

EL CONTROL DE APLICACIÓN DE LA NORMA LABORAL Y LA FUNCIÓN INSPECTIVA

Edgardo Balbin Torres*

Profesor de Derecho Colectivo del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN.

Sin lugar a dudas, el carácter imperativo que distingue a la norma laboral frente a los esquemas predominantemente dispositivos del derecho común, constituye el factor explicativo del carácter excepcional y atípico de sus mecanismos de control. Si el ordenamiento produce canales regulares para la custodia de las normas que emana, en el ámbito laboral la necesidad de garantizar y hacer efectiva la imperatividad de la normativa relativa al trabajo humano determina que estos canales sean diversos y reforzados¹.

El fundamento a esta inusual intensidad garantista puede encontrarse en la tensión desatada por el carácter intervencionista de la norma laboral sobre el ejercicio de la libertad de organización del trabajo en régimen de subordinación. Sólo mecanismos de garantía del cumplimiento de la norma laboral altamente efectivos hacen posible dos condiciones indispensables para la marcha del sistema: el rescate y realce de la dignidad de la persona que trabaja y la obtención de condiciones igualitarias de competencia en el mercado.

La observancia de la norma laboral asegura niveles adecuados de protección a la dignidad del sujeto trabajador, exigencia suprema y fundamental de orden constitucional y del modelo de Estado social y democrático imperante. El artículo 23° de la Constitución Política de 1993 establece en este sentido que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del sujeto trabajador". Claro está, este enunciado no constituye únicamente un límite directo al ejercicio del poder de dirección, sino, impone además a la Administración pública una conducta activa dirigida a la preservación de la dignidad del sujeto trabajador y la creación de condiciones para la vigencia en el plano real del principio de igualdad. En la realización de estos objetivos reside

justamente uno de los principales factores de legitimación del propio aparato administrativo².

Pero, la existencia de controles reforzados de aplicación de la norma laboral permite además a los empleadores garantizar condiciones igualitarias de competencia en el mercado. Ello determina que, no obstante constituirse en sujeto pasivo de la acción normativa interventora, sea el propio empleador privado quien deba manifestar un gran interés no sólo en los contenidos concretos de la norma laboral —debido a las previsiones que en materia de costos deba efectuar— sino, más aún, en la efectividad de los mecanismos que aseguren su cumplimiento. Únicamente, la observancia uniforme y generalizada de la norma laboral por todos los sujetos obligados a su cumplimiento evita la presencia de ventajas competitivas ilegítimas por encontrarse basadas en la elusión del ordenamiento jurídico.

En definitiva, estas dos condiciones convierten el cumplimiento de la norma laboral en un asunto de "interés general", que desborda el exclusivo interés de sus destinatarios directos: trabajadores y empleadores³. De la eficacia del sistema de control depende la satisfacción de este interés general; la salvaguarda de la dignidad del sujeto inmerso en una relación de sujeción que limita su libertad; y la propia marcha del sistema productivo.

En nuestro medio, el Estado a través de la "Inspección del Trabajo" ha venido asumiendo un rol protagónico en el desarrollo de la función de control de aplicación de la normativa laboral, al punto de constituirse en uno de sus más recurridos canales de fiscalización. Este breve trabajo pretende formular algunas notas y comentarios acerca de la Ley de Inspección y de los alcances y limitaciones que va evidenciando a más de dos años de su vigencia; ello con la finalidad de determinar en qué medida su configuración ha tendido y puede tender a garantizar la efectiva aplicación de la normativa laboral.

1 MARTIN VALVERDE, Antonio: "Derecho del Trabajo". TECNOS, Madrid, 1991, p. 586.

2 APARICIO TOVAR, Joaquín: "El Juez Laboral, imparcial, pero no neutral". Revista de Derecho Social, N° 12, Castilla La Mancha, 2000, p. 57.

3 GONZALES BIEDMA, Eduardo: "La inspección del trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral". ARAZANDI, Navarra, 1999, p. 62.

2. LA FUNCIÓN DE CONTROL DE APLICACIÓN DE LA NORMA LABORAL.

El carácter reforzado del sistema de control de aplicación de la norma laboral al que hemos hecho referencia se expresa básicamente en dos atributos: su especialidad y complejidad.

