

Por:
Carlos Cadillo Ángeles*

LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR CAUSAS RELACIONADAS CON LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR

Resumen

El presente artículo se ocupa de las causas de extinción de la relación laboral basados en la afectación de la capacidad del trabajador: la invalidez absoluta permanente y el despido relacionado con la capacidad. Este último agrupa tres supuestos: las deficiencias en la capacidad del trabajador, el rendimiento deficiente y la negativa a someterse a exámenes médicos o a cumplir medidas profilácticas o curativas indicadas por el médico con fines preventivos. Se tratan de materias de suma importancia que, si bien justifican la ruptura de la relación laboral, limitan la estabilidad laboral de salida del trabajador. En este sentido, desarrollamos los alcances, requisitos y formalidades que se deben cumplir para la utilización justificada de dichas causales.

Palabras clave: Invalidez absoluta permanente, despido por capacidad, deficiencias en la capacidad, rendimiento deficiente.

Abstract

The present article deals with the causes for the extinction of work relationship based on the affectation of the worker's abilities: Permanent absolute handicap and dismissal related to ability. The latter gathers three postulations: deficiencies in the worker's abilities, deficient performance, and refusal to undertake medical examinations or to comply with prophylactic or healing measures prescribed by the doctor with preventive aims. These are all issues of upmost importance which even when they justify the breaking of the work relationship, limit the worker's work stability. In this regards, we develop the scope, requisites and formalities which should be met for a justified usage of such causal.

Key words: Permanent absolute handicap, dismissal because of ability, deficiencies in ability, deficient performance.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN LABORAL RELACIONADAS CON LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR. III. LA INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE. 1. Definición. 2. Invocación de la invalidez. 3.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad ESAN. Abogado asociado del Estudio Miranda & Amado Abogados. E-mail: ccadillo@mafirma.com.pe.

Entidades médicas competentes para declarar la invalidez absoluta permanente. 4. Eficacia de la declaratoria de invalidez absoluta permanente. 5. Síntesis de las etapas y requisitos para la invalidez absoluta permanente. IV. EL DESPIDO POR DEFICIENCIAS EN LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR. 1. Deficiencias en la capacidad. A. Situación objetiva. B. Origen. C. Relación de causalidad. D. Laborales referenciales. E. Magnitud. F. Carácter permanente. 2. Deficiencias sobrevenidas. A. Deber de información del trabajador. B. Deficiencias paulatinas. C. Deficiencias durante el período de prueba. 3. Entidades certificadoras competentes. 4. Ajustes razonables. 5. Reubicación del trabajador. 6. Procedimiento de despido por capacidad. 7. Síntesis de las etapas y requisitos para el despido por deficiencias en la capacidad. V. EL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE. 1. Rendimiento deficiente. A. Criterios de comparación. B. Labores referenciales. C. Comparación de situaciones homogéneas. D. Factores que no justifican el rendimiento deficiente. E. Carácter continuado. 2. Colaboración de autoridades administrativas. 3. Procedimiento de despido por capacidad. 4. Síntesis de las etapas y requisitos para el despido por rendimiento deficiente. VI. NEGATIVA INJUSTIFICADA A SOMETERSE A EXÁMENES MÉDICOS O A CUMPLIR LAS INDICACIONES MÉDICAS PREVENTIVAS. 1. Negativa a los exámenes médicos. 2. Negativa a las indicaciones médicas preventivas. 3. Causas relacionadas con la conducta. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad analizar las causas de extinción de la relación laboral que están relacionadas con la capacidad del trabajador y que se encuentran tipificadas por la ley peruana.

En la práctica, estas causales no son muy utilizadas por los empleadores debido a la falta de comprensión de sus alcances, requisitos, formalidades y diferencias, debido a que la ley no los desarrolla totalmente y tampoco existe mucha doctrina o jurisprudencia al respecto. Otro factor que desincentiva su utilización es el cumplimiento de los requisitos que son engorrosos o hasta imposibles de conseguir, tal como lo explicaremos más adelante; lo cual conduce al uso de otras formas de extinción del contrato de trabajo, tales como la renuncia o el mutuo disenso, a pesar que pueden ser más costosas si es que el empleador otorga incentivos o paquetes de salida.

Sin embargo, las causas relacionadas con la capacidad merecen un mayor desarrollo ya que habilitan el término de la relación laboral de forma válida y sin costo adicional para el empleador, en caso la capacidad del trabajador afecte la prestación de servicios contratada por el empleador y siempre que se cumplan con las exigencias legales correspondientes.

Adicionalmente, resulta de especial importancia conocer los alcances, requisitos y formalidades de tales causas para evitar contingencias legales considerando que, en la actualidad, existe una mayor protección por la conservación en el empleo del trabajador (pudiendo este último exigir su reposición en el empleo) y la legislación ha incorporado la obligación de realizar ajustes razonables o reubicar al trabajador como medidas previas a la extinción de la relación laboral sustentada en el despido relacionado con la capacidad.

II. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN LABORAL RELACIONADAS CON LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR

Entre las causas de extinción del contrato de trabajo tipificadas por el artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL), relacionadas con la capacidad del trabajador, están la invalidez absoluta permanente y el despido, en los casos y forma permitidos por la ley; las mismas que son objeto del presente artículo.

El despido puede ser por causas relacionadas con la capacidad o la conducta de trabajo. La capacidad como causa justa de despido habilita la ruptura del vínculo laboral cuando existe «inadecuación entre las exigencias de la ocupación a desempeñar y las aptitudes del trabajador impiden la continuación normal de la relación laboral».¹

El artículo 23 de la LPCL tipifica como 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.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

La invalidez absoluta permanente y el despido relacionado con la capacidad del trabajador son causas justificantes de la extinción del contrato de trabajo porque regulan supuestos en los que la prestación de servicios del trabajador es defectuosa (aunque no exactamente el literal c del artículo 23 de la LPCL que será objeto de análisis). La prestación personal de servicios es un elemento esencial de la relación laboral conforme al artículo 4 de la LPCL, por lo que la afectación, variación o defecto en el contenido de la misma genera un impacto relevante en el acreedor, quien es el empleador.

Como parte del contrato de trabajo, el principal compromiso del trabajador es la prestación personal de sus servicios con una capacidad determinada que logre el desempeño o los resultados razonablemente esperados por el empleador, de tal forma que este obtenga la rentabilidad necesaria respecto al trabajador contratado y, a su vez, cumpla con los objetivos del negocio; caso contrario, si el empleador no consigue estos objetivos, le será de excesiva onerosidad continuar con un trabajador que no

¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*, Tercera Edición, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 175.

cumple con la prestación recibida.² Las causales arriba mencionadas buscan proteger al empleador de este tipo de situaciones, permitiéndole además concluir la relación laboral sin el pago de una indemnización o sin generarse derecho para el trabajador (por ejemplo, reposición) como consecuencia directa de la conclusión del contrato de trabajo, siempre que se respeten los requisitos legales.

Es oportuno precisar que ninguna de las causas relacionadas con la capacidad justificará la extinción de la relación laboral por la falta de mejora o progreso de la capacidad, aptitud o rendimiento del trabajador como fruto de la experiencia adquirida. En estos el empleador podrá adoptar medidas distintas, tales como no incrementar o pagar el salario que esté relacionado con la productividad o el rendimiento alcanzado, o no promover al trabajador.³

En los siguientes acápite desarrollaremos la invalidez absoluta permanente y el despido relacionado con la capacidad del trabajador.

III. LA INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE

1. Definición

Los artículos 16, inciso e) y 20 de la LPCL, y sus normas reglamentarias, que se refieren a la invalidez absoluta permanente como causa de extinción del contrato de trabajo, no contienen una definición sobre invalidez absoluta permanente. Sin embargo, a través de otras normas en materia de seguro complementario de trabajo de riesgo y pensiones, la doctrina considera que la invalidez tiene dicha calificación cuando afecta al trabajador al menos en 66.66% de su capacidad⁴ y, también, si dura más de un año desde que fue declarada de acuerdo al artículo 12, inciso a) 3, de la Ley 26790.⁵

Consideramos que es una causa de extinción de la relación laboral porque es una condición subjetiva en el trabajador de tal gravedad que limita permanentemente sus aptitudes para continuar desempeñando su profesión u oficio, incluyendo las labores para las cuales ha sido contratado. Es decir, estamos ante una situación de incapacidad

² ALZAGA RUIZ, Icíar. «La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado», en GIL Y GIL, José Luis y otros, *El despido disciplinario*, Ediciones Cinca, Madrid, 2009, p. 183; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. «Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado», en GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El Despido. Análisis y Aplicación Práctica*, Tecnos, Valencia, 2004, pp. 115-116 y 376; FITA ORTEGA, Fernando. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 17.

³ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, pp. 66-67.

⁴ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, Dirección General del Trabajo, Informe n° 10-2012-MTPE/2/14, Lima, 12 de marzo de 2012, pp. 1-3, en http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/INFORME_10_2012_MTPE.pdf. El informe absuelve una consulta sobre el concepto «invalidez absoluta permanente» como causa de extinción del contrato de trabajo.

⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Segunda edición, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 572.

definitiva que limita al trabajador para prestar sus servicios, no sólo para su empleador sino en cualquier actividad remunerada (respecto al mercado laboral).⁶

Indistintamente, la invalidez absoluta permanente puede ser originada por accidentes o enfermedades derivadas del empleo o por causas ajenas a este, es decir, de forma natural⁷, más aún si la ley no hace distinción alguna.

2. *Invocación de la invalidez*

Conforme a los artículos 13 y 20 de la LPCL, la invalidez absoluta permanente debe ser declarada por determinadas entidades médicas o sanitarias, a solicitud del empleador. Para ello, el empleador debe solicitar a una de las entidades que realice la evaluación médica del trabajador, lo que previamente conlleva a solicitar a este último que se someta a dicha evaluación.

Dicha solicitud no debe realizarse en cualquier momento y de forma subjetiva o arbitraria, sino ante pruebas o indicios objetivos y razonables respecto a la situación de invalidez del trabajador a efectos de conocer la gravedad de la misma, o luego que el trabajador se encuentre en una situación de invalidez temporal para conocer si esta se agravó. En estas circunstancias, ante la solicitud motivada objetivamente por el empleador, el trabajador tendrá que someterse a la evaluación médica que le indique ante la entidad médica elegida por el empleador.

3. *Entidades médicas competentes para declarar la invalidez absoluta permanente*

La condición de invalidez absoluta permanente debe ser declarada exclusivamente por alguna de las siguientes entidades médicas: el Seguro Social de Salud - EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador; de conformidad con lo prescrito en los artículos 13 y 20 de la LPCL. De esta manera, la declaración de invalidez que realice una institución o profesional médico distintos a los mencionados carecerá de relevancia o idoneidad para efectos de justificar la extinción del vínculo laboral a causa de la invalidez absoluta permanente⁸, ya que la ley ha encomendado dicha función únicamente a las entidades señaladas.

En la práctica se han presentado inconvenientes para la aplicación de la causa de extinción en mención porque las entidades competentes no cuentan con facultades es-

⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, p. 64.

⁷ ARÉVALO VELA, Javier. *Derecho del Trabajo Individual*, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima, 2012, p. 155; CASTRO OTERO, José Ignacio. «La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente», en *Laborem*, n° 8, Lima, 2008, pp. 370-371.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01816-2011-PA/TC, de fecha 31 de enero de 2012 (fundamento 5).

pecíficas ni con procedimientos administrativos para la evaluación de invalidez absoluta permanente a solicitud del empleador⁹; razón por la cual se consideran incompetentes o no autorizadas para evaluar una materia laboral que determinará la continuidad o extinción de la relación laboral. Ahora bien, en caso emitan un informe médico por razones y finalidades diferentes, las entidades prohíben su uso para fines laborales. Así, ocurre con EsSalud, cuyos informes indican expresamente que los resultados sólo sirven para subsidios, mas no para fines pensionarios, legales o laborales.¹⁰

En estas circunstancias, la declaración de invalidez resulta inviable con la consecuente imposibilidad de aplicar la extinción de la relación laboral por la invalidez absoluta permanente prevista en la ley. Otro problema es que si se justifica la extinción en un informe médico como el descrito en el párrafo anterior, es posible que no se refiera exactamente a la invalidez absoluta permanente y, por ende, existirá incertidumbre de su eficacia para la causal materia de análisis, quedando las partes involucradas sujetas a la decisión judicial si es que el trabajador impugna la extinción de su contrato de trabajo.¹¹

La ley encomendó la declaratoria de invalidez absoluta permanente a dichas entidades, entendemos que para uniformizar criterios y que los informes sean emitidos por terceros objetivos e independientes. Sin embargo, ante los problemas planteados es necesario que las entidades cumplan con la ley laboral, o que los legisladores las replacen por otros entes especializados y eficientes (por ejemplo, un órgano nacional a cargo de la evaluación de invalidez con repercusiones laborales) o que permitan al empleador que recurra a cualquier institución o profesional médico del sector privado, que cuente con la especialización suficiente para que determine la invalidez y el grado de la misma, siguiendo las pautas legales que podría dictar el Ministerio de Salud.

4. *Eficacia de la declaratoria de la invalidez absoluta permanente*

Según el artículo 20 de la LPCL, si el informe médico concluye que el trabajador tiene invalidez absoluta permanente, el empleador extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde el momento de la declaración de dicha invalidez. Esto significa que desde la fecha del informe médico la relación concluye automáticamente,

⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, Dirección General del Trabajo, Informe n° 10-2012-MTPE/2/14, pp. 4, 7 y 8.

¹⁰ GAMBOA LOZADA, Felipe. *El Cese por Invalidez Absoluta Permanente*, en <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=32&t=el-cese-por-invalidez-absoluta-pe>, marzo de 2011.

¹¹ En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01816-2011-PA/TC, de fecha 31 de enero de 2012 (fundamento 5), se ratifica la extinción de la relación laboral a través del informe médico emitido por EsSalud que determina la «invalidez permanente» del trabajador. No obstante, tal como observa DE LAS CASAS, en dicho caso el informe no fue expedido a solicitud del empleador, fue emitido a efectos de determinar la continuidad del pago de subsidios, y no precisa si la invalidez impide la ejecución de sus servicios. DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. *La invalidez absoluta como forma de extinción de la relación laboral*, en <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=59&t=la-invalidez-absoluta-como-forma-de-extincion-de-la-relacion-laboral>, abril de 2012.

sin ningún requisito formal adicional (por ejemplo, carta de preaviso o procedimiento previo) que aplaze la fecha de extinción del vínculo laboral.

En la práctica el informe es conocido por el empleador posteriormente a la declaración de invalidez. Esto no enerva la posibilidad de considerar como último día de labores del trabajador la fecha en que se declara la invalidez, es decir, la fecha de emisión del informe.

Sin embargo, el informe puede ser conocido por el empleador luego de haber declarado al trabajador como activo en los documentos legales o de haber otorgado determinados derechos o beneficios laborales que corresponda al trabajador conforme a las normas laborales, convenios colectivos o individual o por decisión voluntaria del empleador. En estos supuestos consideramos que los actos previos al conocimiento del informe deben tenerse por realizados a favor del trabajador, sin que el empleador pueda desconocerlos o solicitar su reembolso, puesto que la relación laboral se mantuvo vigente, el resultado del informe era incierto y no se puede afectar la expectativa del trabajador respecto a la percepción de los derechos y beneficios aplicables. Por ello, sería más razonable que la norma señale que la relación laboral concluirá de pleno derecho y automáticamente desde que el empleador es notificado con el informe médico, para lo cual las entidades competentes deben ejercer sus funciones de forma rápida o, en todo caso, pensar en opciones que permitan una evaluación objetiva e imparcial y sin dilaciones.

La ley señala que la declaratoria de la invalidez absoluta permanente extingue automáticamente la relación laboral como es lógico porque el trabajador no puede continuar realizando su profesión u oficio; pero, es posible que el empleador dilate la fecha de extinción por error o decisión voluntaria. En tanto que el trabajador está imposibilitado para prestar sus labores, estas situaciones no suponen una contravención a la causal de extinción ni impedirían al empleador para aplicarla en el momento que así lo decida, puesto que el trabajador está incapacitado para laborar. No obstante, el empleador deberá responder por los derechos y beneficios que se generen entre la declaratoria y la fecha efectiva de la extinción de la relación laboral.

