

# DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FISCALIZACIÓN LABORAL

---

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU<sup>(1)</sup>

---

## I. PRESENTACIÓN

---

En esta presentación se analiza a la inspección laboral como un mecanismo de tutela de derechos fundamentales. Se trata de un tema que exige, en primer lugar, brindar algunos alcances generales sobre la incidencia de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones laborales individuales y colectivas, para posteriormente abordar el tratamiento de estos en la fiscalización sociolaboral.

La tutela de derechos fundamentales se asocia principalmente a una perspectiva jurisdiccional y no necesariamente administrativa. Existe una fuerte tendencia de ligar la protección de tal categoría de derechos al proceso de amparo o a los procesos orales laborales, no obstante, como se podrá revisar en los siguientes acápite, en la inspección del trabajo la autoridad administrativa resuelve sobre conflictos donde está en tela de juicio un derecho fundamental y se ha dado el lujo de abocarse a varios casos en los que se ha pronunciado sobre derechos fundamentales cuando se trata de conflictos típicamente resueltos por el Poder Judicial.

---

(1) Profesor principal de la PUCP. Profesor en la Universidad del Pacífico y ESAN. Miembro de la SPDTSS. Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Pontificia Universidad Católica del Perú

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL

---

### 1. Consideraciones generales e históricas

Cuando nos referimos a derechos fundamentales hablamos de condiciones inmanentes a la persona humana; se tratan de valores superiores que sustentan y se concentran en la dignidad.

La dignidad como base de cualquier ordenamiento jurídico supone el principio o valor a partir del cual se inspira el reconocimiento de derechos civiles y fundamentales. Y claro son manifestaciones abiertas, variables, delimitables. El principal ejemplo se encuentra en el desarrollo formulado por el Tribunal Constitucional que, hasta el 2002, desconocía las acciones de reposición por despido incausado, para posteriormente, después del precedente emblemático del caso Telefónica<sup>(2)</sup>, pasar a reconocer la protección constitucional de tal vulneración del derecho al trabajo de manera constante y uniforme.

Un caso muy interesante del carácter delimitable de los derechos fundamentales se encuentra en un no muy antiguo pronunciamiento administrativo de la autoridad de trabajo sobre el esquirolaje. Hasta un momento determinado, el Ministerio de Trabajo sostuvo que se podía reemplazar a los trabajadores huelguistas con trabajadores propios que no acatan la huelga (llamado esquirolaje interno). Hoy en día, tal postura original ha cambiado y ha pasado a calificar dicha conducta como antisindical, declarando nula la reorganización interna que tenga por finalidad vulnerar el derecho de huelga<sup>(3)</sup>.

En ambos casos se puede valorar cómo ha variado la interpretación del Tribunal Constitucional y del Ministerio de Trabajo; se han adecuados a las situaciones o exigencias actuales.

Así las cosas, queda claro que los derechos fundamentales contienen manifestaciones abiertas, delimitables y también mutables. En esta línea, si hiciéramos una historia del derecho constitucional en el Perú y “lo laboral” podríamos dividirla en tres partes, para valorar claramente cómo han evolucionado los derechos fundamentales en materia laboral dentro de nuestro sistema de trabajo.

---

(2) Cfr. STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC.

(3) Cfr. Resolución N° 165-2010-Lima. Ver: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y EGUIGUREN PRAELI, Augusto. *La jurisprudencia administrativa en la inspección laboral*. Gaceta Jurídica, 2012, p. 249.

En las constituciones del siglo XIX lo laboral era un presupuesto para la ciudadanía. ¿Quiénes podían votar en la constitución del siglo XIX? ¿Quiénes tenían derechos civiles? El que tenía una propiedad, el que tenía una renta o un trabajo tenía derecho al voto. El trabajo era una forma de acceder a la ciudadanía.

Tal escenario cambió sustancialmente con las constituciones del siglo XX. En dicho contexto, la ciudadanía es un presupuesto de lo laboral. Las constituciones de 1933, 1979 y la actual expresamente establecen que en la relación laboral se respetan los derechos fundamentales y el trabajador en primer lugar es persona.

Respecto al siglo XXI, se podría decir que el desarrollo de los derechos fundamentales está marcado por el Tribunal Constitucional. Sin duda, hay una fuerte dinámica de derechos fundamentales en materia laboral gracias al aludido órgano de control constitucional.

Tal mutación de los derechos fundamentales ha permitido formular una clasificación muy conocida: (i) derechos fundamentales de la persona del trabajador; y (ii) derechos fundamentales laborales del trabajador propiamente. Los primeros se sustentan en la persona humana y los segundos corresponden a los trabajadores contratados bajo relación de dependencia. Los primeros (llamados también “inespecíficos o de la ciudadanía laboral”) son delimitables en el sentido de lo establecido en el artículo tres de la Constitución, coincidente con lo señalado por el Tribunal Constitucional que expone que los derechos fundamentales no son taxativos, se trata más bien de derechos abiertos y/o mutables en el tiempo. Por el contrario, los derechos laborales específicos son delimitados, empiezan en el artículo veintidós y acaban en el artículo veintinueve de la Constitución; se trataría, de primera impresión, de disposiciones taxativas y/o cerradas.

## 2. ¿Derechos laborales específicos taxativos?

Si bien se ha señalado que los derechos específicos son taxativos del artículo veintidós al artículo veintinueve de la Constitución, debe tomarse en cuenta el contenido que ha dado el Tribunal Constitucional al supuesto carácter cerrado de tales preceptos constitucionales.

Veamos. En la Constitución de 1979 el concepto de Derecho al Trabajo era etéreo, era un derecho genérico, de preceptividad aplazada dicen los constitucionalistas. Tal situación cambió radicalmente con la aprobación de la Constitución de 1993, en cuanto a partir del precepto señalado en su artículo veintidós se ha formulado un desarrollo considerable a los derechos laborales. Los constitucionalistas que diseñaron la Constitución vigente seguramente jamás pensaron que cuando debatieron y aprobaron el artículo veintidós, que simplemente reconoce

el “derecho al trabajo”, iba alcanzar el contenido que el Tribunal Constitucional le ha dado en la actualidad. Hoy en día, tal precepto constitucional no es un derecho etéreo, ni mucho menos taxativo como antes se señalaba.

Gracias al contenido del artículo veintidós de la Constitución de 1993, por ejemplo, el Tribunal Constitucional habla de primacía de la realidad en procesos de amparo. Pero ¿en qué se basa dicho órgano de control para apoyarse en tal principio laboral cuando no ha sido formulado expresamente a nivel constitucional? Es el derecho al trabajo regulado en el artículo veintidós. Para el aludido colegio constitucional la primacía de la realidad es parte del contenido del mencionado dispositivo constitucional que regula el derecho al trabajo.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en el mismo sentido en el caso de reposición por despidos incausados. ¿Dónde está el derecho constitucional a la reposición ante un despido incausado? También está en el mencionado artículo veintidós de la Constitución.

