

LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE
FISCALIZACIÓN LABORAL**

LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

Estudio preliminar de Luis Mendoza Legoas



PALESTRA | PRÁCTICA

348.6 M42	Mendoza Legoas, Luis, 1984- La inspección del trabajo. Jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Laboral / Luis Mendoza Legoas, director, Pedro P. Grández Castro; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 139 p.; 14.5 x 20.5 cm. D.L. 2023-02478 ISBN: 978-612-325-327-1 1. Derecho laboral 2. Inspección de trabajo 3. Aspectos jurídicos 4. Derecho procesal laboral 5. Interpretación y aplicación
--------------	---

LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Laboral

Cuadernos de jurisprudencia

es un proyecto desarrollado por el área de contenidos de Palestra Editores

Director:

Pedro P. Grández Castro

Estudio preliminar:

Luis Mendoza Legoas

Equipo Editorial:

Coordinadora General del Proyecto: Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui

Sistematización de la Jurisprudencia: Jesé David Arias Aguila y Noelia Hermoza Torres

Maquetación: John Paolo Mejía Guevara

Revisión: Jhonathan Ávila Romero y Cristina Gonzáles Camarena

Impresión y encuadernación:

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pj. Maria Auxiliadora N.° 156, Breña

Mayo, 20233

Primera edición, mayo de 2023

© 2023: Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125, Lima 21 - Perú

Telf. (511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2023-02478

ISBN: 978-612-325-327-1

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

 TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

I.	Estudio preliminar de Luis Mendoza Legoas	11
II.	Jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Laboral	37
1.	El empleador como centro de imputación de responsabilidad	37
1.1.	La responsabilidad administrativa en un sistema mixto (objetivo y subjetivo)	37
1.2.	Responsabilidades solidarias ante la fiscalización en materia de subcontratación	42
1.3.	Los consorcios y los efectos laborales de esta estructuración societaria	45
2.	La notificación de actuaciones inspectivas.....	50
2.1.	El uso de la casilla electrónica.....	50
2.2.	La notificación presencial: vicisitudes (direcciones fallidas, notificación a través de trabajadores de la empresa)	63
2.3.	La notificación a entidades públicas a través de la procuraduría.....	68
3.	El deber de colaboración. Prestaciones específicas	72
3.1.	Facilidades al inspector en la visita de fiscalización al centro de trabajo	72
3.2.	Comparecencia	78
3.3.	Prestaciones informativas a favor de la inspección	85
3.4.	Cumplimiento de requerimientos ordenados por el inspector de trabajo	88

4.	La carga probatoria de la inspección del trabajo.....	95
5.	La medida de requerimiento como instrumento para la subsanación de infracciones.....	104
5.1.	Alcances generales.....	104
5.2.	El plazo como objeto de razonabilidad	106
6.	La insubsanabilidad de infracciones	110
7.	El valor probatorio del acta de infracción	115
8.	La motivación de las actas de infracción como expresión del debido procedimiento.....	123
Anexo.	Cuadro de jurisprudencia	137

ESTUDIO PRELIMINAR

Luis Mendoza Legoas^{*}

* Presidente del Tribunal de Fiscalización Laboral y de su Primera Sala (2021-2023). Profesor universitario y magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la OIT. Miembro del Consejo Directivo de la Maestría en Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL (2021-2023)

1 LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO RESPUESTA JURÍDICA A LA CUESTIÓN SOCIAL Y SU ACTUALIDAD

El surgimiento del Derecho del Trabajo puede ser visto como una intervención progresiva sobre el contrato de servicios subordinados, al que fue regulándolo hasta situarlo en el centro de una rama distinguible de los contratos civiles dada la aplicación de normas y principios particulares¹. Sin embargo, todavía antes de que exista una legislación laboral sistematizada, ya el gobierno desempeñaba funciones de control en las relaciones de trabajo que redundaban en la vida y la labor de personas y empresas.

La inspección del trabajo se suma como instrumento institucional para hacer de los derechos enunciados en normas realidades palpables para las personas que son titulares de tales derechos subjetivos.

Sin embargo, como apunta agudamente Davidov, no es que las normas laborales hayan sido enteramente exitosas en términos de cumplimiento espontáneo o compulsivo². Junto a otras variables, esto se debe a que un sistema de vigilancia y sanción es costoso y complicado de mantener implementado bajo condiciones económicas, sociales y hasta jurídicas.

