

APLICACIÓN DE LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL EN LA FACULTAD DE LOS INSPECTORES PARA REQUERIR LA REPOSICIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS POR MOTIVOS SINDICALES

ELIO ABIMAE尔 BÉJAR CÁRDENAS

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM); miembro principal del Círculo de Estudios Laborales y de la Seguridad Social (CELSS). Inspector Auxiliar de Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL); con especialización en Seguridad Ocupacional y Salud en el Trabajo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Expasante en Normas Internacionales del Trabajo en la OIT. Autor de artículos publicados a nivel nacional e internacional.

I. LA FACULTAD DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO PARA REQUERIR LA REPOSICIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS

Se ha dicho que la Inspección del Trabajo carece de facultades para requerir la reposición de trabajadores despedidos. Lo que no se niega es que los trabajadores, en caso de despidos nulos, incausados y fraudulentos, tienen el derecho a la reposición en sus puestos de trabajo originales en virtud del derecho a la estabilidad laboral absoluta, basado en el Principio de Continuidad, así como en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. El principio de Continuidad, su correlato en la estabilidad laboral absoluta y la protección reforzada de la Libertad Sindical

Américo Plá Rodríguez (1998, pág. 220) definió el principio de continuidad como aquel que expresa *la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos*. Cuando Plá señala que la más larga duración que se atribuye a la relación de trabajo opera *desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos*, está indicando que la aplicación del principio es indefectiblemente *flexible y omnicomprendible*. Se aplica, pues en todos los aspectos, es decir, tanto al inicio de la relación laboral cuanto a su desarrollo y cese. Al inicio de la relación de trabajo habrá de preferirse la contratación indefinida a la temporal y se establecerán límites a la aplicación de los períodos de prueba; durante el desarrollo del vínculo laboral se aplicará la continuidad ante las constantes transformaciones experimentadas por el empleador (fusiones, escisiones, reconversiones, etc.); y al cese del vínculo de trabajo se condicionará tal hecho a la existencia de causas justas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador, si el cese se produce por voluntad unilateral del empleador, o a la existencia de un hecho objetivo y excepcional debidamente verificado por la Autoridad Administrativa del Trabajo, si el cese se produce por causas ajenas a la voluntad del empleador. Además, se intenta establecer medidas reparadoras ante los ceses antijurídicos tales como la reposición, si el sistema es de estabilidad laboral absoluta, o la indemnización pecuniaria, si el sistema es de estabilidad laboral relativa. Todas

estas son manifestaciones del Principio de Continuidad aplicado flexiblemente desde todos los puntos de vista y en todos los casos. El principio de continuidad es, de este modo, el fundamento del derecho a la estabilidad laboral¹ que, según el tipo de protección que se brinde al trabajador puede adoptar la forma relativa o la forma absoluta. Por otra parte, este principio también se encuentra vinculado con el derecho fundamental al trabajo regulado en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú, respecto del cual no hace falta abundar aquí.

Tampoco es necesario abundar en cuanto a la protección reforzada con que cuentan los trabajadores que, por causa del ejercicio de su Libertad Sindical, son víctimas de despidos, en cuyo caso el interés tutelable excede el de la mera estabilidad laboral del trabajador despedido e individualmente considerado para abarcar los intereses colectivos de todos los miembros de la organización sindical y, en determinados casos, de la totalidad de trabajadores de la empresa u organización de que se trate. Este tipo de despidos son considerados unánimemente nulos. Desde la propia Organización Internacional del Trabajo (2018, pág. 213) se prevé que:

Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo –tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales– y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato.

Dejemos señalado que tanto el Principio de Continuidad cuanto la protección reforzada de la Libertad Sindical son el sustento del derecho del trabajador a no ser despedido por motivos sindicales y a ser repuesto en su lugar de trabajo si el cese se hubiera producido en tales condiciones.

2. El objetivo fundamental del Sistema de Inspección del Trabajo

Todas las normas que regulan el Sistema de Inspección del Trabajo coinciden en indicar que la finalidad última de la Inspección del Trabajo no es

1 Sobre este punto léase la primera edición de “*El derecho de estabilidad en el trabajo*” de Carlos Blancas Bustamante publicado en Lima el año 1991 por la Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

otra sino la de garantizar la plena vigencia de los derechos de los trabajadores en todos los ámbitos de la producción. El Artículo 1º de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (en lo sucesivo LGIT) establece que la Inspección del Trabajo es un sistema único, polivalente e integrado, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que *contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral*, de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, y cuantas otras materias le sean atribuidas. La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, la Sunafil), a partir del 01 de abril de 2014, se constituyó, en virtud del artículo 2 de la Ley n.º 29981, en el organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE), responsable de *promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo*. El artículo 3 del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, núm. 81, (en adelante, C.81) establece que el sistema de inspección está a cargo de *velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines*, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones.