Con respecto al derecho a la promoción (ascenso), el Tribunal ha atendido favorablemente algunos casos de funcionarios públicos a quienes no se les dejó postular a una promoción mediante concurso interno<sup>(4)</sup>. En uno de esos casos, la entidad pública realizó directamente un concurso externo sin incluir a sus trabajadores internos. Y cabe hacer la misma pregunta: ¿dónde está el derecho a ser considerado en un proceso de promoción? Nuevamente, la respuesta es en el artículo veintidós de la Constitución vigente.

En otro caso, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre del derecho a la ocupación efectiva con la finalidad de atender aquellas situaciones que se presentan en algunas empresas cuando el trabajador retorna de una reposición tras un proceso largo y no que puede desarrollar su prestación laboral de forma ordinaria (como se dice “lo ponen en la congeladora”), vulnerando dicha afectación la dignidad y el derecho a la igualdad del trabajador<sup>(5)</sup>. En esta ocasión el derecho a la ocupación efectiva y adecuada también se desprende del mencionado precepto constitucional que regula el derecho al trabajo.

De esa manera, los derechos laborales específicos no son tan taxativos como algunos especialistas lo asumen. El artículo veintidós de la Constitución permite, por lo menos, sustentar una serie de supuestos no previstos expresamente en la Constitución siguiendo los interesantes dictámenes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional aludidos con anterioridad.

---

(4) Cfr. STC Exp. N° 04331-2008-PA/TC y STC Exp. N° 0035-2010-PI/TC.

(5) Cfr. STC Exp. N° 246-2001-AA/TC y STC Exp. N° 9707-2005-PA/TC.

El Tribunal Constitucional prácticamente se ha pronunciado en los temas laborales más relevantes –y en varios casos controvertidos–. Tales dictámenes, en la actualidad, le han dado mucho contenido y apoyo a las actuaciones de la autoridad inspectiva de trabajo. En efecto, el tribunal se ha pronunciado sobre diversos temas: acceso al empleo, primacía de la realidad, desnaturalización de contratos a plazo fijo, remuneraciones, derechos inespecíficos, intimidación, libertad de religión, libertad sindical, negociación colectiva, huelga, reposición de dirigentes y despidos incausados. La verdad es que no existe tema importante que el máximo intérprete de la Constitución no haya visto.

Esta presentación, a través de las siguientes líneas, pretende identificar que temas en materia de derechos fundamentales son asumidos principalmente por la autoridad inspectiva de trabajo y, asimismo, si se alinean a las consideraciones del máximo intérprete de la Constitución.

Debe precisarse que en el desarrollo de los siguientes acápite las referencias jurisprudenciales se sustentan centralmente en sentencias del Tribunal Constitucional dado que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en materia de derechos laborales fundamentales son limitados.

### **III. EL PROCESO INSPECTIVO DE TRABAJO**

---

#### **1. Herramienta de tutela procesal**

El sistema de inspección laboral, sin duda, es uno de los instrumentos o herramientas legales que más ha contribuido a la tutela de derechos laborales en el Perú en los últimos años. Hoy es claramente un instrumento muy bien utilizado, sobre todo por algunas organizaciones sindicales y abogados para lograr pretensiones concretas y que antes solamente eran reservadas a los juicios laborales.

En efecto, actualmente, la inspección laboral se constituye en una prueba en un juicio laboral. Para ello, los abogados y organizaciones sindicales principalmente, inician paralelamente procesos judiciales y procedimientos administrativos de fiscalización laboral, con la finalidad de poder utilizar la información recogida en este último en el proceso laboral. Es una práctica bastante utilizada que busca sacar el máximo provecho al sistema de inspección laboral mediante la información que se puede desprender a medida que el proceso se desarrolla: requerimientos, actas de infracción, resoluciones de primera y última instancia administrativa.

También es cierto que hay casos donde los instrumentos de la inspección laboral son anulados por la propia autoridad, así como el Poder Judicial. Más adelante nos referiremos a este tema.

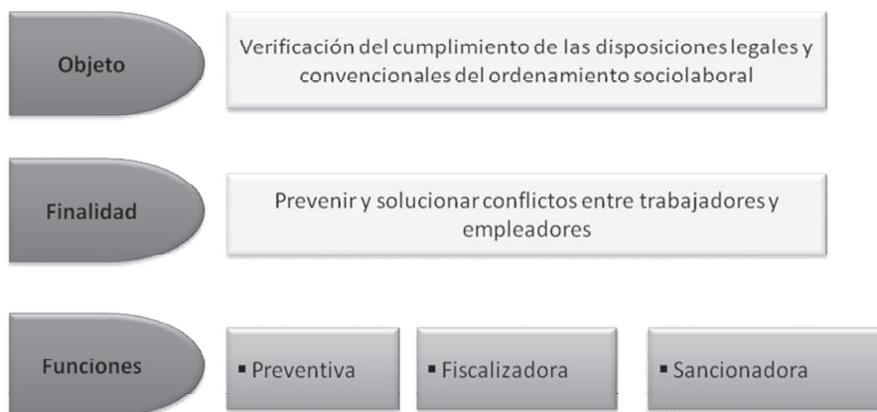
Así pues, lo que hoy sucede es que en vez de seguir el trámite regular del procedimiento inspectivo y luego ejecutar la resolución de la autoridad inspectiva en sede judicial en caso de que el empleador se niegue a cumplirla, algunos sindicatos hacen todo lo contrario. Se inicia el procedimiento inspectivo y a medida que avanza accionan judicialmente y usan los documentos del proceso inspectivo como pruebas en el proceso judicial.

## 2. Funciones del sistema inspectivo

El Sistema de Inspección del Trabajo está integrado por un conjunto de normas, órganos, medios y servidores públicos orientados a prevenir y verificar el adecuado cumplimiento de la normativa laboral. Para tal efecto, una de las funciones del proceso inspectivo es su actuación preventiva y tiene como finalidad prevenir y/o sancionar el incumplimiento de la normativa laboral. No obstante, esta actuación –que se configura mediante las órdenes de orientación y fiscalización– no tiene el nivel de cobertura que se desearía, por lo que hay concentración de las fiscalizaciones en sectores urbanos y de mediana a gran empresa.