5. *Síntesis de las etapas y requisitos para la invalidez absoluta permanente*

Conforme a lo explicado, a continuación resumimos y graficamos las principales etapas y los requisitos necesarios para concluir la relación laboral por la invalidez absoluta permanente del trabajador¹²:

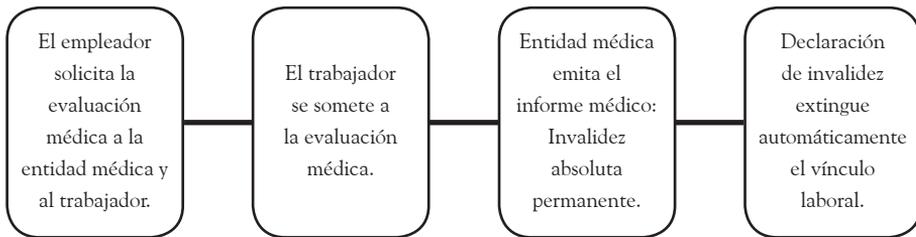
El empleador debe tener indicios o pruebas objetivas y razonables sobre la situación de invalidez a efectos de conocer el grado de la misma o su estado actual.

¹² GAMBOA LOZADA, Felipe, marzo de 2011.

La extinción de la relación laboral por causas relacionadas con la capacidad del trabajador

- a) El empleador puede solicitar a cualquiera de las entidades médicas autorizadas (EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú) que realicen una evaluación médica al trabajador.
- b) El empleador comunica al trabajador la realización de la evaluación médica ante la entidad médica elegida.
- c) El trabajador se somete a la evaluación médica.
- d) La entidad médica elegida emite su informe médico en el cual debe concluir si el trabajador tiene o no una condición de invalidez absoluta permanente.
- e) Si el informe médico expedido por la entidad médica elegida determina que el trabajador tiene invalidez absoluta permanente se configura la causa de extinción del vínculo laboral, señalada en el artículo 20 de la LPCL.

INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE



IV. EL DESPIDO POR DEFICIENCIAS EN LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR

El artículo 23, inciso a), de la LPCL señala que son causas de despido por capacidad 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.

Esta causal se activará cuando el empleador tenga evidencias o indicios objetivos y razonables del detrimento de la capacidad del trabajador y que el mismo no responde a una decisión voluntaria sino a una situación objetiva.

A continuación, desarrollaremos los principales aspectos para la configuración de dicha causal.

1. Deficiencias en la capacidad

A. Situación objetiva

A diferencia de la invalidez absoluta y permanente que implica la imposibilidad permanente de desempeñar su profesión u oficio, tal como lo vimos en el punto III anterior; en este caso, el detrimento o la deficiencia en la capacidad justifica el despido si impide al trabajador el desempeño de las labores para las cuales fue contratado por el empleador. Si bien la ley no precisa el grado de afectación en las labores, nos parece adecuado que abarque cualquier deficiencia que impida la realización normal del trabajo, ya que este es el parámetro razonable para examinar si se está cumpliendo con la prestación de servicios que el empleador esperaba del trabajador.

El empleador podrá intuir las deficiencias producto de la mala o inadecuada gestión laboral del trabajador, la disminución cuantitativa o cualitativa del rendimiento laboral debido o del resultado defectuoso del trabajo realizado¹³; sin embargo, a esto deben sumarse otros factores que permitan relacionar esta situación con las deficiencias en la capacidad, por ejemplo, enfermedad o accidentes, factores relacionados a su capacidad, falta de ejecución normal de las labores; debiendo quedar claro que la situación escapa del libre albedrío del trabajador, pues estamos ante una causal que no se justifica en la conducta de este último.¹⁴

B. Origen de las deficiencias

Es irrelevante el origen de las deficiencias en la capacidad, pudiendo ser ocupacionales, como consecuencia del trabajo, o naturales¹⁵; en este último caso, por ejemplo, debido al desgaste normal derivado de la edad¹⁶. Más allá del origen lo relevante es acreditar la situación objetiva que afecta a la relación laboral: (i) la deficiencia en la capacidad, (ii) la imposibilidad de cumplir con las labores de forma normal, y (iii) la relación de causalidad entre las dos primeras.

Cabe mencionar que si las deficiencias estuvieran justificadas en la edad del trabajador, el despido será nulo por basarse en un motivo discriminatorio prohibido (la edad), según el artículo 29, inciso d) de la LPCL; en cuyo caso el trabajador podrá reclamar su reposición o indemnización por despido arbitrario.

¹³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. «Ineptitud conocida o sobrevenida», en GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El Despido. Análisis y Aplicación Práctica*, Tecnos, Valencia, 2004, p. 378. FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 18.

¹⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y otros. *El despido por ineptitud del trabajador*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 78-79.

¹⁵ ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 531; CASTRO OTERO, José Ignacio, 2008, p. 371.

¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, pp. 388-389.

C. Relación de causalidad

La causal de despido se justifica cuando las deficiencias impiden directamente el normal desempeño de las labores.¹⁷ Por eso, «debe demostrarse una relación directa y evidente entre dicha pérdida de capacidad y los requerimientos específicos del cargo o función que aquel ocupa»¹⁸, o dicho de otra manera «el empleador deberá demostrar la relación de causalidad entre la disminución de capacidad y los requerimientos específicos de la función que desempeña el trabajador»¹⁹.

D. Labores referenciales

En caso de discordancia entre las labores contratadas y las efectivamente realizadas, primarán las segundas²⁰, con el objeto de identificar aquellas que no puede cumplir el trabajador de forma normal y dentro del rendimiento esperado por el empleador.

En efecto, se deben tomar en consideración las labores que realiza el trabajador en la práctica, con prescindencia de la denominación formal de los encargos asignados, y tomando en cuenta que los trabajos esporádicos o potenciales no serán relevantes si el trabajador puede desempeñar todas las funciones ordinarias.²¹

Asimismo, en el caso de la movilidad funcional también se examinarán las labores vigentes y efectivamente realizadas por el trabajador, sin que este pueda evitar que se le imputen las deficiencias por el hecho de haber cumplido las funciones previas o anteriores.

E. Magnitud

Estamos ante una situación de incapacidad ajena a la voluntad del trabajador, que por su magnitud e intensidad imprescindiblemente no permite el desarrollo o desempeño normal de su trabajo, lo que hace inviable el objeto del contrato de trabajo porque no se cumplirán los objetivos por los cuales se le contrató²².

En efecto, como ya lo habíamos adelantado, basta que las deficiencias afecten el desempeño normal de las labores, siendo este resultado el que se considera de tal magnitud o intensidad que conlleva al despido por capacidad. La ley no establece un grado o alcance en particular y, además, la interpretación señalada es la más razonable porque el desarrollo del trabajo por debajo del normal no cumple con la prestación de servicios contratada y esperada por el empleador.

¹⁷ CASTRO OTERO, José Ignacio, 2008, p. 368.

¹⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, pp. 176-177.

¹⁹ ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 531.

²⁰ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, pp. 27-29.

²¹ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y otros, 2009, p. 23.

²² GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, pp. 377-378.