Esta finalidad última de garantizar el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores puede ser cumplida a través de dos métodos:

- a) La prevención: ejercida mediante las acciones de orientación y asesoramiento técnico cuya finalidad es, precisamente, evitar que ocurran los incumplimientos, presuponiendo que, en determinada medida, éstos se producen por desconocimiento de parte de los empleadores y los trabajadores de sus derechos y obligaciones.
- b) La restitución de los derechos: en la medida en que es virtualmente imposible prevenir absolutamente todos los incumplimientos, la Inspección del Trabajo cuenta con mecanismos para la restitución del derecho cuando haya sido conculado. A esta herramienta restitutiva de derechos se le conoce como *medida inspectiva de requerimiento*. Su finalidad es la *rectificación de la situación antijurídica* provocada por el empleador.

3. Qué es la medida inspectiva de requerimiento

Es la principal herramienta y el instrumento característico con que cuenta la Inspección del Trabajo para exigir el cumplimiento de las normas sociolabores. La *medida inspectiva de requerimiento* se encuentra regulada en el artículo 14 de la LGIT:

Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las **medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas**. (el resaltado es nuestro)

En el artículo 17, numeral 17.2 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 019-2006-TR (en adelante, RLGIT) se establecen otras determinaciones de la medida de requerimiento:

17.2 Si en el desarrollo de las actuaciones de investigación o comprobatorias se advierte la comisión de infracciones, los inspectores emiten medidas de advertencia, requerimiento, paralización o prohibición de trabajos o tareas, según corresponda, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización. (...)

Transcurrido el plazo otorgado para que el sujeto inspeccionado subsane las infracciones sin que éste las haya subsanado, se extiende el acta de infracción correspondiente, dando fin a la etapa de fiscalización

En ese orden de ideas, la medida inspectiva de requerimiento es aquélla por la cual el inspector, una vez constatada la infracción, otorga un plazo al sujeto inspeccionado para que cumpla con las normas laborales bajo apercibimiento de sanción económica; de donde se desprende que la medida de requerimiento tiene las siguientes características:

- 1) Se adopta solo cuando se ha constatado la existencia de una infracción, es decir, después de que el inspector, con base en sus investigaciones, ha logrado determinar el incumplimiento.
- 2) Constituye la última oportunidad, dentro de las actuaciones inspectivas, que se brinda al sujeto inspeccionado cumpla con las normas laborales sujetas a inspección.
- 3) Tiene por finalidad la restitución del derecho vulnerado.

El modo en que se encuentra configurado en nuestro país la *medida inspectiva de requerimiento* se encuentra en perfecta armonía con la finalidad de la Inspección del Trabajo que es, conforme con el artículo 3 del C.81 de la OIT, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Entonces, brindar una oportunidad para que el empleador corrija su incumplimiento se encuentra al servicio del fin supremo que es *la restitución los derechos laborales vulnerados*. Pensar de otro modo equivaldría a señalar que la finalidad de la Inspección es la aplicación y cobro de la multa, cosa que es desde todo punto de vista inadmisible. La multa tiene una importancia vital como elemento disuasivo que busca prevenir futuros incumplimientos, pero no constituye la finalidad última de la Inspección.

Así, el RLGIT ejemplifica, en su artículo 20, numeral 20.3, de manera ejemplificativa y abierta, las formas en que se puede ejercer la facultad de adoptar la medida inspectiva de requerimiento:

20.3 Las medidas de requerimiento son órdenes dispuestas por la inspección del trabajo para el cumplimiento de las normas socio-laborales y de seguridad y salud en el trabajo. **Pueden consistir** en ordenar al empleador, que en relación con un trabajador, siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente, se le registre en planillas, se abonen las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado **y la continuidad del trabajador cuando corresponda**, la paralización o prohibición inmediata de trabajo o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, **entre otras**. (las negritas son nuestras)

4. La reposición de trabajadores despedidos como contenido posible de las medidas inspectivas de requerimiento

No existe ninguna norma que excluya el Derecho al Trabajo, en su fase de prohibición de ceses sin causa justa, y la Libertad Sindical de los ámbitos de la Inspección del Trabajo con arreglo a perseguir la restitución del derecho vulnerado. Por el contrario, toda la regulación nacional e internacional apunta a que esta facultad debe encontrarse plenamente garantizada con la finalidad de proteger a los trabajadores contra los despidos antijurídicos, sobre todo cuando el despido restringe el ejercicio de derechos fundamentales tales como el de la

igualdad, no discriminación, los derechos de maternidad, el derecho de acción y petición, y con una relevancia especial, el derecho a la Libertad Sindical.

El artículo 3 del C.81 de la OIT establece una lista abierta de materias que la Inspección del Trabajo tiene a su cargo. Veremos que esta lista, en ningún momento excluye a las normas relacionadas con la estabilidad laboral de los trabajadores.

Artículo 3

1. El sistema de inspección estará encargado de:
 - (a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

Condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores, son solo ejemplos de las materias que la Inspección puede conocer.

Bien vistas las cosas, este artículo divide las disposiciones que son objeto de la inspección en dos grupos: 1) las disposiciones sobre condiciones de trabajo y 2) las disposiciones referidas a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Este segundo grupo incluye, como no puede ser de otro modo, todos los derechos que son de carácter protector; verbigracia, los límites de la jornada, los límites mínimos de salarios y también los límites del poder del empleador, entre los cuales se encuentran los límites a su facultad unilateral para movilizar trabajadores, para cambiar horarios, modificar remuneraciones, modificar funciones y *dar por concluida la relación de trabajo*. Hasta aquí, no existen razones intrínsecas al mencionado convenio para concluir que la Inspección del Trabajo carece de facultades para ordenar la reposición de trabajadores.