La inspección del trabajo tiene tres funciones marcadas preventiva, fiscalizadora y sancionatoria, como se aprecia en el siguiente cuadro.

### Funciones del Sistema Inspectivo



De las funciones del sistema de la inspección laboral se derivan las especiales atribuciones de sus funcionarios públicos, en cuanto estos, al encontrarse

investidos de autoridad para cumplir con la función inspectiva, la legislación ha establecido que sus actos merecen fe, es decir, para algunos se habrían calificado sus actuaciones inspectivas como una especie de prueba relativa, y en algunos casos hasta de absoluta. Esto resulta cuestionable si se toma en cuenta que tal calificación afectaría la presunción de inocencia. Este tema se volverá a tocar más adelante.

### 3. Desarrollo del procedimiento inspectivo

El proceso de inspección se inicia con una orden de la autoridad administrativa competente, que puede ser de oficio o a pedido de parte (denuncia). Las actuaciones inspectivas en las que se sustentan los siguientes acápites son en su mayoría originadas por denuncias de sindicatos o de trabajadores.

Bajo cualquiera de los escenarios, sea de oficio o a pedido de parte, la diligencia de investigación inspectiva tiene un plazo máximo de treinta días; durante su desarrollo lo usual es que los inspectores interactúen mediante requerimientos de información y visitas al centro laboral. Esta es la etapa más interesante y dinámica del procedimiento inspectivo, en tanto el inspector se encuentra investigando, acogiendo los documentos, las pruebas y formulando su teoría del caso, lo que lo llevará a identificar si hay infracción o no. Se trata de una etapa clave en el proceso inspectivo.

Si concluida la etapa de investigación se identifica la comisión de una infracción, se inicia el procedimiento sancionador que termina en un pronunciamiento de la administración. Si concluida la vía administrativa la empresa sancionada se encuentra en desacuerdo con el dictamen, puede cuestionarlo en la vía judicial en el proceso contencioso-administrativo.

#### Procedimiento de fiscalización laboral



En cuanto al procedimiento administrativo sancionador del sistema inspectivo se ha generado una discusión bastante relevante sobre si es bilateral o trilateral; lo que incidiría, naturalmente, en la posibilidad de que la parte denunciante, un sindicato o trabajador, pueda impugnar las resoluciones administrativas o concurrir al órgano jurisdiccional en acción contenciosa administrativa. La discusión no es solo teórica, tiene bastante incidencia práctica.

El procedimiento inspectivo de trabajo es bilateral: solo son partes del procedimiento el Estado y la empresa fiscalizada, por lo que el único que puede impugnar las resoluciones administrativas o concurrir a la vía judicial es el empleador. Bajo el otro escenario, si el procedimiento inspectivo se calificara como trilateral, la parte denunciante podría también participar en el proceso inspectivo como parte o presentarse en el procedimiento administrativo, actuar pruebas e inclusive demandar judicialmente en la vía contenciosa administrativa si se ve directamente afectada (legítimo interés). Hubo algunos casos donde la autoridad administrativa, especialmente en regiones, admitió recursos impugnativos de los denunciantes que, luego de la evaluación respectiva, fue anulada adecuadamente en segunda instancia por la propia administración.

#### **4. Principales cambios de la Sunafil**

Si bien es un tema que no afecta en nada lo que se ha expuesto hasta aquí, es trascendental si se tiene en cuenta que tiene por finalidad mejorar la actuación inspectiva. Se trata de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil, que unifica toda la actuación inspectiva del país en un ente único y que ha incorporado dentro de su estructura orgánica al Tribunal de Fiscalización Laboral.

La principal atribución de dicho Tribunal es que actuará como un ente rector al resolver en última instancia administrativa las inspecciones laborales; lo cual contribuirá en distintos sentidos con el sistema de fiscalización laboral, pero, principalmente, en la unificación de criterios administrativos.

Hoy en día no hay unificación de criterios, necesidad que se vuelve más relevante cuando se cuentan con sistemas descentralizados de fiscalización laboral. Otro aspecto relevante es que el Tribunal contribuirá con la independencia de la inspección del trabajo, de tal manera que los operadores se sujetarán a criterios objetivos, estandarizados, así como predecibles y no necesariamente a las consideraciones que hayan establecido en cada región.

El Tribunal de Fiscalización Laboral busca tener la misma incidencia que otros tribunales administrativos. Así las cosas, la posibilidad de que se declaren la nulidad de los pronunciamientos administrativos será menor si los criterios se sostienen en el tiempo con el debido soporte técnico. Por ejemplo, en el Tribunal Fiscal menos del 5 % de las resoluciones son cuestionadas jurídicamente; en otras palabras, el 95 % de las resoluciones administrativas de dicho colegiado quedan consentidas a nivel administrativo. Casi lo mismo sucede con el Tribunal del Servicio Civil ya que solo el 2,5 % son impugnadas a nivel judicial, lo que resulta que casi el 98 % de sus pronunciamientos quedan en instancia administrativa.

Entonces, la creación del Tribunal de Fiscalización Laboral debe generar un efecto positivo en el sistema de fiscalización laboral, que se resume en la consolidación de la jurisprudencia administrativa y, en consecuencia, la predictibilidad de los pronunciamientos administrativos de las primeras instancias de inspección laboral a nivel nacional. Lo clave será la designación de los vocales y presidente del referido tribunal. La independencia, el soporte técnico y el delicado equilibrio y ponderación de las relaciones laborales deben ser los ejes de este tribunal.

#### **IV. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA VÍA ADMINISTRATIVA**

---

El proceso inspectivo no tiene límites para ejercer la tutela de derechos fundamentales laborales. No existe ninguna norma que establezca que no se puede resolver a nivel administrativo conflictos que recaen sobre derechos fundamentales. Más bien, el régimen que regula el sistema de inspección laboral contiene normas que preceptúan la finalidad de velar por la ley y la Constitución.

Así pues, casi no habría materia sobre la que la autoridad administrativa de trabajo y las direcciones y/o gerencias regionales de trabajo no puedan pronunciarse.

Hoy en día, un trabajador si considera que se ha vulnerado en alguno de sus derechos fundamentales tiene tres vías a las que pueda concurrir: (i) procesos de amparo en los supuestos previstos por las normas y el Tribunal Constitucional; (ii) juicios laborales ordinarios bajo el procedimiento de la Nueva Ley Procesal del Trabajo; o (iii) inspección laboral.