En el marco de la crítica neoliberal a esta forma de intervención estatal, se ha anotado la existencia de un “frente de ataque” contra la efectividad del Derecho del Trabajo. Así, Goldín ha denunciado que este “debilitamiento aplicativo”³ enfoca a la debilidad del Estado como eje que facilita al discurso y praxis de la reducción de estándares protectores. Esta es una tendencia mundial que, conforme se ha anotado, se caracteriza por factores y procesos tales como la reducción del gasto público y una

-
- 1 Guillermo Boza, *Lecciones de Derecho del Trabajo* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), 13, 17 y 18.
 - 2 Guy Davidov, “The enforcement crisis in labour law and the fallacy of voluntarist solutions”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 26, no. 1 (2010): 61.
 - 3 Adrián Goldín, “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *Thémis*, no. 65 (2014): 37-38.

fuerte presión hacia la externalización de responsabilidades públicas en esta materia⁴.

Más comprensivamente de posibles factores desestabilizadores, se señala a diversas causas que explicarían la crisis de la inspección del trabajo (con respecto a sus mejores años), entre las cuales se hallan: a) las dificultades subyacentes de un sistema que reposa en el rol protagónico de denunciadores, quienes pueden tener una percepción crítica de la efectividad de la respuesta estatal; b) una presión constante sobre el empleador para que reduzca costes si quiere seguir compitiendo en el mercado global; c) la drástica reducción del ámbito de cobertura sindical; d) la proliferación de trabajadores vulnerables (como los migrantes); e) la subcontratación y sus efectos sobre la estabilidad y los derechos conexos; y f) la proliferación de relaciones de trabajo “no tradicionales”, que desafían la capacidad de la inspección del trabajo de afirmar las normas laborales allí donde existe una fuerza de trabajo más dispersa que antes⁵.

El debate sobre la extensión o morigeración del Derecho Laboral sustantivo es materia de otro enfoque. Cualquiera sea su extensión, si flexibilizada por los actores sociales o por el Estado, o si es endurecida bajo cualquier fórmula, la fiscalización laboral se comporta como un importante instrumento político para la efectivización de las normas de trabajo. Aunque la legislación pueda ofrecer estándares objetables, siempre la inspección laboral velará al menos por su cumplimiento en los términos regulados, recordándonos que “por más imperfecta que sea, la ley puede hacer una diferencia real para los derechos de los trabajadores”⁶.

Contemporáneamente, se ha denunciado, por ejemplo, a la cobertura subjetiva real del Derecho Laboral y a unas enormes dificultades de la ley para seguir el ritmo de las dramáticas transformaciones del mercado de trabajo, a escala transnacional inclusive. Cabe preguntarnos sobre las razones por las que existe un mayor grado de evasión de parte de empleadores obligados por la normativa laboral: se han citado como posibles explicaciones, entre otras, al cambio cultural (más individualismo, en desmedro de la solidaridad) y al cambio político (menor interés de

4 Wolfgang von Richtofen, *Labour inspection. A guide to the profession* (Geneva: ILO, 2002), 19-20.

5 Guy Davidov, *op. cit.*, 63-65.

6 Lance Compa, “Replantar un campo: Derecho Internacional del Trabajo para el siglo XXI”, trad. Miguel Canessa, *Laborem*, no. 18 (2016): 80.

los gobiernos a responder a actuales y nuevos problemas laborales, en un contexto predominantemente neoliberal)⁷.

Tan solo un factor vinculado a todo esto ha sido frecuentemente apreciado en la realidad laboral peruana. Se trata de un problema que aqueja a la inspección del trabajo, nada menos que por la insatisfacción de una necesidad vinculada fuertemente a la realización de la justicia social: el ensanchamiento de la base de emprendimientos y trabajadores alcanzados por el control estatal. Si bien es cierto que el espacio de impunidad de la informalidad laboral debe ser abordado bajo intervenciones más complejas que la sola lógica de *supervisión-punición*, no puede dejarse de lado que en tales espacios pueden encontrarse formas de afectación de derechos laborales tanto o más preocupantes que las que se encuentran en las relaciones de trabajo registradas.

