

## Comentarios al Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad en materia laboral

Saulo Galicia

*Alumno de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos*

En el año 2004, [Stanislao Maldonado](#) señaló, en uno de los estudios más completos sobre discapacidad en el Perú, que, anualmente, **se pierde entre el 7% y 9% del Producto Bruto Interno peruano debido a la exclusión laboral de las personas con discapacidad**<sup>1</sup>.

De acuerdo con Maldonado, la exclusión laboral de las personas con discapacidad se debería a (i) **la baja dotación de activos naturales y sociales** con los que cuentan las personas con discapacidad (calificación académica y recursos económicos) y (ii) a **los mecanismos de segregación y marginación** que operan en función a una valorización social de considerar a este grupo de personas como **“improductivos e incapaces”**.

En materia de empleo, la [Primera Encuesta Nacional sobre Personas con Discapacidad del año 2012 \(ENEDIS\)](#) arrojó cifras ciertamente preocupantes: del total de personas con discapacidad en edad de trabajar, el 76.8% formaba parte de la Población Económicamente Inactiva (PEI). Si a tal dato sumamos la cantidad de personas con discapacidad que se encuentran dentro de la Población Desocupada (PD) -12.1% -, tenemos que un total de 1'157,237 personas con discapacidad, quienes están en edad de trabajar, se encuentran desocupadas. Esto equivale al 80.63% de las personas con discapacidad en edad de trabajar. Es decir, **cuatro de cada cinco personas con discapacidad en edad de trabajar se encuentran desempleadas**.

Frente a este escenario, la ratificación de la [Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad](#) (2008), la promulgación de la última [Ley General de la Persona con Discapacidad](#) (LGPCD) (2012) y, ahora, el [Reglamento de la LGPCD](#) (2014) constituyen esfuerzos por parte del Estado peruano para eliminar la **exclusión social** de la que, histórica y tradicionalmente, han sido víctimas las **personas con discapacidad** en nuestro país. En este breve artículo, comentaremos los principales aspectos desarrollados por el Reglamento de la LGPCD en materia laboral.

En primer lugar, debe recordarse que la LGPCD implicó dos cambios importantísimos en dicha materia: (i) **las cuotas de empleo** en favor de las personas con discapacidad y (ii) **la obligación de los empleadores de realizar ajustes razonables** en favor de los trabajadores con discapacidad. Veamos cómo ha regulado el Reglamento ambos cambios.

### La cuota de empleo

---

<sup>1</sup> MALDONADO, Stanislao. “TRABAJO Y DISCAPACIDAD EN EL PERÚ. Mercado laboral, políticas públicas en inclusión social de las personas con discapacidad”. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú 2004. El autor fue muy enfático al señalar que las conclusiones obtenidas en su estudio deben ser analizadas con matices puesto que la data estadística con la que contaba no era la más adecuada.

La fijación de una cuota de empleo supuso la obligación de las entidades públicas y de las empresas del sector privado con más de 50 trabajadores de contar, como mínimo, con un personal con discapacidad equivalente al 5% y 3% de su planilla respectivamente.

Esta fue la innovación [más criticada por el sector empresarial](#) (a pesar de que los ajustes razonables, en la aplicación práctica, presentan mayor complejidad), pues supondría, para algunos sectores, una vulneración a la libertad de contratación. Frente a ello, hay quienes se oponen a esa visión, señalando que la cuota de empleo es un fin legítimo para alcanzar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, considerando a esta medida como una acción afirmativa. Independientemente de la discusión teórica, el Reglamento de la LGPCD ha procedido a regular los casos en los que no se cumpla con la cuota de empleo señalada.

Las **entidades estatales**, cuando verifiquen que **no cumplen con la cuota del 5%**, deberán prever en la **convocatoria de selección de personal o concurso público**, que en caso de presentarse un **empate entre postulantes con y sin discapacidad**, se **prioriza** la contratación de los **primeros** sobre los segundos. Esta regulación pretende conciliar la obligación de la cuota de empleo con el **derecho de igualdad de acceso a los cargos públicos** que tienen todos los ciudadanos. Si bien es una salida interesante, pues no implica que las entidades públicas contraten personas con discapacidad con el solo objetivo de cumplir la cuota (ya que la persona con discapacidad habría acreditado su idoneidad en el empate), debe recordarse que **la reforma del empleo público** –mediante la Ley del Servicio Civil– ha previsto **formas de contratación distintas**, que no requieren de convocatorias de selección de personal o concursos públicos de mérito. Es justamente en ese supuesto, donde también se pudo incorporar algún **mecanismo** para que **las entidades estatales cumplan con la cuota de empleo**.

