

SUGERENCIAS PARA UN MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA FISCALIZACIÓN LABORAL EN PERÚ

DANIEL ULLOA MILLARES⁽¹⁾

La historia de la regulación de la fiscalización laboral en Perú inició un nuevo capítulo con la creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) en enero de 2013 mediante Ley N° 29981. Regulada hasta fines del siglo pasado por normas infralegales⁽²⁾, a pesar de que el convenio OIT N° 81 fue ratificado a inicios de 1960, se consideró como entidad encargada de esta labor a las dependencias correspondientes de las direcciones regionales de trabajo y promoción social del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Posteriormente, y en virtud de las normas de regionalización, muchos de los inspectores de trabajo dependieron de los gobiernos regionales, lo que creó alguna distorsión tanto en los criterios utilizados para resolver los conflictos laborales como en la situación laboral de los inspectores, dado que las escalas remunerativas eran diferentes (e inclusive la contratación, pues algunas regiones contaban con inspectores vinculados por locación de servicios o por contratación administrativa –CAS–).

La Sunafil ha generado, nuevamente, adoptar la opción de la centralización de la labor inspectiva y, además, una importante mejora en las remuneraciones del personal de inspección⁽³⁾. Sin embargo, a pesar de tener más de un año

(1) Candidato a Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Director de la Maestría de Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la citada universidad. Profesor en la Universidad ESAN.

(2) D.S. N°s 3-71-TR, 3-83-TR, 4-95-TR, 4-96-TR (11/06/1996).

(3) Un inspector auxiliar recibe como ingreso básico mensual S/. 6,500.

de vigencia⁽⁴⁾ la Sunafil todavía se sigue implementando, faltando varias etapas a completar (por ejemplo, la conformación del tribunal de fiscalización laboral) y, por lo tanto, nos encontramos a tiempo para que puedan generarse muchas mejoras respecto de la práctica actual, para lo cual presentamos en este trabajo algunas sugerencias para su discusión.

Principios o ideas que deben ser respetados y que consideramos son indiscutibles

1. Hay reglas (correctas o incorrectas, rígidas o flexibles pero reglas) que deben respetarse (en otras palabras, la normativa laboral). Sin embargo, estas no se cumplen en nuestro país (preponderancia de la informalidad) ya sea de manera inconsciente o, lo cual es peor, consciente.
2. Existe obligación del Estado de cumplir con el objetivo de velar por el respeto de las normas y reducir los incumplimientos (convenio 81 OIT y normas locales).
3. Se deben utilizar formas o alternativas para convencer o exigir lo anterior a los actores sociales: empleadores, organizaciones sindicales, trabajadores, utilizando el modelo latino (colaboración) o el modelo disuasorio (multas elevadas) de inspección.

Por lo tanto, es indiscutible que es necesaria una inspección del trabajo, la misma que no puede tercerizarse. Y que los inspectores realizan una importante función pública.

Entonces, la primera pregunta que surge de este esquema supone conocer si el objetivo buscado se ha venido logrando en nuestro país. Y la respuesta lamentablemente es negativa debido a:

- El número de inspectores, bajo en nuestro país, a pesar del gran impulso que supuso para esta función la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América en el año 2006.

En efecto, hace dos años, en julio de 2012 el entonces ministro de trabajo y promoción del empleo, Sr. José Villena, afirmaba que Perú tenía un déficit de 1,600 inspectores laborales y que el 92 % de los

(4) Con nuevo superintendente, dado que el primero que ingresó en setiembre de 2013 ha sido reemplazado según R.S. N° 15-2014-TR publicada el 29 de agosto de 2014.

gobiernos regionales no contaba con más de cinco inspectores⁽⁵⁾, siendo que según la información antes indicada en esa oportunidad los gobiernos regionales de Amazonas, Cajamarca, Huánuco, Junín y Ucayali carecían de inspectores.

