

EL INSPECTOR Y SU ROL EN LA INVESTIGACIÓN COMO FACTOR DETERMINANTE PARA EL ÉXITO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Roberto Juan Servat Pereira de Souza*

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La legislación laboral contiene, por regla general, normas de orden público cuyo cumplimiento son la base para que los actores de la relación laboral puedan ejercer adecuadamente sus derechos y protejan los espacios de autonomía. El cumplimiento de la normativa laboral está vinculado a la actividad fiscalizadora del Estado, y éste, a la función inspectiva. En nuestro país, si bien dicho servicio existe previo a la creación del propio Ministerio de Trabajo en el año 1949¹, desde esa fecha hasta la actualidad, constituye el servicio integrador y garante de los demás que brinda el sector.

En el contexto internacional, el surgimiento de la Organización Internacional del Trabajo con la suscripción del Tratado de Versalles², contiene el compromiso

* Profesor de Derecho Laboral, Universidad de Lima, Ex Vice Ministro de Trabajo.

¹ Por Decreto Supremo del 24 y 30 de enero de 1913 se creó una oficina que tenía entre otras funciones la fiscalización laboral (sección obreros) en las intendencias de la Policía de Lima y Callao (Ministerio de Gobierno y Policía). Después pasaría dicha función al Ministerio de Fomento (1919), Ministerio de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social (1935), Ministerio de Justicia y Trabajo (1942), Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas (1949) y el Ministerio de Trabajo y Comunidades (1965), hoy Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

² Artículo 427 del Tratado de Versalles: «(...) cada Estado deberá organizar un servicio de inspección, que comprenderá a las mujeres, con objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores».

de creación de los sistemas inspectivos de trabajo. En el plano de dicha organización, el Perú, mediante Resolución Legislativa No.13284, del 15 de diciembre de 1959, aprobó el Convenio OIT 81 sobre la inspección del trabajo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo del 19 de junio del año 1947, documento que ha inspirado nuestra legislación sobre la materia³.

A pesar que la función inspectiva ha constituido la base para el desarrollo de los servicios del sector Trabajo, es recién con la dación del Decreto Supremo No.003-71-TR, que se fortalece el sistema de inspección, para dar luego paso a cambios en el procedimiento mediante otros dispositivos de igual jerarquía⁴.

2. LA PRIMERA LEY DE INSPECCIONES

Aunque la propia normativa internacional ratificada por nuestro país –Convenio 81 OIT– y la legislación administrativa nacional, exigía que el procedimiento de inspección del trabajo tenga la garantía y reconocimiento en una ley, fue recién durante el Gobierno de Transición Democrática que se pudo lograr. A pesar que después de la década del noventa se había generado un cuestionamiento por el excesivo –y muchas veces– indebido uso de las facultades delegadas del Congreso de la República a favor del Poder Ejecutivo, que permite nuestro texto constitucional, se logró mismo, atendiendo lo perentorio del Gobierno y la especialización de la materia inspectiva.

Es así que, luego de cumplido los treinta días de las facultades delegadas, el 17 de marzo de 2001 se promulgó el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador. Este dispositivo, más allá de la novedad del rango legislativo y la unificación normativa para regular el servicio inspectivo, aportó una serie de cambios importantes como son: reconocimiento

³ Cabe señalar que ya en la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Washington (1919) se adoptó la Recomendación número 5 sobre la inspección del trabajo (servicios e higiene). Desde esa fecha la Conferencia adoptó una serie de instrumentos internacionales sobre la materia.

⁴ El Decreto Supremo N° 003-71-TR reguló las inspecciones de trabajo como medio de verificación de incumplimientos para la aplicación de multas, no recogiendo las funciones de orientación y prevención de conflictos que exige el Convenio 81 OIT. Esta norma fue sustituida por el Decreto Supremo N°003-83-TR que clasificó las inspecciones en materia de trabajo en ordinarias, especiales y motivadas por denuncias. Este sistema incluyó el procedimiento de control de las normas de seguridad e higiene ocupacional con la publicación del Decreto Supremo N°032-83-TR. La consolidación del servicio inspectivo en materia de trabajo y de seguridad e higiene ocupacional se dio con el Decreto Supremo N°004-95-TR. Recién con el Decreto Supremo N°004-96-TR, predecesor del Decreto Legislativo N°910, se reguló la diligencia previa y las funciones de orientación y prevención.

de los principios que debe observar el procedimiento inspectivo⁵; garantías mínimas del procedimiento; la inclusión dentro del ámbito de protección a los trabajadores públicos bajo régimen laboral privado y a los ex trabajadores; verificación de normas de promoción y formación en el trabajo; definición del perfil y facultades del inspector; participación de las organizaciones sindicales; entre otros.

Se rescató, al regular el carácter orientador y preventivo del sistema inspectivo, que dicho procedimiento más que un mecanismo punitivo, es un medio que busca ante todo el cumplimiento de la obligación laboral («cultura de cumplimiento»).

Sin perjuicio de ello, coincidimos con TOKMAN y MARTÍNEZ al señalar que el cumplimiento, más allá del rol fiscalizador que pueda tener el Estado, «es sencillo cuando cuentan con un alto grado de aceptación social, cuando en términos económicos no gravan de manera considerable a los empleadores, cuando cubren riesgos cuyas consecuencias recaen sobre el empleador, y teniendo como principal característica su fácil comprensión»⁶.