F. Carácter permanente

Si bien la norma no se refiere expresamente a la duración del detrimento de la capacidad, debe tener carácter permanente para justificar un despido por capacidad del trabajador.²³ En efecto, al ser una causa de extinción del contrato de trabajo, debe tener carácter permanente, lo cual se acredita con el incumplimiento repetido de sus labores a causa de las deficiencias.²⁴

2. Deficiencias sobrevenidas

La causal exige que las deficiencias sean sobrevenidas. Esto significa que deben presentarse luego del inicio de la relación laboral o durante la vigencia del contrato de trabajo. Lo contrario sería originario, es decir, cuando la causa que motiva la deficiencia preexiste al contrato de trabajo.²⁵

Sin embargo, para que sea un requisito objetivo consideramos que lo relevante es que el empleador conozca las deficiencias que afectan al trabajador luego de la contratación del trabajador o del inicio de la relación laboral, con prescindencia del momento exacto en que se generaron. En efecto, lo principal es que el empleador no haya tenido esta información al momento de la contratación laboral; de lo contrario, se entenderá que el empleador aceptó contratar al trabajador en tales condiciones a sabiendas que su rendimiento sería menor al del resto del personal o al esperado para el puesto concreto²⁶ y, además, no podrá despedir al trabajador porque sería contrario a la teoría de los actos propios y al principio de buena fe contractual.²⁷

A. Deber de información del trabajador

Para que al momento de la contratación el empleador pueda conocer la capacidad real del trabajador, será necesario que este brinde la información suficiente respecto a las circunstancias personales que resulten relevantes para su ocupación laboral, o bien durante el proceso de postulación y selección, o bien previamente a la suscripción del contrato de trabajo. Ciertamente, la información que debe proporcionar el trabajador debe tener relación directa con el puesto laboral, quedando de lado aquella que forme parte de su esfera privada o íntima y, por ende, innecesaria para la relación laboral; además, el empleador debe utilizar los datos personales de manera reservada y sin trasgredir el derecho a la igualdad y no discriminación.²⁸

²³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 381.

²⁴ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, pp. 34-36.

²⁵ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 49.

²⁶ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y otros, 2009, pp. 23-24; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 376; FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 59.

²⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 382; FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 50.

²⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y otros, 2009, p. 34.

Existe discusión acerca de si la falta de comunicación puede constituir una causa de nulidad²⁹, si procede el despido por una falta de conducta derivada de la información falsa³⁰, o si necesariamente se debe invocar la deficiencia en la capacidad desde el momento en que efectivamente son conocidas por el empleador. Las circunstancias concretas del caso ayudarán a establecer cuál de estas opciones será la más idónea; por ejemplo, conocer la información veraz entre la contratación y la colocación efectiva podría sustentar la nulidad del contrato de trabajo, al no haberse iniciado en estricto la relación laboral.

B. Deficiencias paulatinas

Puede ocurrir que al momento de la contratación, sabiendo del estado de la capacidad del trabajador, el empleador tenía la posibilidad de proyectar las deficiencias que se presentarían en el futuro o paulatinamente y que, consecuentemente, afectarían su desempeño normal en el trabajo. Dicha situación no limitaría el uso de la causal una vez que se dé efectivamente las deficiencias en la capacidad, porque se trata de un evento futuro, incierto y de magnitud indeterminable. Distinto sería si el empleador conoce y consiente la merma en el rendimiento debido una vez que las deficiencias afectan el desempeño normal de las labores³¹, en cuyo caso no podría alegar el despido por capacidad al haber aceptado una prestación de servicios diferente.

C. Deficiencias durante el período de prueba

La doctrina considera que si el trabajador tiene deficiencias que el empleador no conoce al momento de contratación o que aparecen durante el período de prueba, el empleador no podrá invocar un despido por capacidad luego de concluido el período de prueba.³² Bajo esta posición, se entiende que el empleador tiene la posibilidad de detectar las deficiencias durante el período de prueba, donde precisamente analiza las aptitudes y habilidad, y si estas cumplen con el perfil del puesto y las necesidades del negocio; por ende, el empleador podría despedir al trabajador durante el período de prueba, lapso en el que no cuenta con protección contra el despido arbitrario.³³

²⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y otros, 2009, p. 36; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 381; FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 51.

³⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «El despido disciplinario en el Perú», en *Ius et Veritas*, n° 38, Lima, 2009, p. 135.

³¹ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 58.

³² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, p. 178; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, 2009, p. 135; ARCE ORTIZ, Elmer, Lima, 2013, pp. 530-531.

³³ El artículo 10 de la LPCL establece que el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario al término del período de prueba. La misma norma indica que el período de prueba es de 3 meses, pero mediante acuerdo escrito se puede extender hasta 6 meses para el personal calificado o de confianza y hasta 1 año para el personal de dirección.

Somos de la opinión de que la causa de despido sustentada en las deficiencias de la capacidad del trabajador puede ser invocada por el empleador si es que no las detecta durante el período de prueba sino posteriormente, puesto que -como se puede apreciar- la ley no establece una limitación expresa en sentido contrario.³⁴ Si bien se puede asumir que en el período de prueba el empleador puede determinar las deficiencias del trabajador, no obstante, esto puede ser relativo considerando que no es una tarea fácil, que pueden existir posiciones más complejas, o que no se detecte a pesar de realizar las verificaciones normales o habituales.

Asimismo, por ser más beneficioso para el trabajador, se podría acordar la no aplicación del período de prueba, a efectos de garantizar su estabilidad laboral de salida desde el primer día de trabajo o reducir el período legal de 3 meses; situación que no puede limitar la posibilidad de despedir por causa justa relacionada con la capacidad conocida posteriormente, siempre que esté debidamente sustentada y según las formalidades.

Nos parece más razonable establecer una presunción relativa respecto a que el empleador puede detectar las deficiencias durante el período de prueba, siendo el empleador quien, para invocar la causal de despido bajo análisis, deberá justificar y demostrar que no conoció de las deficiencias a pesar de haber actuado de forma normal, es decir, al igual que con el resto de trabajadores y según sus procedimientos internos.³⁵

3. Entidades certificadoras competentes

Conforme al artículo 33 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, la ocurrencia de las deficiencias en la capacidad que afecten el desarrollo normal de las labores debe ser debidamente certificada por el Seguro Social de Salud - EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador. La pérdida de la capacidad en mención «requiere una previa calificación por las autoridades sanitarias, la misma que constituye condición *sine qua non*, para la validez del acto extintivo del empleador que invoca esta causa»³⁶.

Nuevamente, la ley opta con encomendar la función de certificar a las entidades médicas señaladas, como condición necesaria para justificar la objetividad del despido por capacidad. Al igual que lo comentado en el acápite 3 del punto III anterior, para el caso de la invalidez absoluta permanente, los empleadores tienen problemas para obtener dicha certificación, ya que tales entidades no cuentan con procedimientos específicamente destinados a examinar las deficiencias en la capacidad con incidencia directa en la relación laboral. Por ello, también amerita que dichas entidades regulen los procedimientos específicos, o que los legisladores los replacen por otros entes diferentes, pero especializados, eficientes y rápidos, o autoricen la certificación de instituciones

³⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 384.

³⁵ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, pp. 53-56.

³⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, p. 176.

o profesionales del sector privado especializados en medicina ocupacional para detectar las deficiencias y si estas impiden el desempeño normal de las tareas.

Es probable que las entidades certificadoras competentes sólo determinen las deficiencias de las que adolece el trabajador, pero no se pronuncien sobre su relación directa con las labores y si aquellas impiden o no el desempeño normal de las mismas. En estos casos, este defecto del sistema no puede trasladarse al empleador de tal manera que esté impedido de utilizar la causal, sino más bien este último podrá realizar evaluaciones u opiniones médicas complementarias para justificar la relación de causalidad entre las deficiencias y el impedimento de las labores.³⁷ Cabe indicar que, en dicho supuesto, el empleador podrá solicitar tales evaluaciones u opiniones a la institución o profesional especializado, sea del sector privado o público, e incluso contratado directamente.

4. *Ajustes razonables*

Con la certificación de las deficiencias del trabajador determinantes para el desempeño de sus labores, el artículo 23 de la LPCL establece que el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables correspondientes o, en su defecto, transferir al trabajador a un puesto vacante que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros. Estas obligaciones han sido incorporadas mediante la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, que entró en vigencia el 25 de diciembre de 2012.

Precisamente, el artículo 2 de la ley define a la persona con discapacidad como «aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás». Es decir, el artículo 23, inciso a) de la LPCL se refiere al caso de un trabajador con discapacidad, por lo que Ley N° 29973 será relevante para entender la protección que regula esta norma y cuáles son las exigencias previas al despido por capacidad materia de análisis.

Como dijimos, el artículo 23, inciso a) de la LPCL obliga al empleador a realizar los ajustes razonables en el puesto del trabajo o en el centro laboral, de tal manera que haga posible la continuidad del trabajador en el empleo y en sus labores a pesar de adolecer de determinadas deficiencias. El artículo 50 de la Ley N° 29973 se refiere al derecho que tienen los trabajadores con discapacidad para que el empleador realice a favor suyo ajustes razonables en el lugar de trabajo, definiéndolos como: «medidas [que] 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».