La ministra que lo sucedió, Sra. Nancy Laos, señaló un año después, en junio de 2013, que al entrar en funcionamiento la Sunafil en julio de ese año se duplicaría el número de inspectores, pues en ese momento solamente contaban con 420 profesionales que cubrían el 20 % de la demanda⁽⁶⁾, señalando la nota periodística que en Japón, si bien con mayor población que Perú⁽⁷⁾, se contaba con 3,000 inspectores aproximadamente.

Finalmente, hace pocas semanas, el 13 de agosto de 2014 el saliente superintendente de la Sunafil presentaba el primer programa de fiscalización laboral que buscaba incorporar 91 inspectores auxiliares a dicha entidad⁽⁸⁾, evento que se realizaría en Lima y que duraría seis semanas con 360 horas lectivas, entre setiembre y noviembre de 2014.

- Las condiciones de trabajo de los inspectores (en Lima no tienen un local propio y siguen ocupando la sede del Ministerio de Trabajo; de otro la página web de la Sunafil todavía no muestra todo su contenido completo),
- Las materias a resolver, las mismas que no respetan la predictibilidad de las decisiones, existiendo numerosas interpretaciones o directivas no publicadas que rigen la actuación de los inspectores. Por ejemplo, los incumplimientos que son “insubsanables”, corregido recién a fines del año pasado con la modificación realizada por el D.S. N° 12-2013-TR⁽⁹⁾.

(5) Información publicada por la agencia andina de noticias que puede verse en <<http://www.andina.com.pe/espanol/noticia-hay-un-deficit-1600-inspectores-laborales-todo-pais-419878.aspx#VADvB8V5O1s>>.

(6) Noticia publicada en el diario *La República* el 27 de junio de 2013 que se puede ver en <<http://www.larepublica.pe/27-06-2013/ministra-laos-se-duplicara-el-numero-de-inspectores-laborales-desde-julio>>.

(7) A fines de 2013 Japón contaba con una población de 127.341.000 aproximadamente. Perú terminó ese año con 30.375.603 habitantes, aproximadamente. Haciendo una regla de tres simple Perú debería contar con más de 700 inspectores.

(8) Ver: <<http://www.sunafil.gob.pe/noticias/sunafil-incorpora-nuevos-inspectores-del-trabajo-para-fiscalizar-empresas-a-nivel-nacional/>>.

(9) Norma publicada el 7 de diciembre de 2013.

Sin perjuicio de que la inspección del trabajo no ha realizado publicaciones sobre sus decisiones⁽¹⁰⁾ (si bien ha habido textos de legislación especial sobre inspección) en la página web del Ministerio de Trabajo todavía podemos encontrar dos secciones que nos ofrecen algunos criterios para poder aprender de las decisiones que se han tomado en otros casos. Ya sea como Dirección General de Trabajo⁽¹¹⁾ o como Dirección de Inspección del Trabajo, a cargo en última instancia de resolver los diferentes procedimientos administrativos sancionadores⁽¹²⁾, podemos acceder al pensamiento de la autoridad de trabajo en un determinado momento, aspecto que la Sunafil todavía no implementa en su página web, que actualmente tiene en construcción⁽¹³⁾.

Tal como lo desarrolla el profesor Weil⁽¹⁴⁾, existen cuatro principios fundamentales para obtener un uso eficaz de los recursos con los que cuenta la inspección:

- Una adecuada fijación de prioridades, esto es, tener claro qué es lo que se busca lograr con la inspección del trabajo.

Esto supone dos puntos no entendidos claramente por los administrados: la frecuencia de las visitas, la materia de revisión y el comportamiento del inspector.

Lo primero debería estar debidamente registrado y controlado por la Sunafil, pues es común escuchar las quejas de los empleadores cuando reciben más de diez visitas de inspectores al semestre o al año. Y en esto debe diferenciarse la visita motivada por denuncia de aquella visita realizada como parte del plan de inspección de la autoridad. Una empresa que constantemente incumple las normas no debería tener quejas sobre las visitas de los inspectores ni que sus trabajadores lo denuncien.