Uno de los aspectos más resaltante de la referida ley fue el cumplimiento del Convenio 81 OIT con respecto al reconocimiento del inspector de trabajo como servidor público, con la protección y estabilidad en el empleo que le permita actuar en forma profesional y con independencia⁷. Recordemos que antes de dicha norma, aunque parezca paradójico, la mayoría de los inspectores de trabajo no tenían relación laboral con el Ministerio, y menos estaban protegidos por la legislación laboral y de seguridad social propia de los trabajadores dependientes. Esta ilegal situación, no solo afectaba la imagen del sector como cumplidor de sus obligaciones patronales, sino que le restaba autoridad como fiscalizador de la legalidad.

Después de este reconocimiento, y como consecuencia del mismo, permitió que el cuerpo inspectivo pueda ejercer sus derechos laborales, inclusive los de naturaleza colectiva. Así a manera de ejemplo podemos mencionar que meses después logran formar el Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de

⁵ Principios de legalidad, primacía de la realidad, carácter irrenunciable de los derechos laborales, buena fe, razonabilidad, entre otros.

⁶ TOKMAN, Víctor / MARTÍNEZ, Daniel, «Los nuevos contenidos de la administración del trabajo y la modernización de los Ministerios de Trabajo en América Latina», en *Administración Laboral y Ministerios de Trabajo*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, p. 21.

⁷ Artículo 6 del Convenio 81: «El personal de inspección deberá estar compuesto de funcionarios públicos cuya situación jurídica y cuyas condiciones de servicio les garanticen la estabilidad en su empleo y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior».

Trabajo y Promoción del Empleo, llegando a suscribir convenios colectivos y recurrir a instancias internacionales para el respeto de sus propios derechos laborales⁸. Hoy en día cuentan con una regulación de una carrera profesional lo cual constituye un avance importante en la institucionalización del cuerpo inspectivo⁹.

3. LA ACTUAL LEY DE INSPECCIONES

La presentación del Memorándum Técnico de Diagnóstico de la Administración del Trabajo del Perú, elaborada en mayo de 2003 por la Oficina Subregional para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, y que fue continuado con la puesta en ejecución del proyecto de fortalecimiento de las administraciones de trabajo en Bolivia, Ecuador y Perú (FORSTAT), motivó la revisión del Decreto Legislativo N° 910. Cabe señalar que también la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones (CEANR) de la OIT precisó que varias normas de dicho Decreto Legislativo eran contradictorias con el texto del Convenio 81 OIT.

Este estudio recomendaba que se pudiera dictar una norma que fortaleciera la inspección del trabajo como institución, que se mejorara la seguridad jurídica y la garantía de los derechos laborales, y especialmente, lograr la eficacia de la inspección para lo cual debería asegurarse que el inspector pueda ejercer libre y adecuadamente sus funciones. Respecto a esto último, se advirtió que los procedimientos inspectivos privilegiaban las formalidades sobre la labor investigadora, abusando el administrado y la administración de las nulidades, llegando a extenderse en forma exagerada la duración del procedimiento, lo que afectaba su resultado. En otras palabras, debería privilegiarse las diligencias de investigación previas a la definición de un procedimiento sancionador.

De otro lado, se recomendó la necesidad de conformar un sistema nacional de inspección del trabajo que colabore con el proceso de descentralización de funciones del sector Trabajo, con la finalidad de homogenizar y coordinar los servicios inspectivos.

La actual Ley General de Inspección del Trabajo¹⁰ –Ley N° 28806 (en adelante la Ley)– ha mantenido las garantías del debido procedimiento reconociendo mayores facultades y libertad de acción que tienen los inspectores de trabajo durante la realización de las actuaciones inspectivas previas al procedimiento

⁸ En setiembre de 2003 el Sindicato de Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo formula ante los órganos de la OIT observaciones por incumplimiento del Convenio 81 OIT.

⁹ Decreto Supremo N°021-2007-TR, reglamento de la carrera del inspector de trabajo.

¹⁰ Publicada el 22 de julio de 2006.

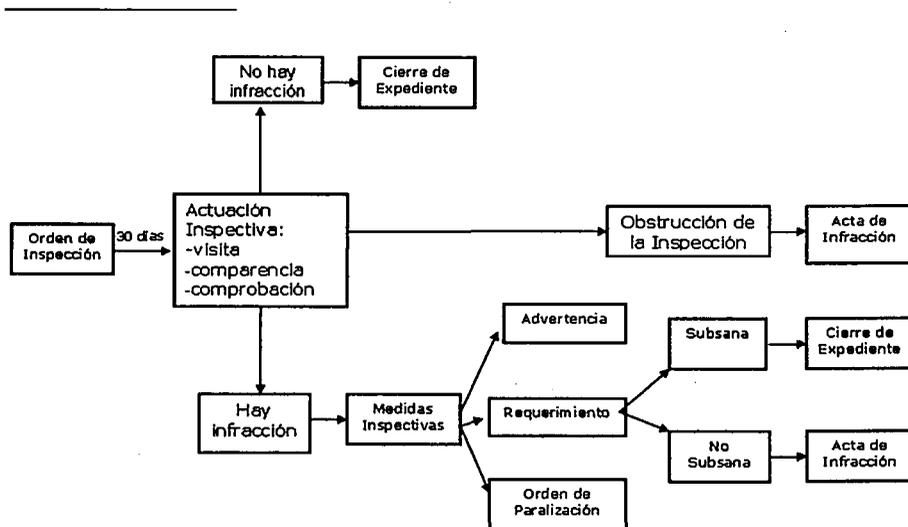
sancionador, sin perjuicio de destacar las diversas medidas inspectivas que tiene el inspector para buscar el cumplimiento de la normatividad sociolaboral y de seguridad e higiene ocupacional, que no se limitan al requerimiento o al acta de infracción¹¹.

