

# Laborem

## TENDENCIAS: LA FISCALIZACIÓN LABORAL A LOS 15 AÑOS DE LA LEY GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

N.º 24 / 2021





# LO SUBSANABLE EN LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

DANIEL ULLOA MILLARES\*

*Para Javier, obviamente*

En el presente artículo, el profesor Ulloa formula una propuesta para dar contenido a uno de los conceptos más recurridos al tratar las fiscalizaciones laborales en la práctica: las infracciones subsanables. Así, atendiendo a algunos criterios hechos valer por la Autoridad de Trabajo, se sustenta un concepto que procura ser razonable y adecuado a los fines del Sistema de Inspección del Trabajo.\*\*

527

## Introducción

La inspección del trabajo en el Perú está regulada, de manera esencial, por lo dispuesto en la ley general de inspección del trabajo, Ley 28806 (en adelante “la ley”) y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 19-2006-TR (en adelante “el reglamento”). Ambas normas tienen a la fecha decenas de modificaciones, por lo que sugerimos tener cuidado en verificar la vigencia de sus disposiciones dado que aún no se publica un texto único ordenado de cada una.

La ley se basa, como debe ser, por lo dispuesto en el convenio OIT N° 81, convenio calificado como uno de los cuatro de gobernanza o prioritario, rati-

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Castilla-La Mancha, España. Profesor de derecho laboral en las universidades PUCP, ESAN y UNMSM. Socio del estudio De Las Casas y Ulloa ([www.dyu.pe](http://www.dyu.pe))

\*\* Reseña formulada por los editores de *Laborem* núm. 24.

ficado por Perú el 1 de febrero de 1960. Al estar ratificado, el convenio forma parte del derecho nacional tal como lo prevé el art. 55 de nuestra Constitución. Por ello, aquella es la norma de lógica referencia para los posibles problemas que podamos encontrar en la normativa interna<sup>1</sup>.

En específico y para entrar al tema del presente trabajo, si un inspector de trabajo considera que, luego de la investigación realizada dentro de la etapa previa al procedimiento sancionador (etapa que la ley denomina “actuación inspectiva”), se ha producido una infracción de las normas laborales, puede requerir al sujeto responsable de su comisión la adopción, en el plazo que determine, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones que entiende vulneradas (art. 14 de la ley). Esta acción, que no puede ser impugnada, se denomina “medida de requerimiento” y se debe emitir por escrito, sin perjuicio de la posible generación del acta de infracción y de la propuesta de sanción. Para darle imperio a esta decisión, incumplirla supone automáticamente la comisión de una infracción a la labor inspectiva según lo prevén los art. 36 y 39 de la ley y los art. 45 y 46 del reglamento.

528

Esta medida de requerimiento (que no es igual al requerimiento de información, la cual es una conducta previa) supone una toma de decisión por parte del inspector sobre los hechos revisados, la cual muchas veces supone una interpretación más que solamente una verificación de hechos pero que siempre se dará cuando el inspector considere que los incumplimientos sean subsanables. Caso contrario, el inspector procederá simplemente a emitir una constancia y luego un acta de infracción (art. 16 de la ley).

Como es conocido, una actuación inspectiva puede finalizar con la emisión de un informe de actuaciones inspectivas de investigación (en caso se considere que no hay infracción) o con la emisión de un acta de infracción (que se comunicará al infractor con la imputación de cargos, iniciando así el procedimiento administrativo sancionador).

En el caso de infracciones insubsanables y de manera previa al acta de infracción el inspector emite una constancia de actuaciones inspectivas de in-

1 Similar posición es asumida por el profesor ARCE ORTIZ, Elmer. “El sistema de inspección del trabajo en el Perú, aspectos jurídicos”, Palestra, 2020.

vestigación que contiene una hoja anexa donde incluye los “incumplimientos insubsanables / no revertibles”.

En síntesis, el servidor público investiga unos hechos y antes de concluir su trabajo le debe dar al inspeccionado una oportunidad de regularizar su situación (requerimiento) lo cual ocurre solamente cuando considere que las infracciones pueden ser subsanables: cuando entienda (y este es el tema a estudiar) que no lo son, simplemente dejará constancia de los hechos verificados, las normas incumplidas y los trabajadores afectados para luego comunicar su propuesta de multa.

Para el profesor Arce esta conducta promueve el caos laboral pues antes de la llegada del inspector se puede vivir en una “mala fiesta de incumplimientos laborales” dado que el empleador sabe que el inspector le debe dar un plazo para subsanar su incumplimiento. Según el citado autor “*este es un esquema pernicioso que pone en entredicho la credibilidad del sistema inspectivo en su conjunto*”<sup>2</sup>.

En realidad, nosotros entendemos que el esquema adoptado por la ley y normas inferiores le otorga amplias facultades a cada inspector, que le permite optar por un sistema de advertencia o por uno de imposición de multas. Y ello dependerá de su criterio (¿adiós a la predictibilidad?) y de las peculiaridades de cada caso, aspecto que la discusión sobre la definición de lo subsanable pone de relieve.

