

LA CONFIGURACIÓN DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN EL ÁMBITO LABORAL PERUANO: DEFINICIONES, OMISIONES Y PROPUESTAS

Renato Antonio Constantino Caycho

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigador del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP

Saulo Galicia Vidal

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y
adjunto de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP

Categoría Alumnos

Este trabajo desarrolla el novedoso concepto de ajuste razonable en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho concepto responde a las necesidades especiales que tienen las personas con discapacidad al ser incluidas en el ámbito laboral. Si bien la figura está reconocida en el ámbito internacional y nacional, este artículo señala los vacíos y las omisiones de las normas y las confronta con la realidad propia de las relaciones laborales.

Al momento de realizar el análisis, los autores apuestan por la inclusión de las personas con discapacidad en consonancia con los principios de igualdad y no discriminación. A partir de dicho marco conceptual evalúan las implicancias del establecimiento de ajustes razonables, así como la forma en que se debe determinar la existencia de la carga indebida. Asimismo, el artículo apunta a una expansión de varios conceptos que no han sido debidamente desarrollados en la norma actual, como son los beneficiarios de los ajustes razonables, así como los obligados a realizarlos. Tal expansión es necesaria a fin de conseguir una sociedad plenamente inclusiva y acogedora de las diferencias.

I. Introducción

La situación laboral de las personas con discapacidad en nuestro país es poco alentadora. La Encuesta Nacional Especializada en Discapacidad del 2012 (ENEDIS 2012)¹ muestra que la población de personas con discapacidad suele mantenerse fuera de la población económicamente activa (PEA) por situaciones de discriminación estructural en el mercado laboral (Maldonado 2006: 230).

¹ Solo el 21,7 % de las personas con discapacidad es parte de la PEA. De ese porcentaje, más del 10 % está desempleada (ENEDIS 2012). La ENEDIS 2012 se encuentra publicada en INEI (2012).

Se ha tratado de abordar tales problemas con la promulgación de la nueva Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPCD), cuyas disposiciones se enmarcan en lo establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD). Si bien en materia laboral el debate se ha centrado en el establecimiento de una cuota laboral dirigida a las personas con discapacidad que los empleadores privados estarían obligados a cumplir, otro tema que también es necesario debatir es el establecimiento de ajustes razonables, es decir, las modificaciones y adaptaciones necesarias para que la persona con discapacidad pueda cumplir con su trabajo. Esto resulta particularmente importante porque la inclusión laboral plena se da solamente cuando se otorgan los ajustes razonables que permitan que la persona con discapacidad pueda desenvolverse en su puesto de trabajo de la manera más satisfactoria posible.

Este trabajo apunta a dilucidar las dudas existentes con respecto al establecimiento de los ajustes razonables, planteando los alcances, límites y vacíos de la norma peruana y tratando de determinar de manera prístina el significado del vocablo «razonable». Este nuevo concepto va a interactuar con otros conceptos jurídicos. Analizar los resultados de tales encuentros también es uno de los objetivos de este artículo.

2. Una nueva visión de la discapacidad

Este trabajo se enmarca en lo que hoy se conoce como modelo social de la discapacidad (Palacios 2008). Tradicionalmente se ha entendido la discapacidad como el conjunto de impedimentos físicos, sensoriales o mentales que tienen ciertas personas. Es decir, al definir la discapacidad, se ponía énfasis en una condición que se encontraba en la persona y que le impedía realizar determinadas actividades. No obstante, hoy en día se entiende que la discapacidad no es una circunstancia natural, sino que se presenta de acuerdo con un espacio social. Es así que, en realidad, una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad la discapacita a través de barreras (Barnes 2009: 104). Este cambio de paradigma se debe a la introducción teórica del modelo social de la discapacidad que alcanza consagración normativa en la CDPD.² Como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el modelo social entiende que «la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012: Pár. 133).

Este nuevo modelo reemplaza a las concepciones anteriores sobre la discapacidad: el modelo de prescindencia y el modelo médico. El primero de ellos establecía la inutilidad total de la persona con discapacidad, por lo cual lo mejor era eliminarlo o apartarlo de la sociedad (Palacios 2008: 38-39). La idea de hospitales psiquiátricos en los cuales se confinan a personas con discapacidad mental responde a esta concepción. El segundo, el modelo médico, establece que la discapacidad está en la persona, por lo cual esta deberá esforzarse en superarla para poder actuar en la sociedad (Palacios 2008: 80-81).

No obstante, el modelo social señala que la discapacidad no existe simplemente por la persona, sino que surge de la interacción que se establece entre la deficiencia de la persona y

2 Adoptada el 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor para el Perú y el resto de países que ratificaron el tratado el 3 de mayo de 2008.

las barreras que establece la sociedad (Palacios 2008: 122). Dichas barreras pueden ser «entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas».(Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012: Pár. 133). Bajo este modelo, la discapacidad surge de las barreras que crea la sociedad, y la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos se consigue a través de la destrucción de esas barreras. En ese sentido, podríamos decir que una deficiencia es el no poder caminar, pero la discapacidad solo se presentará cuando, ante la «inexistencia de rampas» (barrera), una persona en silla de ruedas no pueda ejercer libre y autónomamente su derecho al libre tránsito. Por otro lado, es posible señalar que no poder ver es también una deficiencia, pero la discapacidad solo aparecerá si una persona con discapacidad visual no puede acceder a información en formatos alternativos (por ejemplo, texto escrito en el sistema braille).

Es por esto que la sociedad debe realizar y promover políticas públicas y actitudes que ayuden a eliminar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad. En ese sentido, la no discriminación de las personas con discapacidad no involucrará únicamente la abstención estatal de generar impedimentos, sino que también requerirá que el Estado tome las medidas pertinentes para lograr la inclusión social de las personas con discapacidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012: Pár. 134). Entre tales medidas, podemos encontrar que el establecimiento de ajustes razonables es una forma de asegurar una verdadera inclusión laboral.

Respecto a esta última idea, es necesario precisar la importancia de aplicar medidas. En muchas ocasiones, se entendió que la garantía de la igualdad era la abstención estatal. No obstante, en el caso de las personas con discapacidad se refleja nítidamente la idea de «tratar de manera desigual a los desiguales». El concepto de ajuste razonable, planteado como una modificación a lo usual, es una aplicación práctica de tal principio y es una garantía real de la posibilidad de una real igualdad para las personas con discapacidad.

3. El concepto de ajuste razonable

La tarea de definir este vocablo parece simple en tanto es posible encontrar definiciones establecidas en la CDPD y también en la LGPCD.(Congreso de la República 2012) La definición internacional señala:

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (CDPD, artículo 2)

La CDPD (artículo 2), adicionalmente, señala que la denegación de estos ajustes razonables constituye una forma de discriminación. Por tanto, su aplicación no es optativa, sino que se deriva de la obligación general de todos los estados de no discriminar ni permitir la discriminación. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003: Pár. 104) Como se puede apreciar, dicho enunciado apunta a una definición general que incluye, de manera no exclusiva, el goce o ejercicio del derecho al trabajo. Por otra parte, la definición de la normativa peruana apunta a los ajustes requeridos en una relación laboral.

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. (LGPCD, artículo 50.2)

Finalmente, la definición que ofrece el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad (RLGPCD)³ regresa al enfoque internacional e independiza el término de su aplicación en el ámbito laboral:

Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (RLGPCD, artículo 3.2)

Consideramos que las definiciones brindadas por los tres instrumentos normativos se complementan; no obstante, aún es necesario clarificar algunos términos particularmente complicados al momento de hablar sobre ajustes razonables.

3.1. El ajuste razonable como una forma de igualdad

La concepción del ajuste razonable está íntimamente ligada a la posibilidad de ejercer los derechos de manera igualitaria. En estos casos, la forma efectiva de hacer que eso se cumpla es otorgar un trato diferente a las personas en razón de sus diferencias. Y es que en el caso de la discapacidad es posible ver cómo un trato igualitario desde una perspectiva meramente formal termina siendo injusto dadas las condiciones reales de nuestra sociedad y las barreras que establece para las personas con discapacidad. Y es que, en ocasiones, es necesario «un tratamiento desigual a las personas atendiendo a que estas pueden encontrarse en una situación de diferencia o desigualdad, que les resulte desfavorable o perjudicial» (Rubio; Eguiguren, y Bernales 2011: 146). Como resulta entendible, este tratamiento diferenciado no es una forma de discriminación hacia las personas sin discapacidad, sino la posibilidad de hacer efectivo el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

3.2. Ajustes razonables y accesibilidad: una relación complementaria

Al plantear el tema de la discapacidad, se suele vincular este inmediatamente con las rampas. Muchos empleadores podrían asumir que instalar rampas para un trabajador con discapacidad podría constituir un ajuste razonable. Al respecto, cabe distinguir dos obligaciones distintas: la accesibilidad y los ajustes razonables.

La accesibilidad es un principio de adaptación del entorno. A partir de dicho principio se establece un derecho que obliga a los estados a tomar medidas para lograr la plena accesibilidad «al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos

3 Aprobado por Decreto Supremo 002-2014-MIMP. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 8 de abril de 2014.

al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales» (CDPD, artículo 9).⁴ En ese sentido, la obligación de la accesibilidad se da principalmente con respecto a los entornos, los servicios y los sistemas de información y comunicación, y tienen una vocación de generalidad. Los ajustes razonables, en cambio, son adaptaciones que se realizan de manera especial para cada caso. Según Pérez Bueno (2012: 161), estos términos se complementan de dos maneras: a) se utilizarán ajustes razonables cuando no se haya conseguido la accesibilidad al reconocer que es un objetivo de difícil consecución; b) se utilizarán ajustes razonables al reconocer que incluso en entornos accesibles, no se puede terminar de satisfacer todos los requerimientos de las personas con discapacidad.

Pasaremos a ejemplificar cada uno de los puntos propuestos. En un mundo en el que el principio de accesibilidad hubiese sido respetado cabalmente, las personas con discapacidad visual contarían con cédulas de votación en el sistema braille que les permitirían votar sin mayor complicación. No obstante, si ello no ocurriese, sería necesario permitir que las personas con discapacidad visual acudan a la cámara secreta con un acompañante aunque la legislación general no lo permitiese. En este caso, el uso del sistema braille representa la aplicación del principio de accesibilidad, y la adaptación de la normativa electoral para permitir un acompañante es un ajuste razonable. Si el entorno fuese completamente accesible, no habría necesidad del ajuste; pero son pocas las veces que se puede lograr dicho contexto.

Como situación que ejemplifica el segundo caso, podemos encontrar la evaluación de estudiantes con discapacidad visual en la universidad. Si bien es posible que se les entreguen los exámenes en formatos accesibles que puedan ser escuchados a través de un lector de pantalla, podría seguir siendo necesario que la persona cuente con más tiempo para la resolución de la prueba. En este caso, el examen en formato virtual cumple con el principio de accesibilidad, pero tal aplicación es insuficiente por lo que se hace necesario el ajuste razonable de otorgar más tiempo para la realización de la prueba. La lógica del ejemplo mencionado nos permite abordar una cuestión general sobre la accesibilidad y el ajuste razonable. La accesibilidad es un principio y una precondition, por lo cual se brinda de manera general y previa; en cambio, el ajuste razonable se configurará ante la necesidad particular de la persona con discapacidad. (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014: Pár. 24-26)

En el ámbito laboral habría que distinguir ambas obligaciones. En ese sentido, el empleador no podrá señalar que realiza ajustes razonables cuando aplique el principio de accesibilidad si es que ello ya está previsto en otra disposición normativa. Así, por ejemplo, no podrá señalarse que hay un ajuste razonable cuando se cumpla con lo señalado por el Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA,⁵ Reglamento Nacional de Edificaciones, que en su norma A.120 establece que toda edificación pública, sea estatal o privada, debe cumplir con los requisitos de accesibilidad desarrollados por ella. Sí podrá argumentarse ello cuando hablemos sobre una modificación de accesibilidad que no se encuentre presente en dicha normativa o alguna futura de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, cabe resaltar que la obligación de accesibilidad, a pesar de referirse a las posibilidades del ejercicio de libertades civiles o políticas, tiene un fuerte contenido de progresividad.⁶ Por tanto, las obligaciones de accesibilidad independientes —como las del Reglamento Nacional de Edificaciones— no podrán considerarse ajustes

4 Véase también LGPCD, artículo 15.

5 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 6 de mayo de 2006.