En el caso del **sector privado**, el Reglamento fijó que esta es una **obligación de carácter anual**, por lo que la **Inspección del Trabajo** deberá verificar en **enero de cada año**, si es que las empresas cumplieron con **la cuota mínima del 3%**. Para ello, los empleadores deberán consignar en la planilla electrónica si se trata de un trabajador con discapacidad. Si bien es adecuado que se haya establecido una fecha exacta en la que se verificará el cumplimiento de la cuota, **el Reglamento posterga la regulación del criterio para calcular el total del personal de la empresa para efectos de cumplir con la cuota mínima del 3%**, pues ordena al Ministerio de Trabajo a que lo emita en un plazo no mayor a 90 días. Lo más adecuado hubiese sido que **el Reglamento fije el sistema de cálculo del 3% de una vez**, para que los empleadores puedan tener un estimado real de cuánto personal requieren cubrir para cumplir con la cuota de empleo mínima, teniendo en cuenta que su fiscalización (y sanción) iniciará en diciembre de este año.

Ahora bien, frente al **incumplimiento** de la **cuota de empleo mínima**, el Reglamento ha establecido **dos formas de evitar que la empresa sea sancionada**: (i) que acredite que **no generó** ningún **puesto de trabajo o vacante por cubrir** debido a la conclusión de la relación laboral de algún trabajador suyo; o, (ii) si es que sí generó puestos de trabajo, deberá acreditar el **cumplimiento de cuatro obligaciones concretas**. La primera forma descrita tiene relación con el objetivo de evitar que el empleador contrate personal por el solo hecho de cumplir con

la cuota (contratar por contratar). Sin embargo, sostener que durante un año completo las empresas con más de 50 trabajadores no requerirán contratar personal es bastante irreal, por lo que será poco usual que las empresas aleguen esta causal para evitar ser sancionadas.

Si el empleador sí generó puestos de trabajo, esto es, contrató personal y no cumplió con la cuota mínima, deberá cumplir con **cuatro obligaciones** para evitar ser sancionado:

- A. Demostrar que hay razones de **carácter técnico o de riesgo** vinculadas al puesto de trabajo que motiven la **especial dificultad** para contratar trabajadores con discapacidad en la entidad;
- B. Además, acreditar que **ofertó** los puestos de trabajo en la **Bolsa de Trabajo** que se ofrece en la Ventanilla Única de Promoción del Empleo, o de los servicios prestados por otras entidades articulados a dicha **Ventanilla**;
- C. Haber **omitido** todo requisito que constituya una **exigencia discriminatoria** contra las personas con discapacidad; y,
- D. Acreditar **haber garantizado que los procesos de evaluación específicos** permitan la **efectiva participación de las personas con discapacidad** que postulen.

La empresa deberá haber cumplido con estas cuatro obligaciones para evitar la sanción, por lo que la falta de cumplimiento de una de ellas generará, independientemente del cumplimiento de las otras tres, que ésta sea sancionada. Lo señalado en este punto puede resumirse en el siguiente cuadro:

Supuestos de cumplimiento de la cuota de empleo		Sanción por parte de la Inspección del Trabajo	
Si la empresa no cumplió	No generó puestos de trabajo		<b>No se sanciona</b>
	Sí generó puestos de trabajo	Cumplió, de manera concurrente, con las cuatro obligaciones	<b>No se sanciona</b>
		No cumplió con las cuatro obligaciones de forma concurrente	<b>Se sanciona</b>

Una **crítica** a las obligaciones destinadas a evitar la sanción por el incumplimiento de la cuota desde las empresas podría ser la siguiente: ¿qué sucederá cuando, a pesar de haberse ofertado **un puesto de trabajo que no implique una dificultad de carácter técnico o un riesgo para las personas con discapacidad, la convocatoria hubiese sido declarada desierta**? El Reglamento no ha brindado una respuesta a este cuestionamiento.