Cabe señalar que también se ha dado a partir de dicha Ley un desarrollo en la gestión del Sistema Inspectivo que ha provocado su reestructuración así como un incremento en el número de inspectores¹².

4. ROL DEL INSPECTOR DE TRABAJO

4.1. La investigación

Quienes hemos tenido la oportunidad de participar en el desarrollo de los estudios y diagnósticos de la OIT que dieron origen a la actual norma de inspecciones, podemos recordar que todo el esfuerzo de la reforma se enfocaba en dotar al inspector del trabajo de todas las garantías, facultades y medios para que pudiera realizar adecuadamente su labor fiscalizadora. Pero para poder verificar



¹¹ Cuadro del procedimiento inspectivo actual

¹² A la fecha de la dación de la Ley se contaba con 213 inspectores a nivel nacional. Durante los años 2007 y 2008 se contrataron 200 nuevos inspectores auxiliares, de los cuales 100 realizan sus labores en Lima, y otros 100 realizan sus labores en el resto de regiones.

el cumplimiento de las obligaciones laborales, era necesario que se desarrolle adecuadamente el proceso de investigación.

Si bien la facultad del inspector de ingresar libremente y sin previa notificación, consagrado en el propio Convenio 81¹³ y en nuestra normatividad nacional, es esencial para obtener información, especialmente relacionada a hechos, que sin esa medida sorpresiva no sería posible –como es por ejemplo advertir un despido de hecho o la existencia de trabajadores fuera de planilla– también es verdad que la verificación hecha en un determinado momento, sin mayor análisis ni investigación, podría ser errónea y hasta arbitraria.

En otras palabras, muchas veces la «fotografía» que obtenía el inspector con su visita, no lograba capturar la verdad de los hechos, situación que afectaba al trabajador o al empleador, según sea el caso. Recordemos que dentro de la historia de regulaciones que hemos tenido en nuestro país, hubo etapas en las cuales la visita inspectiva tenía carácter de única y en función a ella, se determinaba la aplicación inmediata o no de una multa, privilegiando de esta manera el carácter sancionatorio y no preventivo de la fiscalización. Se daban situaciones paradójicas en las que el empleador, ante dificultades económicas, prefería pagar la multa administrativa antes que pagar a sus trabajadores, perjudicando a estos últimos.

En ese sentido, sin dejar de reconocer lo importante que puede resultar para el proceso inspectivo la información y hechos que pueden constatarse en esa primera visita sorpresa, es correcto señalar que nada impide que pueda el fiscalizador, en aras de llegar a la «verdad real» (y no limitarse a la «verdad formal»), realizar más de una visita inspectiva u ordenar la comparecencia del fiscalizado para mejor resolver.

Lo contrario, es decir, sancionar sin investigar, la experiencia nos demuestra que en muchos casos origina que esfuerzos y presupuestos escasos del Estado se dirijan a la realización de un procedimiento inspectivo engorroso y dilatado, que en muchos casos concluyen que no estamos ante un incumplimiento o que sea imposible ubicar al infractor, lo cual pudo ser evitado si el inspector hubiera agotado todos los medios de investigación posible antes de llegar a la resolución que impone la sanción o que ésta se aplique de manera rápida¹⁴.

¹³ Artículo 12, numeral 1, inciso a) del Convenio 81 OIT.

¹⁴ El estudio realizado por la OIT que motiva la reforma arrojó, entre otras deficiencias, que muchas veces el no contar el empleador con documentación necesaria al momento de realizarse la visita inspectiva, originaba la aplicación de la multa sin perjuicio que a través de los medios de impugnación, luego se adjuntara dicha documentación que dejaría sin efecto la infracción, todo lo cual pudo evitarse si durante la investigación se hubiera

El inspector surge como una especie de fiscal –con las diferencias del caso– que debe buscar, a través de todos los medios de investigación posible, llegar al convencimiento si estamos ante un hecho o hechos que ameriten proponer una denuncia (propuesta de sanción), que será evaluada por el juzgador (Autoridad Administrativa que resuelve), para determinar si se inicia o no un procedimiento sancionador. Este mecanismo le permite al administrado ejercer debidamente su derecho de defensa durante la etapa de investigación, y de ser el caso, durante la etapa de sanción.

Bajo este orden de ideas, como sucede también con un fiscal, dentro de las novedades que garantizan una adecuada investigación y la posibilidad de involucrarse en la misma, es que el inspector o inspectores que iniciaron el procedimiento es o son los mismos que concluirán la fiscalización¹⁵.

No podemos dejar de mencionar que son respetables las críticas de quienes señalan que el otorgamiento de un plazo para realizar la «reinspección» (nueva visita inspectiva) o la convocatoria a comparecencia, podría generar una actitud pasiva de parte de los empleadores, quienes solamente cumplirán con sus obligaciones de estar ante una fiscalización, pues siempre tendrían, por regla general, un tiempo para subsanar sus incumplimientos o probar los cumplidos. En otras palabras, si la verificación de un incumplimiento origina la inmediata imposición de una multa, los empresarios estarían más presionados para encontrarse al día en sus responsabilidades patronales.

flexibilizado la presentación de las mismas pruebas. Igualmente el estudio presentaba que, teniendo en cuenta que muchas empleadoras están dentro del grupo de pequeñas y micro empresas, la excesiva duración del procedimiento que iba de uno a tres años, hacía que muchas veces por la gran movilidad de las mismas, no se ubicara al infractor durante el procedimiento o al momento de ejecutar la sanción.