Compartimos, en ese sentido, la crítica de Standing, quien —refiriéndose a países europeos, es cierto, pero de forma extensible a nuestra realidad— ha considerado como decepcionante que las funciones estatales de fiscalización sean deliberadamente débiles respecto de ciertos trabajadores⁸. Las limitaciones resultantes de un sistema debilitado por la baja presencia estatal en ciertos mercados de trabajo, así como por una baja asignación presupuestal e insuficiente capacidad de articulación intersectorial llevan a que este problema se prolongue de forma preocupante.

Estos debates también comprenden a la inspección del trabajo. Así, la posibilidad de que se hayan manifestado voces en favor de una fiscalización laboral que sea parcialmente reemplazada por el control de los sindicatos (en favor de un dimensionamiento de la autonomía colectiva)⁹ o que incluso sea privatizada, en el espacio transnacional (para permitir el desarrollo de un verdadero sistema jurídico transnacional de aplicación de normas internacionales)¹⁰, no debería sorprender. De lo que se trata, en cualquier caso, es de pensar en renovadas propuestas para asegurar el alcance eficaz de un aparato importantísimo del Estado para intervenir en las relaciones laborales.

7 Guy Davidov, *A purposive approach to Labour Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 3.

8 Guy Standing, *The precariat. The new dangerous class* (New York: Bloomsbury Academic, 2011), 99.

9 Manuel Carlos Palomeque, “El nuevo espacio funcional de la inspección del trabajo: reflexiones críticas” en *Derecho del Trabajo y razón crítica* (Salamanca, 2004), 381.

10 Etienne Pataut *et al.*, *The future of labour law* (University Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2022), 79-81. Asimismo, véase en Lance, Compa, *op. cit.*, 103-106.

2 LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO RESPUESTA GUBERNATIVA AL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE TRABAJO: LA SITUACIÓN DE LOS EMPLEADORES

En tal medida, puede apreciarse que los empleadores pueden comportarse frente a la norma laboral como cumplidores espontáneos; o bien, puede que se vean persuadidos a cumplirla a través de alguna acción que les es externa (por un servicio público que da orientación o por un sindicato que exige cierto pago debido); o bien, que sean sujetos de una acción de supervisión y cumplimiento que exhiba a la sanción administrativa como medida de gobierno laboral destinada a fomentar prácticas de cumplimiento por vía del desincentivo.

En función de sus características culturales, estabilidad en el mercado y su capacidad presupuestal, las empresas podrían catalogarse de distintas formas: la legislación peruana, por ejemplo, ha definido a las micro y pequeñas empresas según su volumen de ventas anual. De otro lado, desde instrumentos técnicos de la Organización Internacional del Trabajo hasta literatura de las ciencias sociales refiere a empresas formales e informales, según una serie de criterios sobre el contacto de tales negocios con los registros administrativos existentes.

Operativamente, puede utilizarse una catalogación tripartita para enfocar a los empleadores con respecto a la política estatal de cumplimiento de estándares laborales¹¹:

- i) Empleadores formales que adoptan prácticas informales, bien dentro de su estructura organizacional, bien en la contratación de servicios dentro de la cadena de valor en la que ejercen influencia. Aquí la decisión de la informalidad pasa fundamentalmente por un razonamiento económico orientado al abaratamiento de costes.
- ii) Empleadores informales que, pudiendo cumplir los estándares laborales, no perciben reales beneficios de llevar su actividad empresarial a la luz de los registros administrativos. En este grupo, la falta de cumplimiento de normas laborales proviene también de una lógica de abaratamiento de costes, pero a ello se suma la percepción de

11 Esta categorización surge de las conversaciones que tuve con mi amigo Christian Sánchez Reyes, cuando él era ministro de trabajo y yo estuve a cargo de la entonces llamada Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo.

una cierta impunidad explicada por la baja presencia del Estado en el contexto socioeconómico en el que estas empresas actúan.

- iii) Empleadores informales cuya sobrevivencia en el mercado está seriamente amenazada por los costes a los que debe enfrentarse. La imposición de cargas económicas al empleador, en este ámbito, puede significar la culminación del emprendimiento. Este es un ámbito acotado al de ciertas *microempresas de subsistencia* que, sin embargo, es utilizado retóricamente para atacar a la legislación laboral respecto de cualquier empleador. El factor clave para la permanencia en la informalidad aquí es económico, pues la empresa se encuentra ante dificultades mayúsculas para cumplir con los estándares laborales. La informalidad es, en esa medida, una condición ineludible.