6 Los derechos civiles y políticos también pueden tener mandatos progresivos. Véase Bregaglio (2010: 49).

razonables; en cambio, aquellas que no estén contempladas de manera independiente, sí podrán ser ajustes razonables. (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014: Pár. 26)

3.3. La finalidad del ajuste razonable y su determinación

Como se ha señalado, la idea de ajuste responde a modificaciones o a cambios de «la cultura, las políticas y las prácticas» que se dan en las instituciones encargadas de ciertos derechos. Recogiendo parte de la definición de Pérez Bueno (2012: 166), podemos señalar que un ajuste razonable se compone de:⁷

- Conducta positiva de actuación de transformación del entorno (elemento fáctico de cambio);
- Transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en todas las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (elemento de individualización y satisfacción de las particularidades);
- Que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (elemento de subsidiariedad); (...) y en todo caso,
- Su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad (elemento de garantía del derecho a la igualdad).

Los dos primeros elementos se refieren a la modificación de un entorno. Como hemos señalado previamente, esto es insuficiente. En ocasiones, las modificaciones podrán ser de las prácticas o políticas. El tercer elemento se refiere a la vinculación con la accesibilidad. El ajuste razonable se dará cuando la accesibilidad prevista no sea suficiente. Finalmente, el ajuste tiene que permitir un ejercicio de derechos en igual condición que el resto.

Con respecto a este tercer elemento, es importante resaltar que el ajuste es razonable cuando es efectivo (De Campos Vehlo Martel 2011: 107). Es decir, su razonabilidad está determinada por la posibilidad de que el ajuste sirva para que la persona pueda ejercer el derecho del que se está hablando; en este caso, el empleo. Es así que un ajuste dejaría de ser razonable cuando no tenga vinculación alguna con el empleo. Para determinar ello, será necesario verificar si el ajuste colabora o no con la consecución de los deberes esenciales de cada trabajo (LPCL, artículo 61). Así, por ejemplo, no sería razonable realizar un ajuste que permita un mayor número de ausencias no compensadas; puesto que, en este caso, no se estaría cumpliendo con los deberes del trabajo. Para determinar qué es un deber esencial, podemos acudir al reglamento interno de trabajo y al contrato laboral. Además, se puede acudir a la opinión del empleador sobre qué deberes son esenciales; a la descripción del trabajo hecha en la publicidad o en las entrevistas; al tiempo que se pasa realizando tal función; a las consecuencias de que no se realice tal función; a lo estipulado en algún convenio colectivo; a

⁷ En esta definición hemos decidido omitir la referencia a la carga desproporcionada en tanto no coincidimos con su inclusión dentro de la figura propia de ajuste razonable por motivos que explicaremos en la siguiente sección

la experiencia de antiguos trabajadores, y a la experiencia de quienes tengan trabajos similares (Dwoskin y Squire 2013: 5).

Es a partir de la efectividad que se podrá decir que un ajuste es razonable. La efectividad se debe analizar a partir de la posibilidad de realizar los fines que el ajuste razonable busca. Estos son: la consecución de las labores esenciales del empleo y la inclusión real de la persona con discapacidad en la sociedad. Esto quiere decir que al establecer ajustes no solamente tenemos que pensar en cómo realizará sus labores el trabajador, sino también en cómo evitar el estigma de la discriminación (Sunstein 2007: 15).

Al respecto, es relevante el caso *Zande Vande (Corte Suprema de los Estados Unidos 1945)* resuelto por el célebre profesor y juez Richard Posner. En este caso, una mujer con discapacidad física que utilizaba una silla de ruedas solicitó que se le acomodase el lavabo a una altura adecuada para que ella pudiese lavar su taza de café. El razonamiento de la Corte en dicho caso fue que tal ajuste no era necesario en tanto ella contaba con un lavatorio en el baño accesible con el que ella contaba. Al momento de realizar el análisis de razonabilidad en este caso, no se tomó en cuenta la estigmatización que podía sufrir la demandante al tener que lavar su taza en un espacio apartado del resto (Sunstein 2007: 3-5).

La aplicación de ajustes razonables tiene que permitir una inclusión real en el empleo. Esto significa que la persona con discapacidad debe trabajar en pie de igualdad que sus compañeros y, al mismo tiempo, disfrutar de las mismas opciones de esparcimiento e interacción que el resto de trabajadores. Si los ajustes razonables no permiten una verdadera inclusión social, es decir, si no permiten que personas con discapacidad y personas sin discapacidad interactúen de manera igualitaria y horizontal sin rasgos de exclusión o paternalismo; entonces, no se ha alcanzado la efectividad requerida.

Por tanto, cuando la LGPCD afirma que se deben hacer ajustes razonables en «el entorno de trabajo», se debe entender que esto no solamente implica el espacio físico en el que se realiza el trabajo, sino también otros ambientes como son las áreas de esparcimiento, los comedores, los servicios higiénicos o los lactarios.

3.4. La interacción entre ajuste razonable y carga indebida

Finalmente, es necesario determinar la relación que existe entre ajuste razonable y carga indebida. La doctrina identifica que puede haber tres tipos de relaciones entre ambos términos:

- a) El ajuste será razonable si no impone dificultades o costos excesivos a quien detenta el deber de ajustar. Es usual que la lectura sea acompañada por un test más riguroso, la carga desproporcionada. Asimismo, un ajuste podrá ser considerado como no razonable sin que ni siquiera se haya aplicado el patrón de la carga. O, muy rara vez e incluso difícil de concebir, podrá ser razonable e implicar una carga indebida;
- b) El ajuste será razonable si es efectivo, o sea, si deja al individuo que lo solicitó en condiciones de realizar las actividades que dieron origen al pedido. Como defensa, el sujeto pasivo de ajuste puede alegar carga indebida o desproporcionada;
- c) El ajuste será razonable si es efectivo para el titular del derecho y no impone inconvenientes o costos excesivos al sujeto pasivo (Waddington, citado por De Campos Vehlo Martel 2011: 103-104).

Este artículo se enmarca en la segunda concepción de la relación de artículos. Consideramos que es posible sustentar otras posturas (Weber 2010); no obstante, a partir de la redacción de la sección anterior, opinamos que la concepción del ajuste razonable debe leerse separadamente del concepto de carga indebida. Es posible que existan casos en que el ajuste sea razonable para dos casos similares; no obstante, podría constituir carga indebida en uno de ellos y no en el otro por diferentes motivos.⁸

Es así que el concepto de carga indebida constituye una defensa del empleador para no realizar un ajuste razonable que resulte demasiado complejo u oneroso. Así, de haber alguna controversia judicial, el empleado deberá probar que el ajuste que propone es razonable, es decir, que es efectivo. Por otro lado, el empleador tendrá la carga de probar que dicho ajuste configuraría una carga indebida.

Es en estos momentos que resulta útil pasar a realizar un análisis económico de las implicancias de los ajustes razonables como un factor relevante para poder determinar si existe o no una carga indebida. Si bien el análisis a realizarse variará caso a caso, (Corte Suprema de los Estados Unidos 1996) es posible reconocer los elementos que deberán tomarse en cuenta: inicialmente el costo del ajuste y los beneficios que produce. Por tanto, no habrá carga cuando los costos no sean claramente desproporcionados a los beneficios que produce (Corte Suprema de los Estados Unidos 1995). No obstante lo anteriormente mencionado, discrepamos con el texto de la ley que señala que la defensa contra el ajuste razonable es la «carga económica excesiva» (LGPCD, artículo 50.3), pues el criterio económico no es el único que se ha de tomar en cuenta.

Al momento de determinar la carga indebida es necesario evaluar cuánto cuesta realmente un ajuste razonable. Siguiendo a Stein, es posible identificar dos clases de costos: los fijos y los indeterminables.⁹ Los costos fijos serán aquellos que involucren cambios directamente cuantificables a través del precio; por ejemplo, la instalación de un programa lector de pantalla en las computadoras de la empresa. En cambio, los costos indeterminados tendrán que ver con modificaciones en las prácticas o en los procedimientos de trabajo; por ejemplo, la alteración de los horarios de trabajo o de los sistemas de rotación laboral. También podemos mencionar las sesiones de capacitación que requerirá el personal para adaptarse a los ritmos de trabajo de una persona con discapacidad intelectual. En ese caso, la cuantificación será complicada en tanto se tendrían que agregar horas de capacitación a futuros trabajadores indeterminados. Será difícil cuantificar estos costos al momento de determinar los costos del ajuste; no obstante, si se desea probar la existencia de una carga indebida, se tendrá que probar ello.

Adicionalmente al aspecto económico, hay otros elementos que deben valorarse al momento de realizar el ajuste razonable. En el caso canadiense se han señalado como factores que considerar los siguientes: los costos financieros; el impacto en acuerdos colectivos conquistados por trabajadores; las cuestiones relativas a la disposición y al ánimo del empleado para el trabajo; la permutabilidad de la estructura material del trabajo y de la organización de los trabajadores; los medios del empleador, y la seguridad (Canada Supreme Court 2011: 99). Adicionalmente, podemos mencionar la salud e integridad de los compañeros de trabajo u otras personas que pudieran verse afectadas.¹⁰ Finalmente, como se mencionará al final del

8 Estos podrían ser el tamaño de la empresa, el presupuesto, el número de trabajadores u otros factores que reseñaremos más adelante.

9 Stein (2003: 88) utiliza los términos «soft» y «hard».

10 En este punto nos referimos a los riesgos o peligros que se podrían generar en la seguridad, salud e integridad

artículo, cabría evaluar si acaso la afectación a los derechos de otras personas también puede ser un criterio que tomar en cuenta

Por otra parte, se habla muy poco de los beneficios que involucra la contratación de personas con discapacidad. Entre los beneficios se puede señalar que las personas con discapacidad suelen tener una rotación menor en el mercado laboral, lo cual ahorra costos futuros de entrenamiento; además, se ha identificado que tienen una productividad por encima del promedio (Stein 2003: 104-106). Cabe resaltar que la contratación de personas con discapacidad también suele tener beneficios en la imagen pública de la empresa (De Campos Vehlo Martel 2001: 108) y, en el caso peruano, hay que señalar que la LGPCD establece una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad¹¹ y sobre los sueldos pagados a personas con discapacidad.¹² Adicionalmente, a pesar de los problemas de valoración, hay que tomar en cuenta el beneficio social de incluir laboralmente a las personas con discapacidad. Este podría intentar cuantificarse, de manera inicial e incompleta, por la contribución impositiva que hace la persona con discapacidad (Stein 2003: 141-142). Por tanto, todos estos elementos deberán ser evaluados por el funcionario público o por el juez para determinar si existe o no una carga indebida.