Temas, por ejemplo, como la hostilización de un trabajador por ser trasladado injustificadamente, bajo la lógica de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), exige, en primer lugar, enviar una carta al empleador solicitando que cese la hostilidad otorgando seis días y luego de dicho plazo, si no existe ningún cambio en la conducta cuestionada del empleador, se podía optar por el despido indirecto o demandar el cese de hostilidades. Es decir, estamos ante un procedimiento previo interno y necesario (tanto que hay sentencias judiciales que han desestimado demandas de cese de hostilidades cuando no se ha enviado previamente el requerimiento al empleador) antes de acudir al proceso judicial.

En la actualidad, para atender un acto de hostilidad del empleador, el trabajador afectado puede acudir directamente a la autoridad inspectiva de trabajo a denunciar el acto de hostilidad y que se disponga la sanción y el cese de la infracción, de ser el caso.

En este último caso, la autoridad administrativa no exige cumplir con la comunicación previa que exige la LPCL como requisito de procedencia del proceso inspectivo.

En otras palabras, el Ministerio de Trabajo ha abierto una ventana para supuestos que antes solo se pensaba que podían ser amparados en un proceso judicial y ahora pueden ser atendidos de forma expeditiva por la autoridad inspectiva de trabajo.

De otro lado, debe resaltarse cómo la inspección del trabajo toma muy en cuenta los criterios del Tribunal Constitucional para sostener las actas y las resoluciones de la autoridad administrativa de trabajo. Por ejemplo, el tema de desnaturalización de contratos a plazo fijo es una de las materias principales donde la autoridad inspectiva utiliza sentencias del aludido órgano de control constitucional para sustentar sus criterios. Lo mismo ocurre con temas como primacía de la realidad, libertad sindical u horario de trabajo.

Es importante precisar que la tutela de derechos laborales fundamentales en sede administrativa, generalmente, es producto de actuaciones de parte (denuncias); o, al menos esos son los casos más interesantes como se indicó con anterioridad. No hay muchos casos donde el Ministerio de Trabajo haya iniciado procedimientos inspectivos de tutela de derechos fundamentales de oficio, salvo en los casos de derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de Derechos Fundamentales la OIT, llámese trabajo infantil, trabajo forzoso, igualdad, entre otros que estén

centrados en tal disposición internacional de trabajo y, de pronto, en compromisos del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos.

Seguidamente, veremos cuatro temas que hemos seleccionado donde la autoridad administrativa ha resuelto sobre derechos fundamentales.

## 1. Seguridad y salud en el trabajo

La seguridad y salud en el trabajo es un tema sensible en la actualidad. Tenemos una norma relativamente nueva que desarrolla el derecho fundamental del trabajador a tener un ambiente de trabajo adecuado.

El Ministerio de Trabajo se encuentra llevando a cabo inspecciones relacionadas con el adecuado ambiente de trabajo; sin embargo, se encuentran pendientes dos aspectos que deberán implementarse para tener un sistema inspectivo más eficiente en la materia. Ya se aprecian varias resoluciones interesantes del sistema inspectivo, pero relacionadas con temas esenciales como deber de supervisión, incumplimiento de formalidades, falta de comités de seguridad y salud en el trabajo, etc.

El primero de ellos, sin duda, es el tema de equipo de soporte para pericias, con la finalidad de constatar enfermedades profesionales o accidentes de trabajo. Si bien es cierto que, el Ministerio de Trabajo cuenta con convenios de apoyo en la materia con otras entidades, se trata de una falencia de la autoridad inspectiva de trabajo que debería ser cubierta como ente rector en la fiscalización de seguridad y salud ocupacional.

Otra observación es la mayor especialización en el sustento de actas en materia de seguridad ocupacional, lo que requerirá que se implemente un grupo de médicos ocupacionales que laboren para el sistema inspectivo de trabajo. El problema es que en el Sector Privado a tales profesionales les pagan o cuatro veces más porque representa una especialidad muy requerida y escasa en la actualidad a raíz de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

Cabe precisar que escapa de la finalidad de esta presentación pronunciarse sobre el contenido en materia de seguridad y salud en el trabajo, en tanto dicha tarea corresponde a la ciencia médica de seguridad y salud ocupacional, por lo que los comentarios vertidos en los párrafos anteriores se han limitado al desarrollo funcional de dicha tarea del Ministerio de Trabajo.

## 2. Contratación a plazo fijo

Este es un tema donde, con mayor frecuencia, la autoridad administrativa de trabajo recurre a criterios del Tribunal Constitucional. Ciertamente, no podría dejar de hacerlo cuando ha sido el máximo intérprete de la Constitución el que ha desarrollado ampliamente los criterios de desnaturalización de los contratos temporales sujetos a modalidad, resaltando entre su jurisprudencia aquella sustentada en documentos (dado que los procesos de amparo son las vías que se adoptan) sea por la indebida utilización de la modalidad o por la falta de especificación de la causa objetiva<sup>(6)</sup>.

La actuación de la autoridad inspectiva en la desnaturalización de contratos de trabajo temporales sujetos a modalidad es trascendental. Esto resulta lógico ya que de cada tres trabajadores que ingresan a la contratación formal en el país, dos son plazo fijo. Así pues, hay empresas donde se podría apreciar un alto uso de las modalidades de contratación temporales y corresponde a la autoridad administrativa identificar si las modalidades de contratación temporal son bien utilizadas o, por el contrario, se han desnaturalizado y el trabajador afectado debe ser declarado como contratado a plazo indefinido en protección a su derecho a la estabilidad laboral.

La autoridad inspectiva de trabajo tiene una larga lista de pronunciamientos mediante los cuales ha reconocido la desnaturalización de contratos a plazo fijo como también otros donde ha declarado que se cumplían los criterios de contratación temporal (aunque estos últimos no son muy difundidos dado que concluyen en etapas inspectivas, en primera instancia y solo en algunos casos en segunda instancia administrativa)<sup>(7)</sup> y ha determinado la condición del trabajador como estable antes de que venza el contrato temporal de trabajo. Y en caso venza el contrato temporal, con el dictamen administrativo respectivo, el trabajador afectado podrá concurrir a la vía judicial para exigir su reincorporación laboral si el empleador cuestiona la resolución del Ministerio de Trabajo en sede judicial o simplemente no acata la resolución inspectiva.

Es importante resaltar en la desnaturalización de los contratos a plazo fijos algunas conductas que vienen practicando los trabajadores, en muchos casos, a propósito de sugerencias de abogados. Sucede que en vinculaciones temporales de trabajo se recomienda a los trabajadores afiliarse a la organización sindical

---

(6) Cfr. STC Exp. N° 05399-2009-PA/TC y STC Exp. N° 03872-2010-PA/TC, respectivamente.