En cada uno de los tres segmentos descritos, la inspección del trabajo requiere de enfoques adecuados para lograr lo que la Organización Internacional del Trabajo ha descrito como “transición sostenible a la formalidad”. En esa medida, el enfoque punitivo es plenamente eficaz en el primer segmento (sin descartarse posibles acciones de pedagogía). En el segundo grupo, en cambio, el enfoque punitivo, que no puede ser del todo descartado, podría seguir a acciones previas de orientación y de mejora, por parte del propio Estado, de los servicios que ofrece a los empleadores para que ellos logren sus propósitos económicos en un entorno perceptiblemente favorable. Respecto del tercer grupo (con necesaria rigurosidad sobre a quién se incluye en este ámbito), el enfoque punitivo requiere de matices que hagan de esa intervención una que acompañe procesos de permanencia y crecimiento.

En consecuencia, en los bloques segundo y tercero de la categorización explicada puede identificarse a la función pedagógica de la inspección del trabajo, entre los llamados “incentivos directos para la formalización laboral”¹² que, complementariamente al desincentivo que representa la multa laboral, dan lugar a una política laboral con mejores visos de efectividad.

En mi opinión, no se requiere ni de una legislación flexibilizada ni de una suerte de “amnistía” generalizada —algunos autores sugieren que

12 Colin Williams, *Transitioning from informal to formal economy* (2022): 5-6. Documento disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4120929> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4120929>

ello podría formar parte del paquete de medidas de formalización—¹³ respecto de tales grupos de empleadores. Por el contrario, la inspección del trabajo puede desplegar las medidas típicas que hacen de su intervención algo más que solamente detectar y sancionar comportamientos discordantes a las obligaciones laborales.

3 LA DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA FISCALIZACIÓN LABORAL

Como explica el profesor Paredes, los hechos objeto de las pruebas les son externos: ellas los describen o representan, pudiendo acudir a medios directos (que muestran el hecho a probar de forma inmediata), a medios indirectos o críticos, como también a las presunciones legales y a la carga de la prueba, entre otros sucedáneos de los medios de prueba¹⁴. La aproximación a la verdad material —que también vincula a la Administración del Trabajo— está, de esta forma, conducida por la prueba, que (en términos empleados por Michele Taruffo), resulta “un instrumento epistémico necesario”, por lo que es indispensable adquirir todas las pruebas disponibles para evitar que el caso se resuelva con prueba faltante, sustituyéndose al conocimiento de los hechos por la una regla de juicio basada en la carga de la prueba¹⁵.

Es significativo el hecho de que la dogmática sobre la prueba y el derecho fundamental a probar haya calado en el ámbito administrativo gracias a la importación adecuada de estos temas, tras una larga construcción en el derecho jurisdiccional. La intervención administrativa sobre relaciones privadas suele traer a discusión el persistente tema de las dimensiones de la prueba de cara a la realización de la justicia. Así, se ha advertido que el debido cumplimiento de la carga de la prueba forma parte del bloque de legalidad exigible a la Administración para el cumplimiento de sus funciones¹⁶. Por tanto, la detección insuficiente de hechos,

13 *Ibíd.*, p. 6.

14 Paul Paredes, “Las presunciones como sucedáneos de los medios probatorios” en *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano* (Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2005), 179-181.

15 Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013), 86.

16 Gunilla Edelstam, “The duty to investigate and the burden of proof. Part of the legality principle in Administrative Law?” en *Problèmes de procedure administrative non contentieuse* (2009).

la poca claridad de la falta comprobada o del factor subjetivo o causal (cuando ellos sean requeridos por las normas sancionadoras) no permite que se imponga una sanción legítima en un Estado Constitucional de Derecho.

De forma específica, la carga de la prueba es un asunto de lo más relevante para perfilar adecuadamente al Sistema de Inspección del Trabajo. Existen dos pilares principistas que fundamentan a este sistema: la garantía estatal de efectividad de los derechos laborales, de un lado, y el deber de colaboración de los empleadores con la supervisión estatal, del otro.

En primer lugar, la función garantista, desprendida del principio protector, ha sido extensamente comentada por la doctrina, desplegándose ciertas facilidades probatorias que permiten a la fiscalización cumplir con su propósito. El empleador, obligado por la legislación laboral al llevado de registros documentales diversos, debe facilitar el acceso a información de interés para el fiscalizador. Con ese objeto, la falta de cierta entrega puede significar un obstáculo significativo a la determinación de la verdad material.