Una vez que se produzca este análisis, existen cuatro resultados posibles (Stein 2003: 88):

- a) *La productividad del trabajador (DP) con discapacidad es mayor o igual que la productividad del trabajador promedio (AP) $\rightarrow DP \geq AP$*
- b) *La productividad del trabajador con discapacidad es menor que la del trabajador promedio pero los beneficios siguen superando los costos $\rightarrow AP > DP \geq 0$*
- c) *La productividad del trabajador no genera beneficios al empleador pero sí existe un beneficio social (BS) en el empleo de la persona con discapacidad $\rightarrow BS > 0$*
- d) *La productividad del trabajador no genera beneficios al empleador ni tampoco un beneficio social que supere los costos $\rightarrow BS < 0$*

No se puede argumentar la carga indebida en el caso 1. Además, es claro que en el caso 4 la carga indebida es manifiesta. Es así que los casos discutibles serán el 2 y el 3. En esos casos hay que resaltar que cuando haya ajustes razonables casi siempre habrá un costo. Como señala De Campos Velho Martel: «[c]arga habrá. Es el costo de proteger los derechos fundamentales y de diseñar una sociedad inclusiva» (2011: 100). Por tanto, los empleadores no pueden aducir una productividad menor o incluso una pérdida al momento de negarse a realizar ajustes

de los compañeros de trabajo u otras personas, con la realización del ajuste solicitado por el trabajador con discapacidad.

11 Artículo 50. Ajustes razonables para personas con discapacidad.-

50.2 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales prestan asesoramiento y orientación a los empleadores para la realización de ajustes razonables para personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Los empleadores públicos y 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 del Ministerio de Economía y Finanzas.

12 Artículo 47. Medidas de fomento del empleo.-

47.2 Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría que emplean a personas con discapacidad tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre las remuneraciones que se paguen a estas personas, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.

razonables. Dicha pérdida tendrá que ser desproporcionada para poder aducir la existencia de una carga indebida. Es complicado determinar qué es una carga indebida para todos los casos. En ese sentido, la argumentación será casuística porque la carga indebida es un «concepto jurídico indeterminado». Hacemos una analogía con el principio de no confiscatoriedad, dado que también «su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso». (Tribunal Constitucional 2004: Pár. 19) Las líneas anteriores, no obstante, han buscado delimitar los argumentos que pueden presentar las partes en una controversia.

4. Los titulares del ajuste razonable

Luego de definir la naturaleza del ajuste razonable, es necesario establecer quiénes son los titulares de este derecho. Como es evidente por el fraseo de la CDPD y la LGPCD, los beneficiarios directos son las personas con discapacidad.

No obstante, en la realidad podríamos ver que no solamente estas personas requerirían de un ajuste razonable. En esta sección pasaremos a demostrar que también los familiares de personas con discapacidad y las personas de minorías religiosas requieren de ajustes razonables en el empleo. Asimismo, veremos que otros autores reclaman su expansión hacia otros grupos más como adultos mayores, mujeres embarazadas o personas de origen nacional distinto (Waddington 2011: 186-198).

Como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), la no discriminación «también incluye la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad)». (Comité de Derechos Económicos Sociales Y Culturales 2009: Pár. 16). Es evidente que, dada la falta de servicios especializados en el cuidado de personas con discapacidad, muchas personas que tienen familiares con discapacidad tienen que hacerse cargo de su cuidado.¹³ En muchas ocasiones, esto tiene como consecuencia dificultades en los centros de trabajo, puesto que estos cuidados consumen tiempo. Por ejemplo, un padre de familia que tenga que llevar a rehabilitación a su hijo dos veces a la semana por las mañanas tendrá que modificar su horario o verse forzado a incurrir en tardanzas para no descuidar a su hijo. La incapacidad para poder combinar ambas labores ha generado que, en la actualidad, más de 170 000 personas en el Perú dejen de trabajar por cuidar a un familiar (ENEDIS 2012).

En ese sentido, la LGPCD incurre en una omisión que resulta perjudicial para las personas con discapacidad. Tal omisión ha tratado de ser subsanada a través de otros proyectos legislativos; no obstante, ninguno de esos esfuerzos ha tenido una visión sistemática de los ajustes razonables y se han limitado a proponer la consagración normativa de ciertos ajustes razonables específicos para algunos pocos grupos.¹⁴ Sin embargo, es posible recurrir a un

13 Los autores han podido conocer casos referentes a la necesidad de ajustes razonables que requieren los padres de personas con discapacidad a través de la labor en la Clínica Jurídica en Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sección Discapacidad.

14 Al respecto, se cuenta con la Ley 29992, Ley que modifica la Ley 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de febrero de 2013. Adicionalmente, se cuenta con diferentes proyectos de ley, entre los cuales podemos destacar los siguientes: Proyecto de Ley 01527/2012-CR, Ley que concede el derecho de licencia por asistencia familiar a los trabajadores de la actividad pública y privada; Proyecto de Ley 01577/2012-CR, Ley que promueve la

instrumento internacional para subsanar dicha omisión. El Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo¹⁵ responde a las necesidades de trabajadores con responsabilidades familiares. Dado su carácter de tratado de derechos humanos, se puede reconocer el rango constitucional de sus disposiciones, (Tribunal Constitucional 2006: Pár. 22) por lo cual el accionar estatal debería estar orientado a la efectiva cristalización de esta normativa.¹⁶ El Ministerio de Trabajo ha dado pasos alentadores con respecto a la implementación de estas disposiciones (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2013).

En dicho tratado se busca proteger a los trabajadores «con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella». (Organización Internacional del Trabajo 1983: Art. 1) Resulta claro que los padres de familia que se encargan de hijos con discapacidad ingresan en dicha categoría. También se incluye a trabajadores que cuiden a «otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén» (1983: Art. 2). En ese sentido, les corresponde que el Estado tome todas las medidas necesarias para que «puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo». De dicho fraseo es posible deducir que los ajustes razonables serían una medida adecuada para que se mantengan en el empleo. Más importante es señalar que el Convenio establece que la responsabilidad familiar no puede ser una causa justificada para terminar una relación laboral. (1983: Art. 8)

Finalmente, otro grupo que tendría derecho a los ajustes razonables serían las personas pertenecientes a minorías religiosas. Al respecto, cabe señalar que la Ley 29635 Ley de Libertad Religiosa establece que se debe armonizar la práctica de las festividades religiosas con los derechos de los trabajadores.¹⁷ En relación con ello, es pertinente resaltar que, con anterioridad a la promulgación de dicha norma, el Tribunal Constitucional (2002) había establecido el derecho de un médico adventista a no trabajar los sábados.

Asimismo, existe un colectivo específico cuya prestación de servicios, a pesar de cumplir en la realidad con los elementos que configuran una relación laboral (esto es, la subordinación, la remuneración y la prestación personal), se encuentra legalmente excluido del régimen laboral general: los beneficiarios de las modalidades formativas laborales.

Las modalidades formativas laborales, reguladas por la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales¹⁸ y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 007-2005-TR,¹⁹ son «tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico

reducción en la jornada laboral de padres de niños con discapacidad física o mental; Proyecto de Ley 02291/2012-CR, Ley que concede el derecho de licencia al Padre Trabajador por nacimiento de hijo con síndrome de Down; y Proyecto de Ley 02381/2012-CR, Ley que autoriza la reducción en la jornada laboral de padres de niños con síndrome de Down.

15 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. En vigor para el Perú desde 1986.

16 Con respecto al rango de los tratados en el Perú, véase Vásquez (2013: 89-108), y con respecto a la aplicación inmediata de normas internacionales, véase Bregaglio (2012: 168 - 183).

17 Artículo 3. Ejercicio individual de la libertad de religión.-

La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos:

f. Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley.

18 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de mayo de 2005.

19 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de septiembre de 2005.

mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional». ²⁰ En estos casos, los «beneficiarios» pueden acogerse a un tipo de modalidad formativa específica para que empleen, en la práctica, los conocimientos aprendidos en sus propios centros de estudios.

Como la realidad muestra, quienes se acogen a las modalidades formativas laborales, realizan labores tan igual que los trabajadores y se encuentran en situaciones de hecho bastante similares. Por lo tanto, cabe preguntarse si es que a este colectivo específico también le correspondería la titularidad del derecho a realizar ajustes razonables cuando se trate de beneficiarios con discapacidad.

Al respecto, somos de la idea de que la titularidad de dicho derecho es aplicable al colectivo señalado; pues, como hemos dicho, en la realidad, quienes se acogen a las modalidades formativas también ofrecen su fuerza de trabajo de manera subordinada a cambio de una contraprestación en específico. Por lo tanto, si para ejercer dicha prestación requieren de algún ajuste en su centro de trabajo, el empleador estaría en la obligación de realizarlo. Lo señalado encuentra fundamento en la redacción misma del artículo 50 de la LGPCD, la cual establece que «*la persona con discapacidad* tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo [...]» (Las cursivas son nuestras). Así, la norma no restringe la titularidad de dicho derecho a las personas con discapacidad que ostentan una relación laboral, sino que permite que otras personas con discapacidad que se encuentran en situaciones de hecho similares a aquellas puedan gozar de tal derecho, como es el caso de los beneficiarios de modalidades formativas.

Con esto no estamos abriendo la puerta a que los derechos laborales típicos de los trabajadores les sean aplicados a los beneficiarios de las modalidades formativas, pues somos conscientes de la exclusión legal que existe en la actualidad. Sin embargo, recordemos que los ajustes razonables encuentran su origen en el efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, derecho que no puede ser ajeno a los beneficiarios con discapacidad que requieran de estas modificaciones.

Ahora bien, cabe resaltar que no es la primera vez que el goce de derechos fundamentales destinados a los trabajadores (como lo es la libertad sindical) se extiende hacia los beneficiarios de las modalidades formativas. El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que las personas contratadas bajo las modalidades formativas también deberían tener el derecho a organizarse colectivamente. ²¹

5. Los sujetos obligados a realizar el ajuste

Cuando se habla de los sujetos obligados a realizar los ajustes razonables en el empleo, lo más probable es que se identifique, automáticamente, al empleador; sin embargo, consideramos que la lectura sobre tales sujetos deberá hacerse atendiendo a la posibilidad y efectividad de realizar los ajustes razonables y, en función a ello, qué sujetos deberán cooperar, como describiremos en este apartado.

20 Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, artículo 1.

21 Así lo ha señalado el Comité en la Recomendación del Comité de Libertad Sindical formulada al Perú en el Caso 1796 (1996) y en la Recomendación en el Caso 2575 (2009).

5.1. El empleador directo

Resulta claro que si es que el empleador se beneficiará, al final, del producto del trabajo de la persona con discapacidad, deba recaer sobre aquel la obligación de realizar los ajustes razonables necesarios para que el trabajador se desempeñe de la mejor manera posible.

En ese sentido, el artículo 50 de la LGPCD establece, por un lado, que «las personas con discapacidad tienen derecho a ajustes razonables en el centro de trabajo [...]»; y, por otro, que «[...] *los empleadores realizan los ajustes razonables*, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva [...]» (Las cursivas son nuestras).

Como se puede observar de la cita de la norma, esta reconoce, en un primer momento, el derecho de las personas con discapacidad a que se realicen los ajustes razonables necesarios y, en un segundo momento, la obligación de los empleadores de realizar estos ajustes, salvo que demuestren la carga económica excesiva o, como ya hemos destacado en los puntos anteriores, la carga indebida. Cabe resaltar que la norma no hace distinción entre empleadores públicos y privados, por lo que estarán obligadas tanto las personas jurídicas y naturales del sector privado que funjan como empleadores como las entidades del Estado que empleen personal con discapacidad.

Ahora bien, habiendo identificado al sujeto naturalmente obligado a realizar los ajustes razonables, cabe preguntarse si es que habrá otros sujetos que, sin ser empleadores directos, podrían estarlo.