(7) Cfr. Resoluciones N°s. 891 y 1134-2010, 842-2008, 122-2011. En: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y EGUIGUREN PRAELI, Augusto. "La jurisprudencia..." Ob cit., pp. 90 y ss.

poco antes del vencimiento del contrato a plazo fijo con la finalidad de que la falta de renovación sea calificada como un despido nulo al conocer el empleador supuestamente de esta afiliación. En este caso, tanto a nivel judicial como administrativo, corresponderá a la empleadora acreditar la conclusión de la causa objetiva que justificó la vinculación transitoria de trabajo. Hubo casos donde se ha resuelto por la validez de la contratación temporal (el proceso terminó en un informe inspectivo) y otros donde se ha determinado que estamos ante un contrato a plazo indeterminado (el proceso culminó con un acta de infracción).

De ese modo, se puede observar que en oportunidades los trabajadores contratados a plazo fijo diseñan estrategias para alcanzar la contratación a plazo indeterminado. Este es uno de los casos más interesantes donde normalmente la autoridad administrativa de trabajo ha formulado dictámenes, sin dejar de resaltar que mucho de ello se debe al apoyo que encuentra en las sentencias del Tribunal Constitucional para reforzar su posición al momento de detectar la ausencia de una causa temporal de contratación laboral.

Vinculado a este tema, corresponde también analizar ¿cómo las inspecciones son usadas como elemento probatorio en juicios de amparo u ordinario laboral para acreditar la desnaturalización del contrato a plazo fijo? Uno de los casos que se presentan constantemente son, por ejemplo, aquellos en los que un trabajador cuenta con un acta de infracción que declara ilegal su contrato temporal de trabajo y tal documento lo usa como prueba en el proceso judicial –bajo la Nueva Ley Procesal de Trabajo– para pedir una medida cautelar de no innovar. Fundada la medida cautelar de no innovar se ordena a la empresa que le renueve al trabajador demandante el contrato a plazo fijo mientras se tramita el fondo de la controversia.

La respuesta judicial no es del todo uniforme. Como corresponde, se debe analizar cada caso en particular y en ocasiones no se ha tomado en cuenta lo resuelto por la inspección y se ha declarado que los contratos temporales son válidos, en otras la inicial opinión inspectiva fue anulada y se declaró que los contratos eran adecuados; y finalmente en otros procesos lo actuado en la inspección del trabajo ha sido una de las pruebas utilizadas por el juez para declarar la invalidez de los contratos temporales.

Así, los trabajadores cuentan con nuevas estrategias orientadas a la protección de sus derechos laborales y, en este caso en particular, al reconocimiento de una relación laboral a plazo indefinido. De ello, los empleadores tienen la obligación de cumplir fielmente los requisitos de forma y fondo que regula la legislación para el uso válido de los contratos temporales de trabajo sujetos a modalidad.

Algunas de las referidas estrategias desarrolladas con anterioridad pueden revisarse a continuación:

### **Estrategias para acceder al reconocimiento de la contratación a plazo indefinido por la desnaturalización de la relación a plazo fijo**

<b>Estrategia 1</b>	Solicitar inspección laboral + Obtener resultado favorable = Acta de Infracción
<b>Estrategia 2</b>	Afiliación al sindicato días antes del vencimiento del plazo del contrato = <u>ALEGAR DESPIDO NULO</u> (jueces piden que se acredite una causa objetiva ¿para no renovar?).
<b>Estrategia 3</b>	Trabajadores ya no esperan al vencimiento del contrato para reclamar = <u>DEMANDAN DESNATURALIZACIÓN AL INICIO DEL VÍNCULO.</u>

### **3. Tercerización de servicios**

La tercerización de servicios es otro de los temas cardinales sobre los que se ha pronunciado en varias oportunidades la autoridad administrativa de trabajo.

La autoridad administrativa de trabajo, para contribuir al diseño normativo sobre la tercerización, ha establecido directivas orientadas a la identificación de procesos de descentralización productiva, así como fijar elementos indiciarios que permitan apreciar si hay procesos independientes, recursos propios de la tercerizadora, así como si los trabajadores que participan en ella se sujetan a la dirección de la empresa principal, debiendo así constituir esta última la única empleadora<sup>(8)</sup>.

La autonomía empresarial es uno de los elementos esenciales de la tercerización de servicios que con mayor frecuencia ha observado la autoridad administrativa de trabajo en sus pronunciamientos, que exigen que la empresa tercerizadora cuente con equipamiento y recursos suficientes que permita asumir que no se trata de un simple simulación para contratar solo mano de obra o, en su defecto,

(8) Se trata, en primer lugar, de la Directiva N° 002-2007-MTPE-2-11.4, Directiva Nacional para la Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización en las Unidades de Producción de las Empresas, mediante la cual se establece un conjunto de lineamientos, políticas y medidas de inspección orientadas a garantizar los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en unidades de producción. En otras palabras, la presente norma busca, entre otros aspectos, garantizar la prohibición de la simple provisión de trabajadores. Adicionalmente, deberá atenderse la Directiva N° 003-2007-MTPE-2-11.4., Lineamientos para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones del Trabajo a Nivel Nacional, que exige verificar, principalmente, si la tercerización de servicios cumple con los elementos y requisitos esenciales establecidos en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR para su procedencia.

evitar asumir la contratación laboral de nuevo personal por parte de la supuesta empresa principal.

Entre alguno de los tantos dictámenes que ha formulado sobre el tema la autoridad inspectiva de trabajo se encuentra el caso de una tercerización donde una empresa de hidrocarburos encargó el transporte de productos de gas<sup>(9)</sup>, teniendo el servicio como principal característica que las unidades de transporte eran de propiedad de la empresa principal. Atendiendo dicha situación, la autoridad administrativa de trabajo inicialmente estableció que si una empresa se dedica al rubro de transporte lo mínimo con lo que debería contar son con todos los medios para tal efecto: vehículos de transporte.

Sin embargo, al no contar la empresa contratista con la totalidad de tales vehículos para la autoridad laboral se había acreditado un indicio de desnaturalización del proceso de tercerización, disponiéndose que los trabajadores de la supuesta empresa tercerizadora pasen a la planilla de la empresa principal<sup>(10)</sup>. Esta resolución fue anulada por el Tribunal Constitucional, en tanto para este máximo órgano constitucional el proceso inspectivo no analizó adecuadamente todos los elementos y rasgos de una tercerización.

En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2698-AA/TC se anuló el acta de infracción y las dos resoluciones del proceso inspectivo antes comentado. En este caso, el Tribunal consideró que se afectó el derecho al debido procedimiento en tanto que no hubo una evaluación de las pruebas ofrecidas por la empresa a nivel de inspección como dentro del procedimiento sancionador.