En segundo lugar, no puede perderse de vista que la fiscalización laboral produce su actividad administrativa en el marco de un modelo subsidiario de intervención estatal. Se ha definido, de forma extensiva, a la subsidiariedad como “un principio útil para racionalizar la intervención estatal”¹⁷, consideración que nos parece muy acertada. A través de tal fundamento, no debe acudir a una intervención pública de carácter maximalista en las relaciones laborales, sino a un deber jurídico de colaboración articulado en la cláusula social del Estado Constitucional (art. 58 de la Constitución) y la enunciación —que, no olvidemos, también es vinculante para el poder público— de que ninguna relación laboral puede rebajar o desconocer los derechos constitucionales (art. 23 de la Carta fundamental).

El hecho es que, en los procedimientos de la inspección del trabajo, la propuesta de sanción en el acta de infracción —o su confirmación en el acto administrativo sancionador— llevan a que se deba tener solventemente acreditada la responsabilidad, al cabo de procedimientos de fiscalización y de sanción igualmente garantistas. Así, la actividad fiscalizadora ejerce múltiples facultades en su actuación, pero, a la vez, actúa aliviada por el deber de colaboración del sujeto inspeccionado. Bajo esta

17 Alberto Cruces, *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución peruana* (Lima: Palestra Editores, 2021), 146.

fórmula, la inspección que concluye en una propuesta de sanción debe derrotar la presunción de licitud que protege al administrado.

Como es sabido, al acta de infracción levantada al cabo de la inspección practicada le corresponde un estatus jurídico particular: es un instrumento con fuerza probatoria especial. El artículo 16 de la LGIT reconoce una presunción relativa por la que se consideran ciertos los hechos determinados, dejándose a salvo el derecho fundamental a la prueba del empleador, tanto durante la fiscalización como en el procedimiento administrativo sancionador posterior. Entre las funciones que esto tiene sobre la valoración probatoria posterior, se ha destacado a un efecto en el debate argumental sobre los hechos objeto de la investigación: inhibe la libre apreciación de las consecuencias que se pueden derivar de ciertos hechos, facilitando el trabajo de resolver en función de un conjunto de pruebas cuya apreciación puede ser compleja¹⁸.

Quizá el uso más frecuente de facilitamiento al acceso a la justicia por alivios a la carga de la prueba provienen de los casos de determinación de la existencia de la relación laboral. Aquí se considera al que es reputado como empleador como alguien capaz de soportar estas exigencias probatorias, en razón del control de los recursos informativos existentes durante la prestación de servicios¹⁹.

4 LA SUBSANABILIDAD DE INFRACCIONES LABORALES

Podemos concebir a la subsanación como un comportamiento de incumplimiento empresarial redirigido por la inspección del trabajo hacia la observancia de la normativa laboral. De acuerdo con el artículo 49 de la LGIT, es subsanable la infracción cuyos efectos puedan ser revertidos. Como podrá advertirse, es este un concepto que requiere de precisiones adicionales para un entendimiento y aplicación adecuados a la finalidad de la inspección del trabajo: el cumplimiento de los estándares laborales.

Desde ese punto de vista, se entiende que el legislador haya previsto que la conciliación administrativa de la inspección del trabajo (pendiente de regulación hace varios años) se extienda respecto de incumplimientos subsanables —conforme al inciso 3.1 del artículo 3 de la LGIT— y que la

18 Paul Paredes, *op. cit.*, 213.

19 Renato Bignami *et al.*, *Labour inspection and employment relationship* (Geneva: ILO, 2013), 23.

subsanción acreditada de una falta permita el descuento progresivo de la sanción imponible si es que esto ocurriera durante la etapa de instrucción hasta después de la notificación de la decisión de la instancia de apelación en el procedimiento sancionador (artículo 40 de la LGIT, incisos a y b).

No contamos, sin embargo, con una definición cabal de esta cuestión. Se alude a la categoría de lo “insubsanable” sin precisiones reglamentarias, por lo que se necesita de un criterio que clarifique esta cuestión. Esto ya que existe quien sostiene que las únicas infracciones insubsanables son las declaradas en el artículo 48.1-D, que alude declarativamente a las infracciones de normas sobre trabajo de menores y las referidas al trabajo forzoso. No podrían ser las únicas, pues existen otros tantos casos donde la reversión de los daños resultantes de la infracción no es factible.