¹⁵ Artículo 13 de Ley: «(...) Las actuaciones de investigación se llevarán a cabo hasta su conclusión por los mismos inspectores o equipos designados que las hubieren iniciado, sin que puedan encomendarse a otros actuantes, salvo supuestos justificados que se determinen reglamentariamente, lo que será notificado al sujeto inspeccionado y a los trabajadores afectados.(...)».

Tengamos presente que cuando nuestra normatividad regulaba la figura de la reinspección, el inspector o inspectores encargados de esta segunda diligencia tenían que ser distintos a los que participaron en la primera. Por consiguiente, este sistema se edificaba sobre la base que el inspector no se comprometía con todo el proceso de investigación porque tanto en la primera como segunda visita inspectiva, su función empezaba y terminaba en la realización de dicha diligencia, no asumiendo responsabilidad por todo el procedimiento. Asimismo, el hecho que el inspector solamente conocía que iba a realizar la visita minutos antes, impedía que pudiera conocer e investigar adecuadamente al administrado, presumiendo que la sorpresa en quién realizaría la inspección, impedía actos de colusión o corrupción, lo cual en nuestra opinión debilitaba la presunción de probidad y profesionalismo que debe recaer en el cuerpo inspectivo.

Sin perjuicio de la opinión expresada en el párrafo anterior que podría resultar razonable –aunque la experiencia nos demuestra lo contrario¹⁶– no podemos dejar de analizar la eficacia del procedimiento inspectivo sin perder de vista la realidad laboral peruana.

En un país donde el sub empleo y la informalidad van más allá del cincuenta por ciento de la población económicamente activa, y que más del ochenta por ciento de los empleos se generan en las pequeñas y micro empresas, resulta importante que siempre se privilegie el cumplimiento al trabajador, aunque esto conlleve que el Estado pueda aparecer con un sistema inspectivo menos drástico. Las carencias económicas que afrontan dichos empresarios, las dificultades para tener una organización preparada y ágil ante los requerimientos del fiscalizador, aunada a la informalidad y gran movilidad, nos obligan a utilizar la sanción como medida extrema ante la negativa de cumplir con las obligaciones sociolaborales.

4.2. Las medidas inspectivas

La actual Ley no solamente incentiva la función de investigación, dándole al inspector un plazo máximo razonable de treinta días hábiles para ejercer la misma¹⁷, sino que le otorga a éste, de acuerdo a los resultados obtenidos en el proceso, y luego de finalizadas las diligencias inspectivas, definir qué medida o medidas inspectivas deben adoptarse por el sujeto fiscalizado. Todo esto dentro de la esfera de decisión del propio inspector.

La Ley, lejos de buscar la aplicación de una sanción como efecto inmediato de la fiscalización, premia la adecuada protección del trabajador y la cultura de cumplimiento por parte del empleador. En otras palabras, prima la protección del trabajador sobre el afán punitivo del Estado.

¹⁶ La modificaciones que se introdujeron al Decreto Legislativo N° 910; que provocaban la aplicación inmediata de la multa ante la verificación del incumplimiento sin posibilidad de la reinspección, motivó que en la práctica - como medio de «flexibilizar» el sistema –los inspectores de trabajo usaron, y abusaron, de la facultad de «suspender» la diligencia inspectiva– que era recogida en la legislación como una medida excepcional - generando en la realidad una «segunda visita inspectiva» a manera de «reinspección». Resulta más transparente y equitativo que exista el derecho a una reinspección o comparecencia reconocida en la actual legislación que dejarlo a la voluntad del inspector.

¹⁷ Artículo 13 de la Ley: «(...) Las actuaciones de investigación o comprobatorias deberán realizarse en el plazo que señale en cada caso concreto, sin que con carácter general puedan dilatarse más de treinta (30) días hábiles, salvo que la dilatación sea por causa al sujeto inspeccionado. Cuando sea necesario o las circunstancias así lo aconsejen, podrá autorizarse la prolongación de las actuaciones comprobatorias por el tiempo necesario hasta su finalización (...)»

Así tenemos que, sobre las medidas inspectivas, el proyecto de fortalecimiento de las administraciones de trabajo realizada por la Oficina Subregional para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, precisó, conforme lo recoge el Convenio OIT 81, que en el procedimiento inspectivo tienen que existir todas las posibilidades que permitan garantizar de la mejor forma el cumplimiento de la legislación sociolaboral, desde la advertencia, la recomendación, el requerimiento, hasta la sanción si fuera necesaria, de tal manera que la norma sea un instrumento que facilite actuar con eficiencia en cada caso y de acuerdo a las circunstancias particulares.

Según la Ley, concluida la etapa de investigación el inspector de trabajo puede adoptar cualquiera de las siguientes medidas, como son: a) Aconsejar y Recomendar; b) Advertir; c) Requerir; d) Paralizar o prohibir; e) Comunicar; f) Levantar acta de infracción; y g) Otras que prevea la legislación.

Estas medidas inspectivas¹⁸ pueden ser adoptadas en forma sucesiva o simultánea. Es sucesiva cuando una medida inspectiva puede ser variada en el procedimiento por otra, y es simultánea cuando una visita inspectiva puede generar, ante diversos hechos y materias inspeccionadas, la aplicación de más de un tipo de medida inspectiva.

Para ello, previamente, tiene la responsabilidad de evaluar los hechos y la documentación exhibida durante el procedimiento investigador, para determinar la medida inspectiva a adoptar, decisión que debe estar sustentada en un informe donde consten las actuaciones realizadas y sus resultados. El apresuramiento o indebida investigación y errónea valorización de los medios probatorios actuados, podrían provocar la aplicación de una medida inspectiva inadecuada, que finalmente puede originar una corrección o modificación por parte de la Autoridad de Trabajo.