El sistema de custodia de los derechos laborales es "especializado" en tanto se funda en la consideración específica de la desigualdad jurídica y económica de las partes: el desequilibrio subyacente a la relación de trabajo configura no sólo una disciplina basada en la intervención normativa (heterónoma y autónoma) sobre el ejercicio del derecho de libertad de empresa, sino modela las instituciones destinadas a garantizar su cumplimiento conforme a los objetivos de equilibrio de la posición de las partes frente al aplicador del derecho. Por ello, el sistema de control de aplicación de la norma laboral, además de relacionarse al objetivo genérico de dotar de coercibilidad a toda norma imperativa, repara específicamente en la posición de desventaja del trabajador recurriendo a técnicas de tutela o suplencia inusuales a otros sistemas de control.

Evidentemente, un ejercicio especializado de la labor de control de aplicación de la norma laboral demanda un alto nivel de especialización en los operadores jurídicos, con el correlato de garantías de profesionalización y estabilidad que los libre de decisiones arbitrarias. En síntesis, requiere de un sistema de "carrera profesional" que imprima el mismo énfasis a la labor de reclutamiento de personal y a la protección máxima -absoluta- contra el despido arbitrario, con miras a garantizar la especialización e imparcialidad del funcionario y, con ello, la eficacia del propio aparato administrativo⁴.

Por otro lado, puede afirmarse que el sistema de custodia de la norma laboral es "complejo" debido a que se articula a través de dos canales de protección convergentes. En primer lugar, un sistema heterónimo estatal que comprende el desarrollo de la función jurisdiccional que en el ámbito laboral

4 Sin duda, ello redundará en la consecución de niveles óptimos de seguridad jurídica, pues la especialización proveniente de la carrera profesional y de la estabilidad absoluta en el puesto de trabajo proveen garantías sobre el sentido fundamentalmente técnico de la labor de aplicación de la ley.

5 Aún la evidente imposibilidad material de dar cobertura a todo el territorio nacional a través del sistema administrativo de control de la norma laboral, cabe destacar el enorme esfuerzo que según las estadísticas ha venido realizando la AAT, manteniendo en nivel siempre ascendente el número de visitas inspectivas realizadas. Puede consultarse para mayor precisión los Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

6 Habría que señalar en este apartado que para GONZALES BIEDMA, el sistema heterónimo de control presenta la ventaja de reducir el margen de conflictividad social, siendo

se lleva a cabo a través de la denominada "Jurisdicción Social", y la actividad de control realizada por la "Autoridad Administrativa de Trabajo" (AAT). Pero, en segundo lugar, la norma laboral posee también un sistema de protección fundado en la autonomía colectiva, en el que son los propios sujetos colectivos quienes desarrollan mecanismos adaptados de supervisión del cumplimiento de la normativa laboral.

Lógicamente, no se trata de canales de protección excluyentes. La efectividad del sistema de control en general y de cada canal de supervisión en particular, depende de la coexistencia de ambos mecanismos de garantía y de su actuación coordinada. Basta centrar nuestra atención en la enorme difusión del trabajo asalariado y en los altos niveles de evasión de la normativa laboral, para deducir que su cumplimiento no puede quedar librado en exclusiva a un sistema estatal de protección, generalmente limitado en cuanto a recursos materiales y personales⁵. Por el contrario, en escenarios como el nuestro la actuación del sujeto sindical se torna indispensable para la articulación de un sistema altamente efectivo, tanto por la extensión del ámbito de vigilancia que brinda, como por los mecanismos de supervisión, fiscalización y sanción adaptados a la realidad laboral que suele proveer⁶.

3. LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LA LEY DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO.

Entre las reformas normativas llevadas a cabo en los últimos años, una de las que impuso mayores novedades en el panorama laboral fue la efectuada en el sistema de inspección del trabajo. Por los mecanismos empleados para su confección, vale decir, el recurso a la técnica consultiva de organismos especializados y de composición tripartita, y por la articulación sistemática de sus contenidos, el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, conformó un interesante intento de afrontar un diagnóstico a todas luces negativo de

poco eficaz y practicable un sistema de control basado en la autotutela colectiva. Refiere el citado autor que "el propio empresario preferirá generalmente ser intimado por un inspector o sancionado que soportar el peso de un conflicto colectivo". GONZALES BIEDMA Eduardo: "La Inspección del Trabajo y el Control de la Aplicación de la Norma Laboral"; Op. Cit. p. 65. Sin restar validez a esta afirmación pero rescatando la eficacia de la acción colectiva en el cumplimiento de la norma laboral, consideramos que no se debe desconocer que en la mayor parte de los casos, el elemento que conmina de modo más eficaz al empleador al cumplimiento de la norma laboral de autotutela colectiva no lo constituye el planteamiento efectivo de un conflicto, cuanto sí el riesgo manifiesto de que este exista. Para ello, una sólida e institucionalizada acción sindical resulta imprescindible.