Sin embargo, no parece que una solución justa e incontrovertible a esta indeterminación sobre lo que es subsanable pueda ser resuelta a través de un listado aprobado por el reglamentador. En todo caso, un listado de asuntos “subsancionables” e “insubsancionables” supondría el arbitrio del poder público para determinar cuándo los daños pueden entenderse sujetos a posible reversión. Sobre esto, sería factible utilizar una vieja clasificación del Derecho de Obligaciones (a pesar de que ella misma sea objeto de críticas contemporáneas que aconsejan su matización).

De esta forma, las “obligaciones de dar”, que en el ámbito laboral recaerían en obligaciones de puro contenido formal o en obligaciones económicas, podrían ser identificadas genéricamente como prestaciones más susceptibles de ser subsancionables cuando no se cumplió la obligación espontáneamente. Por el contrario, cuando hablamos de “obligaciones de hacer” y “de no hacer”, podríamos encontrar complejidades mayores en tanto que ellas podrían calzar en comportamientos típicamente vinculados al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, como sería la obligación del empleador de participar en una negociación colectiva de buena fe o de evitar desplegar represalias sobre un trabajador que presentó una denuncia ante la inspección del trabajo.

No deja de ser ilustrativa, pero equívoca, esta catalogación. No siempre una obligación de dar encierra un asunto cuyo incumplimiento genere un daño reversible y tampoco es cierto que siempre una obligación de desplegar cierto comportamiento o de inhibirse de ello se traduzca en un daño irreversible. Piénsese en la falta de pago íntegro de la remuneración: el inspector podría ordenar el pago como mecanismo de subsanción, a un trabajador que sufrió descuentos injustificados al salario; pero en algún caso podría acreditarse que la persona afectada por los descuentos

no pudo cubrir los costes de un tratamiento médico, tornándose el daño en algo más factible. Es un supuesto atípico, pues la inspección del trabajo no suele aterrizar en hechos tan específicos.

Por otro lado, un empleador que incumple una obligación de hacer, como sería la falta de implementación de un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, podría verse ante una infracción subsanable si es que no se ha acreditado la existencia de daños a la salud de las personas a su cargo.

La idea básica aquí es que la determinación apriorística de lo subsanable puede ser injusta, en algún caso, bien sea por asumir la reversibilidad del daño o por descartar que el perdón del ofendido se produzca tras el comportamiento del empleador. Considero que un análisis casuístico es más adecuado para determinar las condiciones de subsanabilidad que podrían aplicarse a una situación concreta.

En ese sentido, es posible pensar en el “uso horizontal”²⁰ de un precedente existente en nuestro sistema jurídico, aunque se haya sentado en un ámbito distinto de la Administración Pública. Se trata del precedente sentado por el acuerdo adoptado en sesión de Sala Plena N.º 11-2021 del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud - SUSALUD, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de octubre de 2021. Conforme con este criterio, no resultan subsanables los hechos por los que, habiéndose originado un daño real, este no resulte ser reparable. En cambio, sí resultan subsanables los hechos que, habiendo causado un daño real, puedan minimizarlo o cuando los efectos del daño puedan ser razonablemente reparados (considerando 16). De otro lado, para la subsanación de los daños potenciales, solo bastaría que el sujeto obligado rectifique su comportamiento y con ello se impediría que se produzca algún daño futuro (considerando 17).

Razones para invocar este criterio en el ámbito de la inspección del trabajo sobran: de un lado, no parece que el razonamiento expresado en ese ámbito sea opuesto a los fundamentos del Derecho Laboral, ámbito en el que los pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Laboral tienen incidencia. De otro lado, se trata de un precedente que, si bien no vincula a los órganos del sistema de fiscalización laboral, sí puede decirse que apuntala a un criterio garantista en el trato de la Administración con los administrados, cuestión relevante de cara a la uniformización con la que el poder público aborda las cuestiones derivadas de los particulares. Con

20 Concepto adaptado de lo expuesto en: José Luis Castillo, “Los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional” en *El precedente judicial y el precedente constitucional* (Lima: ARA Editores, 2008), 36 y ss.

respecto a esto último, además, encontramos una fuerte sintonía entre las materias analizadas por el tribunal administrativo emisor del criterio citado y las que se analizan en las inspecciones laborales, cuestión que refuerza la aplicabilidad de tal criterio. Todo esto para aspirar a la vinculación de los distintos ángulos de la Administración Pública con el principio de la seguridad jurídica.