5.2. Tercerización e intermediación

Existen situaciones en las que un empleador se vale de terceros para la ejecución de etapas enteras —o parte de ellas— de su propio proceso productivo. A este fenómeno en especial se le denomina «proceso de descentralización productiva». La descentralización productiva es una forma de

organización del proceso de elaboración de bienes y/o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo (Cruz 1994: 8).

La descentralización productiva se manifiesta, por lo general, en «el suministro de personal para servicios temporales, los grupos de empresas, el trabajador autónomo, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y la subcontratación de obras o servicios» (Ugaz 2010: 301).

De los supuestos descritos, para los fines de este apartado, nos centraremos en las manifestaciones que consisten en la tercerización de servicios (conocida, también, como subcontratación o outsourcing) y la intermediación de servicios (denominada, también, services). La regulación de ambos fenómenos, mediante la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización²² (LRST) y la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores,²³ está orientada a velar por los derechos laborales

22 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2008.

23 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 9 de enero de 2002.

de los trabajadores que, sin llegar a ser contratados directamente por la empresa que recibirá el servicio de la tercerización o intermediación, podrían llegar a desempeñarse dentro del mismo centro de trabajo o ámbito de producción de aquella empresa.

En la tercerización de servicios, el empleador desprende una etapa de su proceso productivo para que el contratista la desarrolle de manera autónoma e integral. La intermediación de servicios puede presentarse de dos formas: en la primera, la empresa intermediadora provee personal a otra, personal que realizará, temporalmente, actividades calificadas como «principales» (aquellas cuya interrupción afecte determinadamente el giro del negocio del empleador)²⁴ de la empresa que recibe el servicio. La segunda forma de intermediación de servicios se presenta cuando una empresa encarga a la empresa intermediadora la realización de determinadas actividades que gocen del carácter de complementarias o de alta especialización.²⁵

Otra diferencia que existe entre ambos fenómenos se da respecto del nombre que se le otorga a la empresa que recibe el servicio: en el caso de la tercerización de servicios, a la empresa que recibe el servicio se le denomina «empresa principal» y, en el caso de la intermediación de servicios, se le denomina «empresa usuaria». A modo de ejemplo, la tercerización de servicios puede presentarse cuando una empresa minera decide que una etapa de su proceso productivo la desarrolle otra, como podría serlo la actividad de exploración y extracción de los minerales. En cambio, la intermediación de servicios se puede presentar cuando se requiere contratar a un empleado temporalmente, pues quien ocupaba el puesto se encuentra de licencia o, también, cuando se le encarga a un tercero realizar el servicio de limpieza o seguridad, siempre y cuando el giro del negocio de la empresa usuaria no sea, justamente, la limpieza o seguridad.²⁶

Ahora bien, podría darse el caso de que los trabajadores destacados al centro de trabajo de la empresa principal o usuaria sean personas con discapacidad y que, en algún momento, requieran que se realicen ajustes razonables para que puedan desarrollar su labor sin problemas. En estos supuestos consideramos que la empresa principal o usuaria, dependiendo del tipo de descentralización productiva que se emplee, tendrá un deber de cooperación a fin de permitir que el empleador real o directo realice los ajustes razonables necesarios; salvo un supuesto específico, que es el caso de la intermediación de servicios consistente en la provisión de personal para actividades principales, pero temporales.

En primer lugar, señalamos que surge un deber de cooperación y no el mismo deber de realizar los ajustes razonables porque resulta razonable que la carga recaiga sobre el empleador directo que se beneficia del trabajo de la persona con discapacidad y no sobre la empresa principal o usuaria; ya que, si bien esta se beneficiará también de la labor de la persona con discapacidad —pues el trabajo de esta persona contribuirá con la realización del servicio esperado por aquellas empresas—, dicha empresa se ha desprendido válidamente. Ello tiene correlato con el hecho de que es el mismo empleador directo (la empresa que brinda el

24 El artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR establece que «constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo».

25 El artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR establece, en el caso de la actividad complementaria, que «es de carácter auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal, tal como la actividad de vigilancia, seguridad, mantenimiento, mensajería externa y limpieza» y, en el caso de la actividad de alta especialización, que es «aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados».

26 Si es que el giro principal de la empresa usuaria sería la limpieza o seguridad, no nos encontraríamos ante una actividad complementaria o de alta especialización.

servicio de tercerización o intermediación) el que está en la posibilidad de realizar los ajustes razonables. Por ejemplo, si el trabajador con discapacidad requiere que se modifique el horario de trabajo, tal ajuste no podrá solicitarlo a la empresa principal o usuaria, sino que deberá solicitarlo a su real empleador.

Así, la realización del ajuste razonable dependerá, por lo general, del mismo empleador directo. Sin embargo, puede que para realizar efectivamente tales ajustes se requiera de la colaboración o cooperación de la empresa principal o usuaria. Por ejemplo, si la empresa principal ha cedido algunas computadoras a la empresa tercerizadora para que realice el servicio encomendado y esta cuenta con personal invidente, puede darse el caso de que tal personal requiera que se instale un software especial para desempeñar sus propias labores. La realización del ajuste razonable solicitado requerirá, además de los gastos necesarios para instalar el software, que la empresa principal permita que tal sistema se instale en sus computadoras.

Bajo nuestro punto de vista, la empresa principal no podrá negarse a realizar tales ajustes razonables por dos razones. En primer lugar, los ajustes razonables a los que tienen derecho las personas con discapacidad no se limitan al ámbito de control de su empleador (del cual escaparían las computadoras que no son de su propiedad), sino que abarcan todos los elementos ligados a la prestación de sus servicios. En esa línea, el artículo 50 de la LGPCD establece, sin distinción alguna, que

[...] 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. (Las negritas son nuestras)

De esa manera, la negativa de la empresa principal a colaborar para realizar el ajuste razonable vaciaría de contenido el derecho reconocido a las personas con discapacidad; de lo contrario, ¿qué sentido tendría que se reconozca tal derecho si es que en los casos que su realización dependa de la cooperación de terceros estos podrían negarse a tal cooperación?

En segundo lugar, consideramos que la empresa principal o usuaria no puede negarse a cooperar para realizar los ajustes razonables por el mismo deber de diligencia que surge en las relaciones jurídicas de naturaleza civil. En ese sentido, Gastón Fernández señala que el deber accesorio de diligencia se manifiesta de dos formas: a) en aquellos deberes que coadyuvan a la realización del deber central; y b) en los deberes que tienen la función específica de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación (estos últimos deberes son los denominados, también por la doctrina, «deberes de protección») (2005: 159).

Así, de acuerdo con el primer tipo de deber de diligencia, las partes deberán llevar a cabo aquellas acciones necesarias para realizar el deber central comprometido entre ellas. En este caso, si es necesario instalar el software para que el personal invidente pueda desempeñar sus labores y, con ello, la empresa de tercerización pueda prestar el servicio, la empresa principal, en virtud del deber de diligencia, deberá cooperar a fin de que tal servicio se pueda realizar. Claro está que no se podrá exigir que la empresa principal o usuaria coopere bajo todos los supuestos, sino solo en aquellos en los que los ajustes razonables hayan pasado sus propios límites: la razonabilidad o efectividad y la carga indebida, puesto que en estos casos tal análisis deberá tomar en cuenta, también, el impacto que genere en el tercero (la empresa principal o usuaria) a fin de que los ajustes puedan proceder.

Ahora bien, al inicio de la explicación de este supuesto mencionamos que en el caso de la intermediación de servicios consistente en la provisión de personal para actividades principales, pero temporales, la empresa usuaria no solo tendría el deber de cooperación, sino que también podrá tener el deber mismo de realizar el ajuste razonable. Y es que en estos supuestos la empresa usuaria fungirá, durante un corto tiempo, como el empleador de tal personal, y si es que esta es una persona con discapacidad que requiere de ajustes razonables en su centro de trabajo, el empleador virtual (que será la empresa usuaria) tendrá la obligación de realizar tales ajustes. Justamente, en estos casos, la realización de los ajustes razonables podría depender de la misma empresa usuaria, como sería la modificación del horario de trabajo, las variaciones del entorno de trabajo o de las mismas maquinarias y herramientas que se empleen. Sostener lo contrario llevaría a supuestos en los que los ajustes razonables dependan íntegramente de la empresa usuaria (pues es esta la que ostenta el poder de organización en dicho centro de trabajo), pero como esta no estaría obligada, tales ajustes no podrán realizarse, y se tomará ineficaz al derecho a los ajustes razonables.

En suma, consideramos que, como regla general, en la tercerización e intermediación de servicios la empresa principal o usuaria tendrá un deber de cooperación para realizar los ajustes razonables y, en el caso de la intermediación por provisión de personal para actividades principales pero temporales, la misma empresa usuaria podría llegar a tener, en algunos supuestos, la misma obligación de realizar los ajustes razonables. En lo referido a la asunción del costo del ajuste, en tanto no existe una remisión legal expresa, la empresa intermediadora deberá seguir siendo la que asuma el costo.

6. Los momentos del ajuste

Hemos explicado la importancia de los ajustes razonables para una plena inclusión en el empleo; no obstante, de la redacción de la norma no queda claro en qué momento se debe realizar el ajuste razonable. Esto tiene un impacto evidente porque podría ser que las personas con discapacidad no puedan acceder a un empleo debido a que las modalidades de selección y evaluación lo impiden.

6.1. El acceso al empleo

La LGPCD señala que deben existir ajustes —no señala su razonabilidad— en los procedimientos de selección y evaluación de las entidades públicas.²⁷ No obstante, no hay mayor referencia a si esto resultaría necesario en el caso de los empleadores privados. De hecho, la norma legal solo establece la obligatoriedad de los ajustes razonables en el lugar de trabajo. Se puede especular que la inclusión de los ajustes en los procedimientos de selección públicos se debe a la influencia del caso de Edwin Béjar, abogado con discapacidad visual que fue impedido de postular en el concurso público para fiscales.²⁸ No obstante, la omisión que señalamos genera

27 Artículo 48. Bonificación en los concursos públicos de méritos.-

48.2 Las entidades públicas realizan ajustes en los procedimientos de selección y evaluación para garantizar la participación de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas.

28 Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco. Proceso de amparo. Caso Edwin Béjar. PJ 2009-01890. Al

un vacío normativo que termina siendo perjudicial para las personas con discapacidad. Si los procesos de selección no se ajustan a las personas con discapacidad, estas no podrán participar de manera igualitaria en la búsqueda de un empleo. Así, por ejemplo, ¿cómo podrá una persona con discapacidad visual realizar la usual tarea de hacer el dibujo de una persona bajo la lluvia? ¿Cómo deberá plantearse la entrevista que se le hace a una persona con discapacidad intelectual? Una interpretación correcta de la norma nos obligaría a señalar que el acceso al empleo también es susceptible de ser afectado por los ajustes razonables en el ámbito público y privado. La norma nacional debería leerse junto con el artículo 27.a de la CDPD, que establece la prohibición de la discriminación «con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables». Es así que las obligaciones de ajuste se extienden a diversas situaciones relacionadas con el empleo. Por ejemplo, en Estados Unidos, se reconoció el derecho de una persona sorda a contar con un intérprete de señas durante el entrenamiento previo a la contratación, lo cual, como es evidente, le impidió seguir avanzando en el proceso de postulación. (Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica 2012)

Consideramos que el Reglamento de la LGPCD contribuye con tal interpretación; pues establece, en su artículo 57, que una de las finalidades de los ajustes es facilitar el acceso al puesto de las personas con discapacidad.

