

LA CUOTA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS EMPRESAS PRIVADAS DEL PERÚ

Luis Mendoza Legoas

Abogado del Área de Derecho Laboral de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Perú)

Resumen

Vigente en Perú desde 2015, la obligación de implementar una cuota de personal con discapacidad en empresas privadas enfrenta una serie de problemas prácticos que deben ser analizados desde el derecho material de igualdad y el mandato de no discriminación. En esa medida, este artículo propone un repaso de esta acción afirmativa a través de su implementación conforme con los derechos fundamentales y con un enfoque crítico de la facultad fiscalizadora y punitiva que el Estado adopta sobre este tema.

PALABRAS CLAVE:

EMPRESA, DISCAPACIDAD, CUOTA, EMPLEO, ADECUACIÓN.

Abstract

In force in Peru since 2015, the obligation to implement a quota of employees with disabilities faces practical problems that must be analyzed based on the right and principle of equality and non-discrimination. To that extent, this article proposes a review of this affirmative action through its implementation in accordance with fundamental rights and with a critical approach of the supervisory and punitive faculty that the State adopts on this subject.

KEY WORDS:

COMPANY, DISABILITY, QUOTA, EMPLOYMENT, ADEQUATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Mendoza Legoas, Luis (2020). La cuota de personas con discapacidad en las empresas privadas del Perú. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 67-81 (ISSN: 1578-956X).

Las relaciones laborales del ámbito privado en el Perú constituyen un espacio intensamente complejo para el estudio de la efectividad de los derechos fundamentales en el trabajo, especialmente si consideramos la *efectividad* desde un punto de vista material (vale decir, como ejercicio fáctico de los derechos por parte de sus titulares). Aquí presentaremos uno de sus avances más recientes: desde hace casi un lustro, la legislación laboral peruana ha ordenado a ciertas empresas del sector privado la adopción de medidas efectivas para contratar a personas discapacitadas, la obligación de procurar los *ajustes razonables* necesarios para que ellas puedan desarrollar su vida laboral en forma digna y la obligación de incorporar un proceso de consulta en la toma de decisiones sobre los ajustes razonables para que los trabajadores con discapacidad participen efectivamente en la determinación de dichos ajustes.

Interesa abordar, pues, asuntos sustantivos que se encuentran presentes dentro de esta acción afirmativa (que recae en empresas privadas según su mayor envergadura) y por la cual, dentro de su respectivo personal a cargo, debe darse empleo progresivamente a un porcentaje representativo de población en condición de discapacidad hasta satisfacer la llamada “cuota”.

Desde luego, nuestro estudio del tema se realizará desde el enfoque antidiscriminatorio que esa medida legislativa evidencia, advirtiendo la importancia del aparato administrativo laboral para coadyuvar al cumplimiento tanto de la cuota de empleo de personal discapacitado (que resuelve el problema de su difícil acceso a una relación de trabajo) como de los derechos dentro de la relación laboral (entre otros, a no ser discriminados por ese motivo prohibido), y que todo ello sea eficazmente cumplido por los empleadores del sector privado.

1. La cuota de empleo de personal discapacitado como expresión del derecho de igualdad material

1.1. Las normas peruanas sobre cuota de empleo de personas con discapacidad en el contexto internacional y comparado

La legislación sobre este tema ha sido expedida entre los años 2012 y 2016, y ha sustituido a las normas anteriores que, en la práctica, parecerían no haber impulsado suficientemente ni la empleabilidad ni el respeto de condiciones de trabajo adecuadas para la población trabajadora con discapacidad. Así, en el cuatrienio indicado, entraron en vigor (entre otras normas) cuatro cuerpos normativos fundamentales:

- La Ley 29973, *Ley General de la Persona con Discapacidad* —en adelante, LGPD—, que impuso a las empresas con más de 50 trabajadores la obligación de contar con una cuota de personal discapacitado equivalente al 3 % de su planilla y que dispuso que la fiscalización de esta obligación

se daría recién transcurridos los dos primeros años desde la entrada en vigencia de la Ley (vale decir, desde el 25 de diciembre de 2014);

- El *Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad*, aprobado por Decreto Supremo 2-2014-MIMP —en adelante, Reglamento de la LGPD—, que precisó el carácter progresivo de la cuota al estipular eximentes (basadas en la demostración de acciones tendentes al cumplimiento de esta obligación) que podían ser alegadas por las empresas para evitar las sanciones correspondientes por no haber alcanzado la referida cuota.

- Las *"Normas complementarias para la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados"*, publicadas en el diario oficial *El Peruano* en mayo de 2017 mediante Resolución Ministerial 107-2015-TR —en adelante, RM 107-2015-TR—, en las que se precisaban varios aspectos prácticos referidos a la implementación de la cuota de personal discapacitado y para el ejercicio del derecho de defensa de los empleadores ante una eventual fiscalización y sanción.