Además, sostiene el Tribunal que no hubo una debida motivación de las resoluciones de sanción. Presume desnaturalizada la tercerización a pesar que las personas identificadas no figuraban en la documentación laboral exhibida por la empresa y que la tercerizadora contaba con vehículos propios. Finalmente, se indicó que la relación entre ambas empresas era adecuada y no se afectaban las normas de tercerización.

---

(9) Caso resuelto a nivel administrativo mediante la Resolución Divisional N° 217-2009-MTPE/2/12.720 y confirmada por la Resolución Directoral N° 085-2009-MTPE/2/12.7.

(10) Si bien en el caso planteado se trata de una empresa tercerizadora dedicada a cubrir el servicio de transporte que no contaba con la totalidad de vehículos de su propiedad, para la inspección del trabajo debería considerarse que si se hubiera celebrado un contrato de arrendamiento de tales bienes entre la contratista y la empresa principal para que la primera pueda usarlos en el marco del contrato de tercerización, correspondería tomarse consideraciones adicionales para determinar la validez del proceso de descentralización productiva como es que la tercerizadora asuma por su cuenta y riesgo las incidencias y/o eventualidades sobre tales vehículos: se encargue de asumir el costo de la gasolina, el mantenimiento, la reparación e incluso el depósito si fuera el caso. Sin embargo, la inspección laboral no revisó todos los elementos e indicios de la tercerización y por ello esta fiscalización fue anulada por el Tribunal Constitucional.

De otro lado, indica el Tribunal que se hizo una interpretación antojadiza del artículo 4 del D.S. N° 003-2002-TR al considerar como elementos copulativos a los recursos financieros, técnicos “o” materiales propios, de modo que si no se cumple con uno de ellos, el contrato se desnaturalizaba.

En otro caso la autoridad administrativa de trabajo determinó la desnaturalización de la tercerización. En dicha oportunidad se estableció que la empresa principal inspeccionada entregaba los bienes y activos necesarios que usaba la contratista en el marco del contrato de tercerización (insumos, maquinarias y reparación), por lo que se dispuso la incorporación de los trabajadores que participaron en la descentralización productiva a la planilla de la empresa principal.

Una de las inspecciones más interesantes de la autoridad administrativa de trabajo en materia de tercerización de servicio se llevó a cabo en una mina. Una clínica conocida de Lima ganó la licitación para operar la clínica en el campamento minero. Todos los trabajadores de la clínica, sin duda, se encontraban en su planilla. En los hechos, todos los trabajadores de la tercerización estaban subordinados a la clínica; sin embargo, todos los equipos, instrumentos y recursos materiales para el funcionamiento del centro médico y atención de los pacientes no eran de propiedad de la clínica. Ante tal escenario, la autoridad administrativa ordenó la inclusión de los trabajadores que participaron de la tercerización en la planilla de la mina. Este proceso, sin embargo, terminó con una resolución judicial que declaró nulo el proceso inspectivo.

En general, el proceso inspectivo suele resultar muy célere como para conocer una tercerización. Tal vez sea más adecuado que estos procesos se analicen con más cautela, en el máximo plazo posible, con un mayor equipo inspectivo, revisando con profundidad todas las pruebas recabadas, visitando cada uno de los lugares inspeccionados, revisando el perfil de la empresa tercerizadora, apreciando todos los requisitos de la tercerización así como la mayor cantidad de rasgos o características de una subcontratación adecuada, etc.

#### **4. Esquirolaje como vulneración al derecho de huelga**

El esquirolaje representa una conducta del empleador que puede vulnerar la libertad sindical mediante el reemplazo de trabajadores en huelga<sup>(11)</sup>. Para sancionar tal conducta antisindical del empleador, el régimen de inspección laboral

---

(11) El término esquirolaje proviene de un pueblo de Cataluña llamado Esquirol, al cual en el siglo pasado las empresas españolas que se encontraban en huelga concurrían para contratar trabajadores.

la ha calificado como una infracción muy grave en materia de relaciones colectivas de trabajo según el siguiente supuesto normativo:

“La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo<sup>(12)</sup>”.

De esa manera, el espíritu de dicha norma reglamentaria está orientado a prohibir que las empresas vulneren el derecho a la huelga con el reemplazo de trabajadores huelguistas mediante la contratación directa de trabajadores a través de servicios o contratistas. Cabe precisar que la referida disposición no ha incorporado como parte del supuesto de infracción –expresamente al menos– el hecho de reorganizar las labores de los trabajadores que no acataron la huelga para cubrir los puestos de quienes sí lo hicieron.

Uno de los primeros casos donde se aplicó tal supuesto de infracción laboral fue una empresa de consumo masivo. Esta organización sufrió una de las huelgas más largas en los últimos años (más de cuarenta días de huelga) y con la finalidad de atender dicha situación reemplazó a sus trabajadores huelguistas con trabajadores que decidieron continuar laborando, pero además también contrató nuevos trabajadores. En el proceso de inspección laboral se declaró que la contratación del último grupo de trabajadores (nuevos colaboradores) constituyó un acto que impidió el libre ejercicio del derecho de huelga y, en consecuencia, fue calificado como esquirolaje. Se trató de un caso de infracción laboral por incurrir en esquirolaje externo. No se sancionó por la reorganización interna con personal propio que no acató la huelga.

No obstante, a fines del año 2011, la inspección del trabajo (mediante una directiva interna) estableció que el esquirolaje también se configuraba cuando se trataba de trabajadores no huelguistas que eran reorganizados para cubrir las actividades de los trabajadores que sí acatan una paralización, en cuanto dicha medida también representa una vulneración a la libertad sindical<sup>(13)</sup>.

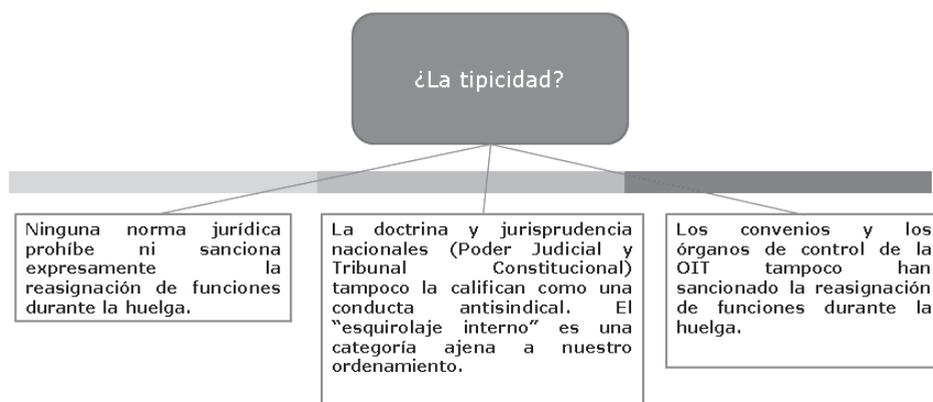
---

(12) Artículo 25, numeral 25.9, del Reglamento de la Ley General de Inspección Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

(13) Específicamente, la Dirección General de Inspección del Trabajo ha establecido sobre el esquirolaje interno lo siguiente (Considerando 6 del Oficio Circular N° 059-2011-MTPE/2/16 del 07 de octubre de 2011):

Por ejemplo, si un jefe de una planta industrial reemplaza a un técnico para manejar una máquina o si reorganiza la actividad de los trabajadores no huelguistas para reemplazar posiciones de personas que acatan la huelga, tales conductas serían calificadas como esquirolaje por la autoridad administrativa de trabajo en cuanto se atentaría contra la libertad sindical.