Asimismo, consideramos que esta interpretación encuentra respaldo en la obligación que tienen los empleadores de garantizar la participación efectiva de las personas con discapacidad en los procesos de evaluación, establecida en el numeral 1.4 del artículo 56 del Reglamento. Así pues, se unifica el criterio respecto a la posibilidad de solicitar los ajustes razonables en el acceso al empleo tanto en el sector público como en el privado.

6.2. El desarrollo de la relación laboral

Además de los ajustes en la postulación o en el acceso, las personas con discapacidad tienen derecho a que se realicen los ajustes razonables durante el desarrollo de su relación laboral. De esta manera, la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como los cambios en la organización del trabajo y el horario de trabajo, son aplicables en dicho momento de la relación laboral.

Como hemos señalado en puntos anteriores, realizar dichos ajustes requiere analizar la procedencia de estos, esto es, verificar su razonabilidad y no considerarlos una carga indebida para el empleador. Adicionalmente, la negativa injustificada a realizar los ajustes se configura como un acto discriminatorio; por tanto, proscrito por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 8 de la LGPCD.

En tal sentido, la LGPCD modificó la relación de actos de hostilidad equiparables al despido en dos términos. El régimen laboral de la actividad privada ya reconocía como un acto de hostilidad a los actos discriminatorios; sin embargo, a fin de evitar una interpretación restrictiva de los motivos prohibidos, la LGPCD especificó que la condición de discapacidad era un motivo prohibido más y añadió el término «cualquier otra índole»,²⁹ permitiendo también

respecto, véase Olivera y Villarreal (2013).

29 La Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la LGPCD modificó el inciso f) del artículo 30 del Decreto

que otros colectivos tradicionalmente segregados pudieran ser incluidos en dicha disposición. En segundo lugar, la LGPCD añadió un supuesto más dentro del listado de actos de hostilidad, y estableció así como un acto equiparable al despido «la negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad».³⁰

En suma, la LGPCD especificó que la discriminación basada en la discapacidad era un acto de hostilidad equiparable al despido y, además, añadió un supuesto más: la negativa injustificada de realizar los ajustes. Ahora bien, teniendo en cuenta que ya un acto de hostilidad es aquel que sea discriminatorio y recordando que la misma LGPCD estableció que la negativa injustificada de realizar los ajustes se considera un acto discriminatorio, tal supuesto hubiese sido considerado un acto de hostilidad por el solo hecho de ser discriminatorio, y hubiese encajado en el inciso f) del artículo 30 de la LGPCD. Sin embargo, en tanto la LGPCD ha establecido que la negativa de realizar los ajustes razonables es un acto de hostilidad distinto a los actos discriminatorios, la inspección del trabajo, cuando tenga que constatar tal infracción, deberá sancionar tal negativa solamente en función a esta última infracción y ya no en función a la relativa a los actos discriminatorios, a fin de evitar caer en una doble infracción.

6.3. La extinción de la relación laboral

Otra innovación de la LGPCD en esta materia es el establecimiento del cumplimiento de dos requisitos previos para poder despedir a alguien por deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas, supuesto establecido en el literal a) del artículo 23 de la LPCL.

Luego de la modificación realizada por la LGPCD, la redacción de dicho artículo ha quedado de la siguiente manera:

Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, *realizados los ajustes razonables correspondientes*, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.³¹ (Las cursivas son nuestras)

De esta manera, cuando el empleador pretenda despedir a un trabajador con discapacidad por tales motivos, deberá realizar los ajustes razonables necesarios para que esta persona pueda laborar en dicho puesto de trabajo. En este punto, consideramos que solo cuando el ajuste no haya pasado el examen de procedencia señalado en los puntos anteriores de este trabajo, podrá considerarse que tales deficiencias del trabajador «impiden el desempeño de sus tareas».

Supremo 003-97-TR, Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), estableciendo el siguiente enunciado: «Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole». La regulación anterior no contemplaba la discapacidad como un motivo prohibido ni el término *cualquier otra índole*.

30 La Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la LGPCD añadió un supuesto más de actos de hostilidad al régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

31 La Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la LGPCD modificó el literal a) del artículo 23 de la LPCL.

Si es que los ajustes que requieren los trabajadores con discapacidad no son procedentes, el empleador deberá observar un segundo requisito: el cambio de puesto de trabajo, cuando exista alguna vacante, y siempre y cuando no afecte la seguridad y salud del trabajador o de terceros. La duda que puede plantearse en este punto es si en el nuevo puesto de trabajo al que podrían cambiar al trabajador con discapacidad también es necesario realizar los ajustes razonables. Al respecto, consideramos que la respuesta es afirmativa, pues el análisis que el empleador deberá realizar a fin de que el trabajador sea compatible con el nuevo puesto de trabajo implica, justamente, la posibilidad o no de realizar algún ajuste razonable. Si bien lo más adecuado hubiese sido que la LGPCD, al modificar la LPCL, contemplara específicamente este supuesto, no consideramos que exista algún inconveniente con la interpretación propuesta.

Cabe resaltar que, a pesar de la distinción, el cambio de lugar de trabajo también constituiría una forma de ajuste razonable. No obstante, este ajuste razonable podría tener implicancias con respecto a otros trabajadores si es que el cargo fuese superior. Por ejemplo, podemos pensar en una persona encargada de labores de limpieza que se accidenta y pierde movilidad física. Al no poder encontrar ajustes razonables, el empleador decide trasladarlo al puesto de supervisor, el cual es superior. Esto afectaría los legítimos intereses de sus compañeros si es que acaso estuviesen más calificados para el cargo. La redacción de la norma parece indicar que si se le puede trasladar, debe trasladársele. Esto querría decir que si cumple con los requisitos del puesto superior, debería ingresar al puesto vacante incluso si hubiese otros trabajadores con más méritos para ocupar dicho cargo. En Estados Unidos se decidió de manera distinta; se señaló que contravenir la política de ascensos y promociones era una carga indebida. (Corte Suprema de los Estados Unidos 1996) No obstante, es necesario reconocer que, si bien existe una carga, no atenta contra el disfrute de derechos de otras personas; visto ello, sí procedería un ascenso incluso ante la presencia de trabajadores mejor calificados.

7. El conflicto de derechos

Como se ha mencionado, los ajustes razonables pueden implicar costos. De hecho, lo más probable es que sea así en muchas ocasiones. Tales costos pueden ser de diversa índole. No obstante, cada caso es distinto. Y estos pueden ser difíciles de establecer o cuantificar. A pesar de ello, es importante resaltar que la intención de los ajustes razonables es posibilitar la inclusión real de las personas con discapacidad en los diferentes aspectos de la vida, incluido el ámbito laboral.

Como hemos podido observar previamente, la inclusión laboral de personas con discapacidad puede ser beneficiosa para el empleador, para el ambiente de trabajo y para la sociedad en su conjunto. En ese sentido, la lectura de la disposición constitucional sobre la protección del «impedido [sic] que trabaja»³² debe leerse como la búsqueda de una igualdad real de todas las personas sea que tengan discapacidad o no. Esto puede generar la necesidad

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

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

de tomar medidas especiales como son los ajustes razonables, pero no se puede pensar en una sociedad realmente democrática e inclusiva en la cual la discapacidad sea un motivo de exclusión permanente de la posibilidad de ser parte de la «dignidad creadora del trabajo».³³ Al respecto, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional, incluso previamente a la adopción de la CDPD, señaló que debe haber medidas de «discriminación positiva que exige la cláusula de la igualdad jurídica consagrada en el artículo 2, inciso 2)».³⁴ En tanto hay una disposición constitucional de igualdad, esta debe seguirse siempre y cuando no involucre un perjuicio desmedido —carga indebida— sobre alguien.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la obligación de realizar los ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad implica, de alguna manera, una interferencia en el poder de organización que tienen los empleadores y, en concreto, en el poder de dirección de estos.

En el caso de los empleadores privados, se sostiene que el poder de dirección es el «poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva» (Luque 1999: 30). En esa línea, el poder de dirección del empleador encuentra su fundamento en la libertad de empresa (Valverde 1992: 201), derecho fundamental reconocido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú, cuyo contenido esencial ha sido descrito bajo las siguientes manifestaciones: «(i) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; (ii) la libertad de organización; (iii) la libertad de competencia; y, (iv) la libertad para cesar las actividades» (Kresalja y Ochoa 2012: 452). Como se podrá observar, es de la segunda manifestación descrita, la libertad de organización, de donde proviene este poder que ostenta el empleador en el desarrollo de la relación laboral.

Sin embargo, recordemos que también existen empleadores públicos, esto es, las entidades estatales. En esos casos, el poder de dirección no proviene de la libertad de empresa, sino de la potestad de organización que ostenta el Estado.

Sin perjuicio de ello, existe un consenso sobre el **contenido** del poder de dirección. La doctrina, tradicionalmente, ha entendido que esta es una situación jurídica de contenido complejo, pues está compuesta por tres facultades específicas: a) la facultad de **dirigir** o **dictar** instrucciones generales o específicas respecto a la prestación del servicio del trabajador; b) como correlato del punto anterior, se reconoce la facultad de **controlar** y **fiscalizar** el cumplimiento del trabajador de las directrices establecidas, y c) de constatarse el incumplimiento de tales obligaciones, se le reconoce al empleador la **facultad** de sancionar al trabajador por el incumplimiento detectado (Neves 2012: 36; Villalón 2008: 163; entre otros).

Ahora bien, consideramos que los ajustes razonables, en tanto derechos de las personas con discapacidad o de otros sujetos de la relación laboral, influyen, en alguna medida, en el poder de organización que tienen los empleadores. Y es que justamente tal derecho genera en el empleador la obligación de realizar modificaciones tanto en el centro de labores como en el tiempo de trabajo, modificaciones que, inicialmente, no había previsto. Por ejemplo, el empleador podría haber determinado que uno de los turnos de trabajo se realice desde las 6:00 horas hasta las 14:00 horas; pero podría darse el caso de que uno de los trabajadores que deba trabajar cuente con una discapacidad y que su rehabilitación solo pueda realizarse entre las 7:00 horas y las 9:00 horas. El trabajador, como estipula el artículo 50 de la LGPCD, tendrá

33 Constitución Política del Perú de 1979. Preámbulo.

34 Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 324-99-AA/TC. *Caso César Augusto Zevallos Eyzaguirre*, párrafo 8.

el derecho a que tal factor se modifique (con los límites que se describen en este trabajo); en este caso, el horario de trabajo, a fin de que pueda seguir desempeñando sus labores adecuadamente.

Inclusive, hay modificaciones que van más allá del poder de dirección y que se centran exclusivamente en el poder de organización (más amplio que el primero); por ejemplo, las relacionadas con la modificación de maquinarias de trabajo o herramientas. En este caso, no estamos ante el ámbito concreto del poder de dirección (que implica dirigir, fiscalizar y sancionar), sino ante el poder que tiene el empleador de utilizar los instrumentos que considere adecuados para realizar el producto o servicio final que ofrece al mercado.

En el caso de los empleadores privados, podrían alegar que la realización de los ajustes razonables, en alguna medida, restringe la libertad de empresa que ostentan (en su manifestación de organización). Frente a ello, el Tribunal Constitucional ha recurrido a un test de ponderación entre ambos derechos (libertad de empresa y derechos fundamentales del trabajador). Por ejemplo, en el caso *Lucio Valentín Rosado Adanaque*, resuelto en la sentencia recaída en el Expediente 0895-2001-AA/TC, un trabajador, médico de EsSalud, solicitó no laborar los sábados, pues su religión implicaba que dedique tal día al culto a la Iglesia. En dicho caso, el Tribunal concluye, luego de una ponderación de los intereses en juego, que EsSalud no aportó «razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa».

