salud del trabajador o de otras personas.

Tres aspectos relevantes sobre esta materia. El primero es que, la norma hace referencia al caso en que un trabajador adquiere la discapacidad durante la vigencia de la relación laboral. ¿Qué sucedería en el caso que la discapacidad haya sido adquirida antes de la contratación? Pues, en ese caso la situación podría ser aún más estricta, toda vez que se entendería que la decisión de contratar a una persona con discapacidad sujeta al empleador a mantenerlo hasta que se presente alguna causa de despido que no esté vinculado a su estado.

De otro lado, es importante observar como la obligación de mantener en el puesto a la persona con discapacidad es absolutamente ajena al origen de su condición. En efecto, carece de importancia los motivos que originaron la discapacidad del trabajador. No es necesario que las mismas deriven de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, sino que podría haber sido ocasionada por

una enfermedad común o un accidente casero. Lo que importa es que la persona haya quedado discapacitada.

Finalmente, encontramos la referencia a “ajustes razonables”, los mismos que, de acuerdo al artículo 50 de la Ley N° 29973, “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”. Tales ajustes, como puede observarse, podrían generar una reorganización que, en algunos casos, implicaría un alto costo para la empresa. En esa medida, el mismo artículo señala que “los empleadores públicos o privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo por el Ministerio de Economía y Finanzas”. Asimismo, agrega que “los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que supone una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo”.

Por su parte, el Reglamento, en su artículo 57, deriva al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la regulación técnica de los ajustes razonables, agregando a los supuestos citados por la Ley, a los cambios en el espacio físico, provisión de ayudas técnicas, servicios de apoyo, programas de entrenamiento, actualización laboral, programas de ascenso, etc. Además, deriva a la Autoridad Administrativa de Trabajo la fijación de los criterios para determinar si la realización de ajustes razonables constituye una carga económica excesiva.

A partir de ello, se ha prepublicado, mediante Resolución Ministerial N° 162-2014-TR, el Proyecto de Normas para el Diseño, Implementación y Ejecución de los Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado. Dentro de lo más relevante establecido en dicho proyecto encontramos la referencia a que “los costos económicos por ajustes razonables en el lugar de trabajo deben devengarse en el ejercicio correspondiente y sustentarse mediante comprobantes de pago” (art. 7), así como la fijación de los estándares técnicos para determinar la existencia de una carga económica excesiva (art. 9).

La regulación antes señalada nos muestra una clara línea hacia el blindaje de la estabilidad en el empleo, especialmente con relación a la estabilidad de salida, del personal discapacitado. Ello, como veremos más adelante, ha relativizado la normativa existente en materia de extinción de vínculo laboral contenida en la LPCL y el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-TR (en adelante, RLFE).



## 1. Efectos sobre la invalidez absoluta permanente como forma de extinción del vínculo laboral

El artículo 16 de la LPCL señala como una causa de extinción del contrato de trabajo a la invalidez absoluta permanente. Al respecto, el artículo 20 de la misma norma dispone que “la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral”.

En este caso nos encontramos ante una situación en la cual se presenta una circunstancia que da por concluida la relación laboral. Pertenece, pues, a un grupo de causas de extinción del vínculo laboral cuya característica común, a decir de la doctrina, “es que no expresan una voluntad encaminada directa y exclusivamente a la extinción del contrato, sino que derivan de una decisión o acontecimiento que provoca, exige o justifica su finalización”<sup>(6)</sup>. En casos como este, “el carácter personalísimo de la prestación del trabajador provoca que una imposibilidad material, física o jurídica, de ejecutar su actividad profesional por parte del trabajador, determine la ineluctable extinción del contrato de trabajo”<sup>(7)</sup>.

Nuestro ordenamiento establece, en el artículo 20 de la LPCL, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, que la situación de invalidez debe ser declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy, Essalud), el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Se entiende, pues, que existiendo la declaración de invalidez absoluta permanente, el vínculo laboral concluye. Sin embargo, ante la nueva normativa que existe sobre la discapacidad, y considerando que la invalidez puede generar tal condición, no falta quién alegue que las disposiciones sobre conservación del empleo contenidas en la Ley N° 29973, son aplicables a este caso, siendo exigible la implementación de ajustes razonables, la verificación de si la incapacidad es determinante para la realización de las labores y, por último, la posibilidad de cambiar de puesto al trabajador.