En la actualidad, hay algunos empleadores que han sido sancionados por la autoridad inspectiva de trabajo por incurrir en infracciones laborales por realizar esquirolaje interno, lo cual resulta bastante curioso cuando dicha sanción no encuentra un desarrollo expreso en el régimen de fiscalización, es decir, se carecería de una tipicidad normativa para sancionar a un empleador tal como es posible apreciar del siguiente gráfico:



La falta de tipicidad es uno de los principales cuestionamientos a la posición asumida por el Ministerio de Trabajo sobre el esquirolaje interno, no obstante, no sería el único. También podrían sumarse la vulneración del derecho al trabajo de los no huelguistas (es decir, del derecho a continuar trabajo como configuración negativa del derecho de huelga) y, asimismo, de la libertad de empresa del empleador; en ese último caso, teniendo en cuenta que con la prohibición del

“(...) se entiende que la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo), comprenden también el caso en que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga y, en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle la efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíprocos de las privaciones y del daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga”.

esquirolaje interno no se podrían cubrir las actividades que suponen trabajos en equipo, perjudicando de esa manera la continuidad de la actividad empresarial.

Ahora, ¿qué dice la inspección del trabajo para afirmar que la sanción del esquirolaje interno es válida? Existe un pronunciamiento de la autoridad administrativa en segunda instancia donde se señala que la libertad sindical colectiva es más relevante que la libertad individual del no huelguista. En otras palabras, la conclusión de la autoridad administrativa de trabajo supone que el derecho de huelga es un derecho que debe ser preferido frente al derecho individual del no huelguista a trabajar. Esta posición se sustentó en una opinión del Comité de Libertad Sindical de la OIT en el que se establece que el esquirolaje interno está prohibido.

Al respecto, hay otra discusión sobre el valor jurídico que tiene las opiniones del Comité de Libertad Sindical. El Tribunal Constitucional ha establecido que son *soft law*, en otras palabras, se tratan de derechos suaves; representan instrumentos de referencia a tener en cuenta<sup>(14)</sup>. No obstante, el Ministerio de Trabajo se apoya en las decisiones del aludido Comité como si se trataran de normas internacionales de acuerdo a la Cuarta Disposición Final de la Constitución.

Es una interpretación respetable de la autoridad administrativa de trabajo, pero que no compartimos; sin embargo, debe tomarse en cuenta que con base en el referido dictamen del Tribunal Constitucional que ha calificado las opiniones de la OIT como una fuente referencial (*soft law*), la incorporación del esquirolaje interno como infracción laboral en el régimen de fiscalización del trabajo carecería de tipicidad.

En resumen, al representar la huelga una paralización de los trabajadores, su esencial finalidad es la afectación económica y/o productiva de las empresas o entidades empleadoras; de acuerdo a ello, la interpretación que le viene dando la autoridad inspectiva al esquirolaje como infracción laboral se sustentaría en el contenido esencial del aludido derecho colectivo. Por ello, si una empresa se encuentra en huelga y para no detener la producción contrata nuevos trabajadores, reorganiza actividades o terceriza sus servicios, se configuraría un acto de esquirolaje.

---

(14) Cfr. STC Exp. 0006-2007-AI/TC, f.j. 21.

## V. LIMITACIONES DEL PROCESO INSPECTIVO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

---

### 1. Limitaciones operativas

El presupuesto y la poca cantidad de inspectores son las principales limitaciones para el adecuado desarrollo del sistema inspectivo de trabajo. Ojalá que con la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil, se mejore considerablemente dicha deficiencia.

Según recomendaciones de la OIT, en las economías desarrolladas, por cada diez mil trabajadores el sistema inspectivo debería contar con un inspector, mientras que en las economías en transición debería ser un inspector por cada veinte mil trabajadores, y en los países menos desarrollados, un inspector por cada cuarenta mil trabajadores.

Hoy en día, el Perú tiene un inspector por alrededor de treinta y siete mil trabajadores, lo cual indica mucho de las falencias de nuestro sistema de inspección laboral y, al mismo tiempo, de la economía nacional.

### 2. Limitaciones funcionales

Para identificar las limitaciones funcionales de la inspección administrativa laboral es indispensable realizar una comparación con los procesos judiciales en materia sociolaboral como mecanismo de protección de tutela de derechos fundamentales; a partir de dicha información un trabajador podrá determinar si conviene acudir a un proceso judicial o iniciar una inspección a nivel administrativo.

- **Tiempo**

La inspección laboral toma treinta días durante la etapa de investigación, mientras que la etapa del procedimiento sancionador aproximadamente entre tres a seis meses, dependiendo del margen de cuestionamientos que puedan formularse. Por su parte, los procesos judiciales sociolaborales al amparo de la Nueva Ley Procesal del Trabajo toman entre nueve a veinticuatro meses. Por ejemplo, en Chiclayo está colapsado el nuevo sistema procesal de trabajo, mientras que en Lima se estima que los procesos toman nueve meses en promedio.

- **Alcance de las facultades**

Otra distinción marcada es la materia sobre las que se pueden pronunciar la autoridad administrativa de trabajo y el Poder Judicial. Las facultades inspectivas son amplias, no obstante, no se le ha reconocido la posibilidad de que pueda dictar órdenes de reposición laboral, como sí la tiene la jurisdicción laboral.

La autoridad administrativa de trabajo ordena que se deje sin efecto la conducta y/o acción que vulnera el derecho fundamental y se repongan las condiciones al estado anterior a la vulneración; se cuida bastante de no utilizar la palabra reposición. Por ejemplo, en el caso de una entidad financiera se ordenó el cese de los actos antisindicales que tenían como real finalidad la reposición. Ello se sustenta a partir de la norma de inspección que establece que la autoridad inspectiva de trabajo tiene competencia para evitar cualquier afectación a la libertad sindical; sin embargo, la palabra reposición no ha sido usada.