nuestra realidad laboral. Sin duda, su promulgación no sólo fue propicia sino, más aún, necesaria, habida cuenta que los altísimos niveles de evasión demandaban –y siguen demandando aún– de medidas urgentes que pongan a nuestra legislación laboral a tono con el modelo de Estado social y democrático.

Pero ¿en qué medida esta norma articula un sistema coherente de control de aplicación de la norma laboral?; o, dicho de otro modo; ¿garantiza nuestra normativa los atributos de especialización y complejidad, indispensables para un ejercicio eficaz de la función de control de aplicación de la norma laboral?

No obstante la Ley de Inspección supera cualitativamente con amplitud al conjunto de dispositivos que con anterioridad regulaban el ejercicio de la función inspectiva, desde la perspectiva de “sistema” la reforma constituyó únicamente un punto de partida en la articulación de mecanismos efectivos y eficientes de control de aplicación de la norma laboral.

3.1. LA ESPECIALIZACIÓN EN EL CONTROL DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL Y LA PRECARIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO

En cuanto a sus niveles de especialización, los mecanismos de control en nuestro ordenamiento jurídico han presentado un constante déficit derivado de la precarización del empleo y de las nulas posibilidades de desarrollo profesional que han caracterizado durante la última década a la administración de justicia y a la AAT. En tal sentido, atenta a lo inaceptable y contraproducente de la precarización del personal encargado de la labor de inspección, la Ley de Inspección fijó como uno de sus objetivos centrales la “profesionalización e imparcialidad” de los inspectores de trabajo, consagrando además una garantía de estabilidad en el puesto de trabajo que, entendemos, merece ser precisada.

Ciertamente, como podrá ser advertido, la Ley de Inspección consagra un objetivo general de independencia técnica y profesional del inspector, estableciendo un sistema rígido de acceso mediante concurso público de evaluación de capacidades y

méritos⁷. Sin embargo, la Ley no establece con la contundencia necesaria un sistema igualmente rígido de salida, que permita asegurar de modo efectivo la especialización e imparcialidad en el ejercicio de la función inspectiva. Es claro que los objetivos trazados por la norma dependen no solo de mecanismos idóneos de selección, sino fundamentalmente de una sólida garantía de permanencia que neutralice los riesgos de patológicas prácticas clientelares y de manipulación interesada de los puestos de trabajo. Sin esta última garantía los mecanismos rígidos de selección pierden todo sentido.

Ahora bien, la necesidad de contar con un sistema capaz de asegurar la independencia y especialización del inspector de trabajo nos obliga a reparar en dos cuestiones. En primer lugar, en la afectación al principio de igualdad ante la ley y la disfuncionalidad que deriva de la convivencia de personal que desarrolla idénticas tareas al interior de los órganos de control, pero sujeto a regímenes laborales diversos (de donde se desprende a su vez la regulación diferenciada de sus beneficios y derechos laborales). En segundo lugar, en la inconveniencia de regir la relación laboral de los inspectores por las normas laborales del régimen laboral privado que, aún luego de las precisiones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sigue asegurando en determinados supuestos sólo una protección relativa frente al despido arbitrario.

La primera de las cuestiones citadas constituye una práctica ya frecuente en nuestra Administración pública, cuyo tratamiento requiere de medidas estructurales que desbordan los objetivos del presente trabajo⁸. Es, más bien, el segundo de los aspectos mencionados el que consideramos de necesario comentario en este trabajo dada su vinculación con la Ley de Inspección.