- La *"Norma técnica para el diseño, implementación y ejecución de ajustes razonables para el empleo de personas con discapacidad en el sector privado"*, publicada mediante la Resolución Ministerial 127-2016-TR —en adelante, RM 127-2016-TR—, en la que se regula un procedimiento deliberativo por el que la persona con discapacidad puede solicitar los ajustes razonables, identificando las barreras existentes, y el empleador puede implementar las medidas correspondientes o denegarlas bajo causales previstas en la norma.

- El *"Protocolo de fiscalización de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores del sector privado"* (número 4-2016-SUNAFIL/INII), aprobado mediante la Resolución de Superintendencia 141-2016-SUNAFIL.

No es únicamente un mandato de derecho interno el que ha motivado que el Estado expida una normativa tan importante como la señalada. Sin duda, debemos contar entre las fuentes de referencia para esta normativa con dos convenios internacionales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT): el Convenio N.º 111 de la OIT (1960), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y el Convenio N.º 159 de la OIT (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. En particular, es el último de los instrumentos mencionados el que nos parece más importante en la línea de una construcción ponderada de la igualdad material para las personas con discapacidad.

En efecto, el Convenio N.º 159 establece algunas medidas que queremos resaltar:

- Pone en relieve la necesidad de que las personas discapacitadas encuentren *"plena participación"*, entendiendo que para ello debe protegerse su derecho a obtener y conservar un empleo adecuado y a progresar dentro del mismo (artículo 1.º);

- Busca promover la incorporación de estas personas al *mercado regular del empleo* (artículo 3.º);

- Afirma que es legítima la adopción de las *medidas positivas* encaminadas a lograr la igualdad entre trabajadores discapacitados y el resto de los trabajadores, pues el establecimiento de diferencias de trato no constituye discriminación respecto de los últimos (artículo 4.º).

El derecho comparado demuestra que la imposición de cuotas para estos efectos no resulta una técnica infrecuente. Al contrario, ya desde hace varias décadas se vienen implementando medidas similares en otros países. Es el caso de Alemania (1974), donde actualmente los empleadores con veinte trabajadores o más deben garantizar que al menos el 5 % de ellos tengan alguna forma de discapacidad. En Francia (1987), los empleadores de similar dimensión cuentan con al menos el 6 % de trabajadores con discapacidad.¹ En Italia (1999), existe la obligación de contratar un número fijo de personas con discapacidad según el número de trabajadores que tengan las empresas. En España (2005), las empresas con más de cincuenta trabajadores deben contar con una proporción de personal con discapacidad no inferior al 2 %.

En el contexto latinoamericano, puede verse una tendencia creciente hacia la extensión de esta obligación hacia el sector privado. Así, cronológicamente puede enlistarse los casos de:²

- Brasil (1991), donde las empresas con cien o más trabajadores deben contar con proporciones de entre el 2 % y el 5 %, según el número de empleados.

- Panamá (1999), en donde la cuota del 2 % de trabajadores con discapacidad se aplica a las empresas con cincuenta trabajadores o más.

- República Dominicana (2000), donde la cuota de trabajadores con discapacidad se aplica a todas las empresas del sector privado y asciende al 2 %.

- Argentina (2002), donde las empresas privadas concesionarias de servicios públicos deben contar con una cuota del 4 %.

- Venezuela (2007), donde el 5 % de todas las empresas del sector privado debe estar constituido por personas con discapacidad.

- Nicaragua (2011), país en el que las empresas con más de cincuenta trabajadores deben contar con una cuota representativa de personal discapacitado del 2 %. En el resto de las empresas, la cuota no es porcentual, sino que se reserva un puesto de trabajo para una persona con discapacidad.

- Ecuador (2012), donde la cuota exigida representa el 4 % de las empresas con veinticinco o más trabajadores.

1 Vid. Organización Internacional del Trabajo (2007). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para personas con discapacidades a través de la legislación*. Directrices. Ginebra: OIT, p. 36.

2 Vid. Organización Iberoamericana de Seguridad Social (2014). *Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica*. Madrid: OISS, pp. 67 y siguientes.

1.2. Imposición legal de la cuota y las empresas privadas en Perú

Revisado este marco de referencia, nuestra intención es aproximarnos al porqué de esta medida legislativa. Para ello enfocaremos a esta obligación empresarial desde el contenido del principio-derecho de igualdad material y los mecanismos para su efectividad.

El proceso de elaboración de las normas sobre esta materia en Perú —especialmente en el caso de la RM 107-2015-TR, para la que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) realizó consultas participativas con actores de la sociedad civil— ha demostrado que, en general, existe poco entusiasmo dentro de un grueso sector de los empleadores ante el hecho de que se *les obligue* a admitir a determinado personal dentro de su empresa —sin importar cuál es su condición—, pues, como en muchos aspectos de la contratación laboral y del *management* empresarial, las normas heterónomas no suelen ser bienvenidas.