Desarrollando el mandato del C.81 de la OIT, el Perú ha reconocido a la Inspección del Trabajo, en el artículo 3 de la LGIT, la facultad para conocer los asuntos relacionados a las siguientes materias:

Artículo 3.- Funciones de la Inspección del Trabajo

Corresponde a la Inspección del Trabajo el ejercicio de la función de inspección y de aquellas otras competencias que le encomienda el Ordenamiento Jurídico Sociolaboral, (...).

Las finalidades de la inspección son las siguientes:

1. De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales:

a) Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.

a.1) Derechos fundamentales en el trabajo.

a.2) Normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas.

a.3) Normas sobre protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas.

La protección contra el despido antijurídico es un derecho fundamental si se adopta el concepto flexible y abierto que basa dicha categorización en que el derecho tenga por sustento ontológico la dignidad de la persona encuéntrese o no detallado en el artículo 2 de la Constitución Política. La protección contra el despido o estabilidad laboral es también un derecho laboral de carácter individual sin lugar a dudas. Sin embargo, cuando el despido antijurídico se ejerce contra un representante de los trabajadores tales como un dirigente sindical o un miembro de la comisión negociadora, o contra un candidato a dirigente, el interés jurídicamente tutelable se expande hacia la esfera jurídica de todos los trabajadores incorporados dentro del ámbito de influencia del sindicato y adquiere caracteres colectivos.

Nada pues, hasta ahora apunta a que la Inspección del Trabajo esté prohibida de ejercer sus funciones respecto de los derechos de estabilidad laboral. Por el contrario, en el marco de la protección de la libertad sindical cuando por esta causa se vulnera la estabilidad laboral de los trabajadores, es decir, en el marco de la protección frente a los despidos antisindicales, la Opinión Consultiva OC-27/2021 del 05/05/2021 sobre los derechos de Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido claramente en su fundamento 108 el siguiente argumento en cuanto al deber de los Estados de investigar, sancionar y procurar, no solamente el castigo por el incumplimiento, sino también **el restablecimiento del derecho conculado a los trabajadores**:

108. La segunda obligación de los Estados es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. **Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.** La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (*el resaltado y subrayado es nuestro*).

En los capítulos de la Opinión Consultiva OC-27/21 en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos evalúa la relación entre la libertad de asociación, el derecho de reunión, la libertad de expresión, la libertad sindical y la negociación colectiva y su **consecuencia sobre los contenidos del derecho al trabajo** y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias (párrafo 121); se resalta la importancia del derecho al trabajo y la estabilidad laboral indicando que la protección del Derecho a la Libertad Sindical impone no solamente obligaciones negativas, es decir de abstención, por parte del Estado, sino también de acciones positivas para proteger a los sindicalizados e investigar (fiscalizar) las violaciones de tal derecho; obligaciones que deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.

Por estos motivos, aplicados los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la actividad de fiscalización del trabajo, no es compatible con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú que la Inspección del Trabajo se limite a señalar como hechos constatados los despidos de dirigentes sindicales proponiendo una sanción económica, sino que debe tener la posibilidad de exigir el remedio a la conducta prohibida y la protección efectiva de la libertad sindical, para lo cual la medida inspectiva de requerimiento deberá contemplar **la reinstalación de los trabajadores en sus puestos de trabajo** tal como se prescribe en el párrafo 129 de la Opinión Consultiva OC-27/21:

129. Este Tribunal se ha pronunciado sobre diversos aspectos del derecho al trabajo, incluido el derecho a la estabilidad laboral y el derecho a las condiciones que aseguren la seguridad, salud e higiene del trabajador. Respecto de la primera, la Corte ha establecido que el derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, disuadiendo la conducta desvalorosa por parte del empleador, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; **c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional, a opción del trabajador).** (en resaltado es nuestro)

Desde este punto de vista, en tanto las normas internas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, y en tanto los Estados, de acuerdo con en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, al ratificar un convenio internacional el Estado se comprometen a *respetarlo y aplicarlo de buena fe; es preciso interpretar el contenido del numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT de acuerdo con los parámetros doctrinarios sostenidos en los cuerpos normativos e interpretativos antes mencionados, particularmente el contenido en la OC-27/21.*

Por esta razón, cuando el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT culmina su contenido textual con la expresión “*entre otros*”, redactado después de haber enumerado una serie de posibles contenidos de la medida inspectivas de requerimiento, no puede interpretarse sino que el texto normativo citado establece una lista abierta de potencialidades jurídicas donde la *reinstalación de los trabajadores despedidos* –dicho así, en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- es una posibilidad estructuralmente válida como contenido de la medida inspectiva de requerimiento.