Frente a la necesidad de articular un sistema con capacidad para garantizar la imparcialidad y especialización del personal encargado de la labor de control de aplicación de la norma laboral, a la vez que remite la regulación de la relación laboral de los nuevos inspectores al régimen laboral privado, la Ley establece que el despido del inspector “procede sólo en caso de falta grave, siempre que se vulnere las prohibiciones expresamente contenidas en el artículo 10° de la

7 Artículo 6° de la Ley de Inspección.

8 La cuestión de fondo es si la regulación de la relación laboral de los trabajadores públicos por las normas laborales privadas resulta arreglada a la Constitución. Partiendo de la reserva de ley constitucionalmente establecida en el artículo 40° del texto constitucional, podría afirmarse que no existiría una imposición directa a la conformación de un régimen laboral diverso al privado. Sin embargo, sí existe un contenido mínimo constitucionalmente establecido que impone que el régimen laboral del trabajador público se articule sobre el principio de carrera profesional. Tal vez, este contenido

mínimo determinaría la inconveniencia de la aplicación del régimen laboral privado, cuya protección relativa contra el despido arbitrario no garantizaría el principio de carrera del trabajador público. A este respecto habría que considerar además, ya con referencia directa a los órganos de inspección del trabajo, que el Estudio General sobre el Convenio OIT N° 81 señala que en los documentos preparatorios se dejó constancia que el término “funcionario” había sido empleado por ser apropiado para aludir a la independencia, imparcialidad y estabilidad en el puesto necesarias para el ejercicio de sus funciones.

Ley”. El tema a dilucidar es evidente: o bien se trata de la consagración de una garantía de estabilidad absoluta que, salvando en alguna medida la principal insuficiencia que ofrece la regulación de la relación laboral de los inspectores por las normas del régimen laboral privado, limita la posibilidad de despido al conjunto de causales disciplinarias establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL); o bien, se trata de una redacción que, asimilándose a la del artículo 22° de la LPCL, no modificaría el régimen de protección relativa otorgado por las normas laborales comunes⁹. Desde nuestra perspectiva, el real sentido del precepto discutido debe derivar de lo establecido en el artículo 6° del Convenio OIT N° 81, que establece que “el personal de inspección deberá estar compuesto de funcionarios públicos cuya situación jurídica y cuyas condiciones de servicios les garanticen la estabilidad en su empleo y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida”.

Encontrándose manifiesta en los considerandos de la Ley de Inspección la intención del legislador de expedir un instrumento armónico con los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, debe entenderse que el único mecanismo para garantizar los objetivos de imparcialidad y especialización impuestos por la Ley de Inspección y de alinear su texto con lo establecido en el Convenio OIT N° 81, lo constituye la consagración de la garantía de un sistema de estabilidad absoluta que resguarde la independencia el inspector de trabajo, liberándolo de “influencias externas”. Con todo, reiteramos que esta interpretación salva en mínima medida la congruencia de la Ley con lo señalado en el Convenio N° 81 pues, si bien contribuye decisivamente a los objetivos de imparcialidad, no implica la articulación de un sistema de carrera igualitario que, asentado sobre bases objetivas, aliente la especialización y profesionalización del inspector¹⁰.

3.2. EL CARÁCTER COMPLEJO DE NUESTRO SISTEMA DE CONTROL DE APLICACIÓN DE LA NORMA LABORAL Y LA PRECARIEDAD DEL CONTROL SINDICAL

Sin embargo, es en cuanto al atributo de complejidad que se aprecian los más importantes signos de deficiencia.

9 Recordemos que el artículo 22° de la LPCL, establece que “para el despido de un trabajador sujeto a régimen laboral de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”. Sin embargo, este precepto, contrastado con la posibilidad admitida por ley de despedir arbitrariamente, conduce a establecer que, no obstante la legalmente establecida necesidad de causa justa para proceder al

La ausencia de un sujeto sindical, favorecida por una normativa limitativa en materia de relaciones colectivas y en inacabado proceso de reforma, limita significativamente las posibilidades de éxito y condena a los mecanismos de control estatales (judicial y administrativo) a un exclusivo protagonismo en la agotadora tarea de cobertura. La ineficiencia o ineficacia que podrían derivarse de este déficit del sistema, redundarían a su vez en el desborde del conflicto laboral o, peor aún, en su neutralización autoritaria –como sucede en nuestro caso- así como en la conformación de severas distorsiones en las posiciones empresariales en el mercado.