Sin embargo, existen algunos hechos relevantes que podrían estar ayudando a cambiar esa percepción inicial. En primer lugar, desde la propia economicidad del mercado de trabajo, cierto tipo de emprendimientos podría no estar considerando todo el potencial que la fuerza de trabajo tiene. Apenas iniciado el siglo XXI, un estudio sobre discapacidad en nuestro país estableció que anualmente se pierde entre el 7 % y 9 % del Producto Bruto Interno peruano debido a la exclusión laboral de las personas con discapacidad.³

En segundo lugar, el calado de discursos sobre buenas prácticas empresariales e imagen corporativa puede articularse bien con ciertos llamados a la inclusión de esta población trabajadora. Cabe recordar que la propia Organización Internacional de Empleadores —haciéndose eco de campañas que sobre el particular se han impulsado desde la OIT— ha destacado que *“las personas con discapacidad representan un enorme potencial que puede beneficiar a casi cualquier tipo de empresa”*.⁴ Muestra de esto es que la Red Mundial Empresas y Discapacidad —una herramienta mundial reconocida por la OIT— busca promover la inclusión de personas con discapacidad en el mundo del trabajo mediante su Estatuto, que expresa esa determinación.⁵ Son once de las empresas más grandes del mercado global las que están impulsando este esfuerzo y las que han expresado su compromiso para contagiar este impulso a otras empresas.

Volviendo al ámbito nacional, la percepción inicial desfavorable de un grueso sector empresarial peruano hizo que se aguardaran con especial interés las normas de reglamentación correspondientes. Desde luego, no puede responsabilizarse a las empresas por la falta de oportunidades de empleo para la población con alguna forma de discapacidad. En rigor, la situación desventajosa que experimentan estas personas dentro del mercado de trabajo puede explicarse por su virtual marginación y hasta *invisibilización*. Todos estos factores se suman a la ausencia de políticas socia-

3 MALDONADO, S. (2004). *Trabajo y discapacidad en el Perú. Mercado laboral, políticas públicas en inclusión social de las personas con discapacidad*. Citado por: S. Galicia, S. *Comentarios al Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad en materia laboral*. Documento de MS Word. En <http://www.pucp.edu.pe>. Página visitada en marzo de 2015.

4 Organización Internacional de Empleadores. Véase en: <http://www.ioe-emp.org>. Página visitada en junio de 2017.

5 Vid. OIT, página institucional. <http://www.ilo.org>. Página visitada el 29 de octubre de 2018.

les que integren a este segmento de la población en forma eficaz y a las privaciones que culturalmente se atribuyen a ciertas condiciones de discapacidad, entre otras causas.

En todo caso, el involucramiento (así sea forzado) de las empresas en el fomento del empleo de personas con alguna discapacidad representa en sí mismo un avance en la dinámica necesaria para que la calidad de vida de estas personas mejore. Lejos de esperar al momento en el que las condiciones culturales, formativas y, en general, socioeconómicas permitan la inserción laboral "espontánea" de estas personas, el legislador peruano ha incluido a los empleadores dentro de este *proceso afirmativo*.

Aventurando un balance en este punto, la legislación ha apostado por la inserción de las empresas como actores necesarios para la construcción de un escenario institucional que ofrezca mayores espacios de ciudadanía para las personas con discapacidad, precisamente, a través de su integración al mundo de las relaciones laborales. Con esta medida, entonces, se manifiesta en concreto una acepción más acabada del concepto de "*Constitución económica*" como precepto que, desde el máximo nivel normativo, ordena el contenido del sistema social y de las relaciones entre los agentes económicos (en este caso, empleador y trabajador discapacitado).⁶

Sin duda, es muy importante que el proceso afirmativo que se ha abierto conquiste resultados efectivos para que, en el mediano y largo plazo, se mantenga la asociación entre el sector público y las empresas, a fin de que estas puedan valorar y contribuir en la difusión de los beneficios que a ellas mismas les reporta la contratación de trabajadores discapacitados,⁷ y así la cuota de discapacidad pase de ser una imposición legal a una realidad socialmente aceptada y practicada.

Ahora bien, ¿cómo funciona exactamente esta figura legal? Queda claro que si, en el plano ideal, una empresa se constituye el día de hoy con una planilla compuesta por más de cincuenta trabajadores, se tiene que al menos un porcentaje no menor al 3 % de ese personal tendría que estar conformado por trabajadores con alguna discapacidad (al tiempo que ellos deben cumplir con el perfil requerido por el empleador para los puestos concretamente ofrecidos).

Sin embargo, el común de los escenarios en los que esta normativa será aplicada es el de compañías de la mediana y la gran empresa que ya están en funcionamiento. Considerando la relativa complejidad de este supuesto, se ha establecido que la implementación de la cuota de empleo de personal discapacitado es una obligación anual y que el porcentaje fijado (3 %) se establece en forma proporcional al periodo trabajado por todos los trabajadores que, dentro del ejercicio anual, prestaron servicios para un empleador determinado.

De esa manera, para efectos del cómputo de la citada obligación, se tiene que, dentro del periodo anual, se determinará una equivalencia por porción anual laborada por cada trabajador de la empresa, en la que:

6 Confróntese con lo señalado por BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 96-98.

Sobre el particular, véase: SCOTT-PARKER, S. (2011). Derechos y obligaciones: el punto de vista de la empresa. En W. Momm y R. Ransom (dirs.). *Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo*. Ginebra: OIT, p. 1736.