Del mismo modo debe entenderse la expresión “*continuidad del trabajador*”, también contenida en el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT. Cuando en el Derecho del Trabajo se habla de la continuidad, se está refiriendo al Principio de Continuidad que, como ya se tiene dicho, se aplica de manera flexible en todos los casos y desde todos los puntos de vista posibles, lo que implica que contempla tanto los casos en que el vínculo laboral sigue vigente cuanto los casos en los que se ha extinguido por voluntad unilateral del empleador. Si

bien es cierto la norma analizada vincula la continuidad, como contenido de la medida inspectiva de requerimiento, a los casos en los que se ha establecido que el vínculo de trabajo temporal es en realidad uno de naturaleza indeterminada, esto no es suficiente argumento para afirmar que la continuidad de los trabajadores deba aplicarse única y exclusivamente al supuesto mencionado, es decir, al de la desnaturalización de los vínculos de trabajo temporales, por dos razones principales: en primer lugar, porque las expresiones “única”, “exclusivamente” o cualquier otra categoría limitadora, no aparece en el texto normativo analizado; y, en segundo lugar, porque, contrariamente a esta tendencia de interpretación restrictiva, la Corte Interamericana de Derecho, así como el C.81 de la OIT y la finalidad pública establecida en la LGIT, obligan a los operadores jurídicos a interpretar la facultad de la Inspección del Trabajo para restituir los derechos conculcados de una manera amplia y suficiente para asegurar la vigencia real de los derechos de los trabajadores. En este sentido, lo que demuestra el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT es que *la continuidad de los trabajadores* es una posibilidad válida de contenido concreto de las medidas inspectivas de requerimiento y, por otro lado, lo que exigen los instrumentos nacionales e internacionales sobre inspección y protección de derechos humanos como la Libertad Sindical es que el contenido de esa orden de garantizar la “*continuidad de trabajadores*” contemple plenamente la reinstalación de los trabajadores en caso de despidos injustificados, consecuencia que no es sino una expresión más del Principio de Continuidad que informa e ilumina todo el sistema jurídico laboral peruano.

En cuanto a los puntos relacionados con habituales argumentaciones en contra de la posibilidad de que la Inspección del Trabajo emita requerimientos de reposición, continuidad o reinstalación de trabajadores despedidos, relacionados con tópicos tales como la presunta existencia de una competencia *exclusiva y excluyente* del Poder Judicial para conocer los casos de reposición o la presunta falta de garantías de la inspección del trabajo para determinar la existencia de un despido arbitrario, nulo o fraudulento, léase a Manuel Gonzalo de Lama Laura (2021, págs. 597 - 608) quien establece que la Inspección del Trabajo ejerce potestades cuasijurisdiccionales que no excluye el despido como materia sujeta a su control toda vez que en fin de cuentas las actuaciones llevadas a cabo por la Autoridad Inspectiva del Trabajo son revisables en el nivel jurisdiccional propiamente dicho.

II. ÁMBITOS DE DISCRECIONALIDAD HABILITADOS JURÍDICAMENTE PARA EL REQUERIMIENTO DE REPOSICIÓN, REINSTALACIÓN O CONTINUIDAD DEL VÍNCULO LABORAL DE LOS TRABAJADORES DESPEDIDOS

La discrecionalidad administrativa es una de las instituciones jurídicas a las que menos se recurre cuando se debate sobre la facultad de la Inspección del Trabajo para requerir la reposición, reinstalación o continuidad del vínculo laboral de los trabajadores despedidos. Cierta cultura jurídica de extremo positivismo neokantiano parece rechazar la posibilidad de que existan ámbitos de discrecionalidad en los fueros de la Administración Pública y rinden culto al denominado principio de vinculación positiva, por el cual aquélla solo puede actuar cuando la ley expresamente se lo permite y debe abstenerse de efectuar cualquier tipo acto cuando no existe una norma de tal rango con carácter habilitante. Sin embargo, la doctrina administrativa es prácticamente unánime al reconocer no solo la posibilidad sino la necesidad de la existencia de ámbitos de discrecionalidad en la Administración Pública.

La medida inspectiva de requerimiento es asimilable a lo que se conoce en el Derecho Administrativo como *casos de discrecionalidad conformadora*, que según Juan N. Huaringa Marcelo (2023, pág. 117) habilita a la Administración a un ejercicio amplio de la discrecionalidad:

Los casos de discrecionalidad conformadora, también conocidos como casos de "discrecionalidad planificadora" (Planungsermessens), en los que la actuación administrativa está dirigida por programas finales y no por programas condicionales.

Esto significa que lo que se encuentra establecido legal o constitucionalmente no son los supuestos de hechos sino las consecuencias, siendo aquéllos objetos de la discrecionalidad administrativa. José Carlos Laguna De Paz (2017, pág. 3) indica que en los casos de discrecionalidad conformadora las normas establecen objetivos que la administración debe lograr solucionando conflictos de intereses o de principios:

En estos casos, las normas se limitan a imponer la consecución de fines u objetivos, que la actuación administrativa ha de alcanzar, solucionando conflictos de intereses o de principios. Esto es lo que ocurre con la planificación urbanística (3) y de infraestructuras (transporte ferroviario, energía eléctrica, infraestructuras hidráulicas, etc.). No obstante, la llamada discrecionalidad conformadora no comporta diferencias cualitativas, sino de intensidad en el margen de decisión que se reconoce a la Administración.