Podemos verificar que la ley no precisa la relación de las infracciones que pueden ser advertidas por los inspectores sino que solamente las califica por materias (art. 33 al 36) y por su gravedad (art. 37). Es el reglamento el que especifica de manera detallada (art. 23 al 46) las conductas que deben respetarse, algunas muy claras o precisas y otras de contenido abierto o interpretable. Por ejemplo, no pagar u otorgar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos por convenios colectivos o laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley (art. 24.4.) es una conducta que parece clara de entenderse (el reglamento la califica como infracción grave) y que no nos parece que genere mayor duda si uno conoce la forma de cálculo y la oportunidad de pago de cada concepto. Así, si no se deposita la compensación por tiempo de servicios (CTS) hasta el 15 de mayo o noviembre, queda claro que se

---

2 ARCE, op. cit., p. 96.

está incumpliendo esta obligación y no solamente debe pagarse el beneficio sino también deben reconocerse los intereses financieros pertinentes dentro del plazo otorgado por el inspector en su requerimiento, de lo contrario se generará un procedimiento sancionador. La discusión para negarse al pago podrá venir, por ejemplo, si el empleador cuestiona que el trabajador tenga derecho al beneficio (si se alega que es un trabajador que labora menos de cuatro horas diarias) pero nos queda claro que esta es una obligación que siempre será subsanable, esto es, si se paga principal e intereses se resuelve el inconveniente del cumplimiento. Pero queda la duda si debería multarse o no por el incumplimiento detectado, lo cual se resuelve con el modelo de inspección que se quiera adoptar<sup>3</sup>.

De otro lado, existen preceptos que no poseen dicha precisión y quedan abiertos a la interpretación, por ejemplo el que prevé como infracción muy grave los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual *así como cualquier otro acto*<sup>4</sup> que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 25.14.) o el no adoptar las medidas necesarias para prevenir o cesar dichos actos (art. 25.15.). Expuesto así, dependerá del criterio de cada inspector si un determinado acto (por ejemplo, una corrección disciplinaria poco respetuosa en público, una penitencia o algún comentario publicado en redes) afecta la dignidad del trabajador y configura esta infracción. Y también dependerá de su criterio si esta infracción resulta subsanable o no pues el acto ya fue hecho, se generaron efectos y justamente por ello es que se reclama.

530

### La importancia de definir lo subsanable

Que una infracción sea subsanable genera una gran consecuencia: permite que el infractor tenga la posibilidad de corregir su conducta y con ello evitar una multa o, si esta se produce, optar por una reducción importante de su cuantía, tal como lo prevé el art. 40 de la ley (descuentos de 70% y 50% de la multa). Sin embargo, al existir la posibilidad de considerar a las infracciones como no subsanables, el infractor ya no puede corregir su conducta, pierde la posibilidad

3 Sobre esto puede verse el texto clásico de WEIL, David “Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo”, en la Revista Internacional del Trabajo, OIT, p.389-419, 2008. Se puede encontrar en el siguiente enlace: [http://ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s3\\_weil.pdf](http://ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s3_weil.pdf)

4 El resaltado es nuestro.

de recibir un requerimiento y también de aplicar a algún descuento de la multa. ¿Cuáles son estas?

### **Las normas en cuestión**

El texto original del reglamento indicaba en su art. 49 lo siguiente:

“En el caso de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley, la autoridad competente podrá ordenar las diligencias necesarias para que se verifique la subsanación de las infracciones detectadas, a efectos de emitir pronunciamiento sobre la solicitud de reducción de multa.”

Como vemos, no se limita la posibilidad de subsanación sino que solamente se prevén sus consecuencias.

En diciembre de 2013 se modifica este artículo por el D.S. 12-2013-TR y se le agregan dos párrafos más, siendo el segundo el que precisa cuándo una infracción es subsanable, limitando la aplicación del beneficio previsto en la ley (¿el reglamento podía hacer esto?):

“Los beneficios previstos en el numeral 17.3 del artículo 17 del presente Reglamento y los previstos en los literales a) y b) del artículo 40 de la Ley, son aplicables en la medida en que la infracción sea subsanable. Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos.”

Luego, en agosto de 2017, se confirma esta posición con la modificación realizada mediante D.S. 16-2017-TR:

“Los beneficios previstos en el artículo 40 de la Ley son aplicables en la medida en que la infracción sea subsanable. Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos.”

En enero de 2018 se publicó el D.S. 1-2018-TR, que modificó algunos artículos del reglamento y agregó un párrafo (D) a su numeral 48.1 por el que se señala expresamente lo siguiente: “las infracciones tipificadas en los numerales 25.7. y 25.18 del artículo 25 tienen el carácter de insubsanables”. No aparecen otras en nuestra normativa con dicha condición. Por tanto, resulta incuestio-

nable que dichas conductas, relacionadas con la prohibición del trabajo infantil y el trabajo forzoso, dos de los cuatro derechos fundamentales según la OIT<sup>5</sup>, justificarían su consideración como infracciones que no admitirían corrección o arrepentimiento.