(10) Al estilo del comité de libertad sindical de la OIT, que consolidad sus decisiones en un texto que puede encontrarse en <http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf>.

(11) En: <<http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=734&tip=9>>.

(12) En: <<http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=215&tip=9>>.

(13) Las secciones de estadística, estudios sectoriales e investigaciones laborales permanecen vacías (última vista realizada el 29 de agosto de 2014).

(14) WEIL, David. "Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 127, N° 4, 2008.

Lo segundo debería ser comentado por los inspectores para un mejor desarrollo de la inspección: si el empleador conoce el objeto de la investigación (no si fue denunciado, dado que debe evitarse la represalia) le será más fácil, en teoría, poder presentar los elementos que acrediten el cumplimiento de la observación. O ayudar al inspector en el desarrollo de su labor. Esto no supone conocer todo lo realizado en la etapa de actuaciones inspectivas (que finalmente debe consolidarse en el informe o el acta de infracción, según sea el caso) sino aquellos aspectos esenciales para que el inspeccionado pueda ejercer su defensa en esta etapa de investigación.

Lo tercero tiene que ver con la supuesta “poca” amabilidad del inspector, e inclusive con su conducta promotora de la sindicalización de los trabajadores. No olvidemos que la libertad sindical es un derecho fundamental, por lo tanto, no vemos criticable que un inspector asuma una posición favorecedora del ejercicio de estos derechos y así lo pregone. Lo que si debería evitarse es la utilización de prejuicios en la etapa inspectiva, en especial en procedimientos generados por denuncia, pues muchas veces el inspector no recibe todos los elementos necesarios para poder llegar a una posición sobre un tema (por ejemplo, otorgamiento de licencias sindicales).

Lo anterior resulta de aplicación en las comparencias, donde la parte sindical acude (inclusive con abogados) como si fuera la audiencia única de un proceso, siendo que –a criterio del inspector– su participación debería ser colaborativa.

- Otro elemento es la disuasión y conocer si la inspección influye en la opción de un mejor comportamiento o asusta a los actores sociales. Y en este punto hemos pasado en la última década de un extremo al otro.

En efecto, si un inspector descubre que un empleador ha incumplido una norma, las normas de inspección siempre han previsto que dicha conducta genera una multa, según estemos ante una infracción leve, grave o muy grave, cuyos montos máximos están fijados en la Ley General de Inspección del Trabajo y que el reglamento detalla según el número de trabajadores afectados.

Desde el año 2006, que entró en vigencia la mencionada ley, tuvimos como montos máximos de multas 20, 10 y 5 unidades impositivas

tributarias (UIT) para las infracciones muy graves, graves y leves, respectivamente. Estos topes se incrementaron a 200, 100 y 50 UIT en enero de 2013, con la ley de creación de la Sunafil, Ley N° 29981, lo cual fue duramente cuestionado por el sector empresarial. Pareciera que estábamos, entonces, ante una clara intención de incrementar la disuasión mediante un mayor impacto económico en el empleador que incumpliera la normativa. Visto desde el otro lado, se establecía un desincentivo para la formalidad.

En consecuencia con lo anterior, la modificación del reglamento realizada mediante D.S. N° 12-2013-TR eliminó las bandas de multa existentes en el reglamento original (aprobado por D.S. N° 19-2006-TR) para imponer un porcentaje fijo de la UIT para cada caso, incrementándose también los grupos de trabajadores afectados (se pasó de siete grupos a diez) y el monto de las multas.

No obstante, solo meses después de este cambio de política de control se publicó este año la Ley N° 30222 que modificó varios artículos de la ley de seguridad y salud en el trabajo y en cuya única disposición complementaria y transitoria estableció un periodo de amnistía laboral.