Éste es el caso de la medida inspectiva de requerimiento, en la que el artículo 14 de la LGIT es el parámetro normativo legal que coloca los fines de interés público de la institución jurídica bajo análisis, esto es, que *cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas*; es decir, establece la finalidad o la consecuencia esperada con arreglo a los fines de la actividad fiscalizadora en materia laboral, *garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas*, sin establecer o especificar detalladamente cada supuesto de hecho que genere dicha consecuencia, lo que queda sujeta a los ámbitos de discrecionalidad administrativa.

No obstante, en el caso de la medida inspectiva de requerimiento, el MTPE, haciendo uso de la denominada *discrecionalidad reglamentaria*, reguló en el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT, una serie de supuestos de hecho que pudieran constituir formas de alcanzar los objetivos de la inspección planteados mediante los cuerpos normativos nacionales (legales) e internacionales (C.81), con lo cual instituye una lista abierta y ejemplificativa de contenidos posibles de las medidas inspectivas de requerimiento que ayuda a los inspectores y demás operadores jurídicos a entender el núcleo duro de la medida inspectiva de requerimiento, pero que de ninguna manera puede ser entendida como una lista cerrada y exhaustiva toda vez que esta última interpretación niega, no solo las potestades discretionales de la Autoridad Inspectiva del Trabajo, en su calidad de entidad administrativa, sino también su capacidad para hacerse cargo del cumplimiento de los fines que legal, constitucional e internacionalmente se encuentran establecidos para ella y que constituyen la base que legitima su propia existencia como tal. Por el contrario, la expresión final “*entre otros*” contenida en el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT demuestra que el ámbito de discrecionalidad conformadora o planificadora sigue encontrándose habilitada para su uso durante las actuaciones inspectivas de trabajo.

III. LA NUEVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA MEDIDA INSPECTIVA DE REQUERIMIENTO

Estando claramente determinada la facultad de la Inspección del Trabajo para requerir la continuidad, reposición o reinstalación de trabajadores despedidos por razones sindicales, nos encontramos con que el Tribunal de Fiscalización Laboral (en adelante, también, TFL) ha emitido una serie de precedentes –algu-

nos de observancia obligatoria y otros no- que han reconfigurado la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento, así como su relación con los llamados hechos o infracciones insubsanables.

1. La medida inspectiva de requerimiento antes de los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral

Tradicionalmente se ha entendido que la medida inspectiva de requerimiento era una medida correctiva tendiente a garantizar el cumplimiento de los derechos laborales sometidos a investigación, mediante la emisión de una orden, y que constituye la última oportunidad con que cuentan los sujetos inspeccionados a fin de eximirse de la propuesta de multa que los inspectores pudieran consignar en las actas de infracción.

También se ha considerado tradicionalmente que la medida inspectiva de requerimiento únicamente era aplicable a los supuestos en que el inspeccionado cometía una infracción subsanable, mientras que en los casos de comisión de infracciones insubsanables la emisión de una medida inspectiva de requerimiento era incompatible con la naturaleza de la conducta infractora. De este modo, se comprendía que la finalidad última de la medida inspectiva de requerimiento no era, precisamente, la garantía del cumplimiento de las normas laborales, sino la subsanación de las conductas infractoras, determinación jurídica que no equivale a la anterior.

Expresión típica de este tipo de concepción jurídica sobre la medida inspectiva de requerimiento es la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, aprobada mediante Resolución de Superintendencia n.º 216-2021-SUNAFIL, en cuyo segundo párrafo del subnumeral 7.15.1 del numeral 7.15 establece lo siguiente:

En las medidas de *requerimiento*, los Inspectores actuantes detallan y describen de forma clara, precisa y concisa los hechos o actos constitutivos de incumplimientos sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo, los trabajadores afectados, las normas vulneradas, el respectivo numeral del RLGIT que tipifica los hechos como *infracciones*, los períodos de comisión de las infracciones y la obligación normativa que exige su cumplimiento. *Dichas medidas únicamente son emitidas cuando las infracciones constatadas son de naturaleza subsanable, lo que significa que los efectos de la vulneración del derecho o del incumplimiento de la obligación, pueden ser revertidos.*

Como corolario indisociable de lo anteriormente reseñado, teníamos que no se podía concebir que una misma conducta infractora pueda tener un aspecto subsanable y otro insubsanable. Las conductas infractoras eran, o enteramente subsanables, o enteramente insubsanables.

2. Las reformas del Tribunal de Fiscalización Laboral en la configuración jurídica de la medida inspectiva de requerimiento

Tras una serie de análisis y resoluciones de casos concretos, el TFL implementó una serie de reformas al contenido jurídico de la medida inspectiva de requerimiento, específicamente en cuanto a la finalidad última de dicha institución, su vinculación con la subsanabilidad e insubsanabilidad de las infracciones, y sus modalidades o vertientes que presenta.

La Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL, de fecha 23/05/2023, publicada en el diario oficial El Peruano el 11/06/2023, ha establecido el siguiente precedente:

6.26 La medida inspectiva de requerimiento, al ser una “orden dispuesta por la inspección de trabajo para el cumplimiento de las normas sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo”, debe contener un mandato claro y su entendimiento debe regirse por la razonabilidad, el deber de colaboración y la buena fe procedural. En ese sentido, la medida de requerimiento debe cumplir con expresar el ámbito subjetivo y objetivo, **siendo estos extremos suficientes para producir el resultado esperado por la medida: la rectificación de una situación antijurídica.** (en resaltado es nuestro).