³⁷ CASTRO OTERO, José Ignacio, 2008, p. 368.

Asimismo, establece que: «Los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo». Finalmente, se señala que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales deben orientar a los empleadores para la realización de ajustes razonables y, como incentivo, los empleadores 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. Estas materias aún están pendientes de reglamentación.

Entonces, podemos definir a los ajustes razonables como todas aquellas medidas que pueda adoptar el empleador para que el trabajador con discapacidad o deficiencias continúe desempeñando sus labores, siempre que tales medidas no supongan una carga económica excesiva, término que merece una definición y regulación inmediata.

Atendiendo a la obligación de realizar ajustes razonables se hace necesario que las entidades que certifican las deficiencias que afectan al trabajador puedan realizar las indicaciones médico ocupacionales que permitan al trabajador continuar laborando. Si estas entidades omitieran tales indicaciones, el empleador podrá contratar a una institución o profesional especializado en medicina ocupacional para que establezcan los posibles ajustes en el puesto de trabajo, más aún si la ley no limita recurrir a ellos para esta materia.

Las indicaciones médicas establecen todos los ajustes al puesto de trabajo, siendo el empleador quien determinará la razonabilidad de los mismos según las necesidades del negocio, las necesidades del puesto y el estado de salud del trabajador; pudiendo ayudarse con las opiniones profesionales y técnicas de personal interno o de terceros. Así, el empleador deberá elegir el ajuste razonable más idóneo a las necesidades y a la capacidad del trabajador.

Si las indicaciones médicas determinan ajustes que deben aplicarse conjuntamente, y son razonables -para lo cual se requerirá un análisis como el indicado en el párrafo anterior-, el empleador necesariamente deberá cumplirlas en su totalidad para que sean adecuadas y se cumpla la finalidad de permitir al trabajador continuar en su posición laboral. Si las indicaciones médicas contienen un listado de ajustes laborales independientes y más de uno fuera razonable, el empleador deberá elegir aquel que sea más ventajoso para las partes de la relación laboral, siendo libre de aplicar dos o más ajustes simultáneamente.

El límite del ajuste razonable es que no represente una carga económica excesiva para el empleador, siendo necesaria la reglamentación que defina y desarrolle este concepto. Pensamos que, en principio, la reducción parcial de las funciones que

no puede desarrollar un trabajador poli-funcional³⁸, así como las modificaciones de la jornada y horario de trabajo, la forma y modo de los servicios, y el lugar de trabajo, pueden ser ejemplos de ajustes razonables que no generarían una carga excesiva para el empleador. Mientras que los cambios en las maquinarias, infraestructura del centro de trabajo, entre otros similares, podrían demandar una considerable o excesiva carga económica en el empleador. No obstante, los ajustes razonables y el costo económico para su implementación deben ser analizados en cada caso en particular.

Nótese que el empleador se encuentra obligado a realizar los ajustes razonables, siempre que no sean económicamente excesivos, lo que necesariamente conlleva a la modificación de las condiciones de trabajo del trabajador, como parte del ejercicio de su poder de dirección. En este espacio surgen dudas respecto a los cambios que impliquen una menor labor del trabajador, por ejemplo, reducción de la jornada laboral con la consecuencia reducción de la prestación de servicios a favor del empleador. En este supuesto, ¿sería razonable reducir la remuneración de forma proporcional a la reducción de la jornada laboral? Nos parece que la respuesta es positiva porque las deficiencias hacen que los cambios sean razonables para que existan prestaciones o deberes recíprocos a los pactados al inicio de la relación o los que venían aplicándose a la relación laboral, privilegiándose la continuidad de la relación laboral. Sin embargo, a falta de regulación expresa será cuestionable reducir los derechos del trabajador de forma unilateral. Sin duda, una reducción razonable como la indicada será más difícil de admitir si las deficiencias son producto de un accidente o enfermedad ocupacional a causa del incumplimiento de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador.

5. *Reubicación del trabajador*

Si pese a los ajustes razonables el trabajador no puede desempeñar sus labores, el empleador tiene el deber de reubicar al trabajador a un puesto vacante que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.³⁹ La ley busca, de esta manera, proteger la estabilidad del trabajador en el empleo.⁴⁰ Es decir, el empleador debe encontrar un puesto vacante, no crearlo, que esté acorde al estado de salud del trabajador de tal forma que no implique riesgos para la seguridad y salud o para terceros.

En el caso de la reubicación también faltan mayores precisiones. Por un lado, es necesario aclarar que el puesto vacante debe ser acorde al perfil y al estado de salud del trabajador, pues la norma no manda a crear un puesto o adecuar uno ya existente al perfil del trabajador. Así, por ejemplo, si quien sufre las deficiencias en la capacidad es

³⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y otros, 2009, p. 21.

³⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, p. 177. El autor destaca que «No obstante, la subsistencia del impedimento para desempeñar su labor luego de efectuados los ajustes razonables, tampoco justifica per se el cese del trabajador, en el caso de que exista en la empresa una plaza vacante que aquel pueda desempeñar sin poner en riesgo su seguridad y salud o la de terceros».

⁴⁰ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 82.

un obrero, cuyo perfil no exige estudios superiores, y el único puesto vacante requiere de un profesional con determinados grados académicos, no será posible realizar la reubicación por la exigencia del puesto vacante. Por otro lado, los legisladores podrían evaluar la posibilidad de crear un derecho de readmisión para aquel trabajador que fue despedido por su capacidad, si es que dentro de un plazo razonable quedara vacante un puesto acorde a su perfil laboral.

Como se ha indicado, la reubicación a un puesto vacante tiene como límite que no suponga riesgos a la seguridad y salud del trabajador o de terceros, lo cual requiere de una evaluación médico ocupacional por parte del personal interno, si fuera el caso, o de profesionales o entidades que elija contratar el empleador para dicho fin. Dicha evaluación servirá al empleador para acreditar la imposibilidad de reubicar frente a un reclamo laboral del trabajador.

Puede ocurrir que la reubicación sea posible a más de un puesto vacante, en cuyo caso se descartarán los puestos que afecten la seguridad y salud del trabajador o de terceros. Si luego de esto aún existiera más de un puesto vacante para efectos de la reubicación, el empleador elegirá aquel que sea más razonable, de tal forma que permita cumplir de la manera más adecuada con las necesidades del puesto y del negocio, de acuerdo a la capacidad del trabajador; si se mantuvieran las coincidencias, el empleador tomará la decisión final respecto al puesto de reubicación.

Ahora bien, el artículo 76 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, dispone que los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Es decir, en aquellos casos que las deficiencias deriven de un accidente o enfermedad ocupacional, el trabajador tendrá derecho de reubicación a otro puesto que no afecte su seguridad y salud y, además, sin que se reduzca su remuneración y categoría. Ello no significa que el trabajador tenga que ser reubicado, trasladado o transferido necesariamente y en todos los casos, aun cuando no existan puestos vacantes conforme a lo explicado líneas arriba. Nos parece razonable y compatible con el artículo 23, inciso a) de la LPCL, que el artículo 76 de la Ley N° 29783 se aplique en caso la reubicación del trabajador sea posible, es decir, cuando existan puestos vacantes conforme al perfil y capacidad del trabajador.

6. *Procedimiento de despido por capacidad*

Habiéndose certificado las deficiencias en la capacidad del trabajador que son determinantes para el desempeño normal de sus labores, sin posibilidad de realizar ajustes razonables y, finalmente, sin puestos vacantes en los que podría reubicarse al trabajador, de acuerdo a lo desarrollado en los acápites anteriores; el empleador podrá iniciar un procedimiento de despido por causa justa relacionada con la capacidad del trabajador.