Mediante Resolución de Superintendencia N° 186-2019-SUNAFIL de fecha 4 de junio de 2019 se aprobó la versión 2 de la directiva N° 2-2016-SUNAFIL/INII, reglas generales para la fiscalización en materia de seguridad y salud en el trabajo. En el punto 7.8. (referido a la medida inspectiva de requerimiento) se señala que:

- De comprobarse una infracción en temas de seguridad y salud, se requerirá al responsable la adopción de las medidas necesarias para cumplir las normas vulneradas (7.8.1.).
- No se emitirá requerimiento cuando el incumplimiento (7.8.3.):
  - Causó un accidente de trabajo y produjo lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez o muerte al trabajador afectado.
  - No puede ser objeto de subsanación porque ya se produjo durante el periodo afectado y no es susceptible de subsanación en forma retroactiva<sup>6</sup>.
- El inspector debe indicar el carácter insubsanable en la constancia de actuaciones inspectivas y anexos y sustentarla en la imposibilidad de revertir los defectos, sustento que también debe figura en el acta de infracción.

Ahora es una norma inferior la que también excluye ciertas conductas de la posibilidad de subsanación.

5 Ver la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de junio de 1998 en el siguiente enlace: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_467655.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf) Sobre la importancia de los derechos fundamentales laborales en nuestras vidas ver ULLOA MILLARES, D. (2013) “La titularidad de los derechos constitucionales laborales y su tratamiento legal: ideas sobre el concepto de trabajador previsto en la Constitución y las relaciones laborales legalmente excluidas”. *Derecho & Sociedad* (40). 101-111. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12792>

6 Curiosa definición circular: No puede ser objeto de subsanación por no es susceptible de subsanarse.

Luego, mediante Resolución de Superintendencia N° 237-2019-SUNAFIL de fecha 24 de julio de 2019, se adoptó como segundo criterio normativo que las infracciones previstas en el numeral 25.22 del reglamento (referidas a contar con los cuadros de categorías y funciones o la política salarial prevista en la ley 30709) califican como subsanables, “estando facultado el inspector de trabajo a emitir la medida de requerimiento respectiva, una vez verificado que el sujeto inspeccionado no cuenta” con los documentos antes indicados.

Resulta discutible que este incumplimiento sea subsanable pero es lo que señala la norma.

Finalmente, mediante Resolución de Superintendencia N° 31-2020-SUNAFIL de fecha 3 de febrero de 2020 se aprobó la directiva N° 1-2020-SUNAFIL/INII, directiva sobre el ejercicio de la función inspectiva, la cual dejó sin efecto las reglas generales para esta función aprobada por la directiva N° 1-2016-SUNAFIL/INII. En el punto 7.14. (referido a las medidas inspectivas) esta norma establece, entre otros requisitos, que:

- Si se advierte la comisión de infracciones, los inspectores emiten medidas de advertencia, requerimiento, paralización o prohibición de trabajos o tareas o cierre temporal según corresponda (7.14.1.).
- Las medidas de requerimiento, paralización o prohibición de trabajos o tareas o cierre temporal deben incluir el detalle y la descripción “clara, precisa y concisa”<sup>7</sup> de (7.14.1.):
  - los hechos o actos constitutivos de los incumplimientos,
  - los trabajadores afectados,
  - las normas vulneradas,
  - los numerales del reglamento que tipifican los hechos como infracciones,
  - los periodos de comisión de las infracciones,
  - la obligación normativa que exige su cumplimiento y el riesgo grave o inminente advertido, según corresponda,
  - el mandato específico que debe cumplir el inspeccionado.

---

7 Resulta interesante este énfasis en el contenido de la medida, el mismo que debe ser conjuntivo.

- El plazo para el cumplimiento del requerimiento se establece considerando la cantidad de trabajadores afectados, la gravedad y naturaleza de la infracción, la urgencia de la medida, la razonabilidad y cualquier otro factor que, a su juicio, permitan evaluar la duración del plazo (7.14.5.).
- Se puede calificar una infracción como insubsanable para lo cual debe motivarse debidamente y sustentarse en una conducta infractora que, antes de ser detectada por el inspector, agotó sus efectos dañosos y no es posible remediar el perjuicio producido o evitar el que se pudiera producir al trabajador, sustento que también debe figurar en el acta de infracción. Todo esto debe notificarse al inspeccionado y no se genera requerimiento (7.14.8.).

De la evolución normativa antes reseñada podemos notar que la regla sería que todo es subsanable y que las infracciones insubsanables son la excepción y, por ello, deben ser específicamente previstas en las normas, tal como se hizo hasta enero de 2018. Por tanto, lo señalado por el “comité de criterios” en el 2019 parecería redundante. O de repente han querido cambiar el orden de las cosas, interpretación que tendría sustento en lo incluido en la directiva del 2020, en la cual se describe el poder del inspector para definir cuándo una infracción le parece insubsanable.