Si aplicáramos tal razonamiento al caso de los ajustes razonables de las personas con discapacidad, podríamos concluir que el análisis de la procedencia de los ajustes razonables es, justamente, una ponderación entre los intereses en juego. Cuando se mide de un lado los beneficios que los ajustes implican y los costos y su carga indebida, se están ponderando ambos derechos.

Nuestra propuesta en este punto es que, a la hora de realizar el análisis de procedencia de los ajustes razonables, se ponderen los intereses tanto del trabajador con discapacidad, del empleador y de terceros ajenos a ese vínculo directo pero que podrían verse afectados en alguna medida.

Al final, los ajustes razonables observan, además de los costos económicos generados a los empleadores, la posible afectación a otros sujetos. Por ejemplo, en el caso *Rosado Adanaque*, el Tribunal pretendió tomar en cuenta el interés de los usuarios del servicio de salud. Así pues, dependiendo de cada caso concreto, la procedencia de los ajustes razonables puede llegar a implicar, además de los costos económicos generados al empleador, el impacto de la medida en otras personas. Esta interpretación no deberá emplearse como un instrumento para que los empleadores se nieguen constantemente a realizar los ajustes, sino que debe permitir poder tomar en cuenta todos los intereses en juego detrás de un ajuste.

Así, si la autoridad encargada de evaluar la procedencia del ajuste encuentra que el empleador pretende justificar su negativa a realizar los ajustes en la afectación a terceros sin ningún fundamento o sin criterios razonables, tales argumentos no podrán tomarse en cuenta.

8. Otros aspectos problemáticos en la relación laboral

Este trabajo ha querido evidenciar las amplias posibilidades que tiene el ajuste razonable para permitir que las personas con discapacidad accedan al mercado laboral y permanezcan en él

satisfactoriamente a fin de desarrollarse. No obstante, también se ha reparado en las muchas carencias de la actual normativa, la cual, a pesar de lo mencionado, es un avance significativo en los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, hay elementos que no han sido materia del análisis en este artículo, pero que consideramos importante tener en cuenta para una verdadera inclusión laboral. Además de los ajustes razonables en el entorno laboral, se debe tener en cuenta que su aplicación se debe extender a todos los aspectos de la relación laboral. Así, por ejemplo, también debe haber ajustes razonables cuando se piense en traslados, (Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas 2012: Pár. 22.e) los ascensos e incluso las bonificaciones. Si bien la literalidad de la norma no ha apuntado a ello, es necesario que la práctica y la jurisprudencia apunten a un fin que conlleve a una verdadera inclusión laboral que genere, a la larga, una sociedad plenamente inclusiva.

9. Conclusiones

- a) Los ajustes razonables son adaptaciones que se deben realizar para permitir el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Su alcance no se limita al derecho al trabajo, pues abarca desde el derecho a la educación, a la salud, así como a los demás derechos humanos y libertades fundamentales.
- b) Debe distinguirse entre accesibilidad y ajustes razonables. Mientras que el primero es la obligación de adaptación del entorno, servicios y sistemas de información con vocación de generalidad; el segundo concepto está ligado a una evaluación especial de cada caso en concreto.
- c) Los conceptos descritos se complementan de la siguiente manera: a) se utilizarán ajustes razonables cuando no se haya conseguido la accesibilidad al reconocer que es un objetivo de difícil consecución; y b) se utilizarán ajustes razonables al reconocer que incluso en entornos accesibles no se puede terminar de satisfacer todos los requerimientos de las personas con discapacidad.
- d) Los ajustes razonables en el empleo son un nuevo límite al poder de dirección del empleador; toda vez que este deberá variar, de alguna manera, la forma de organización de su centro de trabajo tal como la había concebido antes.
- e) La finalidad de los ajustes razonables en el empleo es permitir la inclusión efectiva de las personas con discapacidad y el real goce por parte de estos de su derecho al trabajo, sin que la condición de discapacidad limite su desempeño.
- f) De esa manera, la razonabilidad del ajuste deberá medirse como efectividad en la consecución del fin establecido mediante el ajuste propuesto.
- g) Frente a la efectividad del ajuste, la carga indebida es un mecanismo de defensa del empleador para poder rechazar la solicitud de la realización de los ajustes.
- h) Si bien es cierto que todo ajuste generará una carga, no toda carga será indebida. El análisis para determinar cuándo se está frente a una carga indebida es un análisis de costos y beneficios, donde los beneficios deberán observarse de la manera más amplia posible: los beneficios económicos derivados de la productividad de la persona con discapacidad, los beneficios derivados de la buena imagen e impacto que genera en la sociedad la contratación de personas con discapacidad y todos los demás beneficios que se generen con la realización del ajuste.

- i) Debe tomarse en cuenta que no todos los beneficios son cuantificables ni encuentran siempre una justificación económica. Probablemente la principal manifestación de ello será el beneficio social que genera la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Sin embargo, la dificultad en su cuantificación no justifica que no se tome en cuenta a la hora de determinar si la carga es indebida o no.
- j) El criterio económico no debe ser el único que debe evaluarse al momento de determinar si la carga se configura como indebida o no.
- k) Si bien la titularidad de los ajustes razonables en el empleo, de acuerdo con la LGPCD, recae sobre las personas con discapacidad, deberá tenerse en cuenta que los trabajadores con cargas familiares de personas con discapacidad también podrían ser titulares de tal derecho, en virtud de una interpretación conjunta del derecho a la igualdad de oportunidades y del Convenio 56 de la Organización del Trabajo.
- l) Los sujetos obligados a realizar el ajuste razonable serán, en un primer momento, los empleadores directos de las personas con discapacidad. Las empresas principales y usuarias tendrán el deber de cooperar con el fin de que el ajuste sea realizado y, en los casos de la intermediación de servicios por la provisión de personal, la misma empresa podría llegar a tener la obligación de realizar el ajuste solicitado.
- m) Los ajustes razonables no solo son exigibles durante el desarrollo de la relación laboral, sino también durante la etapa de postulación y durante el proceso de extinción de la relación laboral.
- n) Finalmente, los ajustes razonables deben expandirse para adaptar todos los aspectos relacionados con la relación laboral a fin de conseguir una verdadera inclusión.

10. Bibliografía

a) Libros y artículos académicos

- ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS
2012 *Estudio temático sobre el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad. Al HRC/22/25.* 2012.
- BARNES, Colin
2009 «Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?». En BROGNA, Patricia (compiladora). *Visiones y revisiones de la discapacidad.* México D. F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 101 - 122.
- BREGAGLIO, Renata
2012 «La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal». En MONTROYA, Yván (editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú.* Lima: IDEHPUCP/Open Society, pp. 165-183.
- 2010 *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de*

los tratados. Tesis de maestría en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

CRUZ, Jesús

1994 «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, número 13, pp. 7-33.

CRUZ, Jesús

2008 *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.

DE CAMPOS VEHL, Leticia

2011 «Ajuste razonable: un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva». Sur. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Sao Paulo, volumen 8, número 14, pp. 89 - 115.

DWOSKIN, Linda y Melissa SQUIRE

2013 «Reasonable Accommodation Under the New ADA: How Far Must Employers Go?». *Employee Relations Law Journal*. Aspen, volumen 38, número 4, pp. 3-27.

FERNÁNDEZ, Gastón

2005 «El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias». *Advocatus*. Lima, número 13, pp. 143-161

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMACIÓN (INEI)

2012 *Encuesta Nacional Especializada en Discapacidad (ENEDIS 2012)*. Consulta: 14 de mayo de 2014.
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/07/resultadosinei.pdf>

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2009 *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LUQUE, Manuel

1999 *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: Bosch.

MALDONADO, Stanislao

2006 *Trabajo y discapacidad en el Perú: mercado laboral, políticas públicas e inclusión social*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2013 *Informe N.º 29-2013-MTPE/2/15.1*. Informe elaborado a solicitud de la Clínica Jurídica 2013 Discapacidad. Consulta: 14 de mayo de 2014.
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/06/Carta-del-MTPE-sobre-ajustes-razonables.pdf>

NEVES, Javier

2008 *Introducción al derecho laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

OLIVERA, Jean Franco y Carla VILLARREAL

2013 «Caso Edwin Béjar: denegación de ajustes razonables como vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación». En BARIFFI, Francisco (coordinador). *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos. Algunas experiencias de Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, pp. 381 - 396.

PALACIOS, Agustina

2008 *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.

PÉREZ, Luis

2012 «La Configuración Jurídica de los Ajustes Razonables». En PÉREZ BUENO, Luis (director). *2003- 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Madrid: Cinca, pp. 159 -182.

RUBIO, Marcial; Francisco EGUIGUREN, y Enrique BERNALES

2011 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

STEIN, Michael

2003 «The Law and Economics of Disability Accommodations». *Duke Law Journal*. Duke, volumen 53, número 1, pp. 79 - 191.

SUNSTEIN, Cass

2007 «Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms». *University of Chicago, Public Law & Legal Theory Working Paper* número 149.

UGAZ, Mauro

2010 «La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad sindical». En IUS ET VERITAS (Compilador). *Derecho colectivo del trabajo*. Lima: Jurista Editores, pp. 215-318.

VALVERDE, Antonio y otros

1992 *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.

VÁSQUEZ, Piero

2013 «La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el derecho interno». *Thémis. Revista de Derecho*. Lima, número 63, pp. 89-108.

WADDINGTON, Lisa

2011 «Reasonable Accommodation: Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?». *NTM|NJCM-Bulletin*, Volumen 36, número 2, pp. 186-198.

WEBER, Mark

2010 «Unreasonable Accommodation and Due Hardship». *Florida Law Review*. Gainesville, volumen 62, pp. 1119 - 2010.

b) Pronunciamientos internacionales

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

2009 *Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, Comité DESC, E/C.12/GC/20, 2 de julio.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2014 *General Comment N.º 2. Article 9: Accessibility*. CRPD/C/GC/2.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1996 *Recomendación del Comité de Libertad Sindical formulada al Perú en el Caso 1796*.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2009 *Recomendación del Comité de Libertad Sindical formulada al Perú en el Caso 2575*.

c) Normativa internacional

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

2006 *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Nueva York, 13 de diciembre.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1981 *Convenio 156*. Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. Ginebra, 23 de junio.

d) Normativa nacional

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2013 *Ley 29992*. Ley que modifica la Ley 26644 estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad. Lima, 7 de febrero.

- 2012 Ley 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima, 24 de diciembre.
- 2010 Ley 29635. Ley de Libertad Religiosa. Lima, 21 de diciembre.
- 2008 Ley 29245. Ley que regula los servicios de tercerización. Lima, 24 de junio.
- 2002 Ley 27626. Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores. Lima, de enero de 2002.

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO

- 2006 *Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA*. Lima, 6 de mayo.

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES

- 2014 *Decreto Supremo 002-2014-MIMP*. Lima, 8 de abril.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

- 1997 *Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728*. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo 003-97-TR. Lima, 27 de marzo.

e) Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2012 *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto, serie C N.o 246, párrafo 133.
- 2003 *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados»*. 17 de Septiembre. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

- 2012 *EEOC vs. Creative Networks LLC*. 2:09-CV-02023, D. Ariz., Sept. 20, 2012.
- 1996 *U.S. Airways, Inc. vs. Barnet*. N.o C-94-3874, N.D. Cal. July 29, 1996.
- 1995 *Vande Zande vs. Wisconsin Dep't of Admin.* 44 F.3d 538, 7th Cir. 1995.