Según los artículos 31 y 32 de la LPCL, dicho procedimiento se inicia mediante la carta de preaviso que cursa el empleador al trabajador con los cargos que se le formulan y las pruebas respectivas, entre ellas la certificación de las entidades competentes. Además, consideramos que la carta debe explicar y sustentar haber evaluado y/o intentado realizar los ajustes razonables y la reubicación, pero sin haberlo podido conseguir debido a la capacidad del trabajador, el perfil del trabajador, a las indicaciones médicas y las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El trabajador debe tener un plazo mínimo de 30 días para demostrar sus capacidades o corregir su deficiencia, lo cual hace necesario que labore efectivamente⁴¹; en este sentido, la ley no faculta al empleador para exonerar al trabajador de concurrir al centro de trabajo, ya que -además de estar así previsto- el trabajador debe laborar para demostrar su capacidad o corregir su deficiencia.⁴² Concluido este plazo sin que el trabajador haya demostrado sus capacidades o corregido su deficiencia, el empleador decidirá el despido mediante comunicación al trabajador indicando la causa del mismo y la fecha del último día de labores. Al tratarse de un procedimiento de despido justificado, el trabajador tendrá derecho al pago de su remuneración y beneficios sociales hasta el último día de trabajo.

Cabe recordar que las normas citadas establecen que el despido por capacidad también debe respetar el Principio de Inmediatez, en el sentido de ejecutar el mismo dentro de plazos razonables; de lo contrario, las dilaciones inmotivadas denotarán una aceptación del empleador respecto a que el trabajador continúe laborando con la merma en su capacidad y en su trabajo.⁴³

7. *Síntesis de las etapas y requisitos para el despido por deficiencias en la capacidad*

A continuación, resumimos los pasos que exige la ley para el despido por capacidad sustentado en las deficiencias o detrimento de la capacidad del trabajador:

- a) Se conoce del detrimento de la capacidad sobrevenido al inicio de la relación laboral.
- b) El empleador solicita a las entidades sanitarias la certificación del detrimento de la capacidad.
- c) El empleador solicita al trabajador que se someta a la evaluación médica.
- d) Las entidades sanitarias emiten la certificación respecto al detrimento de la capacidad.

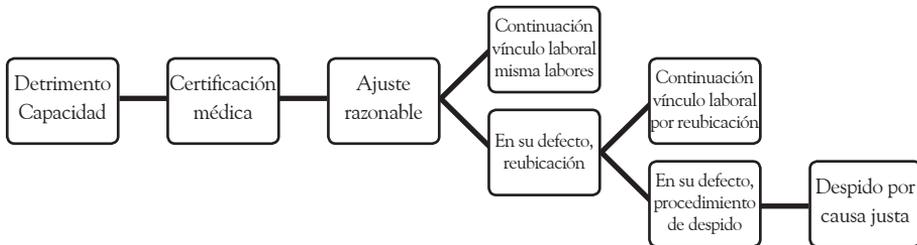
⁴¹ ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 535.

⁴² Sentencia de la Primera Sala Corporativa Laboral de Lima, recaída en el Expediente N° 2363-99-BE (S), de fecha 29 de setiembre de 1999 (Cuarto Considerando).

⁴³ ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 536.

- e) El empleador realiza los ajustes razonables para que el trabajador continúe realizando sus labores.
- f) Si los ajustes no son suficientes para que el trabajador realice sus labores o son económicamente excesivos, el empleador reubica al trabajador a un puesto vacante que no afecta su seguridad y salud ni la de terceros.
- g) Si no existe puesto vacante o este afecta la seguridad y salud del trabajador o terceros, el empleador iniciará el procedimiento de despido por causa relacionada con la capacidad del trabajador.
- h) Si dentro del procedimiento, el trabajador no demuestra su capacidad o no corrige sus deficiencias, el empleador podrá despedirlo de forma justa.

DETRIMENTO DE LA CAPACIDAD



V. *EL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE*

El rendimiento deficiente es otra causa justa de despido relacionado con la capacidad del trabajador, pero procederá cuando el empleador demuestre que es rendimiento menor al promedio, en tanto que recibe una prestación de servicios defectuosa y poco o nada rentable.

1. *Rendimiento deficiente*

A. *Criterios de comparación*

Para sustentar esta causal, el rendimiento del trabajador debe calificar como deficiente en relación con su capacidad y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

Entonces, la ley exige que el empleador examine la disminución del rendimiento desde dos criterios: (i) subjetivo, que se refiere a la comparación individualizada del trabajador entre su rendimiento actual y el anterior, bajo condiciones similares; y, (ii) objetivo, que se refiere a la comparación del rendimiento del trabajador con el rendi-

miento pactado a través de convenios individuales o colectivos, o con el rendimiento medio o normal del resto de trabajadores que se encuentran en condiciones similares.⁴⁴ Cabe indicar que si el rendimiento está pactado de forma individual o colectiva debe encontrarse dentro de lo normal o promedio, ya que si se acordó un mínimo mayor a este, se podrá considerar que existe un abuso de derecho por parte del empleador al exigirse al trabajador un rendimiento sobre el promedio.⁴⁵

Nuestro ordenamiento laboral exige ambos criterios, sin embargo, el más idóneo es el criterio objetivo para determinar el rendimiento deficiente del trabajador, porque es suficiente para justificar una razón de capacidad en vista que el trabajador está por debajo de la media del grupo de trabajadores al que pertenece bajo condiciones similares.

El criterio subjetivo por sí mismo no es suficiente para justificar un despido porque dependerá del criterio objetivo, tal como lo ha previsto la ley. Además, la utilización exclusiva del criterio subjetivo puede llevar a situaciones irrazonables. Imaginemos si el trabajador tiene rendimiento deficiente pero no es menor al promedio, entonces, estaremos ante un supuesto de disminución individual pero que aun así es igual o superior al rendimiento promedio de acuerdo con el criterio objetivo. Es decir, no se le puede despedir en virtud a la causal materia de análisis por rendir menos que antes o por la disminución del rendimiento superior al habitual o al promedio.⁴⁶ No obstante, en este supuesto, el trabajador no tendrá derecho a los ingresos o incentivos que deriven o se determinen en función al rendimiento o el empleador puede exigir mejoras o continuidad en su rendimiento individual para que pueda ser promovido; mas no se puede sancionar con el despido por capacidad, salvo que se trate de una disminución deliberada y reiterada, en cuyo caso estaremos ante una falta grave relacionada con la conducta del trabajador.⁴⁷

Ahora bien, si el trabajador tiene un rendimiento individual constante pero que nunca alcanza el rendimiento promedio o normal de los trabajadores en situaciones similares, basta exigir al empleador que acredite el criterio objetivo para sustentar el despido por capacidad, pues no será posible acreditar un rendimiento deficiente de forma personal.⁴⁸

B. Labores referenciales

Al igual que lo comentado respecto al despido por deficiencias en la capacidad, para el rendimiento deficiente también se deberán comparar las labores efectivamente realizadas por el trabajador así como las labores que realmente ejecuta el resto de

⁴⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, pp. 120-121; ALZAGA RUIZ, Icíar, 2009, p. 190; FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 30.

⁴⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, pp. 122-125; ALZAGA RUIZ, Icíar, 2009, p. 187.

⁴⁶ ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 533; FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 30.

⁴⁷ ALZAGA RUIZ, Icíar, 2009, pp. 194-196.

⁴⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 119.

personal para efectos de determinar el grupo al que pertenece y los trabajadores que se encuentran bajo condiciones similares. Si el contrato o los documentos laborales indicaran labores distintas, primará la realidad⁴⁹.

C. Comparación de situaciones homogéneas

Los criterios subjetivo y objetivo requieren de la comparación del rendimiento actual del trabajador con su rendimiento personal anterior y con el rendimiento pactado o promedio, respectivamente. Ambas comparaciones deben realizarse bajo condiciones o criterios homogéneos que brinden equidad y objetividad respecto a los resultados que sostienen la imputación del empleador⁵⁰; para lo cual es importante la similitud del puesto de trabajo, funciones, metas, clientela, complejidad del mercado, entre otros factores objetivos que permitan identificar la similitud de las situaciones que son objeto de cotejo.

Así, se puede considerar engañoso que el empleador aluda a resultados del trabajador que respondan a dos situaciones diferentes ya que se desarrollaron bajo condiciones y en circunstancias distintas.⁵¹

El rendimiento del trabajador puede medirse de forma cualitativa y cuantitativa⁵² según el tipo de puesto laboral, las obligaciones, responsabilidades y metas que se asignen. Ciertamente, en la práctica se mide mayormente el aspecto cuantitativo porque puede ser más fácil de regular y controlar, pero en realidad nada obsta para aplicar el aspecto cualitativo.