Un aspecto importante que debe acompañar al informe, de ser el caso, son las copias de los documentos obtenidos. No obstante ello, hemos podido advertir en diligencias inspectivas que, a pesar que el empleador cumple con exhibir documentación que a su parecer demostrarían el cumplimiento de determinadas obligaciones sociolaborales, materia de la fiscalización, el inspector considerando que esa documentación no es pertinente, se niega a recibirla y adjuntarla al expediente, lo cual constituye un acto que atenta contra el derecho al debido proceso.

Independientemente que el inspector esté convencido de la impertinencia de dicha documentación o de la medida inspectiva que adoptará, no debe perder de vista que existirá en el procedimiento otro funcionario que tendrá su

¹⁸ Estas medidas inspectivas están reguladas en el numeral 5 del Artículo 5 de la Ley.

oportunidad para evaluar dicha documentación, teniendo éste la facultad de modificar las medidas inspectivas o la realización de medidas complementarias antes de imponer una sanción definitiva.

Igualmente, el citado informe debe precisar los medios de investigación utilizados, los hechos constatados y las conclusiones, lo cual exige que el inspector haga una evaluación individualizada de las pruebas exhibidas y adjuntadas en el expediente, pues resultaría de poca ayuda al funcionario que posteriormente revisará el informe y resolverá, que el inspector se haya limitado a concluir que las pruebas presentadas son impertinentes sin señalar las razones fácticas o jurídicas para esta decisión. Como sucede con los procesos judiciales, cuando las pruebas actuadas no merecen una debida y sustentada calificación en forma individualizada, atenta contra el derecho de defensa del litigante (en nuestro caso del administrado), toda vez que al desconocer las razones por las cuáles habrían sido descartadas, no le permite tener los elementos suficientes para cuestionar la decisión del juzgador.

En resumen podemos afirmar que, una acertada y completa investigación que esté contenida en el informe, facilita la correcta decisión de la medida inspectiva que se adoptará y el propio desarrollo del procedimiento inspectivo.

De otro lado, existen cuestionamientos a la facultad de otorgar un plazo para subsanar el requerimiento, en lugar de la aplicación inmediata de la multa al verificarse la infracción, pues esto ayudaría que más centros de trabajos sean inspeccionados porque los procedimientos inspectivos serían breves.

Sobre el particular, es conveniente evaluar que el hecho de requerir al administrado que pueda subsanar sus incumplimientos en un tiempo razonable, no necesariamente provoca que se dilaten los procedimientos, y que por tanto se realicen menos inspecciones. Es así que la Ley, a diferencia de la norma anterior, permite que las actuaciones inspectivas de investigación puedan realizarse no solamente en el centro de trabajo, sino requerirse la comparecencia del administrado ante el inspector para aportar la documentación y/o efectuar las aclaraciones pertinentes o mediante comprobación de datos o antecedentes que obran en el Sector Público¹⁹.

Este tipo de requerimientos que no conlleva el trasladarse al centro de trabajo (lo cual se producía cuando se regulaba necesariamente la visita de reinspección) permite una mayor actividad del inspector pues puede fiscalizar a más administrados, generar menor costo del servicio, coadyuvando a la celeridad y eficiencia del procedimiento inspectivo. Citar al inspeccionado en día y hora exacta, permite a éste preparar la documentación necesaria y acudir con el

¹⁹ Artículo 11 de la Ley.

personal responsable o competente de la materia fiscalizada, lo que ayudará a realizar una mejor y rápida verificación.

En este orden de ideas, estando las actuaciones inspectivas de investigación a cargo del mismo inspector, y no de otro inspector como se regulaba en la norma derogada, esto colabora con la eficiencia de la fiscalización al tener el inspector mayor conocimiento, compromiso y responsabilidad en el procedimiento, manteniendo una unidad de criterio en la evaluación.

Un requerimiento claro y preciso, que permita al inspeccionado saber cómo debe o puede subsanar el incumplimiento, en un plazo adecuado, motivará que no se llegue a levantar un acta de infracción, archivando el expediente, y evitando que se genere un procedimiento innecesario.

4.3. Acta de Infracción

Luego de realizada la investigación, de comprobar el inspector que estamos ante una infracción, requerirá al responsable la adopción en un plazo perentorio de las medidas que garanticen el cumplimiento. Este requerimiento es sin perjuicio que esto origine un acta de infracción y posterior sanción.

Recordemos que el inspector levantará el acta de infracción solamente de estar ante un incumplimiento, previo requerimiento u obstrucción, con lo cual se iniciará el procedimiento sancionador. Los hechos constatados en el acta de infracción –así como en los informes y documentos en que se formalicen las medidas inspectivas que se adopten– tienen una presunción relativa de veracidad, sin perjuicio que sean desvirtuados con los medios de defensa que concede la Ley a los inspeccionados.

Por el contrario, no se emite acta de infracción, y por tanto se ordena el cierre del expediente, si de la actuación inspectiva no se originan medidas inspectivas. Esto constituye una novedad en nuestra legislación, porque en estos casos no requiere que se emita una resolución de cumplimiento, sino simplemente se archiva, lo cual ayuda a descargar los expedientes en trámite. En la práctica, no se emite ni un auto de conclusión o archivamiento del procedimiento, lo cual puede generar inseguridad en el administrado que no tiene plena certeza de ello, o en otros casos, le impide tener un medio de prueba como antecedente ante una próxima inspección que verse sobre los mismos hechos.