534

Consideramos que esta situación es peligrosa y merecería una posición clara del Tribunal de Fiscalización Laboral próximo a ejercer funciones porque como hemos anotado anteriormente, las consecuencias son muy diferentes si estamos ante una infracción subsanable que otra que no lo sea. Y esa característica de que “no es posible remediar el perjuicio producido” en realidad se puede aplicar a todo incumplimiento, inclusive a la falta de pago de beneficios económicos pues pueda darse el caso que al no recibir mi gratificación de Navidad no pude pagar mi respectiva cuota de la hipoteca y ello me generó mayores gastos y trámites y disposición de tiempo que los reconocidos por los intereses legales. Esto es, siempre se podrá producir un daño que parecería no sería atendido si el incumplimiento se considera como subsanable.

Y, en cambio, el no cumplir con realizar la elección del comité de seguridad y salud en el trabajo podría calificarse como insubsanable a pesar de no haber

tenido incidente o accidente alguno y no generarle daño real a los trabajadores. Aquí es donde resulta necesaria, creemos, una claridad, razonable y coherente.

### **La realidad**

Basados en el texto de la ley y sus objetivos de reducción de multa y sanción de la reiteración entendemos que debe presumirse que todas las infracciones son subsanables salvo los que la norma indique que no lo son (hasta hoy, dos infracciones). Pensar que resulta subsanable solamente aquello que puede ser revertido es algo que no está siendo debidamente interpretado pues, siendo objetivos, todo lo pasado ya no puede ser modificado. Como ya indicamos, si no se depositó la CTS el 15 de mayo, ello ya no puede modificarse, ya se generaron efectos, buenos y malos.

En efecto, vemos que muchos inspectores de trabajo (y las autoridades pertinentes) han venido interpretando sin mayor sustento que otras conductas resultan insubsanables, en especial las vinculadas con accidentes de trabajo, con el citado criterio de que “no son posibles de revertir en el tiempo”. Esto nos parece muy discutible porque, como hemos indicado, pensando así ninguna infracción resultaría subsanable y se le negaría al infractor la posibilidad de corregir su conducta, presumiendo una responsabilidad objetiva en su actuación.

Veamos algunos casos reales recientes:

- 1) En el anexo constancia de actuaciones inspectivas de fecha 19 de octubre de 2018 que se incluyó como punto 4.6. de la respectiva acta, se señala que “en aplicación de la Directiva N° 002-2016-SUNAFIL/INII, numeral 7.8.3., se han detectado causas de accidente de trabajo que son incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo y se determinas (sic) como hechos insubsanables a la fecha de la ocurrencia del accidente de trabajo ocurrido”.

En efecto, se señala en el anexo que el accidente de trabajo que sufrió el trabajador califica como hecho insubsanable “por la imposibilidad de revertir el daño ocasionado”, por ser “imposible de ser revertido en el tiempo”, tal como lo prevé el numeral 7.8.3. de la directiva N° 2-2016-SUNAFIL-INII, norma vigente al momento de ocurrir el accidente.

- 2) En el punto 3.13. de la resolución de intendencia N° 3-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 8 de enero de 2021 (se analiza un accidente trabajo) se señala que:

Este razonamiento está ligado justamente con el carácter insubsanable de la infracción cometida conforme a las disposiciones normativas que se enuncian a continuación. El artículo 49 RLGIT indica que: “Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos”. Por su parte, el punto 7.8.3. de la Directiva N° 002-2016-SUNAFIL/INII – Reglas Generales para la Fiscalización en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo dispone que no se emitirá medida inspectiva de requerimiento (que tiene como objeto ordenar la subsanación de la infracción) en los siguientes supuestos: (...) b) Incumplimientos a las normas de SST que no puedan ser objeto de subsanación, debido a que ya se produjeron durante el periodo afectado y no son susceptibles de subsanación en forma retroactiva. Sobre el particular, en el noveno hecho verificado del Acta de Infracción, se señaló que: “Tal incumplimiento configura una infracción que, deviene en la afectación del trabajador Jesús Antonio Huamán Ramos. Al no realizar el sujeto inspeccionado la identificación y valoración completa de todos los peligros y riesgos para el puesto de trabajo y/o la actividad que desarrollaba el trabajador (Técnico Mecánico) a la fecha del accidente de trabajo 4.1.2015; se evidencia la vulneración del derecho a la integridad física (vida) del trabajador consignado.

- 3) En el punto 3.9. de la resolución de intendencia N° 12-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 12 de enero de 2021 (otro accidente de trabajo) se señala que:

Al respecto, es oportuno precisar que el incumplimiento constatado que se analiza, constituye una infracción insubsanable en materia de seguridad y salud en el trabajo, toda vez que a la fecha del accidente de trabajo materia de investigación, esto es al 15 de noviembre de 2014, ya se había ocasionado daño a la trabajadora Yovany Jackeline Dávila Ramos, no siendo susceptible de subsanación en forma retroactiva, lo cual se dejó constancia en la Hoja Anexa a la Constancia de Actuaciones Inspectivas; por lo que no se procedió a emitir la medida inspectiva de requerimiento, de conformidad con Resolución Directoral N° 29-2009-MTPE/2/11.4 Sobre Criterios Aplicables en la Inspección del Trabajo donde el numeral 7 dispone que “en caso de incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo, que causó un accidente de trabajo, no se extenderá respecto del trabajador afectado medida de requerimiento al

tratarse de una infracción insubsanable; sin embargo, se deberá dejar constancia de ese hecho en la actuación inspectiva en la que se determine dicha infracción; debiendo efectuarse la respectiva motivación en el Acta de Infracción correspondiente.”; concordante con el artículo 40 del RLGIT.