En este párrafo el TFL ha introducido una nueva determinación de las medidas inspectivas de requerimiento: su finalidad última; que ya no es, como se pensaba antes, la subsanación de las infracciones, sino **la rectificación de las situaciones antijurídicas.**

En la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, de fecha 15/02/2022, el TFL ya había adelantado algunas consideraciones como precursoras de la idea anteriormente señalada. En esta resolución se critica que la validez de las medidas inspectivas de requerimiento esté condicionada a que la conducta declarada como infractora del ordenamiento jurídico sea subsanable:

6.7 A criterio de esta Sala, **no resulta consistente el condicionar la validez de la medida de requerimiento a la subsanación de infracciones cuyo daño sobre los derechos e intereses tutelables sea "reversible"**, pues, conforme con el Principio de Legalidad, tanto la LGIT como el RLGIT han reconocido que la imposición de medidas de requerimiento y su ejecución se produce sin perjuicio de las multas correspondientes. **Esto es, se aplican a supuestos subsanables e insubsanables.** La Directiva citada en el considerando anterior, entonces, resulta ejecutable como un lineamiento que puede ser invocado para propugnar la eficacia de las diversas medidas inspectivas de las que los fiscalizadores pueden servirse para cumplir su función, conforme con un correcto entendimiento de la jerarquía de las normas concurrentes. (el resaltado es nuestro)

Efectivamente, el RLGIT, en el numeral 20.3 de su artículo 20, establece explícitamente que las medidas de requerimiento *se disponen y ejecutan sin perjuicio de las multas que le corresponda imponer a la Autoridad Inspectiva* a cargo del procedimiento administrativo sancionador, lo que significa que no existe incompatibilidad entre conducta insubsanable y la emisión de la correspondiente medida inspectiva de requerimiento. Pero esta disposición no existe solamente en el nivel reglamentario sino en la propia ley. La LGIT, en el último párrafo de su artículo 14, establece que *los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse.* Es decir, la extensión de una medida inspectiva de requerimiento en ningún caso puede interpretarse que su cumplimiento exime indefectiblemente al sujeto inspeccionado de responsabilidad administrativa. Por el contrario, existe siempre la posibilidad de que la responsabilidad administrativa recaiga sobre el inspeccionado a pesar de cumplir con la medida inspectiva de requerimiento, aunque no sea en todos los casos.

Es por esta razón que la medida inspectiva de requerimiento no tiene la doble naturaleza jurídica atribuida por Giancarlo Gayoso (2021, pág. 39) cuando señala:

Pero en el caso de la inspección del trabajo la medida de requerimiento no solo se limita a constituirse como una medida correctiva, sino que tiene una doble naturaleza, puesto que forma parte de un procedimiento que otorgará la oportunidad al administrado de eximirlo de responsabilidad administrativa del incumplimiento detectado a la normativa sociolaboral de la que se trate por efecto de la subsanación de las infracciones.

La medida inspectiva de requerimiento no es, en todos los casos, una eximente de responsabilidad dado que tal afirmación es contraria al artículo 14 de

la LGIT y porque el TFL ha determinado en la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala que la medida inspectiva de requerimiento es aplicable a los supuestos subsanables, en cuyo caso podría implicar la eximición de responsabilidad, pero también a los supuestos insubsanables, en cuyo caso, a pesar de que el inspeccionado cumpla con la medida no podrá eximirse de la responsabilidad del hecho insubsanable. Por esto el TFL, en la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, ya no reconoce, dentro del bloque de contenido de la medida de requerimiento a la subsanación como elemento central sino solo marginal:

6.4 Como se evidencia de las normas glosadas, la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una medida correctiva que tiene como objeto revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del PAS. El bloque normativo de las medidas de requerimiento reconoce que:

- Tienen por objeto el que la inspección del trabajo pueda ordenar a los empleadores el cumplimiento de las normas de trabajo (art. 20.3 del RLGIT).
- Se emiten ante la evidencia de la comisión de infracciones (artículo 17.2 del RLGIT)
- Éstas no impiden la posible extensión del acta de infracción (penúltimo párrafo del art. 14º de la LGIT y último párrafo del art. 20 del RLGIT).
- Una subsanación tras la medida de requerimiento (y antes de la notificación de imputación de cargos) es objeto de calificación por el instructor (segundo párrafo del art. 17.3 del RLGIT)

De ahí que, si bien la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, aprobada mediante Resolución de Superintendencia n.º 216-2021-SUNAFIL, establece que dichas medidas únicamente son emitidas cuando las infracciones constatadas son de naturaleza subsanable, dicha norma debe ser aplicada de conformidad con la jerarquía de normas concurrentes, lo que significa que cualquier interpretación que se le dé no puede contradecir el artículo 14 de la LGIT ni el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT.