Sin perjuicio de los intentos provenientes de fuente legislativa y jurisprudencial por ampliar los espacios de actuación sindical, es preciso detenernos en la inclusión expresa de las organizaciones sindicales como sujetos legitimados para la activación de un procedimiento inspectivo que consagra la Ley de Inspección. Este reconocimiento constituye, sin duda, un acierto de la norma que espera el necesario complemento de una decidida actitud fomento a la acción sindical por parte del Estado. La subsistencia de limitaciones normativas el ejercicio libre de los derechos colectivos –que redundan en la disminución de los márgenes de libertad de los sujetos colectivos para la articulación de mecanismos de control autónomos-, determina que la legitimación del sujeto sindical para la activación y actuación de un procedimiento inspectivo sea concebida no como una “extensión” de su acción, sino como una “reducción” a los cauces administrativos de la inspección. En tanto los sujetos sindicales se mantengan ausentes o limitados de la actividad de control de aplicación de la norma laboral, el sistema dejará evidenciada su concepción limitada (y no compleja) claramente unilateral, típica de modelos autoritarios.

Obviamente, de la ausencia y limitación de los sujetos sindicales en su actividad de control, se desprende el protagonismo que en nuestro medio asumen los sistemas estatales de control de aplicación de la norma laboral y, entre ellos, por cuestiones de costo y rapidez, la inspección del trabajo. A ello habría que agregar también algunas otras peculiaridades que la han convertido en el mecanismo más recurrido.

despido, resulta legítimo también aquel realizado sin que ésta concurra.

10 El Estudio General del Convenio OIT N° 81 señala que la atribución de la condición de funcionario público a la que alude el Convenio refiere a los trabajadores sometidos a los reglamentos de la función pública, siendo la perspectiva favorable de carrera un elemento que contribuye a la estabilidad del inspector y a la calidad del servicio.



Un primer rasgo a destacar lo constituye el dinamismo de las técnicas empleadas en el desarrollo de la función inspectiva. Como veremos más adelante, la actividad de inspección se caracteriza por el dinamismo y efectividad en la reparación de la infracción y en la reposición de derechos, derivada del recurso a técnicas de control que, como sucede con la "visita", privilegian el contacto con la realidad laboral. Frente a las técnicas de control un tanto lejanas del operador judicial, la visita convierte a la inspección del trabajo en el mecanismo más efectivo para los trabajadores. En segundo lugar, la inspección del trabajo privilegia también la labor de difusión de contenidos de la norma laboral y no siempre desemboca en el ejercicio de una efectiva actividad sancionadora. Ello genera mayor receptividad por parte de los empleadores, dispuestos a conocer las formas de aplicación de la normativa laboral, y prestos a evitar sanciones económicas.

**4. ALGUNOS
ASPECTOS ESPECÍFICOS
ACERCA DE LA LEY DE
INSPECCIÓN DEL
TRABAJO**

Ya al margen de los aspectos generales antes revisados pero a la luz de los criterios establecidos, conviene detenernos ahora en algunos aspectos que de manera específica saltan a la vista en la regulación de la Ley de Inspección del Trabajo. En particular, queremos resaltar el tema del contenido que la norma atribuye a la función inspectiva así como los instrumentos objeto de control.

**4.1. CONTENIDO Y ALCANCES DE LA FUNCIÓN
INSPECTIVA**

La Ley de Inspección reserva dos funciones al aparato inspectivo. En primer lugar y como función central del sistema, la ley señala que el aparato inspectivo ejerce una función fiscalizadora de carácter preventivo y no enteramente sancionador¹¹. En línea a lo dispuesto por el artículo 3.1.b) del Convenio OIT N° 81¹², la Ley de Inspección antepone a la imposición de sanciones el desarrollo

- 11 Recordemos que la función fiscalizadora se sitúa en el origen mismo de la función inspectiva nacida con el objeto urgente e inmediato de verificar el cumplimiento de los parámetros normativos mínimos establecidos al trabajo de las mujeres y niños, horarios y seguridad ocupacional.
- 12 El artículo 3.1.b), del Convenio OIT N° 81 señala que "El sistema de inspección estará encargado de: facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los

de una labor pedagógica y de difusión de los contenidos de la norma laboral, con la finalidad de minimizar el impacto de la acción fiscalizadora sobre la libertad de organización empresarial. En tal sentido, se consagra la labor pedagógica como obligación del inspector¹³ y medida de necesaria ejecución en el marco del procedimiento inspectivo¹⁴, conformando de este modo un auténtico "derecho" de información del sujeto pasivo de la inspección, exigible en el marco de la visita.