La omisión del Reglamento perjudica tanto a las empresas (pues habrán puestos de trabajo que no cumplan con la primera obligación, pero que además no hayan sido solicitados por las personas con discapacidad) como a las personas con discapacidad, pues de haber previsto el Reglamento este supuesto, hubiese establecido algún mecanismo para que las empresas prueben la convocatoria desierta.

Ahora bien, este problema nos lleva a uno mucho mayor y que ha implicado otro tipo de cuestionamientos: ¿existe el número necesario de personas con discapacidad calificadas para cumplir con la cuota de empleo?

De acuerdo al Ministerio de Trabajo, el **número de empresas en el Perú con más de 50 trabajadores ascendió a 6,717**. Si bien el Anuario Estadístico no ofrece la cifra exacta de cuántas personas laboraron en esas empresas, haciendo un estimado del tamaño de cada una podemos llegar a que, en total, estas entidades empleaban a casi un millón y medio de personas. El 3% de este cálculo aproximado asciende a **43,412**. En otras palabras, en el **2012** se hubiera requerido, aproximadamente, de **43,412** personas con discapacidad para cumplir con la cuota mínima.

Como señalamos al inicio, de acuerdo al ENEDIS 2012, un total **1'157,237** personas con discapacidad en edad de trabajar se encuentran desocupadas.

Una lectura inicial nos llevaría a señalar que no habría problemas para cumplir con la cuota. Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta la calificación de las personas con discapacidad para cubrir las vacantes. La misma encuesta señala que el **23.6% de las personas con discapacidad o no cuentan con ningún tipo de educación o solo tienen educación en un nivel inicial**. Asimismo, el **40.5% solo tiene educación primaria y el 22.5% educación secundaria**. Esto quiere decir que el **86.6%** de las personas con discapacidad no cuenta con educación superior: casi 1'364,300 personas con discapacidad. **En ese sentido, solo 211,103 personas con discapacidad tendrían educación superior.**

Frente a ello debemos tener en cuenta, además, si la calificación que las personas con discapacidad ostentan son compatibles con la oferta laboral que existe hoy en día.

Como se podrá notar, el problema es mayor. La cuota de empleo es un avance importante, pero no puede dejar de tenerse en cuenta el reducido número de personas con discapacidad sin calificación y la correlación entre la oferta laboral de nuestro país. Es por ello que el trabajo que vaya a realizar tanto el Ministerio de Trabajo como los Gobiernos Regionales para **desarrollar estrategias a fin de relacionar la demanda y la oferta de trabajo es fundamental tanto para el cumplimiento de la cuota, como para la inclusión laboral en general de las personas con discapacidad.**

### **Los beneficiarios de la cuota de empleo**

La LGPCD estableció que el beneficio de la cuota de empleo podrá ser exigido por las personas con discapacidad que cuenten con una restricción en la participación en un grado, como mínimo, de **33%** (Sétima Disposición Complementaria Final). Como en el Perú el método para diagnosticar la discapacidad no se expresaba en porcentajes, la LGPCD, en la misma disposición se estableció que **el Ministerio de Salud (MINSA), en un plazo no mayor a 120 días, emitirá las Guías respectivas para que los centros de salud autorizados puedan calificar, en porcentajes, el grado de restricción de las personas con discapacidad.**

Luego de 15 meses de aprobada la LGPCD, **el MINSA no ha emitido la Guía correspondiente**, lo que ha llevado a la cuestionarse si es que la cuota de empleo es efectivamente aplicable. Al respecto, debe tenerse en cuenta que si bien los centros de salud no cuentan con la respectiva Guía, la exigencia de la cuota no estuvo supeditada a la emisión de tal instrumento, por lo que ello no eximiría a los empleadores de cumplir con la referida cuota. Así pues, cuando en una

norma se pretende postergar la exigibilidad de sus disposiciones, ello se realiza de manera expresa. Una técnica usual es señalar que las disposiciones de una Ley serán exigibles con la promulgación de su Reglamento. **Así las cosas, si la intención hubiese sido supeditar el cumplimiento de la cuota a la emisión de la Guía, la misma LGPCD lo hubiese señalado de manera expresa.**