Desde nuestro punto de vista, la invalidez absoluta permanente nos presenta un cuadro en el cual el trabajador está totalmente imposibilitado de desarrollar labores, y en atención a ello, su incapacidad es tal que no cabe la aplicación del procedimiento de protección de la conservación del empleo regulado por la Ley N° 29973. Tal procedimiento será aplicable en todo caso a los supuestos de

---

(6) MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. *Derecho del Trabajo*. 17ª ed., Tecnos, Madrid, 1991. p. 713.

(7) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2008, p. 328.

invalidez parcial permanente, figura que puede llevar a la conclusión del vínculo laboral bajo la figura del despido (como veremos más adelante).

Lo antes señalado quedaría ratificado al no haber sido objeto de modificación la regulación de la invalidez absoluta permanente como causa de extinción del vínculo laboral por las normas sobre la persona con discapacidad, a diferencia de la regulación del despido por incapacidad, que si ha sido objeto de cambios.

## **2. Efectos sobre la incapacidad como causa de despido**

El artículo 16 de la LPCL considera como una forma de extinción del contrato de trabajo al despido. La LPCL, además, ha considerado la existencia de causas justas de despido relacionadas con la conducta y causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador. La diferencia más importante entre ambas figuras la constituye el procedimiento de despido previsto por ley. En el caso de las causas relacionadas con la conducta el procedimiento incluye un preaviso de seis (6) días a efectos de que el trabajador realice sus descargos, mientras en las causas relacionadas con la capacidad se le otorga treinta (30) días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (art. 31 de la LPCL). A ello se suma, en cada caso específico, una serie de condiciones para la comprobación o acreditación de la causa.

Entre las causas de despido vinculadas con la capacidad del trabajador encontramos a las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas (inciso “a” del art. 23 de la LPCL). Nótese que el texto original de la norma señalaba como causa del despido “el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de sus funciones”. Dicho texto fue modificado por la Ley, que estableció como causa de despido “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”. De esta manera, la garantía de protección frente al despido reproduce en parte lo establecido en el artículo 52 de la Ley, referido a la conservación del empleo por parte de las personas con discapacidad.

Como puede observarse, el cambio del texto trae consigo también un cambio en los lineamientos para la aplicación de esta causal de despido. En efecto, en la versión original, para que proceda el despido se exigía que se presente una situación de (i) detrimento de la facultad física o mental o ineptitud sobrevenida, la misma que además tenía que ser (ii) determinante para el desempeño de sus funciones. La doctrina, además, entendía que la referencia a “ineptitud sobrevenida”

era reiterativa y que todo debía considerarse como un solo supuesto: “disminución significativa de las aptitudes físicas y mentales del trabajador”<sup>(8)</sup>, al que se le exigía, además, ser determinante para el cumplimiento de las tareas encomendadas. La doctrina también señalaba que esta causa de despido comprendía a la invalidez parcial permanente<sup>(9)</sup>, la que, de impedir el desempeño normal de las labores del trabajador y ser debidamente certificada, podía justificar el despido. La certificación en mención debía ser realizada, de acuerdo al artículo 33 del RLFE, por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy, EsSalud), el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio de Abogados de Lima, a solicitud del empleador.

El nuevo texto se ajusta a las disposiciones de conservación en el empleo contenidas en la Ley. De acuerdo a la modificación, el despido procede si se presentan las siguientes condiciones:

- (i) Se presente una deficiencia física, intelectual, mental o sensorial (certificada bajo el procedimiento previsto en el RLFE para estos efectos, citado anteriormente).
- (ii) La deficiencia presentada sea sobrevenida, es decir, posterior al inicio de la relación.
- (iii) Realizados los ajustes razonables correspondientes, la deficiencia impida el desarrollo de las labores del trabajador.
- (iv) Existiendo el impedimento citado, no exista un puesto vacante al que pueda ser transferido el trabajador, o existiendo, constituya un riesgo para su seguridad y salud o la de terceros.

Con relación a la primera condición, puede observarse que la ineptitud, denominada ahora deficiencia, exigida puede ser física, intelectual, mental o sensorial. El texto original solo comprendía los supuestos de ineptitud física y mental. Ello denota una ampliación de la causal de despido (basada en la definición legal de la persona con discapacidad) que, en principio podría llevar a pensar en una flexibilización de la regulación sobre la extinción del contrato de trabajo.

---

(8) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. ARA, Lima, 2002, p. 142.

(9) CASTRO OTERO, José Ignacio. “La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente”. En: *Laborem* N° 8, Sociedad Peruana de Derecho al Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2008, pp. 363-378.