- **Costo**

En la inspección laboral no se requiere abogado, mientras que en el proceso judicial se debe concurrir mediante el patrocinio de uno, salvo cuando de acuerdo al monto de la pretensión, sea posible utilizar los formatos de demanda sin la necesidad de que sean suscritos por un abogado.

- **Sorpresa**

La sorpresa también es uno de los aspectos más trascendentales de la inspección, lo que no es propio de un juicio, con la excepción de la medida cautelar que también tiene un carácter similar de desconocimiento.

La sorpresa de la inspección implica poder reunir información justo en el momento en que la empresa está con la mayor indefensión o la mayor cantidad de pruebas a favor del trabajador.

- **Carga de la prueba (investigación)**

La carga de la investigación en la inspección laboral recae en el inspector, mientras que en el proceso laboral en el empleador y el trabajador, según corresponda.

- **Capacidad de ejecución**

La inspección no tiene capacidad de ejecución. La autoridad administrativa de trabajo solo puede ejecutar la multa. Por su parte, la jurisdicción tiene la facultad de reconocer derechos y exigirlos mediante requerimientos coercitivos y coactivos.

- **Inicio**

Los procesos judiciales son de parte, mientras que la actuación inspectiva se inicia mediante una orden de la autoridad administrativa competente (de oficio).

En el procedimiento inspectivo, aun cuando, en oportunidades, la parte interesada es la que denuncia, la autoridad administrativa de trabajo puede denegarla. Si admite a trámite la denuncia, se trata de una causa exclusivamente entre el Estado y el empleador denunciado (bilateral). Cada parte actúa en representación de sus intereses: la primera en resguardar el cumplimiento del ordenamiento sociolaboral, y la segunda por acreditar el cumplimiento de sus obligaciones.

## VI. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL EMPLEADOR EN PROCESO INSPECTIVO

---

Hasta aquí nos hemos enfocado en los derechos fundamentales de los trabajadores durante el desarrollo del procedimiento inspectivo; no obstante, debemos considerar que el empleador también tiene derechos fundamentales entre los que se encuentra, principalmente, el debido procedimiento administrativo.

El Estado tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sociolaborales, pero también le corresponde observar el debido proceso administrativo que se sustenta no solo en preceptos orientados a proteger al trabajador sino también a la empresa fiscalizada: el derecho del empleador de exigir su presunción de inocencia, el derecho a exigir la debida motivación de los pronunciamientos de la administración, el derecho a exigir el respeto al procedimiento al órgano competente, el derecho al acceso a la información, entre otros.

Uno de los temas claves sobre el proceso de inspección es la presunción de inocencia. Este precepto constitucional, si se traslada a la actuación inspectiva,

implica que por más antecedentes negativos que tengan un empleador se le considerará inocente hasta que no se acredite la comisión de una infracción socio laboral de su parte.

Sin duda alguna, el acta de infracción constituye el principal medio probatorio que sustenta el procedimiento administrativo sancionador, más aún cuando la legislación ha dotado a dicho documento público de una presunción respecto de los hechos señalados por el inspector, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos puedan aportar los interesados. A ello deberá agregarse que el carácter probatorio del acta de infracción sociolaboral levantada por el inspector trascenderá al proceso judicial, sirviendo también a ese nivel como medio probatorio en tanto cumpla con los requisitos y/o condiciones correspondientes<sup>(15)</sup>.

Ahora, ¿el acta de infracción califica como acto administrativo? La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre su naturaleza. Algunos sostienen que el acta de infracción es un acto administrativo en tanto hay un descargo y produce efectos en el administrado<sup>(16)</sup>; por el contrario, otros consideran que no lo es en cuanto no representa un acto dentro de un procedimiento.

El Tribunal Constitucional ha formulado un importante dictamen jurisprudencial en el cual establece el contenido legal y constitucional esencial de un acta inspectiva para que sustente válidamente un procedimiento sancionador<sup>(17)</sup>. Así, dicho colegiado establece que las actas de infracción de la inspección no se tratan meramente de documentos que contengan una narración o descripción de los hechos contados in situ por parte de los inspectores laborales, sino a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma supuestamente afectada se

(15) Debe considerarse que el acta de infracción no será el único medio probatorio que podrá devenir del procedimiento inspectivo. De acuerdo al artículo 16 de la LGIT, el mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la inspección del trabajo que se reflejen en los informes así como en los documentos en que se formalice las medidas inspectiva que se adopten sin perjuicio de que no representen una acta de infracción que dé origen a un procedimiento sancionador.

(16) Recientemente, en uno de los votos en discordia de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 03647-2010-PA/TC, un magistrado calificó el acta de infracción como un acto administrativo para sostener que su validez subsiste hasta que no se declare su nulidad conforme lo establecido en el artículo 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tal referencia corresponde al voto singular de los magistrados Calle Hayen y Eto Cruz: “(...), es oportuno señalar que el artículo 9 de la Ley N° 27444 establece que “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”. Por tanto, dado que no se ha declarado la nulidad del Acta de Infracción referida a los hechos en ella constatados, estos deben presumirse como ciertos. Es por ello que, tratándose solo de cuestiones formales que vienen siendo cuestionadas la referida Acta de Infracción, el resultado final del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar la decisión del presente caso”.

(17) Cfr. STC Exp. N° 02698-2012-AA/TC, f. j. 16.

configure la infracción y se propone la sanción. A su vez agrega que las resoluciones de las distintas instancias administrativas se sujetan a la debida motivación, así como a la ponderación de todas las pruebas aportadas.

En particular, respecto a las Actas de Infracción en sí, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 1748-2008, afirma la necesidad de que estas se encuentren motivadas, determinando que:

**“Las Actas de Infracción no contienen meramente una narración o descripción de los hechos constatados in situ por parte de los inspectores laborales, sino que, a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma jurídica socio laboral que se han considerado afectadas es que califican la supuesta conducta indebida u omisiva por parte del inspeccionado y de esa manera es que proponen la sanción que corresponda; todo lo cual **importa un trabajo mental de razonamiento jurídico**”** (énfasis nuestro).

De esa manera, el debido procedimiento administrativo (específicamente de los empleadores fiscalizados, si asumimos la tesis bilateral del procedimiento inspectivo sancionador), está orientado a respetar las diversas garantías que inspiran una tutela efectiva dentro de términos de razonabilidad y proporcionalidad que eliminen actuaciones arbitrarias de la administración inspectiva de trabajo.