A la función fiscalizadora la Ley añade la solución de conflictos, siendo preciso detenerse en lo novedoso de su inclusión.

Adicionalmente al tema de su eventual ilegitimidad (vista como ejercicio inapropiado de funciones reservadas a los órganos jurisdiccionales en virtud al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional) que trataremos más adelante, deben citarse aquí las opiniones divergentes que ha suscitado su eventual desarrollo por los inspectores de trabajo¹⁵. Por un lado,

se ha señalado que el ejercicio de una labor resolutoria de conflictos podría generar una confusión de labores, debido a que la estricta verificación del cumplimiento de obligaciones no resulta necesariamente compatible con la búsqueda de soluciones amistosas entre las partes. A este argumento se ha agregado la eventual sobrecarga de trabajo que, en una ya difícil labor de cobertura fiscalizadora, podría originar el desempeño de funciones de solución de conflictos¹⁶. Por otro lado, se ha señalado que a causa del concreto conocimiento de la realidad empresarial que le brinda el uso de técnicas como la visita, el inspector de trabajo constituye la persona más indicada para ejercer una labor conciliadora que contribuya a la descarga judicial de una gran masa de conflictos.

Desde nuestra perspectiva, hay que considerar que el énfasis en el carácter preventivo de la labor de orientación antes que en la sanción de incumplimientos, debe conducirnos a privilegiar todo mecanismo que tienda a la reorientación de la

trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales".

13 Artículo 8, literal b) de la Ley de Inspección.

14 Artículo 5, literal c) de la Ley de Inspección.

15 Puede verse el detallado y completo Estudio General sobre el Convenio OIT N° 81 sobre la Inspección del Trabajo. 1985.

16 En este sentido, el propio Convenio OIT N° 81 establece en su artículo 3.2. que: "ninguna otra función que se encomiende

conducta infractora, evitando el costo de la sanción. En tal sentido, la función de conciliación puede constituir un mecanismo complementario a la función de fiscalización, de corte preventivo y con alta capacidad para resguardar la imperatividad de la norma laboral sin adicionar sanciones económicas. Esta consideración determinaría lo apropiado del desarrollo de una labor de solución de conflictos por parte del inspector, siempre que no menoscabe el ejercicio de su función central de fiscalización.

En este apartado, relativo a los alcances de la función inspectiva, conviene hacer mención también al tema de la posible colisión con actividades propias a los órganos jurisdiccionales. Sin duda, los límites al desarrollo de funciones administrativas y judiciales pueden tornarse un tanto confusos y, de hecho, factores tales como la detección de "asuntos litigiosos"¹⁷, el ejercicio de facultades resolutorias de conflictos y la aplicación del principio de primacía de la realidad, pueden cuestionar la legitimidad de la labor administrativa de inspección por colisionar con actividades y facultades reservadas a los órganos jurisdiccionales

Desde nuestra óptica, el tema demanda, más que disquisiciones teóricas sobre la naturaleza de la función jurisdiccional o administrativa, la valoración correcta y armonización de ambas esferas de control.

La existencia de litigios, el ejercicio de facultades resolutorias y la aplicación del principio de primacía de la realidad no desconocen la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, pues la función inspectiva no conforma una jurisdicción paralela del trabajo, sino tan sólo el ejercicio de un cometido asignado por ley a la Administración, por cierto, sujeto siempre a control definitivo de legalidad ante los tribunales ordinarios. Es necesario, por tanto, que exista una habilitación legal consistente en la asignación de determinado cometido a los mecanismos de control administrativo, para que la concurrencia de la AAT y de los órganos jurisdiccionales sobre cierta materia resulte legítima. Por supuesto, y he aquí el asunto central, dicha concurrencia no determina una identidad absoluta entre ambos mecanismos de control.

En tanto la función jurisdiccional asume una finalidad básica de restauración de derechos a solicitud del interesado, la inspección del trabajo persigue la efectividad del ordenamiento laboral incluso de oficio, asumiendo y materializando en

a los inspectores de Trabajo deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y trabajadores".

este extremo el compromiso estatal por un modelo de Estado social.