7 Sobre el particular, véase: S. SCOTT-PARKER. *Derechos y obligaciones...*, op. cit., p. 1736.

- La persona que prestó servicios por un año es equivalente a 1.
- La persona que solamente trabajó por meses específicos: $1/12$ por cada mes laborado.
- La persona que solamente trabajó días específicos: $1/30 \times 12$ por cada día laborado.

Estas pautas arrojarán el número computable de trabajadores dentro del período anual. Ese número, a su vez, será multiplicado por 0.03, lo que *arrojará el número total de la cuota de discapacidad*, que podrá redondearse y aplicarse en forma ponderada, según los mismos criterios de cómputo de períodos de trabajo: año completo, mes o días laborados.

El universo de trabajadores de cada empresa (sin importar si existen uno o varios centros de trabajo dentro de ella) puede ser rastreado a través de los datos registrados por el empleador en un sistema de información conocido como "Planilla Electrónica".

Acorde con la naturaleza de este tipo de cuotas, su temporalidad es permanente. Por ello, la terminación del vínculo contractual con cualquier trabajador discapacitado por cualquier causal no disminuirá la cuota correspondiente, ya que surgirá la obligación de contratar a un trabajador discapacitado que sustituya al cesado.

No han sido pocos los empresarios peruanos que han malinterpretado esta nueva normativa. Algunos han entendido que ordena la contratación de personal adicional al que realmente necesita su organización. Otros han entendido que la incorporación de estas personas debe hacerse sin considerar las necesidades existentes dentro de su organización. Ambas son lecturas erróneas de esta obligación legal.

Debe tomarse nota de que quizá estas expresiones no acusan tanto una disconformidad jurídica, o siquiera económica, como sí una de orden político. En efecto, puede manifestar una resistencia a la posibilidad de que las normas laborales declaren abiertas las fronteras de la empresa para la maximización de los derechos fundamentales dentro de las relaciones privadas que estas albergan. Y aún más, podría comunicar la resistencia a la acción que procura el desarrollo de tales derechos respecto de sujetos que, en muchos casos, se han visto mantenidos fuera de los muros de la empresa por tácitas o abiertas prácticas discriminatorias.

Volviendo a nuestro punto: la norma sobre cuotas busca que esa medida se implemente allí donde se haya generado la necesidad de contratar a nuevo personal y cuando los postulantes que tengan alguna discapacidad cuenten con una cualificación suficiente. De otro lado, se reconoce que pueden concurrir razones técnicas o de riesgo que objetivamente excluyan a un postulante discapacitado de un puesto de trabajo determinado.

2. El control estatal del cumplimiento de esta acción afirmativa

2.1. Su carácter programático y su exigibilidad inmediata

Como puede apreciarse, la exigencia de la cuota no es una exigencia sorda, cuyo incumplimiento sea penalizado automáticamente. No podría ser así, ya que —como ha puesto en relieve la Autoridad Nacional del Servicio Civil del Perú— *“la Población con discapacidad económicamente activa representa el 2% de la Población Económicamente activa total nacional, cifra inferior a la suma de las cuotas de empleo de 5% para personas con discapacidad en el sector público y 3% en el sector privado”*.⁸ En otras palabras, es numéricamente imposible que todos los empleadores (incluido el Estado) alcancen la referida cuota.

Esto nos recuerda aquella distinción, existente en la vieja doctrina del derecho privado, entre las llamadas *“obligaciones de medios”* y las de *“resultados”*. Claramente, la implementación de la cuota se asemeja más a una obligación de medios, dada la imposibilidad de que hoy todas las empresas (formales, cuando menos) y entidades estatales lleguen a contratar a todas las personas con discapacidad que estén cualificadas para los puestos de trabajo que pudieran generarse. Descartándose el resultado por la imposibilidad fáctica advertida, esta obligación consiste en el razonable cumplimiento de acciones desplegadas para alcanzar la cuota (conforme se haya registrado la necesidad de contratar a nuevo personal o de reemplazar al cesado).

Apoya esta conclusión el hecho de que los empresarios que no lleguen a completar la cuota respectiva pueden demostrar haber realizado esfuerzos por tratar de alcanzarla y eximirse de una multa administrativa. Para ello, de acuerdo con la normativa aplicable, es necesario que el empleador realice las convocatorias en número suficiente, siempre que exista necesidad empresarial de cubrir puestos de trabajo.

Habida cuenta de lo expuesto, es posible sostener que la implementación de la cuota tiene una connotación programática y hasta (como gusta decir al empresariado) *“flexible”* para los empleadores obligados. Así, es posible que el sujeto obligado arguya, ante una fiscalización, que no alcanzó a cubrir la cuota de personas con discapacidad dentro del periodo fiscalizado por la concurrencia de *“razones de carácter técnico que dificultan la incorporación de trabajadores con discapacidad”*. Conforme con el artículo 25 de la RM 107-2015-TR, esta justificación incide en el *“alto nivel de especialización de competencias exigidas para el puesto de trabajo, de escasa oferta en el mercado formativo o laboral nacional”*.