El precedente establecido en el numeral 6.26 de la Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL termina por desterrar a la subsanación como la finalidad última y central de la medida inspectiva de requerimiento y establece que la centralidad de su contenido está en la *rectificación de la situación antijurídica*, finalidad que puede perseguirse tanto en los casos en que las conductas

sean subsanables cuanto en los casos en que sean insubsanables. Esta última idea se encuentra perfectamente expuesta en el numeral 6.23 de la misma resolución, en la que el TFL establece que en realidad existen dos modalidades de medida inspectiva de requerimiento, **una por subsanación y otra por rectificación**:

6.23. Así las cosas, corresponde indicar que la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una disposición ordenada por el servidor – inspector(a) de trabajo – que puede tener como objeto el revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del procedimiento sancionador (**medida de requerimiento en modalidad de subsanación** de una infracción determinada por la inspección del trabajo), **existiendo otra variante** por la que los inspectores conminan al sujeto inspeccionado a adecuar su comportamiento a lo prescrito en las normas de trabajo (**medida de requerimiento en modalidad de rectificación de una infracción** determinada por la inspección del trabajo). (en resaltado es nuestro).

Es así que, si aplicamos una operación de interpretación sistemática entre las determinaciones jurídicas de la medida inspectiva de requerimiento establecidas en la Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL y en la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala tenemos que el TFL ha establecido la siguiente configuración jurídica de la medida de requerimiento:

Medida inspectiva de requerimiento		
Modalidad o variante	Por subsanación	Por rectificación
Supuesto de aplicación	Conductas subsanables	Conductas insubsanables
Eximición de responsabilidad	Su cumplimiento exime de responsabilidad administrativa.	Su cumplimiento no exime de responsabilidad administrativa.
Consecuencias del incumplimiento	Produce la responsabilidad administrativa por el incumplimiento sustancial y por el incumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento.	

IV. CONSIDERACIONES PARA EL REQUERIMIENTO DE REPOSICIÓN LABORAL DE DIRIGENTES SINDICALES SEGÚN LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

El precedente de observancia obligatoria establecido en el párrafo 6.18 de la Resolución de Sala Plena n.º 003-2024-SUNAFIL/TFL, de fecha 02/04/2024, publicado en el diario oficial El Peruano el 23/04/2024, establece a la letra lo siguiente:

6.18. No obstante, de manera general, en el segundo párrafo del artículo 49 del RLGIT12 se ha establecido que las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación puedan ser revertidos. Es así que el Tribunal de Fiscalización Laboral establece como precedente de observancia obligatoria que:

- a) Son subsanables las infracciones cuyos efectos antijurídicos puedan ser reparados en su totalidad, desapareciendo la ilegalidad del actuar del empleador y siendo esto determinado por el inspector del trabajo durante la fiscalización laboral.
- b) Las infracciones no habrán logrado ser subsanadas cuando, pudiendo cumplirse la condición mencionada en el acápite anterior, al culminarse las actuaciones inspectivas, el inspector considere motivadamente que el empleador no ha logrado revertir los efectos antijurídicos.
- c) Las infracciones serán consideradas insubsanables cuando los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación no puedan ser revertidos.

De donde se desprende que existe una nueva exigencia para la determinación de lo insubsanable: que los efectos antijurídicos puedan ser reparados en su totalidad. Esta idea presupone que los incumplimientos laborales sueles ser pluriofensivos, es decir, que generan más de un efecto antijurídico. En el caso específico de la Libertad Sindical, cuando un dirigente sindical es despedido por causa del ejercicio de sus actividades sindicales o cuando se trata de un afiliado a un sindicato que se encuentra en periodo de formación, claramente nos encontramos frente a una infracción cuyos efectos dañinos son múltiples:

- El despido por motivos sindicales constituye en sí mismo un mensaje disuasivo para los trabajadores que desincentiva la afiliación sindical, hecho que es antijurídico.
- La propia condición de desempleo del despedido constituye una situación antijurídica en tanto tiene el derecho de mantener la continuidad de su vínculo de trabajo.
- La falta de percepción de la remuneración por parte del despedido constituye otra situación antijurídica provocada por la conducta del empleador.
- La paralización de la actividad sindical, si los despedidos constituyeran la totalidad de la junta directiva, o el retraso en la misma, si por causa de los despidos se hayan retrasado negociaciones, actividades, reuniones, etc.; constituye también una situación antijurídica que

vulnera la Libertad Sindical en su aspecto colectivo y de organización.

En fin de cuentas, podemos describir todavía más consecuencias antijurídicas provocadas por la conducta infractora del empleador pero para el caso basta con las que se tienen dichas. *Según el precedente vinculante analizado, para que se pueda considerar que el despido antisindical es subsanable, debe ocurrir que todas estas consecuencias antijurídicas sean posibles de reversión.* De lo contrario estamos en el supuesto de una infracción insubsanable. Claramente, la situación de desempleo puede ser revertida con la reinstalación del despedido en su puesto de trabajo y el lucro cesante puede ser revertido pagando al despedido todos los conceptos devengados entre su fecha de cese y su fecha de reinstalación; sin embargo, el impacto producido en la actividad sindical por su paralización o retraso, son de imposible reversión en tanto haría falta retrotraer el tiempo para evitar que se produzcan ya que son efectos que se han perfeccionado en el tiempo; por otra parte, aunque el empleador reponga a los despedidos en sus puestos de trabajo, será incapaz de demostrar que el efecto disuasivo del mensaje que ha remitido a todos los demás trabajadores en cuanto a los perjuicios de la participación sindical ha sido eliminado.