Ahora bien, el procedimiento sancionador, que podría finalmente originar la imposición de una multa, recién se inicia de oficio a mérito del acta de infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral o de seguridad e higiene ocupacional, así como las Actas de Infracción a la labor inspectiva²⁰.

²⁰ El artículo 43 y siguientes de la Ley, regula el procedimiento sancionador.

5. ANÁLISIS CRÍTICO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA

Después de tres años de la dación de la Ley, en cuanto al procedimiento de investigación que ejerce el inspector de trabajo, podemos advertir que, no obstante reconocer los importantes avances en la implementación del Sistema de Inspección del Trabajo, todavía hay factores que mejorar.

Como hemos podido desarrollar líneas arriba, el éxito del resultado de la fiscalización recae, principalmente, en que se haya logrado una adecuada etapa de investigación de los hechos (incluyendo el respeto al debido proceso) que motivará la sanción o no sanción del administrado.

En efecto, hoy en día dicha investigación requiere un desarrollo en dos aspectos del perfil profesional del inspector: a) Habilidad para investigar; y b) Conocimiento para investigar. Esto dos elementos van aparejados de la probidad, honestidad e imparcialidad que debe guardar siempre el desempeño de cualquier función pública.

Con respecto a la habilidad para investigar, y quizás sea uno de los aspectos que más falta desarrollar en nuestro cuerpo de inspectores, es la idoneidad que tiene el fiscalizador para determinar qué estrategia o pasos debe seguir para obtener la información que requiera en la visita, para lo cual necesita capacidad de liderazgo (ejercer adecuadamente su autoridad), facilidad de comunicación y tener claro sus objetivos en la investigación.

El cambio ha sido brusco. Hace poco tiempo, con las normas derogadas, la gran mayoría de los actuales inspectores no tenían mayor contacto con el administrado que el momento en que se realizara la diligencia inspectiva, y ese mismo día de la visita, generalmente, se enteraba del centro o centros de trabajo que acudiría a fiscalizar. Luego de ello, perdía todo contacto con el administrado y con el propio expediente, para que otro inspector tome la posta al momento de realizar la visita de reinspección. Hoy en día hay intermediación entre el inspector y el inspeccionado; el inspector es «dueño de su expediente» y el único responsable de la estrategia de investigación.

En cuanto al conocimiento para investigar, éste va más allá del saber de leyes sociolaborales o de seguridad e higiene ocupacional, sino que el inspector debe contar con la información y herramientas técnicas que le permitan conocer a la empresa, al trabajador y a la actividad que desarrollan, para acertar en su trabajo. La complejidad y especialización de las actividades económicas exige de parte del cuerpo de inspectores un grado de preparación que le permita conocer dicha actividad para poder comprender los hechos y la problemática particular de ella.

Hoy en día, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo cuenta con un importante instrumento que le permite al inspector conocer mejor a los administrados, logrando eficiencia y eficacia en su labor, como es la información que se proporciona a través de las denominadas «planillas electrónicas».

Esta información, que es entregada todos los meses por los empleadores en medios magnéticos, le permite al Sistema Inspectivo tener información actualizada y previa a una visita inspectiva, no solamente relativa al número de personas que prestan servicios²¹, sino información relevante de la relación laboral, como son, por ejemplo, además de los datos de cada trabajador, el tipo de contratación y los conceptos que forman el ingreso de los trabajadores. Esto será de gran ayuda al Sistema Inspectivo para decidir qué empresas inspeccionar (de la evaluación y análisis de lo declarado en la planilla electrónica) o comprobar mediante la inspección si lo declarado se condice con la realidad. En otras palabras, se generaría una «inspección desde la computadora» que motivaría luego la «inspección en el campo».

En efecto, atendiendo al número de trabajadores, naturaleza de la actividad de la empresa, locales de funcionamiento, entre otros datos contenidos en el registro, la orden de visita puede estar orientada a la verificación de obligaciones sociolaborales cuyo cumplimiento revista de mayor importancia en dicho empleador o determinada actividad empresarial, y por tanto, permite ser más acertado en la medida inspectiva a adoptar.

Frente a ello, no encontramos razón, como se ha podido advertir en ciertas diligencias, que el inspector solicite al empleador información y menos que exija que sea entregada en físico, cuando la misma ya ha sido proporcionada al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o en el peor de los casos, deberían limitarse a requerir una copia digital. Igual deficiencia se observa al pedir contratos de trabajo que han sido presentados en versión digital o cuando se ordena que los controles digitales de asistencia tienen que entregárseles en versión impresa.

No obstante que hemos reconocido los avances normativos que le proporcionan al inspector de trabajo los elementos idóneos para realizar una adecuada investigación, y que recae en éste el éxito del procedimiento inspectivo, a la luz de la experiencia, nos atrevemos a mencionar algunas deficiencias y recomendaciones con respecto a la forma cómo se vienen ejecutando dichas investigaciones. Así tenemos:

²¹ En la planilla electrónica también aparece la información de las personas naturales que prestan servicios en forma independiente, que si bien ello no constituye una prueba que estamos ante una relación laboral, puede servir de material de análisis para evaluar la realización de una visita inspectiva que permita advertir si hay fraude o simulación en dicha contratación civil, lo cual se puede presumir por ejemplo, de estar ante el «uso exagerado» de esta modalidad de contratación.