- 4) En el punto 3.8. de la resolución de intendencia N° 13-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 12 de enero de 2021 (otro accidente de trabajo) se señala que:

Además, se advierte que el personal inspectivo de trabajo determinó que la presente infracción es de carácter insubsanable en vista que los efectos del accidente no pueden ser revertidos, conforme al Anexo No I - Infracciones Insubsanables/Irreversibles que obra en autos.

- 5) En los puntos 3.10. y 3.11. de la resolución de intendencia N° 19-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 12 de enero de 2021 (accidente de trabajo) se señala que:

3.10. Al revisar los actuados en el expediente investigatorio, se advierte que con relación al Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo al termino de las investigaciones la Inspectora del Trabajo actuante emitió el Anexo 2: Hechos No Revertibles, notificado el 11 de enero de 2017 a la inspeccionada a través de apoderado Giancarlo Paolo Bonilla Hurtado, donde dejo constancia que los incumplimientos advertidos en este documento es una infracción no revertible a la fecha de ocurrencia del accidente de trabajo del señor Coronado Rojas, estando a que la vulneración a las normas de seguridad y salud en el trabajo ya se produjeron y no es posible su subsanación en forma retroactiva, al amparo del literal b) del numeral 7.8.3 de la Directiva N° 002-2016-SUNAFIL/INII – Reglas Generales para la Fiscalización en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.

3.11. En atención a lo anterior, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo presentado con sus descargos contra el Acta de Infracción, cuyas observaciones se detectaron a la fecha del accidente de trabajo, ya no pueden ser subsanadas por la inspeccionada, en atención a las consideraciones expuestas por la inspectora actuante, sin perjuicio de las acciones correctivas que debe adoptar la inspeccionada luego de la ocurrencia de un accidente laboral.

- 6) En los puntos 3.10. y 3.11. de la resolución de intendencia N° 24-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 13 de enero de 2021 (un registro en planilla y accidente de trabajo) se señala que:

3.10. En cuanto a lo señalado en el numeral iii) del recurso de apelación, de la revisión de autos, se advierte que en coincidencia con lo señalado en la Hoja Anexa – Hechos Insubsanables, la autoridad de primera instancia ha señalado en los considerandos 18 y 22 de la resolución apelada ha señalado que habiéndose determinado que “Kraftwagen no registró en su planilla de pago al señor Cortez desde el 21 de abril de 2014, fecha de inicio de sus labores, siendo que a la fecha de ocurrencia de su accidente de trabajo sucedido el 22 de abril de 2014, la infracción se convierte en insubsanable”, además en el considerando 22 de la resolución apelada se ha precisado que, “(...) el carácter insubsanable de la omisión de no haber inscrito al señor Cortez en su planilla a la fecha de su accidente de trabajo se configura en atención a su temporalidad, al advertirse que toda inscripción de dicho trabajador en el sistema de planilla electrónica se registraría con fecha posterior al 22 de abril de 2014”, desestimando así, el argumento de la inspeccionada.

3.11. De lo que se advierte que la autoridad de primera instancia, sí ha emitido su pronunciamiento y sustento sobre el motivo por el que se ha considerado insubsanable en el presente caso el incumplimiento del registro en la planilla electrónica, toda vez que, no obstante pueda registrar al trabajador en una fecha posterior, no logrará desvirtuar el incumplimiento de no haber cumplido con su registro de forma oportuna, pues no sería posible retrotraer el tiempo para que se realice dicho registro, esto es dentro del día en que ingresó a laborar el mencionado trabajador, en contravención a lo dispuesto en el artículo 4-A. del Decreto Supremo N° 018-2007-TR, que señala: “El empleador deberá registrarse, así como a sus trabajadores, (...) de acuerdo a los siguientes plazos: a) Trabajador, prestador de servicios a que se refiere el numeral ii) del literal d) del artículo 1 del presente Decreto Supremo, (...) dentro del día en que se produce el ingreso a prestar sus servicios, independientemente de la modalidad de contratación y de los días laborados.”