Sin embargo, a diferencia de la regulación original, que solo exigía que la ineptitud (debidamente certificada) sea sobrevenida y determinante para el desempeño de las labores del trabajador, la normativa actual dispone la realización de los, ya comentados, “ajustes razonables”, que pueden comprender una serie de modificaciones a las condiciones en que presta servicios el trabajador. Cabría en todo caso preguntarnos si es posible aplicar a este caso la negativa a realizar tales ajustes acreditando que los mismos implicarían una carga económica excesiva, tal como se establece cuando se regula la obligación general de ajustes razonables en la empresa (art. 50 de la Ley ). El tema no ha sido recogido en los cambios realizados al artículo 23 de la LPCL, por lo que tal oposición podría ser objeto de cuestionamiento. En todo caso, se trata de un tema que debería ser objeto de revisión, evaluándose una modificación al RLFE en esta materia.

Ahora bien, una vez realizados los ajustes razonables correspondientes, recién podría evaluarse si la situación ha cambiado, o sigue siendo un impedimento para la realización de las labores del trabajador. Si la conclusión es que el impedimento se mantiene, entonces el empleador tendrá que proceder a verificar si es que hay puesto al que pueda ser transferido el trabajador. De confirmar que tal puesto existe, el empleador deberá, además, verificar si el mismo constituye un riesgo para la seguridad y salud del trabajador o de terceros.

Recién en ese momento, el empleador estará habilitado a imputar la causa del despido, otorgándole además al trabajador treinta (30) días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Siendo así, podemos concluir que la carta de imputación de faltas en supuestos de deficiencia debería contener, además de la referencia a la situación presentada, la certificación de la misma por un órgano autorizado, la explicación de los motivos por los cuales no se han presentado los ajustes razonables correspondientes o de los motivos por los que, habiéndose realizado tales ajustes, no se ha asignado un puesto de trabajo nuevo.

Lo que se nota entonces, a diferencia de la impresión inicial, es que la utilización de esta causal se ha restringido ampliamente, en búsqueda de una mayor protección de las personas con discapacidad, haciendo más complejo el procedimiento de despido con la incorporación de una serie de requisitos adicionales.

### **3. Efectos en materia de despido nulo**

La Ley ha modificado el artículo 29 de la LPCL, agregando como un supuesto más de despido nulo la discriminación por razón de discapacidad. Este tipo de despido comprende a aquellos casos especiales en los que la decisión unilateral

injustificada del empleador de dar por concluida la relación, vulnera derechos fundamentales del trabajador distintos al derecho al trabajo (tutela jurisdiccional efectiva, sindicación, no discriminación, etc.), por lo que su declaración comprende, por decisión legal, la reposición en su puesto de trabajo del titular de tales derechos<sup>(10)</sup>.

Es cierto que una visión amplia de la discriminación regulada en el inciso “d” de la citada norma, que comprendería a cualquier tipo de discriminación en el mismo, sin considerar la lista consignada en la versión original como taxativa, haría innecesaria la incorporación expresa de este supuesto.

Al respecto, debemos tener presente que, como señala Toyama Miyagusuku, la “Corte Suprema ha destacado que esta cláusula no puede interpretarse en forma limitada y, más bien, debe comprender todo supuesto de discriminación carente de una justificación objetiva”<sup>(11)</sup>. El mencionado autor cita para tal efecto la Cas. N° 2386-2005-Callao en la que la Corte Suprema ha señalado que “un despido es nulo si se basa en despidos discriminatorios distintos a los regulados por la LPCL pero regulados por la Constitución”<sup>(12)</sup>.

En todo caso, el problema podría presentarse si es que alguien alega que la causa objetiva justificante es justamente la calidad de discapacitado del trabajador. Lo que buscaría entonces la nueva disposición es dejar sentado que dicha justificación no se presentaría en este caso considerando la protección especial que nuestro ordenamiento ha decidido brindar a los discapacitados, por lo que un despido basado en la sola situación de discapacidad del trabajador sería nulo.

#### **4. Efectos en materia de despido indirecto (actos de hostilidad)**

Nuestro ordenamiento regula la figura de los actos de hostilidad, es decir, decisiones o manifestaciones del empleador que atentan contra derechos de trabajadores que mantienen una relación laboral vigente. Ante dicha situación, de acuerdo a la LPCL (art. 35) el trabajador puede solicitar el cese del acto de la hostilidad o, de considerarlo pertinente, darse por despedido, cumpliendo para ello con determinados requisitos (como la presentación de un preaviso al empleador). Esta última figura es conocida como despido indirecto.