Las razones de carácter técnico como causa de la baja o nula participación de postulantes con discapacidad parten del reconocimiento de que, como se ha anotado antes, este es un grupo de personas que muestra como promedio una baja cualificación para el empleo. De esto se sigue

⁸ Vid. *El reto de la inserción laboral de las personas con discapacidad en el servicio civil peruano*. En portal institucional de la Autoridad Nacional del Servicio Civil. <http://www.servir.gob.pe>.

que los puestos que objetivamente ameritan que los aspirantes a ocuparlos posean determinados conocimientos y especializaciones que optimicen su aptitud para cumplir con éxito esas funciones podrían tener poca participación de personas con discapacidad.

En ese sentido, la RM 107-2015-TR señala que la escasa oferta en el mercado formativo o laboral nacional respecto al perfil profesional requerido podría acreditarse mediante la información que, en su momento, proporcionen instituciones como el *Observatorio sobre Educación y Empleo* que el MTPE, el Ministerio de Educación y el sector privado están implementando aún.

Alternativamente a esa causal, aparece otra que se vincula a las características de la actividad a desarrollar: se trata de las "*razones de riesgo vinculadas al puesto de trabajo que motivan la especial dificultad para incorporar personas con discapacidad*" (inciso 1.1 del artículo 56.4 del Reglamento, desarrollado por el artículo 26 de la RM 107-2015-TR). Esta eximente puede justificar la escasa o nula participación de personas discapacitadas en las convocatorias de empleo de una empresa por consideraciones del riesgo ocupacional que hagan inadecuado, desde el punto de vista del deber de prevención, que este se ofrezca a personas con cierta forma de discapacidad.

En esto, los empleadores tienen la carga de elaborar preliminarmente el perfil de los puestos de trabajo a ser ofertados con arreglo a sus instrumentos de seguridad y salud en el trabajo, mediante información pormenorizada de las características del puesto y las competencias laborales exigidas. Además, las normas reglamentarias precisan que esta eximente no puede ser alegada en forma válida si se origina en el incumplimiento del empleador de los estándares del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. De otro lado, debe quedar sentada la insuficiencia de posibles ajustes razonables.

El desarrollo reglamentario de las eximentes fundadas en el deber de prevención de accidentes es de especial relevancia, pues, pese a que la LGPD es coetánea a la Ley 29873, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ambas normas no parecen contener demasiados puntos de conexión ni de remisión que ayuden a aliviar la evidente tensión que existe entre el deber de prevención y la acción afirmativa que busca favorecer la empleabilidad de personas con discapacidad. Por ello se espera que la inspección del trabajo empiece a sentar criterios que permitan la conciliación entre el interés de incluir a personas con discapacidad en más puestos de trabajo con el de proteger la salud de dichas personas y la de su entorno inmediato.

Sea por una alta especialización exigida o por el nivel de elevado riesgo persistente a pesar de las medidas preventivas adoptadas (incluyendo los ajustes razonables), los empleadores tienen la carga de confeccionar, de forma objetiva, los perfiles ocupacionales de cada puesto. Esto es debido a que (lógicamente) no todas las formas de discapacidad podrían quedar excluidas automáticamente de ocupar los puestos de trabajo que convoque una empresa obligada a implementar la cuota. De hecho, incluso es posible que no todas las personas con un mismo tipo de discapacidad, considerada en principio como "incompatible" con un puesto de trabajo por los riesgos implícitos, puedan resultar excluidas en forma apriorística.

Como fuere, una vez elaborados los perfiles para las convocatorias identificadas, es preciso evidenciar la apertura de la empresa para contratar a personas con discapacidad procurando la participación efectiva de postulantes con dicha condición, a través de la intermediación de entidades

especiales. Los empleadores que tienen pendiente cubrir la cuota de personal discapacitado y que, después de la entrada en vigor de esta obligación, tienen altas de personal (por creación de nuevos puestos de trabajo o por reemplazo de personal) *están obligados* a ofertar puestos de trabajo a través de los servicios de intermediación públicos o privados que se vinculan al Estado. En ese sentido, se ha regulado un plazo de diez días como mínimo para que el empleador active los servicios de intermediación, remitiendo la solicitud correspondiente a la Bolsa de Trabajo antes de iniciar el proceso de selección.

Es muy interesante reparar en la forma en la que la autoridad administrativa interviene dentro del cumplimiento de la cuota de discapacidad. Uno de sus servicios —cuya actual denominación es “Centro de Empleo”— comunicará a la empresa convocante el listado de personas con discapacidad que podrían seguir el proceso de selección, o bien —de darse las circunstancias— comunicará al interesado que no existen personas con discapacidad que cumplan con el perfil requerido por la empresa.