- 7) En el punto 3.7. de la resolución de sub intendencia N° 187-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE2 de fecha 28 de febrero de 2019, confirmada por resolución de intendencia N° 166-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 28 de enero de 2021 (se resuelve un traslado de centro de labores que se acusa de hostil), se señala que:

En particular, esta conducta ha sido calificada como injustificada, conforme se señaló en el trigésimo primer hecho verificado del acta de infracción, de acuerdo al siguiente detalle:

“(…) Asimismo, habiéndose verificado que el sujeto inspeccionado no ha demostrado que su actuación de trasladar a la trabajadora KARINA ANGELA GUARDIAN RODRIGUEZ de la Agencia Próceres a la Agencia El Agustino, obedezca a una causa real y razonable, a una decisión que se haya adoptado atendiendo a los criterios de razonabilidad, necesidades del centro de trabajo y con respeto a los derechos fundamentales de dicha trabajadora que constituyen en suma los límites propios del poder de dirección del empleador, y como consecuencia de ello le causó un perjuicio económico, se determina que incurrió en infracción al artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (...), al haber incumplido sus disposiciones relacionadas con la facultad de introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, subsumiéndose la conducta (...) en lo señalado en el literal c) del artículo 30º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (...) que constituye INFRACCIÓN DE CARÁCTER INSUBSANABLE en razón a que los efectos del incumplimiento normativo no pueden ser revertidos toda vez que, el traslado y el perjuicio económico se materializaron, además a la fecha dicha trabajadora ya no labora para el sujeto inspeccionado por vencimiento de su contrato de trabajo (...)”

La citada resolución de sub intendencia señala en su numeral 3.30.:

Corresponde señalar que la presente infracción tiene el carácter de insubsanable, conforme se dejó constancia durante el trámite de las actuaciones inspectivas, pues por la naturaleza de la infracción se tornan irreversibles la afectación de la dignidad de la persona humana.

Vistos estos ejemplos, podemos ver con interés los diferentes argumentos para calificar de insubsanable diferentes conductas previstas en las directivas antes indicadas, lo que consideramos ilegal y contradictorio con las normas superiores.

En efecto, como ya se ha dicho y siendo estrictos, ninguna infracción laboral puede ser revertida en el tiempo. Entonces, la posibilidad de reconocer la subsanación dependerá de lo que queramos incentivar en los empleadores.

Otro caso real nos puede servir como ejemplo: La resolución de intendencia N° 523-220-SUNAFIL/ILM de fecha 9 de setiembre de 2020 confirmó la resolución de sub intendencia N° 268-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE5 de fecha

14 de marzo de 2019 que impuso sanción a una empresa por no acreditar el pago de remuneraciones de 651 trabajadores de octubre 2015 a febrero 2016 y por no cumplir con la medida de requerimiento. En efecto, en este caso las inspectoras comisionadas detectaron los incumplimientos y remitieron una medida inspectiva de requerimiento de fecha 17 de junio de 2016<sup>8</sup> para que la empresa acredite “el reintegro de la remuneración a partir del mes de octubre de 2015 al mes de febrero del 2016, a favor de los 651 trabajadores afiliados al sindicato...” caso contrario se constituiría una infracción a la labor inspectiva, como finalmente ocurrió.

Vemos entonces que no pagar la remuneración fue considerado una conducta subsanable.

Lo mismo confirmó la autoridad en la resolución de intendencia N° 532-2020-SUNAFIL/ILM de fecha 11 de setiembre de 2020 cuando una empresa no pagó en diciembre de 2018 la indemnización vacacional de un trabajador generada en los periodos 2014 a 2016 (tres años). Este incumplimiento también fue considerado subsanable y, al no pagarse en el plazo, generó la multa por infracción a la labor inspectiva. Es más la resolución de primera instancia, resolución de sub intendencia N° 499-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE4 de fecha 19 de junio de 2019, señaló:

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 48.2 del artículo 48 de la LGIT se exige al sujeto inspeccionado cumpla con subsanar la infracción señalada en el numeral 1 del cuadro que antecede. Asimismo, si bien la infracción a la labor inspectiva es de naturaleza insubsanable, corresponde instar al sujeto inspeccionado para que en lo sucesivo cumpla con su deber de colaboración frente a la inspección del trabajo.

No realizar charlas de formación e información en seguridad y salud en el trabajo también se consideró curiosamente una infracción subsanable, tal como lo resolvió la resolución de sub intendencia N° 702-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE1 de fecha 12 de agosto de 2019 confirmada por resolución de intendencia N° 521-220-SUNAFIL/ILM de fecha 9 de setiembre de 2020. Y eso a pesar de que las charlas sobre formación e información de riesgos específicos en el puesto de trabajo debieron realizarse en el 2016 y la inspección emitió su acta en el 2017.

8 Hay que notar la demora del procedimiento (más de tres años).

De todos estos casos, que como podrá verse son de un periodo muy corto (2019-2021) se puede ver que el tema no queda claro. Así, si no pago la gratificación de un trabajador el 15 de diciembre, la falta de dinero en ese día puede causar un perjuicio al trabajador, pues tiene menos ingresos y sufrirá esa falencia hasta que el empleador pague, por lo que estaríamos también ante un incumplimiento que puede producir un perjuicio que no puede ser subsanado. Claro, para cubrir ello se inventaron los intereses, como una forma de compensar o sancionar el incumplimiento (mora). Empero, cuando existe un accidente de trabajo, se parte de la idea básica de que es imposible su subsanación porque el tiempo no puede retrotraerse para justamente evitar la ocurrencia del hecho. Pero, no siempre la ocurrencia de un accidente se debe porque exista un documento.