5 ENFOQUE PUNITIVO: ELEMENTO INESCINDIBLE DE LA INTERVENCIÓN FISCALIZADORA

Desde los llamados enfoques responsivos se ha cuestionado la pertinencia de la sanción (bajo la pregunta de si acaso puede utilizarse a la persuasión en determinados casos, como en principio admite el Convenio 81 de la OIT y la legislación peruana) y de su cuantía (la interrogante aquí aborda si el escalamiento del reproche es realmente necesario en un caso particular). Sin descartar posibles usos combinados de mecanismos de control de cumplimiento con los de persuasión, parece necesario admitir que el uso de mecanismos de “derecho blando” podría ayudar a hacer eficaz la intervención administrativa en las estrategias para lograr el cumplimiento de las normas de trabajo por parte de los sujetos obligados: los empleadores.

Utilicemos un ejemplo aportado por Davidov, con ciertas adaptaciones²¹: si la remuneración mínima en el presente (S/ 1025) fuera reducida por el Estado a S/ 1000, pero se expidieran normas complementarias que alentaran a los empleadores a pagar más, muchos de ellos ofrecerían pagos por encima inclusive del monto mínimo anterior, en procura de los beneficios otorgados. Sin embargo, tales normas no podrían ser útiles para hacer frente a todos los incumplimientos del pago de salario mínimo. Habría que preguntarnos si estos beneficios serían suficientemente atractivos para los empleadores del que denominamos “segundo segmento” (los que anhelan beneficios tangibles por formalizarse) y si acaso los emprendimientos de subsistencia llegarían al estándar, quizá todavía demasiado alto.

Este ejemplo superpuesto al esquema tripartito de la masa de empleadores en el mercado de trabajo nos lleva a pensar que en ciertos segmentos (el de empleadores con capacidad de hacerse cargo de las

21 Guy Davidov, *op. cit.*, 70.

obligaciones laborales) el enfoque punitivo es pertinente. En alguno (empleadores que podrían adoptar comportamientos formales de forma permanente de advertir beneficios tangibles en ello), el enfoque punitivo es necesario, pero insuficiente si tales ventajas no se enfocan debidamente en tal grupo y se difunden de forma suficiente. Finalmente, en un grupo estrictamente delimitable —el de los emprendimientos de subsistencia— el enfoque punitivo es totalmente impertinente de cara a lograr transiciones sostenibles a la formalidad.

Entre nosotros, se ha denunciado al falso dilema existente entre una política de inspección del trabajo sancionadora y preventiva²². Y no es que se trate de un asunto discutido solamente en nuestro país. Por ejemplo, en el análisis comparado, se ha subrayado que en la estrategia de formalización laboral de diversos países de la Unión Europea se han conjugado varias medidas complementarias a la imposición de sanciones (tenida como el método más importante o hasta efectivo). De esta manera, se añaden las listas de incumplimiento, exclusión de empleadores de ciertas licencias o del acceso a subsidios. Con esto se advierte que la efectividad de tales medidas es variante, según la combinación de ellas que se emplee respecto de diversos tipos de emprendimiento²³. Esta flexibilidad operativa del régimen sancionador para implementar medidas punitivas adecuadas y combinadas con respuestas mixtas parece más arreglada al principio de razonabilidad y a la concordancia entre medios y fines que la regulación administrativa laboral debe perseguir.

En consecuencia, la afirmación de los desincentivos plasmados en multas administrativas es necesaria para que ni el razonamiento económico sobre cumplimientos normativos ni el mero desapego al comportamiento debido puedan ser instrumentos de violaciones de derechos laborales. No obstante, el Estado en su conjunto es responsable de conducir respuestas idóneas para que esta intervención se practique aterrizando a la situación concreta de empleadores y trabajadores, recordando que la imposición de la pena ante ilícitos administrativos no es un fin en sí mismo.

22 Elmer Arce, *op. cit.*, 84.

23 European Labour Authority, *Effective penalty measures for tackling undeclared work, including cost-effective administrative actions. Learning resource paper from thematic workshop* (Grecia: 2022), 3.