CORTE SUPERIOR DEL CUSCO

- 2009 *Caso Edwin Béjar*. PJ 2009-01890. Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco. Proceso de amparo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2006 *Expediente 0047-2004-AI/TC*. Sentencia: Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado). 24 de abril.

- 2004 Expediente 0004-2004-AI/TC y acumulados. Sentencia: Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros. 21 de septiembre.
- 2002 Expediente 0895-2001-AA/TC. Sentencia: Caso Lucio Valentín Rosado Adanaque. 19 de agosto.
- 1999 Expediente 324-99-AA/TC. Sentencia: Caso César Augusto Zevallos Eyzaguirre.

COMENTARIOS

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Doctor por la Universidad de Cádiz y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Me complace mucho compartir mis reflexiones sobre la base del trabajo de dos alumnos, como Renato y Saulo, a quienes aprecio mucho y conozco desde hace mucho tiempo. *La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas* toca un tema esencial en la ejecución de las líneas principales de nuestro Estado constitucional de derecho. Es un tema actual y complejo, ya que mezcla la temática constitucional y la laboral.

En primer lugar, quiero rescatar una idea importante que se rescata del texto. «El ajuste razonable no se puede reducir a una fórmula de cuotas para el ingreso a laborar de una persona discapacitada». El ajuste razonable debe extenderse a las pruebas de ingreso a los trabajos. Está bien que un empleador quiera cumplir con el 3 % de trabajadores discapacitados que le impone la ley; sin embargo, tomar pruebas que descarten de plano a los discapacitados de hecho transforma en permanente la exclusión de estas personas. Si las pruebas generales se adecuaran para discapacitados y no discapacitados, entonces todos tendrían igualdad de oportunidades. Esto es muy importante porque cuestiona las decisiones empresariales de cumplir con el número mínimo que impone la ley, sin incluir realmente a los discapacitados.

En segundo lugar, imaginemos que procede el ajuste razonable. Siento que ello abre las puertas a un sinnúmero de modificaciones contractuales que pueden ser objeto de estudio desde una visión típicamente laboralista. Esta ha sido una omisión relevante en el trabajo. Por ejemplo, si el empleador realiza un ajuste razonable en la prestación de trabajo de un trabajador al que sobreviene una discapacidad, ¿podrá luego modificar el lugar de trabajo pactado en el contrato? O, en el mismo caso, ¿podrá reducir la categoría o la remuneración o los horarios y las jornadas? Esto no se ha abordado desde el prisma laboral y, al contrario, muchos de estos comportamientos podrían calificarse como «hostilidad laboral» según el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El problema es que los eventuales perjuicios que sufra el empleador (gastos económicos) por el ajuste razonable del puesto o la afectación de los derechos de terceros no van a valorar los sufridos por el trabajador. Es verdad que el trabajador discapacitado está manteniendo su puesto de trabajo y no lo está perdiendo; sin embargo, ello tampoco permite al empleador una libertad ilimitada para hacer las modificaciones contractuales que considere convenientes. Será importante analizar el límite de la razonabilidad caso por caso. Imagino que la razonabilidad es importante, pero también lo será el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Lo único importante no es mantener el trabajo, sino incorporar medidas que respeten su dignidad.

Hace falta una regulación específica de la «hostilidad laboral» para el caso de discapacitados. Por ejemplo, ¿un empleador podría «saltarse» los procedimientos de ascenso para satisfacer un

ajuste razonable? ¿Y el principio de igualdad de los demás trabajadores? Por otra parte, si lo que corresponde es una reducción de categoría, ¿puedo reducir la remuneración del trabajador? Entiendo que con la legislación actual no se podría; sin embargo, el ajuste razonable puede entrar a cuestionar las líneas de regulación de los actos hostiles en el Perú.

En tercer lugar, ahora pongámonos en el caso que según el empleador no procede el ajuste razonable, razón por la cual el contrato laboral del discapacitado termina. El trabajador puede no estar de acuerdo con la decisión de la empresa y tener pocas herramientas para forzar un ajuste razonable. Y digo esto porque el empleador podría alegar la discapacidad como causa de despido, señalar que el despido es arbitrario, y pagar la indemnización de sueldo y medio por año trabajado hasta un tope de doce remuneraciones. No obstante, ¿no debería existir una indemnización cuya tasación sea más alta en casos de discapacidad? Es más, si se demostrara que la negligencia del empleador es la que ha generado la discapacidad en el trabajador, con mayor razón se debería crear un sistema indemnizatorio de responsabilidad objetiva.

En el trabajo de Renato y Saulo hay que resaltar que un mecanismo que puede forzar el ajuste razonable es el despido fraudulento. En caso de que el empleador no llegue a probar que la discapacidad sobreviniente es determinante para cumplir las labores en el puesto de trabajo o que no pruebe el fracaso del ajuste razonable, es importante explorar la vía del despido fraudulento. Con esta protección se permitiría que un juez reponga al trabajador en la empresa, y será el juez el que obligue al empleador a efectuar el ajuste razonable pertinente.

Finalmente, en cuarto lugar, se menciona el test de ponderación, pero no se explica ni se especifican sus pasos. La explicación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto es esencial en la exposición metodológica del trabajo. Un punto más al respecto. El test de ponderación en el marco de la relación laboral tiene especificidades muy fuertes. Creo que el rasgo específico más relevante es que la libertad de empresa representada por el poder de dirección empresarial se condiciona totalmente por lo pactado en el contrato. La libertad de empresa no es ilimitada, sino que solo puede extenderse hasta el límite que le impone el contrato laboral. Así, si el contrato solo permite que el trabajador labore en un centro de trabajo específico, el poder de dirección no puede pasar por alto el contrato laboral.

Esta constatación es importante, porque el test de ponderación en el ámbito laboral no solo toma como límite el derecho fundamental del trabajador que entra en conflicto, sino también lo pactado en el contrato de trabajo.

Espero que este aporte académico, valioso en varios sentidos, se plasme cuanto antes en reformas legislativas que vayan perfilando el ajuste razonable del trabajador discapacitado.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Queremos empezar agradeciendo los valiosos comentarios que el profesor Elmer Arce tuvo a bien realizar a nuestro trabajo. Como él bien ha señalado, hemos sido sus estudiantes y hemos tenido oportunidad de conocer y aprehender su pasión por el derecho laboral y la defensa de quienes están en una situación de desventaja.

Dicho esto, deseamos formular una pequeña precisión terminológica. Hemos usado en todo el texto la formulación «persona con discapacidad» y no «discapacitado» como hace el profesor Arce. Esto se debe a que, de acuerdo con el modelo social, creemos que la discapacidad no es una situación personal, sino que aparece por las barreras que presenta la sociedad. En tal sentido, la persona no es naturalmente discapacitada, por lo que el término más adecuado es «persona con discapacidad» o, incluso, «persona en situación de discapacidad», atendiendo a que es un concepto móvil.

Pasando a los comentarios, como primer punto que resaltar, el profesor Arce coincide con nosotros en la necesidad de considerar que los ajustes razonables en el empleo son exigibles al inicio de la relación laboral, esto es, durante la etapa de postulación del trabajador. En ese sentido, cuando un trabajador con discapacidad postule a un puesto de trabajo, las pruebas de ingreso deberán adaptarse con la finalidad de que la discapacidad del trabajador no impida una adecuada postulación. Ello se encuentra reconocido también en el mismo Reglamento de la LGPCD, (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables 2014) ya que en el numeral 4 de su artículo 56 se establece que los empleadores deberán garantizar «que los procesos de evaluación específicos permitan la efectiva participación de las personas con discapacidad que postulen».

De esta manera, la obligación de realizar ajustes razonables al inicio de la relación laboral (la cual vela por la igualdad de oportunidades) también cuenta con un reconocimiento legal explícito. Adicionalmente, queremos recordar que los ajustes razonables también son plenamente exigibles en las otras etapas de la relación laboral: el desarrollo y el término, como veremos más adelante.

Como segundo comentario, el profesor Arce plantea una interrogante relacionada con qué pasará luego de que el ajuste razonable haya sido declarado procedente. Es decir, una vez que el empleador decida acoger la solicitud del trabajador para realizar el ajuste, ¿puede aquel realizar una serie de modificaciones —inclusive arbitrarias— a fin de atender el ajuste? El profesor Arce advierte que eso podría llevar, por ejemplo, a que el empleador imponga modificaciones a la jornada de trabajo, a la prestación misma del servicio o al lugar de trabajo e, inclusive, a una rebaja de categoría acompañada de una reducción de la remuneración del trabajador con discapacidad. Todas estas modificaciones, señala el profesor Arce, encajarían en la categoría de actos de hostilidad, proscritos por nuestro ordenamiento.

Al respecto, consideramos que si bien la procedencia del ajuste razonable podría hacer pensar que el empleador ve una puerta abierta para realizar distintas modificaciones, ello se salva con la configuración misma de los ajustes razonables. En nuestro trabajo hemos explicado

que la «razonabilidad» del ajuste debe entenderse como «adecuación», esto es, como un requisito esencial para que el ajuste solicitado por el trabajador sea efectivo. Así, el trabajador con discapacidad, antes de solicitar el ajuste, evalúa cuál de todas las modificaciones posibles es la que más le conviene a fin de que la modificación permita, efectivamente, que la persona con discapacidad pueda trabajar. Ello nos lleva a un escenario en el que el empleador, cuando decida conceder el ajuste, deberá limitarse a la modificación que el trabajador ha solicitado voluntariamente.

En ese sentido, la «puerta abierta» de posibles modificaciones por parte del empleador se cierra, pues el ajuste solo podrá consistir en aquello que el trabajador ha solicitado. Por ejemplo, si es que el trabajador solicita un cambio de horario de trabajo, el empleador no puede, so pretexto de dicha solicitud, conceder el cambio de horario, pero con la condición de modificar el lugar de trabajo. El ajuste, en tanto derecho del trabajador, no puede emplearse como una herramienta para perjudicarlo.

Resulta interesante que siempre se haya pensado en la estabilidad del contrato como una defensa en contra del abuso del poder de *ius variandi* del empleador.¹ No obstante, en este caso particular, la modificación de los términos originales del contrato es necesaria para que el trabajador con discapacidad pueda ejercer su derecho al trabajo. Como hemos señalado, estas modificaciones nacen de la solicitud del trabajador y deben analizarse bajo ese cristal.

Consideramos que el caso de una posible rebaja de categoría acompañada de una reducción de remuneración producto de un ajuste razonable merece una consideración adicional. En primer lugar, para que dicho escenario se cumpla, el ajuste razonable solicitado por el trabajador deberá consistir en el cambio de puesto de trabajo y que dicho cambio solo sea posible a uno de menor categoría. Para que ello suceda, deberíamos estar ante un caso de discapacidad sobreviniente, ya que hasta antes de la discapacidad el trabajador podía desempeñar su puesto actual, pero luego del surgimiento de la discapacidad, ello ya no será posible. Podemos advertir que dicho escenario es similar al caso regulado por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783 (Congreso de la República 2011), en su artículo 76, según el cual los trabajadores que sufran un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional podrán ser transferidos a otro puesto de trabajo sin menoscabo de sus derechos remunerativos.

En el caso que nosotros planteamos, el supuesto es similar. Si bien puede que la discapacidad no se produzca por un accidente de trabajo o por una enfermedad ocupacional, el supuesto es similar: el trabajador que no puede seguir desempeñando sus funciones en el puesto actual solicita una modificación del puesto, la cual no podrá generar una variación de su remuneración. De esta manera, mediante una analogía, podríamos concluir que el trabajador que solicita una modificación de puesto de trabajo no tendría que sufrir una reducción de su remuneración. Con ello evitamos, nuevamente, que el ajuste razonable se emplee como una herramienta para perjudicar al trabajador.