En efecto, por un periodo de tres años⁽¹⁵⁾ se adopta un enfoque preventivo de la política de inspección del trabajo por lo que si un inspector detecta una infracción, no se genera la multa si el empleador cumple con lo señalado por el funcionario en el acta de requerimiento. Y si no lo cumple, la propuesta de multa a imponer no debe ser mayor al 35% de la que hubiera correspondido con el esquema legal vigente, salvo que sean infracciones a los derechos laborales fundamentales, tal como lo precisa la Organización Internacional del Trabajo en su declaración de 1998 y el artículo 45 del TUO de la Ley del impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial, aprobado por D.S. N° 13-2013-PRODUCE, infracciones a la labor inspectiva o que sea una conducta reincidente en un periodo máximo de seis meses.

Por lo tanto, es muy preocupante que estas modificaciones legales nos permitan deducir que no existe una estrategia clara de métodos

(15) No nos parece casual que dicho periodo suponga la existencia de un nuevo gobierno democrático.

de disuasión de la inspección del trabajo, pues en menos de dos años hemos pasado de un esquema de incremento de las multas (inspección amenaza) a uno de prevención y amnistía (el empleador puede incumplir las normas legales hasta que lo constate un inspector de trabajo, caso en el cual tendrá una oportunidad más para corregir su conducta y con ello evitar cualquier sanción). Y luego esperar seis meses para volver a considerar la normativa laboral como dispositiva.

Consideramos que este periodo de “prevención” no corresponde a nuestro incipiente modelo de formalidad laboral, el cual debería contar con esta posibilidad en determinados casos y bajo determinadas materias, no solamente las conceptuadas como derechos laborales fundamentales pues en la práctica existen dos grandes incumplimientos adicionales a dichos derechos como lo son la simulación de relaciones laborales bajo contratos civiles o mercantiles y la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad y de los contratos de intermediación o tercerización laboral. Y entendemos que es más grave que un trabajador no figure en planilla y no tenga acceso a la seguridad social que el reintegro de un determinado beneficio social.

Conociendo la realidad peruana, tan proclive a amnistías e indultos, entendemos como impertinente esta decisión del legislador pues con ello nuevamente presentamos una situación en la cual cumplir las normas y ser formal no genera ningún beneficio o incentivo. Al contrario, este esquema permisivo (mal llamado de prevención) incentiva al incumplimiento, al no respeto de las normas laborales.

Quede claro que mientras el trabajador está generalmente obligado a laborar para poder percibir una remuneración que recientemente el Tribunal Constitucional ha ratificado que debe ser equitativa y suficiente (o satisfactoria)⁽¹⁶⁾, el empleador no está obligado a ejercer su derecho de libertad de empresa, por lo que cuando ello ocurra siempre deberá tener en cuenta que existen reglas y parámetros que deben respetarse.

(16) Sentencia emitida en el expediente N° 20-2012-AI de fecha 16 de abril de 2014.

Por lo tanto, el buen empleador, el que cumple las normas no se ve afectado si las multas se incrementan o los inspectores utilizan un modelo disuasorio. Es el mal empleador quien se sorprende y critica cualquier facilidad a los inspectores. Sin embargo, pareciera que el legislador ha pensado en proteger a este último empleador antes que reconocer el esfuerzo del primero.

- Otro criterio que describe Weil es la perdurabilidad, esto es si se reiteran los incumplimientos o la reincidencia en el incumplimiento, si el empleador cumple por la amenaza de la inspección o en realidad hay cambios duraderos, se crea una cultura o una política de cumplimiento. Este aspecto todavía no ha madurado en nuestra realidad.
- Finalmente, el cuarto principio está vinculado a la promoción de efectos sistémicos, esto es las consecuencias de asumir una posición de control basado en la amenaza, con lo cual, corregida la conducta la inspección desaparece o una basada en un plan aplicable a un grupo de empleadores o una actividad determinada.

Esto está vinculado a la forma de atención de la inspección, ya sea como guardián o policía del trabajo dado que actúa ante quejas y su conducta busca corregir un problema, lo cual supone un uso interesado (cobertura micro) o como ayudante o guía de la política laboral de un Estado, buscando objetivos a ser cumplidos en la sociedad (cobertura macro).