Si bien la falta de emisión de la Guía constituye un problema práctico, **ello no impide que los empleadores continúen cumpliendo progresivamente con la cuota mínima de empleo: pues existen otros mecanismos para ir determinado el grado de restricción en la participación de las personas con discapacidad.**

Una alternativa paralela a la anterior sería entablar una **acción de cumplimiento** contra los encargados de la emisión de la Guía para que procedan a elaborarla cuanto antes. Recordemos que la **omisión** de estos funcionarios **perjudica** tanto a las **personas con discapacidad**, como a las **mismas empresas**, pues las deja en una situación de incertidumbre, la cual no les conviene si se tiene en cuenta que la sanción del incumplimiento de la cuota empezará a aplicarse en diciembre de este año.

### **Los ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad**

Adicionalmente a la cuota de empleo, la LGPCD reguló el derecho de los trabajadores con discapacidad a solicitar la realización de ajustes razonables en el trabajo. Estas medidas, que pueden abarcar modificaciones de las herramientas de trabajo, maquinarias, el entorno y horarios, están destinadas a eliminar determinadas barreras que impiden que el trabajador con discapacidad pueda ejercer sus derechos plenamente. Por ejemplo, supongamos que una persona con discapacidad física requiere de una terapia de rehabilitación semanal. Puede que el horario de la rehabilitación se cruce con el horario de trabajo fijado por su empleador. En ese supuesto, cabe que la persona con discapacidad física solicite la realización del ajuste razonable, en este caso, la modificación del horario de trabajo.

Sin embargo, el empleador no se encuentra obligado a realizar todos los ajustes solicitados por las personas con discapacidad. El límite que la LGPCD ha establecido es la carga económica excesiva.

### **La carga económica excesiva**

De ese modo, si los ajustes solicitados implican una carga que el empleador no se encuentra en posibilidad de asumir, no se encontrará obligado a realizar el ajuste. En la LGPCD se dejó como tarea al Ejecutivo definir el concepto de **carga económica excesiva**. Lamentablemente, este es un primer punto que **el Reglamento de la LGPCD no desarrolla adecuadamente, pues la regulación que plantea consiste en delegar al Ministerio de Trabajo, para que fije mediante una Resolución Ministerial los criterios técnicos para definir cuándo un ajuste razonable puede implicar una carga económica excesiva.**

La importancia de la definición de carga económica excesiva, y de los criterios para identificarla, es fundamental en esta materia, por lo que el hecho de que la LGPCD y su

Reglamento no hayan brindado un criterio para ello, además de no ser una técnica legislativa adecuada, genera dos consecuencias: **posterga en alguna medida la aplicación concreta de los ajustes razonables y deja en incertidumbre qué es lo que se pueda establecer al respecto. Una definición amplia de carga económica excesiva representará un freno tremendo para el avance de los ajustes razonables como una herramienta para la inclusión social.**

La tarea en esta materia radicará en estar atentos a las propuestas que giren en torno a la Resolución Ministerial y los criterios técnicos que se establecerán para definir cuándo se está frente a una carga económica excesiva, pues de ello dependerá la aplicación práctica de los ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad, tal como lo ha advertido la OIT en el Manual de Directrices para Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación.

### **La oportunidad para solicitar el ajuste**

Otro punto que el Reglamento de la LGPCD desarrolla es la oportunidad para solicitar el ajuste. No cabe duda que el espacio por excelencia donde se puede solicitar la realización del ajuste razonable es en el desarrollo de la relación laboral (es decir, una vez contratado), sin embargo, existen otras situaciones en las que la persona con discapacidad requiere de la realización de un ajuste: la postulación. Así, cuando una persona con discapacidad postule a un empleo también puede enfrentar otro tipo de barreras. Un examen psicológico en el que se deba dibujar a una persona, impedirá que las personas con discapacidad visual puedan darlo; este es un espacio, también, para los ajustes razonables.

En cuanto a las **entidades estatales**, la LGPCD ya había señalado que éstas **deberán realizar ajustes en los procedimientos de selección y evaluación para garantizar la participación de las personas con discapacidad**. El Reglamento **reitera esta obligación** y ordena que SERVIR dicte las normas técnicas para la concretización de estos ajustes.