Este servicio de intermediación emite una constancia virtual que contiene el listado de buscadores de empleo preseleccionados para su convocatoria o, en su defecto, la comunicación de no haber contactado a personas con discapacitadas interesadas o con el perfil solicitado. Lo cierto es que, hasta que el MTPE no implemente el aplicativo informático que corresponda, los empleadores deberán solicitar a la Bolsa de Trabajo la constancia correspondiente, mediante comunicación documental o electrónica. Esto tiene valor probatorio en el correspondiente procedimiento sancionatorio, pero, más allá de su utilidad pragmática, acerca al empresario nacional a la consideración de la cuota como una meta a la cual debe llegar.

A pesar de lo anotado en los párrafos precedentes, la RM 107-2015-TR ha establecido que pueden solicitarse, para estos efectos, los servicios brindados por entidades privadas sin fines de lucro que celebran convenios con el MTPE para esos fines. Consideramos que esta posibilidad es, en abstracto, positiva, toda vez que el involucramiento de actores civiles dentro de esta nueva meta social —el empleo digno, transversal y mutuamente beneficioso de personas con discapacidad— debe contar con tantos aliados desde el sector público como desde el sector privado que puedan aunarse a esa finalidad.

2.2. La supervisión del cumplimiento de la cuota en el ámbito privado

Desde la perspectiva de la OIT, el sistema de imposición de la cuota de personas con discapacidad en la empresas del Perú podría calificarse como un sistema dual, cuyos primeros dos años de vigencia (desde la entrada en vigor de la LGPD) tuvo características de un sistema de *cuota obligatoria sin mecanismo de exigibilidad* —toda vez que no se aplicaban sanciones— hasta su cambio por un sistema de *cuota obligatoria acompañado de tasas o sanciones*, que se entiende como preferible, ya que no depende exclusivamente de la buena voluntad de los empleadores ni incrementa las oportunidades para la población objeto de la acción afirmativa.⁹ Por más que esta evolución en la normativa peruana encuentre su causa eficiente en la búsqueda de aliviar la percepción negativa de esta obligación entre los empleadores, lo cierto es que al día de hoy

⁹ Organización Internacional del Trabajo (2007). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...*, op. cit., pp. 35-40.

el carácter preceptivo de la cuota de discapacitados en las empresas ya es en el Perú un sistema respaldado por la imposición de sanciones.

Ciertamente, ningún derecho es efectivo en el plano de la realidad cuando no tiene mecanismos que garanticen su cumplimiento de parte del sujeto obligado. Dichos mecanismos pueden constituir incentivos para esa conducta positiva, o bien desincentivos específicamente diseñados para evitar que la norma sea, en los hechos, una declaración que no trascienda al papel.

En lo que se refiere a la fiscalización que sobre este tema practica el Sistema de Inspección del Trabajo, la empresa tendría que acreditar que durante el ejercicio anual objeto de investigación se lanzaron al mercado ofertas de empleo que admitieron la acción de un intermediario público, como el MTPE, o de agencias especialmente autorizadas por la Administración Pública.

Considerando que las normas reglamentarias de dicha obligación se han expedido entre 2014 y 2016, es recién desde hace poco que el Sistema de Inspección del Trabajo ha iniciado procedimientos especiales de investigación. A través de ellos, viene cruzando información de los registros electrónicos correspondientes al periodo anual investigado, para así determinar cualquier incumplimiento de la cuota por las empresas. Cuando se advierta que no se alcanza el porcentaje mencionado (3 % de la planilla, según un promedio ponderado), se iniciará, directamente, un procedimiento sancionador con reglas especiales, y se podrán establecer multas administrativas que se calcularán según el número total de personas necesarias para alcanzar la cuota en cada empresa.

No obstante, el régimen fiscalizador y sancionador en esta materia evidencia la ausencia de una política laboral consistente (en general), pues junto con reformas aplicadas en los años recientes el estándar de las multas ha variado significativamente: desde rebajas de un régimen promocional hacia un escenario actual en el que se reconoce, con cierta ambigüedad, la posibilidad de que las infracciones puedan ser subsanadas (de modo que muchas veces queda a criterio de un fiscalizador qué se considera subsanable y qué no). Como sea, hoy el incumplimiento de la obligación de la cuota amerita —según ha precisado la RM 127-2016-TR— la aplicación de una sanción con arreglo al régimen general de multas, que sanciona la multa según el “número de trabajadores afectados”.

Es evidente que este criterio resulta inadecuado por donde se le mire: desde un ángulo competencial, se supone que un protocolo cuyo objeto es regular la fiscalización pretende establecer las consecuencias sancionadoras que impactan sobre los administrados. Peor aún, desde los principios de legalidad y tipicidad del derecho administrativo sancionador puede cuestionarse fácilmente al criterio de imputación de responsabilidad si se toma en cuenta que la obligación de implementar la cuota no expresa necesariamente a un número de “trabajadores afectados”, pues podría ocurrir una gama variada de supuestos por los que podría sostenerse que tal ficción resulta de imposible determinación (piénsese, por ejemplo, si un administrado logra demostrar que el perfil de los puestos de trabajo convocados en el año fiscalizado no hubiera permitido que ninguna de las personas con discapacidad obtuviera una plaza en la empresa).