En este sentido, si bien observamos que en los últimos diez años la inspección de trabajo ha generado una mayor atención de los actores sociales (los trabajadores y las organizaciones sindicales la utilizan muchas veces como una solución más eficaz para atender sus conflictos que el Poder Judicial⁽¹⁷⁾ y los empleadores han aprendido a respetar –aunque no todavía al nivel de los auditores de la Sunat– la labor de inspección, esencialmente por el uso del principio de primacía de la realidad y la desaparición del argumento “esto es un tema judicializable”) todavía existen algunos inconvenientes, a saber:

(17) Al respecto puede verse BOZA, Guillermo y MENDOZA, Luis. “La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú”. En: *Laborem*. N° 10, 2010, pp. 329-354.

1. La falta de unicidad de criterios. En un estudio que tiene pocos años⁽¹⁸⁾, se estableció que los documentos internos de la autoridad de trabajo no estaban actualizados, se encontraban desordenados, establecían incongruencias o contradicciones con la legislación vigente, había duplicidad en la regulación de algunas materias, repetían normas existentes, etc.

En teoría, el funcionamiento del Tribunal de fiscalización laboral, al estilo del Tribunal fiscal, buscaría lograr la esperada unificación de las posiciones no definida actualmente en la inspección. Mientras tanto, debería ser la página web de la Sunafil la que difunda los principales lineamientos de sus funcionarios.

Otra forma de lograr uniformidad es generar la participación efectiva de los inspectores de trabajo en la elaboración de charlas y documentos orientadores para el público, lo cual debe ser coherente con las posturas tomadas por la autoridad administrativa de trabajo en el procedimiento administrativo sancionador.

2. La libertad de interpretación del inspector cuando el principio de tipicidad previsto en el reglamento de la Ley de inspección no detalla claramente el derecho protegido, por ejemplo, los derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga), la obligación de reposición de un trabajador despedido o los actos contra la dignidad del trabajador.

Podría decirse que hay materias donde no hay mucho por interpretar, como el pago de un beneficio social, pero ello también ha merecido algunas opiniones de la autoridad de trabajo, como por ejemplo el pago íntegro mensual de la asignación familiar a pesar de que el trabajador no labore todos los días de dicho mes.

Aquí también es necesaria una clara labor pedagógica de la inspección del trabajo.

(18) TORRES, Teresa. *Sistematización de directivas y lineamiento en materia de inspección del trabajo*. USAID facilitando comercio, 2011.

3. La demora en determinados procedimientos. Lamentablemente todavía existen casos en que resoluciones con fecha 2012 están siendo notificadas este año, sin explicación alguna de la autoridad.
4. La falta de consecuencias o reacciones ante incumplimientos del empleador e inclusive con la reiterancia. No se conocen estadísticas sobre los empleadores que vulneran la legislación y que, peor aún, que no paguen las multas impuestas. Es un blog sindical⁽¹⁹⁾ el que nos puede indicar las empresas que no respetarían los derechos laborales fundamentales cuando en realidad debería ser el Estado, dada su objetividad, quien nos indique quiénes incumplen para con ello generar alguna reacción del sector empresarial (por ejemplo, separando a sus malos elementos para impedir la generalización de un estereotipo) y de la colectividad, a efectos de lograr la denuncia social y evitar el consumo de bienes o servicios realizados u ofrecidos vulnerando normas laborales. Es ilógico que en nuestra realidad haya empresas que gastan más en publicidad comercial que en cumplir con sus obligaciones laborales. El ser un “buen empleador” pareciera que todavía no es valorado por nuestra sociedad y la inspección del trabajo debería contribuir a modificar esta situación.

(19) En: <<http://www.sindicalistas.net/2014/04/ranking-de-empresas-mas-antisindicales.html>>.