En caso el empleador no pueda demostrar la disminución deficiente porque el rendimiento no es cuantificable o no se puede individualizar, no podrá despedir al trabajador por causa relacionada con la capacidad, debiendo analizar la posibilidad de recurrir a otra forma de extinción del vínculo laboral.⁵³

D. Factores que no justifican el rendimiento deficiente

Recordemos que el rendimiento deficiente se justifica en la capacidad del trabajador que resulta menor al promedio del resto de trabajadores bajo condiciones similares. Si dicho rendimiento se debe a causas diferentes, no se justificará el despido por capacidad.

Así, no procederá el despido si la deficiencia es producto de factores externos (tales como las temporadas, la alta competitividad o la crisis del mercado), de causas o

⁴⁹ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, pp. 27-29.

⁵⁰ ALZAGA RUIZ, Icíar, 2009, p. 189.

⁵¹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 119.

⁵² ALZAGA RUIZ, Icíar, 2009, p. 184; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 118.

⁵³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 118.

circunstancias imputables al empleador (tales como el mal funcionamiento de la maquinaria, falta o deficiencias en las materias primas, falta o avería de medios de trabajo, malas condiciones del lugar de trabajo, defectos en la infraestructura o instalaciones de la empresa, falta de productos, cambios en el sistema productivo que afecten en rendimiento laboral o que este tenga su origen en su equipo de trabajo), o de causas justificadas que afectan a los trabajadores (tales como un tratamiento médico, reinicio de la relación laboral suspendida, la adaptación a los cambios del sistema productivo o al cambio de puesto de trabajo).⁵⁴

Respecto a las causas imputables al empleador, cabe mencionar el cambio del puesto, las funciones, o los sistemas y condiciones de trabajo, que incluye, por ejemplo, la introducción de nueva tecnología dentro de los procesos productivos. En tales casos, inmediatamente después de introducir los cambios, el empleador debe otorgar un período razonable y prudencial de capacitación, entrenamiento y adaptación para el trabajador⁵⁵; luego de lo cual podrá invocar el rendimiento deficiente si los resultados del trabajador así lo justifican.

En efecto, el artículo 84 de la LPCL establece que el empleador debe proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que este pueda mejorar su productividad y sus ingresos. Asimismo, el artículo 86 de la LPCL señala que dicha capacitación tiene como finalidades: incrementar la productividad; actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del trabajador en la actividad que realiza; proporcionar información al trabajador sobre la aplicación de nueva tecnología en la actividad que desempeña; preparar al trabajador para ocupar una vacante o puesto de nueva creación; y, prevenir riesgos de trabajo.

Por último, si el empleador cambiara el puesto de trabajo y el trabajador tuviera un rendimiento deficiente en la nueva posición, parece razonable que deberá regresar al puesto anterior como protección a su derecho a la conservación del empleo y como límite al *ius variandi*.⁵⁶ No obstante, es necesario pensar en alguna solución particular cuando el puesto laboral anterior deja de existir por razones empresariales o es ocupado por otro trabajador. Si luego de regresar al puesto anterior, los resultados fueran deficientes respecto a labores habituales o cotidianas, se podrá acudir a la causal bajo análisis.⁵⁷

Distinto sería si el cambio unilateral o convencional estuvo motivado precisamente en el rendimiento deficiente del trabajador con la finalidad de buscar una alternativa a favor del trabajador, pero en el nuevo puesto también obtiene un resultado deficiente; en cuyo caso el trabajador no tendrá derecho a regresar al puesto anterior.⁵⁸

⁵⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, pp. 130-132; ALZAGA RUIZ, Icíar, 2009, pp. 200-202; FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 46.

⁵⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, p. 180; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, 2009, p. 135; FITA ORTEGA, Fernando, 1997, p. 24.

⁵⁶ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, pp. 25-26.

⁵⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, pp. 385-386.

⁵⁸ FITA ORTEGA, Fernando, 1997, pp. 25-27.

E. Carácter continuado

Al tratarse de un supuesto de despido relacionado con la capacidad, el rendimiento deficiente justificará la ruptura del vínculo laboral cuando evidencie una situación constante, continuada o reiterada, en lapsos prolongados que revelen el rendimiento deficiente⁵⁹, de tal forma que haga proporcionado el despido. Por ello, no será suficiente un rendimiento deficiente en base a resultados momentáneos u ocasionales.⁶⁰

2. Colaboración de autoridades administrativas

Es el empleador quien debe demostrar el rendimiento deficiente considerando los requisitos antes mencionados⁶¹; no obstante, el artículo 34 del Decreto Supremo 001-96-TR le permite solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa.

Entonces, es el empleador quien puede solicitar la participación de la Autoridad Administrativa para que verifique el rendimiento deficiente del trabajador, sin que esta participación o certificación constituya un requisito indispensable para el despido por capacidad. Simplemente, se trata de una opción para el empleador de obtener una prueba más para el rendimiento deficiente del trabajador, que ha sido detectado y comprobado por el empleador.

3. Procedimiento de despido por capacidad

El procedimiento de despido por capacidad sustentado en el rendimiento deficiente seguirá el mismo trámite explicado en el acápite 6 del punto IV. Cabe precisar que en este caso la carta de preaviso debe explicar el rendimiento deficiente del trabajador bajo los criterios subjetivo y objetivo explicados, debiendo acompañarse las pruebas que lo sustenten, entre las cuales puede estar la verificación de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Además, dentro del plazo mínimo de 30 días que se debe otorgar al trabajador, este deberá continuar laborando y demostrar que su rendimiento alcanza el promedio personal y normal respecto a los trabajadores en condiciones similares o corregir su rendimiento.

⁵⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, pp. 178-179; ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 533; ALZAGA RUIZ, Icfar, 2009, pp. 196-197; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, 2004, p. 116.

⁶⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, pp. 178-179. Según BLANCAS, «Destaca, en efecto, la falta de precisión de la LPCL, pues, huelga decir, el ser humano -el trabajador- no es una máquina y, por ello mismo, su rendimiento difícilmente es parejo. Factores de diversa índole, entre ellos los de orden anímico o psicológico, alteran en ciertos momentos o épocas el rendimiento del trabajador, como en general de cualquier persona, cualquiera que sea la actividad que realice. Lo que, sin duda, ha de constituir una situación que afecte la subsistencia de la relación laboral es el «rendimiento deficiente» en cuanto este devenga «constante» o «habitual», lo que indicaría un nivel de rendimiento insuficiente o inadecuado, establecido en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones».

⁶¹ ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 533.

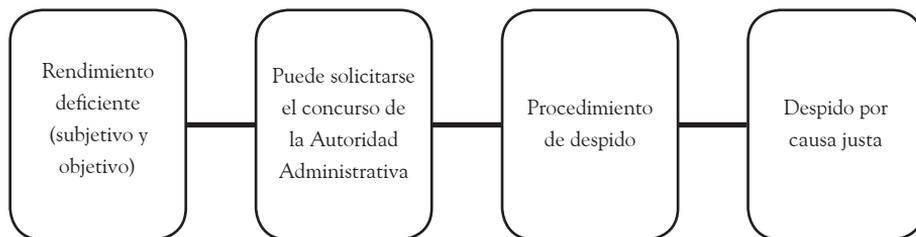
También, se debe respetar el Principio de Inmediatez, por lo que el procedimiento de despido por capacidad justificado en el rendimiento deficiente debe iniciarse de forma oportuna, inmediatamente después de detectado; debiendo señalar que, de lo contrario, se entenderá que el empleador consintió dicha situación y, por ende, asumió los resultados defectuosos del trabajador. Además, si al momento de pretender iniciar el procedimiento de despido el trabajador alcanzó un rendimiento promedio según los criterios subjetivo y objetivo, el empleador no podrá iniciar dicho procedimiento dado que la causal dejó de existir⁶²; no obstante, se podría evaluar si se ha cometido una falta relacionada con la conducta del trabajador.