Por este motivo, cuando un dirigente sindical es despedido por causa del ejercicio de sus actividades sindicales o cuando se un afiliado a un sindicato que se encuentra en periodo de formación es despedido sin causa justa, lo más probable es que nos encontremos frente a una infracción de tipo insubsanable². Sin embargo, esto no impide, como ya lo ha señalado el TFL, que pueda ser objeto de aplicación de una medida inspectiva de requerimiento en tanto existen algunos efectos que sí pueden ser revertidos, supuesto en el que es de perfecta aplicación la medida inspectiva de requerimiento en su variante de *rectificación de conducta*.

De ahí que, verbigracia, en el caso particular de un grupo de dirigentes sindicales despedidos al día siguiente de haber comunicado al empleador la conformación del sindicato, encontrándose aún el sindicato en fase de formación –en los términos de los artículos 30 y 31 de la Ley de Relaciones Colectivas de

2 Se utiliza la expresión “lo más probable” debido a que la riqueza que presenta la casuística en materia de inspección del trabajo impide prever la totalidad de casos particulares que puedan producirse en la realidad, algunos de los cuales pudiera acaso, por su singularidad, presentar la posibilidad de una subsanación total.

Trabajo-, la configuración de la medida inspectiva de requerimiento ha de ser la siguiente:

Acápite	Medida inspectiva de requerimiento		
	Declaración de hechos insubsanable	Sustentación de emisión de medida de requerimiento	Medida inspectiva de requerimiento
Fundamentos de derecho	Artículo 49 del RLGIT y numeral 7.15.8. de la Versión 2 de la Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INII	Artículo 14 de la LGIT; numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT; párrafo 6.7 de la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala; y párrafo 6.26 de la Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL	Artículo 14 de la LGIT; numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT; y párrafo 6.18 de la Resolución de Sala Plena n.º 003-2024-SUNAFIL/TFL
Fundamentos de hechos	La imposibilidad de revertir determinados efectos anti-jurídicos del incumplimiento tales como la afectación de la actividad sindical, el desincentivo de afiliación, etc.	La posibilidad de revertir otros efectos del incumplimiento que abren la posibilidad de la aplicación de la medida inspectiva de requerimiento en su vertiente de rectificación de incumplimiento.	
Contenido	Declaración de los hechos como insubsanables.	<ul style="list-style-type: none"> • Orden de reinstalación, reposición o continuidad del trabajador despedido en su mismo puesto de trabajo y bajo las mismas condiciones existentes antes del incumplimiento. • Pago de las remuneraciones devengadas y dejadas de pagar desde el ese hasta la fecha de reinstalación, reposición o restablecimiento de la continuidad del vínculo de trabajo. • Otros, según el caso concreto. 	

V. CONCLUSIONES

1. El contenido del numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT debe interpretarse de acuerdo con los parámetros doctrinarios contenidos en los tratados internacionales, tales como los convenios de la OIT y particularmente el contenido en la OC-27/21 que desarrolla Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derecho Humanos.
2. La Inspección del Trabajo cuenta con facultades plenas para requerir a los sujetos inspeccionados la reposición, restablecimiento o la continuidad del vínculo de trabajo del trabajador despedido de manera contraria al derecho.

3. La emisión de una medida inspectiva de requerimiento no es incompatible con la existencia de infracciones insubsanables.
4. La medida inspectiva de requerimiento es aplicable a infracciones subsanables e infracciones insusbsanbles.
5. La medida inspectiva de requerimiento tiene dos modalidades o vertientes: a) por subsanación, aplicable a las infracciones subsanables y b) por rectificación, aplicable a las infracciones insubsanables.
6. El despido de trabajadores por causa de su actividad sindical es una infracción típicamente pluriofensiva que produce efectos antijurídicos subsanables y otros insubsanables.
7. En el caso de despidos de trabajadores por causa de su actividad sindical es perfectamente posible declarar la insubsanabilidad de la conducta y emitir la medida inspectiva de requerimiento en su vertiente de rectificación para ordenar la reposición del trabajador despedido, así como el pago de todas las remuneraciones devengadas dejadas de pagar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Gamboa, G. G. (octubre de 2021). La doble naturaleza jurídica de la medida de requerimiento. Análisis a partir de los pronunciamientos del TFL y reciente precedente administrativo. *Soluciones Laborales*(166).
- Laura, M. G. (2021). La Inspección del Trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando?) las “intersecciones” de ambos caminos. (S. P. Social, Ed.) *Revista Laborem*(24-2021), 589 - 614.
- Marcelo, J. N. (2023). *Los fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración pública y su relación con los fines del estado social y democrático de derecho [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]*. Lima: Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (Sexta ed.). Ginebra.
- Paz, J. C. (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revisita española de Derecho Administrativa*(186). Obtenido de <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20control%20judicial%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa.PDF>

Rodríguez, A. P. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo* (Tercera ed.). Buenos Aires: Edición Depalma.