Pues bien, sea como fuere, existen procedimientos fiscalizadores y sancionadores especiales que sancionan el incumplimiento de la cuota de trabajadores discapacitados y que, además, pueden

servir para proteger los derechos de estas personas ya insertadas dentro de relaciones laborales. Siguiendo la línea de esta reflexión, nos interesa desarrollar aquí a los primeros.

Hay que empezar señalando que las cuotas de discapacidad son eficaces allí donde se les acompaña de adecuadas fórmulas de fiscalización de su cumplimiento.¹⁰ En este caso, la secuencia lógica que la normativa establece es la siguiente:

A partir de 2016 la inspección del trabajo verifica la planilla electrónica para establecer qué empresas, según los criterios de cálculo expuestos, incumplieron con la cuota.

El sistema de la fiscalización laboral requerirá la subsanación correspondiente. Frente a ello podrán presentarse las pruebas que demuestren que se ha cumplido con la cuota (tras lo cual se subsanará la información en la planilla electrónica); o bien, se podrán presentar los descargos pertinentes que acreditan que no se presentaron ciertas condiciones materiales para alcanzar la cuota (las mismas que están preconfiguradas en la norma) o se confirmará la situación de *incumplimiento de la cuota* y se emitirá el acta de infracción correspondiente.

En caso de que el empleador declare haber cumplido o habiéndose presentado los descargos mencionados, la inspección del trabajo podrá fiscalizar (mediante el procedimiento general fiscalizador) que efectivamente los hechos se corresponden con la declaración del empleador. Si ello no resultase así, se establecerá el *incumplimiento de la cuota*, con la emisión del acta de infracción correspondiente.

En caso de establecerse una situación de *incumplimiento de la cuota*, el procedimiento sancionador posee reglas específicas en la RM 107-2015-TR que inciden en la verificación del número suficiente de convocatorias de personal con discapacidad en la bolsa de empleo pública que maneja el MTPE, o en la existencia de razones de índole técnica o de riesgo ocupacional (que no puedan ser superadas mediante ajustes razonables).

Lamentablemente, la metodología de esta fiscalización especial únicamente contempla el ámbito de las empresas formales, pues la planilla electrónica es una herramienta que presupone que los empleadores declarantes sean, precisamente, formales. Entonces, existirán empresas que, dentro de la informalidad laboral, cumpliendo con los requisitos del ámbito de aplicación de la cuota de discapacidad, no alcanzarán a ser fiscalizadas y, por lo tanto, no estarán persuadidas de cumplir con esta obligación.

No sería el único caso en el que una ley fracase al no contar con un adecuado sistema de incentivos y desincentivos; sin embargo, tratándose de un tema que tiene anclaje en los derechos sociales, económicos y culturales de estas personas (cuyo ejercicio se refuerza, precisamente, por la situación del empleo), resultaría un fracaso que no puede admitirse, como ha venido ocurriendo en otros temas laborales de orden más economicista. Es conocido que la tasa de informalidad laboral, calculada sobre la base de los asalariados del sector privado que no están registrados, se mantiene en niveles elevados, ya que supera nítidamente el 50 % del mercado de trabajo.

10 MONT, D. (2004). Disability Employment Policy. *DigitalCommons@ILR*, Social Protection Discussion Paper Series, n.º 0413, p. 11.

3. El procedimiento deliberativo para la determinación de ajustes razonables

Lo cierto es que, una vez dentro del empleo, el derecho-principio de igualdad también asiste a los trabajadores discapacitados, quienes tienen derecho a que se practiquen los llamados *ajustes razonables para personas con discapacidad*. Estas medidas son un complemento indispensable a la obligación de la cuota, pues, a diferencia de ella, busca atender a las circunstancias individuales concretas que se presentan en cada caso, a fin de que se otorguen facilidades y condiciones adecuadas para el empleo de personas con discapacidad. Se trata, en buena cuenta, de hacer que el puesto de trabajo a ocuparse refleje la condición humana de su ocupante y, teniéndola en cuenta, se adapte a esta persona para permitirle el goce de sus derechos fundamentales en la relación de trabajo.

Por definición legal, los ajustes tienen cabida cuando no generen costos excesivos. Entre las medidas posibles que se califican como “ajustes razonables” se comprenden medidas de adaptación de las herramientas de trabajo, de las maquinarias o del entorno de trabajo. A su vez, dichas medidas también pueden verse reflejadas en la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades particulares de un trabajador con discapacidad.

Sí se ha aprobado la ya mencionada RM 127-2016-TR, que establece el procedimiento por el que, a instancia del trabajador discapacitado con interés, se efectúen los ajustes razonables. Un aspecto que cabe destacar sobre el ámbito subjetivo de esta norma es que no se ciñe únicamente a los empleadores obligados a implementar la cuota, sino que es extensible a toda empresa que emplee a una persona con discapacidad.

El procedimiento deliberativo regulado por la RM 127-2016-TR impone al trabajador con discapacidad la carga de iniciar esta consulta ante su empleador mediante una solicitud escrita. Es decir, la norma presupone que los trabajadores conocen este derecho, por lo que se espera que el aparato estatal imparta esta información, lo que bien podría efectuarse (por ejemplo) en los centros hospitalarios a los que estas personas se acercan con ocasión de la certificación de la discapacidad.