En lo que respecta al **sector privado**, la LGPCD no había señalado expresamente la obligación de realizar los ajustes en los procesos de selección. El **Reglamento**, de manera acertada, establece que una de las finalidades de los ajustes **es facilitar el acceso al puesto de las personas con discapacidad, por lo que se unifica el criterio de los ajustes en la postulación**. Esta interpretación encuentra respaldo en la obligación de los empleadores de garantizar la participación efectiva en de las personas con discapacidad en los procesos de selección señalada en el punto relativo a la **cuota de empleo**.

Por último, la regulación de los ajustes razonables también implica determinar quiénes son los **sujetos obligados** y quiénes son los **titulares** del derecho. En el primer aspecto, se entiende que los empleadores directos (es decir, quienes contratan a la persona con discapacidad) están obligados a realizar los ajustes. Sin embargo, los casos de tercerización (subcontratación) e intermediación de servicios (*services*) implican que la realización del ajuste dependa, también, de la colaboración de las empresas que contratan los servicios de aquellas. Ni la LGPCD ni su Reglamento establecen disposición alguna al respecto. El **Ministerio de Trabajo**, cuando emita los criterios técnicos para la aplicación de los ajustes razonables, **tiene una oportunidad tremenda de salvar esa omisión**.

En lo que respecta a los **titulares del derecho**, no cabe duda que las personas con discapacidad ostentan tal derecho. Sin embargo, también se plantea que los **trabajadores que tienen a cargo personas con discapacidad** (hijos, dependientes, personas sujetas a tutela o curatela, etc.) **también tienen el derecho a solicitar los ajustes razonables**. El **Ministerio de Trabajo ya se pronunció sobre la materia en una vez**, concordando con dicho criterio, por lo que este punto también puede ser esclarecido en la **Resolución Ministerial que emita próximamente**.

Por último, **hay algunos mecanismos** que el **Reglamento de la LGPCD pudo haber previsto**: por ejemplo, si la negativa injustificada de la empresa a realizar el ajuste razonable constituye un acto de hostilidad, **la carga de la prueba** (por discriminación) podría **invertirse** en favor del trabajador. Asimismo, los ajustes razonables pudieron **clasificarse** por la **oportunidad** en la que se solicitan o de acuerdo a sus **finés**, tal como lo hace la legislación norteamericana (Ley sobre Americanos con Discapacidades): cambios en el proceso de postulación a puestos de trabajo; cambios en el entorno laboral; y, cambios que permitan a un empleado con discapacidad gozar de prestaciones y privilegios que todos gozan, en condiciones de igualdad.

### **Sobre la fiscalización**

El Reglamento de la LGPCD ha establecido, de manera genérica, que el CONADIS es el encargado de sancionar las infracciones establecidas en dicha norma, donde se encuentra la cuota de empleo. Sin embargo, la LGPCD estableció que sea la Inspección del Trabajo la encargada de fiscalizar el cumplimiento de tal obligación. Una lectura literal de ambas regulaciones daría como resultado que la fiscalización de la cuota de empleo le corresponde a la Inspección del Trabajo y la sanción al CONADIS, lo cual nos lleva a una conclusión poco práctica. En realidad, la Inspección del Trabajo es la que cuenta con los recursos, herramientas y experiencia para poder realizar esta labor. Así pues, cuando la LGPCD dispuso que sea la Inspección del Trabajo la encargada de la fiscalización, debería entenderse que tal labor incluiría la sanción de la respectiva infracción.

Sostener lo contrario nos llevaría a señalar, por ejemplo, que el despido realizado sin observar los ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad (otra infracción regulada en el Reglamento de la LGPCD) sea fiscalizado por la Inspección del Trabajo, pero sancionado por el CONADIS. La sustracción de la sanción de las infracciones en materia laboral no es una tarea permisible para un Reglamento.

En suma, el Reglamento de la LGPCD ha regulado materias específicas y necesarias para la correcta aplicación de la LGPCD. Sin embargo, **presenta ciertas omisiones** que no contribuyen con la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad e, inclusive, perjudican a las empresas mismas. Algunas **podrán ser corregidas por el Ministerio de Trabajo**, pero otras requerirán de criterios de **interpretación y de políticas pública adecuadas para poder corregir los problemas**.