Si el trabajador opta por el despido indirecto y acredita la validez del mismo en un proceso judicial, le corresponde el pago de la indemnización por despido

---

(10) Hacemos referencia al origen legal, toda vez que a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional (mediante STC Exp. N° 976-2001-AA/TC y STC Exp. N° 276-2005-PA/TC) ha incorporado supuestos de despido distintos al nulo, en los que procede la reposición (despido incausado y despido fraudulento).

(11) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho individual del trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 441.

(12) Ídem.

arbitrario que hubiese recibido de haber incurrido el empleador en dicho supuesto (art. 35, inciso “b”, de la LPCL).

Así pues, la Ley ha modificado el artículo 29 de la LPCL incorporando como actos de hostilidad a los actos de discriminación por razón de discapacidad (inciso “f”) y la negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad (inciso “h”).

Con relación al primer caso, la norma original consideraba como actos de hostilidad “los actos discriminatorios por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma”, de manera formalmente taxativa. Si bien es cierto, podría aplicarse a este caso el mismo razonamiento que para el despido nulo, entendiendo la el supuesto como abierto a cualquier actos discriminatorio, la modificación ha apuntado a cerrar el tema, consignando expresamente el supuesto de discriminación por discapacidad, pero agregando además a los actos de “cualquier otra índole”.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que, tal como sucede en el caso del despido nulo, la Ley busca dejar en claro, en la línea de lo señalado en su artículo 8<sup>(13)</sup>, que la discapacidad constituye, de manera indiscutible, un motivo prohibido de discriminación dentro de las relaciones laborales. En todo caso, cualquier diferenciación deberá ser favorable al trabajador discapacitado, sin que ello constituya, además un acto discriminatorio contra el resto, pues, allí sí, la diferenciación tiene un sustento justificado (la discapacidad). Sobre esto último, el artículo 8 de la Ley señala que “no se consideran discriminatorias las medida positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de hecho de la persona con discapacidad”.

En esa línea, y siguiendo las nuevas disposiciones sobre la situación de las personas con discapacidad en el empleo, los actos discriminatorios de esta naturaleza podrían incluso haberse considerado comprendidos en la referencia a todos aquellos actos “que afectan la dignidad del trabajador” (inciso “g”).

Sobre esta materia, el Proyecto de Normas para el Diseño, Implementación y Ejecución de los Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado (prepublicado mediante Resolución Ministerial N° 162-2014-TR) señala que además de la negativa de realizar ajustes razonables (que, como veremos más adelante, es ahora considerado un acto de hostilidad), constituyen un acto discriminatorio “toda distinción, exclusión o restricción por motivos de incapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de uno o

---

(13) Dicho artículo señala que “es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas”.

varios derechos de la persona con discapacidad”. Si bien, por razones de jerarquía normativa, no podríamos entender que estas disposiciones amplíen los supuestos considerados a nivel legal, ayudaría a conceptualizar la referencia de la nueva regulación a actos de discriminación por razón de discapacidad.

Finalmente, la norma ha incluido como acto de hostilidad “la negativa a realizar los ajustes razonables correspondientes”. Sobre el particular, solo deseamos indicar que, tal obligación (realizar ajustes razonables), no estaría pensada únicamente en los supuestos de despido por incapacidad, sino principalmente en las condiciones del trabajador con la relación vigente.

### **5. ¿Efectos en la contratación temporal?**

Por último, nos quedaría reflexionar brevemente sobre si la protección derivada de las normas sobre discapacidad también tiene implicancias con relación a la contratación temporal, ampliándose así a la estabilidad de entrada. Así pues, podrían ser parte de la reflexión si es que un trabajador con discapacidad sobrevenida puede ser cesado por cumplimiento del plazo de su contrato temporal o si la incapacidad le genera una estabilidad permanente. También podríamos preguntarnos si es posible la contratación temporal de aquellos trabajadores que sufren algún tipo de discapacidad.

Desde nuestro punto de vista, si no ha existido modificación alguna a las disposiciones sobre contratación temporal, estando el contrato modal bien celebrado, es oponible al trabajador discapacitado el plazo de conclusión señalado en el mismo.

## **IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN**

---

Como hemos podido observar, la regulación sobre la situación en el empleo de las personas con discapacidad ha generado consecuencias importantes en materia de acceso al empleo, de protección del personal discapacitado durante la vigencia de la relación laboral, y en especial, de protección a dicho universo de trabajadores en la conclusión del contrato de trabajo, generando cambios importantes en materia de derecho al trabajo y estabilidad laboral.