Otro ejemplo: no tener registro de asistencia se considera insubsanable. Pero, ¿acaso no se puede probar dicha información con, por ejemplo, la grabación de cámaras? ¿O con un cuaderno de vigilancia? ¿O con testimonios? ¿O con otros indicios? Claro, pareciera más fácil ir por lo insubsanable pero con ello estaríamos acercándonos a un sistema de responsabilidad objetiva: lo tienes o no lo tienes, dejando lo subsanable solamente para las obligaciones de dar dinero pero no las de hacer (registrar en planilla, entregar condiciones de trabajo, evitar un accidente).

Entonces, más que hechos insubsanables, que los son todos, creemos que lo que la ley originalmente buscaba (ojo que estamos hablando de una norma del 2006) es observar si en cada caso a revisar la empresa puede corregir o subsanar alguna conducta que impida la reiteración de los hechos (más allá de lo que haya ocurrido) así como una debida compensación y disminuir riesgos. Es por ello que consideramos que las directivas que califican como insubsanable los incumplimientos de seguridad y salud resultan ilegales, pues crean supuestos que impiden la aplicación del beneficio legal de la reducción de multa previsto en el artículo 40 de la ley. ¿Por qué la ocurrencia de un accidente no puede corregirse y si el pago de algún beneficio? ¿Un acto de hostigamiento o un acoso serían subsanables? ¿Impedir la constitución de un sindicato (25.11. del reglamento) o incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores (28.4. del reglamento) es algo subsanable?

En efecto, las reducciones al 30% y al 50% de la multa propuesta o impuesta previstas en la ley se logran cuando se acredita “la subsanación de las infracciones detectadas”. Esto significa que:

- 1) Hay una infracción.
- 2) El infractor decide subsanar la infracción, porque no conocía su incumplimiento o porque la interpretación que le daba no ha sido compartida por el inspector o porque simplemente no quiere cumplir las normas. Tres supuestos diferentes que recibirían la misma consecuencia.

Los textos señalan que “Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos.” Entender que solamente se puede subsanar lo que supone entrega de dinero supone a nuestro parecer actuar de manera limitada, sin sustento técnico y, principalmente, contradiciendo el mandato del art. 40 de la ley. Asimismo, demuestra poca información en el objetivo buscado con la inspección pues ¿cuál es el objetivo de nuestro modelo: solamente multar o una buscar una cultura de respeto de las normas?

542 Cuando hablamos de accidentes se trabaja normalmente la infracción prevista en el numeral 28.10 del reglamento, a saber: “el incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo *que ocasione* un accidente...” Por tanto, el incumplimiento debe ser la causa del accidente, aspecto que debería probarse en el acta o el procedimiento de inspección. Lamentablemente esto no ocurre y todo es reemplazado por una aplicación automática de verificación de accidente – multa.

Frente a esto podríamos preguntarnos cómo se pueden subsanar los hechos acusados en un accidente de trabajo. ¿Cuáles son estos efectos para poder verificar si pueden ser revertidos? Si un accidente, por ejemplo, no fue generado por algún incumplimiento sino que fue consecuencia de factores externos al infractor, a saber:

- La temeridad del trabajador,
- El incumplimiento del trabajador,
- El hecho decisivo de un tercero.

Entonces, si el infractor no participa como causante de la consecuencia ¿cuál es el argumento para que no pueda subsanar su conducta y no obtener la reducción de la multa? El numeral 7.8.3. de la directiva 2-2016 establece que es “la imposibilidad de revertir los efectos del incumplimiento normativo o de

la afectación del derecho, sustento que también debe ser consignado en el acta de infracción”.

¿Qué ocurre si el trabajador se recupera de las dolencias del accidente? ¿Qué pasa si el empleador, una vez ocurrido el accidente, activa todos los seguros contratados y atiende a la persona? ¿No se ha producido una reversión de su afectación del derecho? Nótese que, como indicamos líneas arriba, tenemos solamente dos opciones: o todo es insubsanable porque no se puede regresar en el tiempo o todo es subsanable porque siempre existirán medidas de compensación o sanción ante la ocurrencia de un incumplimiento.

De repente ese ha sido el motivo por el cual la norma del 2018 solamente considera como insubsanables las conductas previstas en los numerales 25.7 y 25.18. del reglamento de la ley general de inspección. Y por ello podemos entender que es posible una reducción en la multa, si acaso esta se mantuviera, dado que las consecuencias del incumplimiento pueden ser revertidos o subsanados (en el caso de un accidente no mortal con cuidados y atención médica hasta lograr la alta del trabajador). Esto es, la discrecionalidad del inspector debería considerar, como señala el art. 38 de la ley, no solo mecánicamente la gravedad de la falta de cada caso y el número de trabajadores afectados (caso en el cual hay normas que fijan un número) sino también el tipo de empresa y sus antecedentes y principalmente, los principios de razonabilidad y proporcionalidad (art. 47 del reglamento). Y así no tratar igual lo que en cada caso puede ser diferente. Caso contrario, no habría incentivos para reducir los riesgos si la multa va a ser la misma que aquella impuesta a aquel que no realizó cobertura alguna. Más barato resulta ser informal y eso es justamente lo que no queremos auspiciar. Dura tarea que tiene el Tribunal de Fiscalización Laboral.