Adicionalmente, el profesor Arce resalta un punto sumamente interesante: qué sucede cuando el ajuste genera un conflicto con los derechos de los demás trabajadores. El profesor Arce propone el ejemplo de un ajuste que implique un ascenso en los puestos de trabajo que conlleve a «saltarse» los procedimientos para dicho ascenso. Tal situación, según el profesor Arce, afectaría en alguna medida el derecho de igualdad de los demás trabajadores.

Este dilema plantea tres posibles soluciones: a) si es que el ajuste menoscabara derechos de otras personas (sean los otros trabajadores o los usuarios del servicio) distintas al empleador, el

¹ Así lo ha señalado también el profesor Arce en Arce (2013: 471-483).

ajuste no procederá; b) el ajuste procede sin importar que terceros se vean perjudicados, y c) el ajuste puede proceder o no, dependiendo del grado de menoscabo de los derechos, lo cual será analizado en el test de procedencia del mismo ajuste.

Nosotros nos inclinamos por el tercer supuesto. En nuestro trabajo señalamos (en el punto 7 «El conflicto de derechos») que el análisis de procedencia del ajuste razonable requiere, a la hora de evaluar la carga indebida, sopesar los costos y perjuicios que implicarían para el empleador, pero también para terceros; sean, por ejemplo, los usuarios del servicio que brinda el empleador o los mismos compañeros de trabajo. De esta manera, cuando se evalúe la procedencia del ajuste, se deberá tener en cuenta cómo es que dicho ajuste afecta al resto de trabajadores, a fin de ponderar ambos intereses y encontrar una solución adecuada. En nuestra investigación citamos el caso *U.S. Airways, Inc. vs. Barnett*, N.o C-94-3874, (N.D. Cal. July 29, 1996), en el cual un trabajador requería de un cambio de puesto de trabajo permanente hacia una categoría mayor, es decir, requería de un ascenso. Sin embargo, la empresa tenía una política de ascenso bastante compleja que regía desde mucho tiempo atrás. El Tribunal norteamericano decidió, en primera instancia, negar dicho ajuste, dado que modificar las políticas de ascenso sería «irrazonable». Si nos quedáramos con solo tal apreciación, podríamos ver que el análisis de procedencia del ajuste queda corto, dado que la permanencia de una política no es un fin en sí mismo, sino que debe analizarse en función a los fines que cumplen y lo que representa para el resto de trabajadores. De esta manera, cuando existan más intereses en juego, todos estos deben entrar a tallar dentro de la evaluación que se realice para determinar la procedencia del ajuste.

Hasta ahora hemos trabajado sobre los comentarios del profesor Arce ligados a dos momentos de la relación laboral: a) el inicio y b) el desarrollo. Sin embargo, el profesor Arce también realizó apreciaciones ligadas a los ajustes en la extinción de la relación laboral. Según el profesor Arce, en caso de que el ajuste no resulte procedente, la consecuencia natural será la terminación del vínculo laboral. En ese escenario, el trabajador que no estuviera de acuerdo con tal decisión tendría pocas herramientas para cuestionar dicha decisión. Punto seguido, el profesor Arce sugiere que en los casos de despido arbitrario por causa de discapacidad la tasa de indemnización debería ser mayor. Luego, señala que en caso de que el empleador no pueda probar que la discapacidad sobreviniente fue un factor determinante para que no pueda cumplir con sus labores, entonces el despido entraría en la categoría de despido fraudulento.

Contestaremos los comentarios del profesor Arce en el orden el que fueron elaborados. En primer lugar, recordemos que para que el empleador pueda despedir a un trabajador por un motivo relacionado con la discapacidad, debe cumplir primero con dos requisitos: a) la realización de un ajuste razonable; y b) el cambio de puesto de trabajo. Nótese que la normativa (literal a) del artículo 23 de la LPCL busca proteger de forma especial el derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Ahora bien, el caso que el profesor Arce plantea implica que ningún ajuste fue procedente y que, aun buscando un nuevo puesto de trabajo, no fue posible insertar adecuadamente al trabajador con discapacidad. En ese escenario, el profesor Arce señala que el trabajador con discapacidad cuenta con pocas herramientas para poder impugnar dicha decisión. Creemos que primero debe diferenciarse qué es lo que pretendería el trabajador: a) si cuestionar la procedencia del ajuste para que, luego, se realice el ajuste solicitado; o b) si cuestionar la procedencia del ajuste para señalar que el despido fue de carácter ilegal. En el primer caso, el Ministerio de Trabajo ha planteado en una propuesta de normativa (Ministerio de Trabajo 2014) que el trabajador con discapacidad pueda iniciar

un procedimiento de verificación ante la no realización del ajuste. En dicho caso, el Ministerio evaluaría si es que efectivamente el ajuste no debió concederse o si, en todo caso, amerita la imposición de una sanción. En este punto, el límite de la Administración Pública abarca al hecho de que no pueden conminar acciones, solo pueden inducir las mediante medidas correctivas. De esta manera, si el trabajador desea un mecanismo más efectivo, puede solicitar judicialmente que se realice el ajuste.

En el segundo supuesto, estamos frente a lo señalado por el profesor Arce. Si es que el trabajador fue despedido por causa relacionada con la discapacidad, aludiendo que al ajuste razonable era impracticable, el trabajador tiene dos alternativas: *a)* solicitar la indemnización por despido arbitrario (alegando que la causa no se configuró, ya que el ajuste sí era procedente); o *b)* solicitar una reposición y, además, la realización del ajuste razonable (dado que el argumento principal era que el ajuste sí era procedente. En el caso *a)*, consideramos que sí sería adecuado elevar la tasa de indemnización, dado que es un despido abiertamente lesivo (vulnera, además del derecho al trabajo, el derecho a la no discriminación) y debe desincentivarse.

En el caso *b)*, el profesor Arce plantea que podríamos emplear la figura del despido fraudulento, alegando que no se puede probar que el ajuste razonable no era procedente (o el fracaso del ajuste, en términos del profesor Arce). Al respecto, consideramos que la categorización propuesta es correcta, dado que justamente los hechos en los que recaería el despido son falsos. Sin embargo, tal despido también entraría en el concepto de un despido nulo por discriminación, categoría recogida en el literal d) del artículo 29 de la LPCL. Recordemos que la misma LGPCD ha establecido que la negación de un ajuste razonable es equiparable a un acto de discriminación; asimismo, dicho cuerpo normativo extendió el listado de motivos prohibidos regulados en el literal d) del artículo 29 de la LPCL. De esta manera, el despido nulo es una alternativa eficaz ante el despido relativo a la discapacidad de un trabajador en el que se denegó injustamente el ajuste razonable.

Finalmente, el profesor Arce señala la necesidad de especificar los pasos del test de ponderación como forma de ejecutar un ajuste razonable. Al mencionar esto, señala que se debe entender que la libertad de la empresa ya está limitada por lo pactado en el contrato. Al respecto, es necesario señalar que es cierto que no se pudo hacer más explícito el test de ponderación debido al límite de páginas permitido para esta publicación. No obstante, aprovecharemos este espacio para poder extendernos al respecto.

Como se sabe, el test de ponderación es un ejercicio jurídico que busca determinar la prevalencia (o coordinación) de derechos o bienes jurídicos que entran en conflicto. Se realiza con la siguiente estructura: test de idoneidad, test de necesidad y test de proporcionalidad (en sentido estricto). Aplicados al caso del ajuste razonable, en primer lugar, el ajuste deberá tener relación con un fin constitucionalmente legítimo. En el caso del ajuste razonable laboral será la igualdad material para el ejercicio del derecho al trabajo. En segundo lugar, se deberá analizar si no hay mejores medidas (que también sean idóneas) para asegurar la igualdad. Finalmente, hay que analizar si, con el ajuste, las ventajas son superiores a los sacrificios (De Asís 2015: 112). Así, podrían presentarse casos en los que los sacrificios (económicos, de derechos de otros trabajadores, de funcionamiento de la empresa) puedan superar a la ventaja de buscar una igualdad real para el trabajador con discapacidad. Esta última parte del test puede resultar complicada, pues hay muchos intereses, derechos y bienes jurídicos en juego por lo que tiene que haber una justificación muy fina sobre la realización (o no) del ajuste razonable.

Caben varias reflexiones sobre el ejercicio del test de ponderación en los casos de ajuste razonable. En primer lugar, es posible apreciar cómo el ajuste puede afectar incluso a otros trabajadores (como ya desarrolló líneas arriba). También es importante hablar sobre el contrato como espacio limitante del ajuste razonable. Creemos que el profesor Arce considera que esto es una forma de proteger al trabajador. No obstante, en el caso de la discapacidad, el no poder escapar de los límites del contrato podría implicar que el trabajador con discapacidad no pueda ejercer su derecho al trabajo. Siguiendo con el ejemplo del profesor Arce sobre el cambio de local de trabajo, plantearemos dos casos. En el primer caso, un trabajador de una cadena de supermercados adquiere una discapacidad física, y en su contrato se señala que debe rotar entre los diferentes locales de la compañía. Como ajuste, solicita no tener que rotar y hacer su prestación únicamente en el local más cercano a su casa. En este caso, el empleador limita su poder para dirigir la prestación y el ajuste se realiza en el marco del contrato. En el segundo caso, un trabajador adquiere una discapacidad y su contrato señala que debe cumplir con su jornada laboral en un distrito alejado de su hogar. El trabajador solicita como ajuste que se le cambie el lugar de la prestación a un local cercano a su hogar y al centro donde realiza su terapia. En este segundo caso, el ajuste razonable se daría fuera del marco del contrato laboral. No obstante, nos sigue pareciendo procedente, pues la limitación del contrato pareciera ser únicamente para el empleador. Sin embargo, queremos proponer una situación problemática más: ¿qué pasa si, en el test de necesidad, el empleador señala que considera un ajuste razonable una medida no solicitada por el trabajador? Es decir, para seguir con el ejemplo, ¿qué pasa si el empleador, por diversas razones, señala que es imposible cambiar al trabajador al local más cercano a su hogar pero que sí puede modificar su horario de entrada y salida para que pueda asistir a terapia sin problemas e incluirlo en el servicio de transporte de la empresa? En este caso, el cambio de la prestación no sería como lo solicitó el trabajador. No obstante, si la justificación es suficiente, creemos que la propuesta del empleador podría ser válida. Y es que el ajuste razonable como derecho puede ir más allá de los límites del contrato laboral. En tal sentido, quizá también cabría pensar que el ajuste razonable (sea que se realice por consenso, vía administrativa o judicial) también es una fuente de derecho y, por tanto, puede prevalecer por encima del contrato.

Bibliografía

a) Libros y artículos académicos

ARCE, Elmer

2013 *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Segunda edición.* Lima: Palestra Editores.

DE ASÍS, Rafael

2015 «Lo razonable en el concepto de ajuste razonable». En SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (editoras). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 99 -118.

b) Normativa nacional

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2011 *Ley 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 20 de agosto.

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES

2004 *Decreto Supremo 002-2014-MIMP. Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad*, 8 de abril.

MINISTERIO DEL TRABAJO

2014 *Resolución Ministerial 162-2014-TR*. Disponen la prepublicación en el portal institucional del Ministerio de proyectos «Normas complementarias para la aplicación y fiscalización de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados» y «Normas para el diseño, implementación y ejecución de los ajustes razonables para el empleo de personas con discapacidad en el sector privado», 9 de agosto.

c) Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

1996 *U.S. Airways, Inc. vs. Barnett*. N.o C-94-3874, N.D. Cal. July 29, 1996.