1. Utilización de las Directivas Nacionales para evitar criterios contradictorios en el procedimiento de investigación

La creación e implementación de la Dirección Nacional de Inspecciones²² que asume el rol de estudiar, coordinar, proponer, evaluar y supervisar la política nacional en materia de inspección del trabajo proponiendo la normatividad legal y técnica correspondiente, debe buscar evitar la diversidad de criterios, muchos de ellos contradictorios, que se están produciendo en las visitas inspectivas realizadas en las diversas Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo. Esto afecta la seguridad jurídica y la posibilidad de predecir los resultados del procedimiento inspectivo, necesario tanto para trabajadores como empleadores.

En ese sentido, las directivas que pueda emitir dicha Dirección o la regulación que se dé a través de los plenos administrativos en materia de inspecciones, nos permitirían lograr criterios uniformes en cuanto a la aplicación o no de una determinada norma, y su infracción, de ser el caso. Sin perjuicio de ello, consideramos que la referida Dirección no ha hecho uso de dicha facultad que le otorga la ley, toda vez que de la lectura de las directivas aprobadas se puede colegir que éstas han estado encaminadas más a precisar cómo deben hacerse las visitas inspectivas (lo cual es loable e importante) que a definir criterios para los tiempos y la aplicación de una norma al momento de realizarse la investigación²³.

En cuanto a los tiempos, si bien el inspector tiene un plazo máximo de treinta días hábiles para su investigación, no sabemos cuáles son las razones para que en ciertos casos, algunos inspectores otorguen términos muy breves para la presentación de copiosa documentación, que no guarda relación con el plazo amplio que tiene el inspector para hacer dicha fiscalización.

Por otro lado, sabiendo que el desarrollo de la inspección parte de la investigación que realiza el inspector, requiere por parte de dicha Autoridad Central la implementación de mecanismos de control y supervisión de los fiscalizadores, que nos permitan advertir conductas reñidas con la ética del servidor público, porque el exceso de libertad en el accionar, sin control disciplinario, puede derribar la credibilidad y garantía del sistema inspectivo.

²² El artículo 4 del Convenio OIT 81 reconoce la importancia y necesidad de contar con una autoridad central, que en nuestra Ley es la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo.

²³ El proceso de regionalización y descentralización administrativa de los Ministerios, como sucede con el sector Trabajo, requiere más aún que se tenga criterios técnicos uniformes en la resolución de situaciones idénticas que han sido materia de investigación, lo cual en la práctica se advierte ante estos hechos, fallos contradictorios en diferentes competencias geográficas del sector.

2. Efecto vinculante del Acta de Infracción

Hemos destacado las facultades y facilidades que le otorga la Ley al inspector para que realice una adecuada investigación que pueda originar un acta de infracción. Sin embargo, se ha exagerado el efecto vinculante (no revisable) que tiene la misma para la Autoridad Administrativa que será finalmente quien evalúe el inicio del proceso sancionador.

Cabe señalar que, si el actual procedimiento de investigación otorga las garantías para que pueda ejercer el administrado en forma adecuada su derecho de defensa, y evitar el abuso de las nulidades que se dio en el pasado, como hemos comentado líneas arriba, esto no impide que el acta de infracción sea revisada en su legalidad por la Autoridad Administrativa antes de ejecutarla, situación que muchas veces –quizás por la carga de los trámites o por la desidia del funcionario público– no se realiza, lo que provoca que luego aparezcan nulidades en el procedimiento que pudieron evitarse o que se pida la ampliación de investigaciones que sustenten mejor la infracción, que perjudica el éxito y celeridad de la fiscalización.

3. Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad

Dentro de las atribuciones que tienen los inspectores de trabajo está la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en su labor fiscalizadora. Frente a ello, resulta evidente que si la aplicación de la misma se limitara a una simple constatación de hechos que requiere inmediata comprobación o que evidencien un notorio incumplimiento por parte del inspeccionado, no sería cuestionada por los administrados, sino sería esencial para cumplir con dicha labor.

Los problemas han surgido al momento de revisar actas de infracción que muchas veces constituyen en la práctica un pronunciamiento del inspector que es tomada como válida por la Autoridad Administrativa que resuelve, y que contiene incertidumbres de gran relevancia jurídica o materia controvertida sin realizar mayor análisis ni investigación, siendo en muchos casos una actividad de tipo jurisdiccional, reservada para el Poder Judicial²⁴. Vale mencionar que hay autores que consideran que no se violaría esta exclusividad si la administración de justicia en sede administrativa puede ser cuestionada posteriormente en sede judicial, como sucede en nuestro caso con la acción contencioso administrativa; eso sí, se recomienda que la justicia administrativa sea en última instancia revisada por un Tribunal independiente, hecho que no se da en nuestro procedimiento inspectivo.

²⁴ Artículo 139 de la Constitución Política del Estado precisa la exclusividad de la función jurisdiccional en el Poder Judicial.

En atención a lo expuesto, no siendo materia del presente trabajo analizar el debate sobre la procedencia o conveniencia de la administración de justicia en sede administrativa, en nuestra opinión, hay controversias jurídicas que requieren de una serie de elementos probatorios, y las garantías propias de un debido proceso judicial, que no pueden ser advertidas o calificadas en la etapa de investigación que realiza el inspector, como sucede en muchos casos cuando se tiene que determinar la existencia de una relación laboral. Esto se agrava si para ello se requiere de alguna técnica o pericia que le es ajena al inspector de trabajo, situaciones que además no pueden ser advertidas por la Autoridad resolutive.

Algunos consideran que el papel del inspector en estos casos debería restringirse a dejar evidencia de los hechos constatados, instrumento público que tendrá mérito probatorio en un proceso judicial. También hay preocupación cuando el hecho verificado o la controversia jurídica que surge de la misma, ya es materia de un proceso judicial (en los cuales en muchos casos es parte el propio Ministerio de Trabajo), y el Sistema Inspectivo, salvo mandato judicial de por medio, mantiene el desarrollo del procedimiento inspectivo.