De otro lado, es importante precisar que la derivación directa de una controversia al órgano jurisdiccional sin actuación administrativa de por medio, constituye en todo momento una opción que comparten a plenitud trabajador y empleador en ejercicio irrestricto de su derecho de acción, por lo que de ningún modo debe entenderse que la existencia de una labor de control administrativo traduce una afectación ilegítima a la exclusividad de la función jurisdiccional. Es más, en estricto, toda norma laboral cuyo control de cumplimiento asume la Inspección del Trabajo constituye en potencia un "asunto litigioso" por el sólo hecho de brindar paralelamente la opción de recurrir a los tribunales laborales, más no conforma necesariamente un litigio (esto es, una efectivo ejercicio del derecho de acción ante el órgano jurisdiccional). Por esta razón también debe entenderse que el ejercicio de la opción brindada por ley al inspector de paralizar el procedimiento de inspección ante un litigio debe reducirse a los casos en los que el criterio emergente de un conflicto ventilado en sede judicial, sea absolutamente necesario para la restauración del ordenamiento jurídico.

Es necesario observar también que la derivación del control de aplicación de la ley a ciertas instancias administrativas –que ha redundado en una extensión de sus actividades en determinados sectores- ha encontrado justificación básicamente en dos factores. En primer lugar, se ha incidido en la necesidad de reducir la carga procesal brindando medios de prevención y solución de controversias pre-judiciales pero con una alta dosis de especialización. La AAT asume así una labor de desjudicialización del conflicto laboral y de filtro que alivia la carga en sede judicial y que evidencia mecanismos de vinculación y articulación entre ambas esferas de control (judicial y administrativa). En este marco, cobra otra vez sentido e importancia el ejercicio de potestades conciliadoras o resolutorias de conflictos por parte del inspector de trabajo.

Relacionado con lo anterior, se ha sostenido como segundo factor que justifica la extensión de las actividades de la Administración, la necesidad de una intervención más intensa de los poderes públicos en materias o sectores en donde el nivel de incumplimiento incide decisiva y negativamente sobre el orden institucional. Ello sucede en el ámbito

17 El artículo 15.3 de la Ley de Inspección establece que "si la autoridad administrativa de trabajo apreciase del análisis de los hechos, que en el procedimiento inspectivo existe un litigio, podrá ordenar el corte del proceso".



laboral con el tema de la naturaleza del vínculo entre prestador y beneficiario de servicios personales y la aplicación del principio de primacía de la realidad para el establecimiento de la relación laboral.

En efecto, los altísimos niveles de evasión del ordenamiento laboral producidos por el recurso meramente formal a contratos afines (entre los cuales el de locación de servicios resulta el más difundido) para el encubrimiento de verdaderas prestaciones de servicios subordinadas, ha convertido el tema de la determinación de la condición de “trabajador” en uno de vital importancia para la vigencia efectiva del ordenamiento laboral. La acertada consideración de que la aplicación del sistema de protección que constituye el ordenamiento laboral deriva de la calidad laboral del prestador del trabajo, y que esta calificación se desprende a su vez de la detentación –en los hechos- por parte del beneficiario de los servicios de un poder jurídico de sujeción sobre el prestador del trabajo, parece haber conducido al legislador a adoptar una postura decididamente activa en favor de la primacía de la realidad sobre la forma, a través de la tipificación de la infracción administrativa “no registrar en planillas a un trabajador”. Atenta el legislador a que la propia labor de control y la fiscalización y eventual sanción de conductas evasoras al ordenamiento laboral pierde todo sentido si, bajo el calificativo de “asunto litigioso” o abandonando el asunto al interés e iniciativa de la parte interesada (el trabajador)¹⁸, se admite la evasión en bloque de todo el ordenamiento laboral, el legislador deriva al inspector de trabajo la determinación de la naturaleza laboral de la prestación del servicio y le brinda, por medio de facultades de fiscalización de libre selección (de acuerdo a las características de los servicios prestados y a los indicios que pudieran observarse), las herramientas adecuadas para realizar dicho cometido.

Debe quedar claro que si bien la extensión de las actividades de la Administración resulta legítima y hasta necesaria, ésta debe venir acompañada de la extensión expresa de garantías para los administrados que, tanto en el plano material como procedimental, resguarden sus derechos fundamentales. Es imprescindible por ello que aún claramente consagrados en el texto constitucional

un cúmulo de derechos fundamentales que vinculan primordial –pero no exclusivamente- a los poderes públicos, se realice en el marco del procedimiento inspectivo un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de los sujetos implicados y, en particular, se estructure el sistema de impugnación de decisiones administrativas que garantice los principios procesales básicos.