4. Síntesis de las etapas y requisitos para el despido por rendimiento deficiente

Conforme a lo explicado, seguidamente resumimos los pasos que exige la ley para el despido por capacidad sustentado en el rendimiento deficiente del trabajador:

- a) Se detecta el rendimiento deficiente conforme a los criterios subjetivo y objetivo, bajo condiciones homogéneas.
- b) El empleador puede solicitar el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo o de la autoridad del sector al que pertenece.
- c) El empleador iniciará el procedimiento de despido por causa relacionada con la capacidad del trabajador.
- d) Si dentro del procedimiento, el trabajador no demuestra que alcanza el rendimiento promedio o no corrige sus deficiencias, el empleador podrá despedirlo de forma justa.

RENDIMIENTO DEFICIENTE



⁶² ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 536.

VI. *NEGATIVA INJUSTIFICADA A SOMETERSE A LOS EXÁMENES MÉDICOS O A CUMPLIR LAS INDICACIONES MÉDICAS PREVENTIVAS*

La última causa de despido relacionada con la capacidad del trabajador es la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

1. Negativa a los exámenes médicos

La negativa del trabajador debe ser respecto a un examen médico previamente acordado con el empleador, lo cual puede haber sido establecido al inicio de la relación laboral, durante o para el examen a realizarse. Ciertamente, el examen acordado debe estar justificado⁶³ en las labores del trabajador, debe ser relevante para la continuidad de las labores o de la relación laboral y debe proteger la intimidad del trabajador y la confidencialidad de los resultados obtenidos.

La negativa del trabajador también será considerada respecto a los exámenes médicos que manda la ley. Así, por ejemplo, el artículo 49, inciso d) de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, obliga al empleador a realizar exámenes médicos ocupacionales y, para tal efecto, el artículo 79 de la misma norma establece que es deber del trabajador someterse a dichos exámenes.

Adicionalmente, como vimos en el caso de la invalidez absoluta permanente y de las deficiencias en la capacidad del trabajador, el empleador debe solicitar la declaración o certificación de la situación por parte de las entidades sanitarias competentes. Siendo un requisito indispensable para la extinción de la relación laboral y reconociendo el derecho del empleador para dicha solicitud, consideramos que la ley obliga al trabajador a someterse a tales evaluaciones; por lo que su negativa podrá configurar una causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador.

El artículo 33 del Decreto Supremo N° 001-96-TR precisa que la negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes, se considerará como aceptación de la causa justa de despido. Tiene lógica que la norma en mención se refiera a la negativa del trabajador a someterse a la evaluación médica que realizan las entidades competentes, a solicitud del empleador, con el objeto de detectar las deficiencias en la capacidad; es decir, la negativa supone un reconocimiento del trabajador respecto a que cuenta con tales deficiencias y que éstas le impiden el desarrollo normal de sus servicios, lo que es una causa justa de despido relacionada con la capacidad.

⁶³ ARCE ORTIZ, Elmer, 2013, p. 534.

2. *Negativa a los indicaciones médicas preventivas*

La oposición injustificada del trabajador a cumplir las medidas profilácticas o curativas se configurará ante el incumplimiento de las indicaciones médicas específicas para prevenir y curar enfermedades o accidentes. Esto difiere de la inobservancia del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo contemplada en el artículo 25, inciso a) de la LPCL, que está tipificada como falta grave que amerita el despido por causa relacionada con la conducta.⁶⁴

3. *Causas relacionadas con la conducta*

En las causas analizadas en este punto, la conducta de no hacer del trabajador (no someterse al examen médico o no cumplir una medida profiláctica o curativa), configuran un despido por capacidad.

A excepción del supuesto indicado en el último párrafo del acápite 1 del presente punto VI, técnicamente, lo que corresponde es considerarla una falta laboral relacionada con la conducta del trabajador por incumplir con una obligación laboral.⁶⁵ Al respecto, BLANCAS indica que la negativa injustificada del trabajador es una «figura que nos parece más próxima a las causas de despido relacionadas con la conducta del trabajador (falta grave) que a las relacionadas con su capacidad, pues el comportamiento del trabajador opuesto a cumplir lo que constituye una obligación *ope legis* o *ex contractu*, vendría a configurar una «infracción a los deberes esenciales» del trabajador».

Por ello, al momento de pensar en el procedimiento de despido por capacidad, resulta ilógico para estos casos conceder el plazo mínimo de 30 días a efectos que el trabajador demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. El procedimiento de despido sólo permitirá imputar al empleador, por un lado, y defenderse al trabajador, por otro, respecto a lo siguiente: si hubo obligación respecto al examen o si hubo indicación médica al trabajador; si realmente existió la negativa del trabajador; y, por último, si la misma fue injustificada; materias que se podrían discutir de forma más adecuada en un procedimiento de despido por conducta que otorga un plazo de defensa de 6 días, que es menor y razonable.

VII. *CONCLUSIONES*

Según se ha podido apreciar, las causas de extinción desarrolladas en el presente artículo tienen como común la prestación defectuosa o inexecución de los servicios del trabajador y, precisamente, estas situaciones justifican la ruptura del contrato de trabajo en tanto que el empleador no recibe los servicios que contrató o que esperaba de forma objetiva. La invalidez absoluta permanente afecta el ejercicio de la profesión o el oficio

⁶⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, p. 183.

⁶⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2013, p. 182; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, 2009, p. 135.

del trabajador, teniendo un alcance mucho mayor a la relación laboral; las deficiencias en la capacidad afectan las facultades del trabajador para el desempeño normal de sus labores; y, el rendimiento deficiente mide la ineptitud del trabajador para alcanzar el resultado laboral promedio. En todos los casos, es el empleador quien debe acreditar la causa que motiva la extinción de la relación laboral.

Lamentablemente, en la práctica, el empleador tiene inconvenientes para acreditar las dos primeras porque las entidades médicas competentes no regulan un procedimiento específico para las evaluaciones médicas previstas en las normas laborales. Esta deficiencia debe ser corregida por las entidades, o a través de un cambio legislativo que piense en una institución médica para tales efectos, o permitiendo la participación del sector privado siempre que sean profesionales médicos especializados. Merece una especial atención porque limita la utilización de las causales que son objetivas, razonables y justificadas.

No cabe dejar de lado que, acompañado a las causales de despido, se debe evaluar la protección social que el Estado debe otorgar y mejorar en beneficio de los trabajadores que sean dados de baja laboral por alguna de las causales mencionadas.

También hemos visto la causa de despido relacionada con la capacidad por negarse injustificadamente a exámenes médicos impuesto por la ley o acordados o al cumplimiento de las indicaciones médicas para evitar accidentes o enfermedades de trabajo. Esta causal debería ser incluida dentro de las causas de despido relacionadas con la conducta. Además, consideramos que la negativa a someterse a exámenes médicos puede aplicarse al rechazo del trabajador a someterse a la evaluación médica solicitada por el empleador para determinar su invalidez absoluta permanente o las deficiencias en la capacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA RUIZ, Iciar. «La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado», en GIL Y GIL, José Luis y otros, *El despido disciplinario*, Ediciones Cinca, Madrid, 2009.

ARÉVALO VELA, Javier. *Derecho del Trabajo Individual*, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima, 2012.

ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Segunda edición, Palestra Editores, Lima, 2013.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*, Tercera Edición, Jurista Editores, Lima, 2013.

CASTRO OTERO, José Ignacio. «La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente», en *Laborem*, N° 8, Lima, 2008.

DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. *La invalidez absoluta como forma de extinción de la relación laboral*, en <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=59&t=la-invalidez-absoluta-como-forma-de-extincion-de-la-relacion-laboral>, abril de 2012.

FITA ORTEGA, Fernando. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

GAMBOA LOZADA, Felipe. *El Cese por Invalidez Absoluta Permanente*, en <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=32&t=el-cese-por-invalidez-absoluta.pe>, marzo de 2011.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. «Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado», en GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El Despido. Análisis y Aplicación Práctica*, Tecnos, Valencia, 2004.

- «Ineptitud conocida o sobrevenida», *El Despido. Análisis y Aplicación Práctica*, Tecnos, Valencia, 2004

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Dirección General del Trabajo, Informe N° 10-2012-MTPE/2/14, Lima, 12 de marzo de 2012, en http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/INFORME_10_2012_MTPE.pdf.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y Manuel ALEGRE NUENO. *El despido por ineptitud del trabajador*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «El despido disciplinario en el Perú», en *Ius et Veritas*, N° 38, Lima, 2009.