Pensar como las directivas nos llevaría nuevamente al supuesto imposible de no consideración de las prevenciones realizadas por un empleador cuando le ocurre un accidente, inclusive si este es causado por un tercero o por negligencia del trabajador. Reparemos que la legislación española, referente común de nuestra legislación y nuestra doctrina, excluye expresamente de su concepto de accidente de trabajo a:

- “a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.”

Queda claro que no podemos pedir lo imposible y calificar como accidente de trabajo a todo suceso que le afecte al trabajador cuando concurren, por ejemplo, numerosas fracturas del nexo causal.

### **Hacia una propuesta para no incentivar incumplimientos**

Creemos que la inspección del trabajo constituye una función esencial en nuestra sociedad, en especial porque ha sido relevante para corregir las numerosas falencias de nuestra legislación así como la demora en la atención de resolución de conflictos por parte del Poder Judicial. Asimismo, vemos con satisfacción que la calidad profesional de los inspectores ha venido mejorando con el tiempo desde aquella célebre acta de infracción emitida en el año 2007 en el caso Topy Top<sup>9</sup>. Pero es necesario tener claridad en las posiciones.

544

En este sentido, y dado que ya se han elegido a los miembros del Tribunal de Fiscalización Laboral, consideramos que un tema importante a definir será la diferenciación, si cabe, entre infracciones subsanables e insubsanables, dado que el criterio de la reversión en el tiempo no nos parece adecuado. Creemos que los elementos que pueden tomarse para esta definición pueden ser:

- La gravedad de la falta, entendiendo como gravedad entre otros la naturaleza de la misma, esto es, si está relacionada a un derecho fundamental, a un beneficio económico o a un beneficio cualitativo; los motivos de generación de la falta; verificar quien la generó (si fue una persona determinada o una política de empresa) así como el impacto de la falta al trabajador, su familia como al personal.

9 Para conocer esta interesante historia puede verse el trabajo de SANGUINETTI RAYMOND, W., GARCÍA LANDABURU, M. y VIVAS PONCE, M. Empresas multinacionales, responsabilidad social y derechos laborales en el Perú, la experiencia de Topy Top, informe de investigación del CICAJ N° 1, 2013. Recuperado a partir de [https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2015/11/libro\\_topy-top\\_sanguinetti-garcia-landaburu-vivas.pdf](https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2015/11/libro_topy-top_sanguinetti-garcia-landaburu-vivas.pdf)

- El número de trabajadores, tanto los real como los potencialmente afectados.
- El tipo de empresa.
- Las conductas realizadas previamente por el infractor para evitar la comisión de la falta.
- La reiteración de la falta.
- La pedagogía, el objetivo a buscar.

Los tres primeros figuran en el art. 38 de la ley como criterios generales para la graduación de la sanción pero se usan muy poco en las actas y resoluciones, las que normalmente siguen mecánicamente el cuadro de multas del art. 48 del reglamento. Asimismo, no nos parece razonable que el tipo de empresa pueda generar una diferencia en muchas infracciones. Por ejemplo, un acoso sexual no debería verse diferente según el tipo de empresa pero si de repente ante una demora en el pago de un beneficio (considerando el nivel de ingresos de la empresa en el último semestre por ejemplo). Y esto debería verse caso por caso, lo cual no hemos visto en la mayoría de resoluciones revisadas.

Entendemos que un análisis casuístico para la imposición de la multa supone mayor tiempo pero ellos nos llevaría a resoluciones más razonables y, también, justas. Y parte de ello supone tener una lista clara de cuáles son las faltas que pueden subsanarse y que tendrían una nueva oportunidad y cuáles no, tipificación que debería estar por lo menos en una norma reglamentaria y no en una directiva elaborada justamente por la propia autoridad. O, en todo caso, que se fundamente en motivos claros y razonables, con un plazo previo para difusión y no tal como figuran en las directivas antes citadas.

Somos de la idea que todas las infracciones son subsanables para adelante dado que la conducta sancionable ya se cometió. Pero la particularidad del infractor, la naturaleza de la falta, las consecuencias de la misma, los motivos de su ocurrencia y la posibilidad de corrección para adelante deberían ser suficientes motivos para generar un cambio en el infractor. Esto es, en la primera vez siempre debería presumirse la buena fe, la inocencia del infractor e, inclusive, obligarlo a llevar un curso de capacitación en obligaciones laborales a cargo de la autoridad de trabajo, los cuales deberían ser mensuales para así comprender

a los infractores. Si luego de todo esto, el infractor continúa incumpliendo, las multas podrían incrementarse.

Todo lo anterior nos parece también aplicable a los accidentes de trabajo aunque este tema, tan sensible y tan cercano -en la reciente experiencia judicial- a la responsabilidad objetiva, nos parece que debería merecer un estudio específico tomando en cuenta las metas a cumplir.

Lima, marzo de 2021