4. Medidas inspectivas de formalización

En el caso de la implementación de medidas inspectivas de formalización, preferentemente destinadas a las pequeñas y micro empresas²⁵, constituye, en nuestra opinión, uno de los aspectos más destacables de la Ley. En momentos en los cuales el gobierno tiene como finalidad principal la incorporación de más trabajadores a la protección de la legislación laboral –que es el problema más grave de los trabajadores asalariados– se puede, a partir de esta facultad inspectiva, crear un programa de formalización acorde con nuestra realidad. Cuando estamos ante la formalización de trabajadores, no podemos caer en el facilismo que la Autoridad de Trabajo ante la verificación de dicha irregularidad, se limite a un simple requerimiento como se puede hacer con las medianas o grandes empresas.

La complejidad que encierra la informalidad laboral del país, exige un programa de implementación a través del sistema inspectivo, de la legislación laboral que se ha dictado para las pequeñas y micro empresas. Debe evaluarse la posibilidad, como se ha hecho en legislación comparada, de pactar un compromiso integral de cumplimiento gradual de formalización del empleador de acuerdo a sus posibilidades, con la debida asesoría permanente del Estado, sin perjuicio

²⁵ Reconocida en el artículo 18.6 del Reglamento.

de brindar programas de promoción y capacitación a dichas empresas²⁶. Esto, teniendo el carácter orientador que le da la Ley, debe ser liderado por el Sistema Inspectivo del Trabajo, lo que hasta ahora no ocurre.

REFLEXIONES FINALES

El procedimiento inspectivo recogido en la Ley bajo análisis, privilegia la investigación y la libertad de acción del inspector de trabajo –incluyendo la facultad de adoptar diversas medidas inspectivas en forma simultánea o sucesiva– que constituye una búsqueda de dar prioridad a la protección del trabajador frente a la facultad sancionadora del Estado, fomentando una cultura empresarial que premie el cumplimiento, y que solamente como último recurso, castigue económica y socialmente al infractor.

En nuestra opinión, una normativa que regula a la inspección como un mecanismo de verificación del incumplimiento de obligaciones de trabajo y la imposición de multas sin dar las facilidades de defensa, corrección o subsanación, atenta contra el propio espíritu de Convenio OIT 81 que le otorga al inspector, más allá de una labor de policía del trabajo, funciones tales como la orientación y prevención de conflictos laborales.

El no dotar al inspector de trabajo, como si lo hace la actual legislación, de la facultad de asumir la responsabilidad integral de cómo se ejecutará la etapa de investigación, y frente a un hecho verificado, decidir qué medida inspectiva adoptar, limitándolo a la aplicación de un requerimiento de cumplimiento, sería eliminar la función educativa y orientadora del inspector. Esta función se materializa, por ejemplo, en la medida de aconsejar y recomendar, o hacerlo cómplice de daños irreparables, que se evitarían con una medida de paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas, o mantenerse indiferente ante el incumplimiento de obligaciones sociales competencia de otros órganos públicos, que se corrigen con la medida inspectiva de comunicación entre dichas entidades.

Hoy más que nunca el cambio, y el éxito del nuevo procedimiento inspectivo, recae en la profesionalización, conocimiento, probidad, honestidad, imparcialidad, objetividad y responsabilidad con que deben actuar los inspectores de

²⁶ Cualquier programa que fomente e incentive la formalización laboral, además de tener un enfoque que va más allá del cumplimiento de la legislación sociolaboral, debe empezar por la simplificación y gratuidad de la formalización sin necesidad de acudir a las dependencias públicas para estar inscrito en un solo acto como empleador y contribuyente ante la SUNAT, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y seguridad social. La experiencia exitosa de la regularización de los títulos de propiedad en los asentamientos humanos y demás poblados a través del acercamiento del Estado y simplificación registral, puede ser evaluada para el tema laboral.

trabajo. El cambio normativo –avalado en líneas generales por la propia OIT– está dado. Ahora nos encontramos a la espera del cambio de actitud y actitud de cambio del cuerpo inspectivo, muchos de los cuales todavía actúan más como «policías» que como «fiscales» de la legalidad.

Si la actual legislación pudiera lograr, con la adecuada participación del Sistema de Inspección del Trabajo y de los administrados, que impere una cultura de cumplimiento laboral que tenga en la Autoridad de Trabajo un aliado para la adecuada protección de los trabajadores, y una esperanza de formalización para quienes en la actualidad no tienen acceso a los derechos reconocidos por la legislación laboral, dejando la sanción como última medida, habríamos dado un importante avance para alcanzar el trabajo decente que promueve la OIT.

Esperemos que la participación de nuestro país en mercados internacionales a través de la suscripción de tratados de libre comercio que tienen un componente laboral²⁷, además de la labor de difusión constante que realiza el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, permitan generar una cultura de cumplimiento y respeto al trabajador.

²⁷ La suscripción de estos tratados son una excelente oportunidad para que el empresario, que requiera que sus productos puedan ingresar al mercado internacional, se vean en la necesidad de cumplir con sus obligaciones sociolaborales, para lo cual los Estados exigirán un sistema inspectivo eficiente. También debemos ser concientes que esta presión será menor en las pequeñas y micro empresas que quizás al inicio no sean beneficiarias de los tratados de libre comercio, pero que por acción de la propia economía y de las políticas de promoción desde el Estado, podrían acceder a estos nuevos mercados en forma gradual.