Sin embargo, lo cierto es que no es indispensable que el trabajador impulse el procedimiento regulado en la RM 127-2016-TR para que un empresario adopte estos mecanismos: dentro de su facultad organizativa, el empleador puede establecer los ajustes razonables adecuados para cada caso. Sin embargo, de presentar la solicitud el trabajador interesado, el empleador se vería obligado a efectuar un procedimiento de consulta dentro de plazos regulados:

Luego de presentada la solicitud, hasta el décimo día hábil posterior deben efectuarse actos preparatorios, en los que la empresa analizará el puesto en concreto y el trabajador interesado expondrá sus necesidades particulares respecto a dicho puesto. La norma técnica refiere la posibilidad de que el trabajador con discapacidad pueda requerir apoyos para esta parte, lo que entendemos no solamente desde el punto de vista técnico (por ejemplo, a través del asesoramiento del médico ocupacional de la empresa u otro especialista tercero), sino posiblemente a través del asesoramiento sindical, de resultar esto conveniente para el caso en concreto.

Posteriormente, se inicia propiamente el *procedimiento deliberativo* por el que, al cabo de no más de treinta días hábiles y en no más de tres sesiones, se intercambia información entre las partes y finalmente el empleador selecciona el ajuste razonable más idóneo. Todo esto se hace constar en un acta que es levantada y remitida a la autoridad regional de trabajo que resulte competente.

Si bien la decisión final sobre el ajuste razonable recae en el empleador, se han previsto criterios que deben seguirse para esta elección. En particular, interesa subrayar que estos destacan la importancia de la realización de la igualdad material entendida en su faz comparativa (igualdad de condiciones entre la persona con discapacidad y los otros trabajadores que realizan similares labores o que comparten el espacio de trabajo).

Si no existiera un ajuste razonable idóneo (o este resultase excesivamente oneroso), habría que evaluar una reasignación del trabajador con discapacidad a un puesto distinto que resulte compatible con su condición. Esto dependerá de la disponibilidad de tal vacante o del posible “intercambio” de puestos de trabajo con otro trabajador que aceptase tal modificación y estuviera apto para ejecutar las funciones del puesto que es dejado por el trabajador con discapacidad.

Desde nuestro punto de vista, los ajustes razonables una vez adoptados terminan asimilándose dentro de una categoría laboral bien conocida: la de una *condición de trabajo*. Por ello, su revocación no puede efectuarse sin poner en riesgo la posibilidad de que su beneficiario cumpla con su prestación contractual. Esto lleva a considerar que la revocación o afectación injustificada de los ajustes razonables por el empleador podría reputarse como un incumplimiento laboral que, además, constituiría una forma de hostilidad laboral.

Si el empleador no realizara los ajustes razonables en el lugar de trabajo para el personal discapacitado y no existiera justificación para ello, este acto podría ser considerado una forma de *hostilidad*, pudiendo darse por despedido el trabajador afectado, y podrían aplicarse contra las empresas las multas que el Sistema de Inspección del Trabajo prevé contra los actos discriminatorios.

La justificación admitida para denegar un ajuste razonable ha sido regulada también dentro de la RM 127-2016-TR, aunque debe advertirse que su rigor lleva a pensar que es materialmente muy complicado que una empresa pueda acogerse a tales justificaciones. Así, se ha establecido que un ajuste razonable solicitado puede denegarse cuando *suponga la afectación del funcionamiento de la empresa*, lo que se entiende cumplido en los siguientes casos:

- Si su adopción produce la paralización o alteración del ciclo productivo, poniéndose en riesgo el cumplimiento de las metas productivas de la empresa.
- Si el ajuste razonable supone un impacto económico negativo que pone en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio correspondiente.
- Si la medida adoptada genera falta de liquidez, impidiendo el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa.

La intensidad de estas exigencias —cuya regulación nos recuerda a los presupuestos para que una autoridad administrativa intervenga y resuelva, en forma excepcional, una huelga prolongada en

el tiempo— da a entender que los ajustes razonables deben ser adoptados bajo una proporcionalidad económica adecuada.

Bibliografía

BLANCAS, Carlos (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 96-98.

CABRA DE LUNA, M. A. (2004). Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 50, pp. 21-46.

INGHAMMAR, A. (2001). Discrimination of people with disabilities. Normative aspects of disability and work in Swedish, England and EC Context. *Legal perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 321-350.

MONT, Daniel (2004). Disability Employment Policy. *DigitalCommons@ILR*, Social Protection Discussion Paper Series, n.º 0413, p. 11.

ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (2014). *Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica*. Madrid: OISS, pp. 67 y siguientes.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2007). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para personas con discapacidades a través de la legislación. Directrices*. Ginebra: OIT, pp. 35-40.

SCOTT-PARKER, S. (2011). Derechos y obligaciones: el punto de vista de la empresa. En W. Momm y R. Ransom (dirs.). *Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo*. Ginebra: OIT, p. 17.36.