Por último, si bien es cierto que la legitimidad de la actuación administrativa deriva en buena medida de la habilitación legal para la persecución de determinada conducta evasiva del ordenamiento, la coordinación de la actividad administrativa con los criterios jurisprudenciales resulta indispensable más aún si el tema de la determinación del vínculo contractual depende finalmente de la existencia y valoración de un conjunto de indicios (rasgos sintomáticos), en ocasiones de muy difícil constatación. Sin duda, la observancia de criterios jurisprudenciales afinados debe constituirse en guía y sustento a la labor de inspección en la materia.

4.2. INSTRUMENTOS MATERIA DE CONTROL POR LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y EMPLEADORES SUJETOS A FISCALIZACIÓN

El accionar de la inspección del trabajo ha recaído tradicionalmente sobre el cumplimiento de las normativa laboral, entendida ésta como el conjunto de normas estatales y convencionales de aplicación en cada sector. La Ley de Inspección, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 2° del convenio OIT N° 81¹⁹, establece que la inspección del trabajo verifica “el cumplimiento de las normas laborales de cualquier nivel y rango, así como las convencionales y el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo”, agregando más adelante que la acción inspectiva comprende a las actas expedidas en conciliación o mediación y a los laudos arbitrales. De acuerdo a los preceptos anotados, debe entenderse como objeto de control además de las normas legales estatales y de los convenios colectivos de eficacia general, a los convenios colectivos celebrados por organizaciones no representativas dentro del ámbito respectivo, cuyo carácter normativo se desprende de la fuerza vinculante que la Constitución reconoce a la generalidad de instrumentos colectivos²⁰.

18 Como podrá ser fácilmente advertido, no obstante ser parte interesada, debido a su situación de dependencia económica agravada por la actual situación del mercado de trabajo, el trabajador no se encuentra en posibilidades de afrontar de inicio o en el transcurso de la relación de trabajo un conflicto que pueda producir su despido. Más bien, es con la extinción de la relación laboral que en algunos casos se opta por solicitar el reconocimiento de la condición formal de “trabajador”. Bajo estos términos, de no habilitarse a los canales administrativos de control que se extiendan a la propia determinación de la condición de trabajador del

prestador del servicio, se reduciría sensiblemente el ámbito de la inspección.

19 El tipo de instrumentos materia de control es un tema confiado a las legislaciones de cada país en virtud a lo establecido en el artículo 2° del Convenio OIT N° 81. El Estudio General sobre el Convenio da cuenta en la legislación comparada de la inclusión mayoritaria de los convenios colectivos como instrumentos sometidos a control.

20 NEVES MUJICA, Javier: “Introducción al Derecho del Trabajo”; Op. Cit. p. 72.

Un tema a plantear con relación a los instrumentos materia de inspección es el eventual desarrollo de una labor de control del cumplimiento de condiciones fijadas por contrato de trabajo, teniendo en cuenta que la ley tipifica "el incumplimiento de disposiciones convencionales y contractuales" como infracción de segundo grado.

Desde nuestra perspectiva, no obstante la delimitación original de los instrumentos sometidos a control no incluye a los contratos de trabajo – entendemos que por carecer éstos de carácter normativo-, el establecimiento de una infracción consistente en el incumplimiento de disposiciones contractuales implica el desarrollo de una labor de control sobre las mismas. Si bien es cierto ello excedería el marco de control tradicionalmente asignado a la inspección del trabajo, no resulta enteramente ajena a los fines y funciones de un sistema de control. Si bien es evidente que en un primer momento el aparato inspectivo ha circunscrito su acción a cautelar a la norma laboral imperativa heterónoma y autónoma debido justamente al predominio de dichos instrumentos en la fijación de las condiciones de empleo, en la actualidad el espacio dejado la autonomía individual para la regulación de las condiciones de empleo se ha visto ampliado, sobre todo tratándose de trabajadores dotados de ciertos niveles de especialización. Ello ha determinado alguna revalorización del contrato de trabajo como instrumento regulador de la relación de empleo²¹, que si bien no resulta generalizada en nuestro medio, plantea la necesidad de extender la acción de control sobre dichos instrumentos.

En cuanto al conjunto de personas o entidades sujetas a inspección, la Ley señala que comprende a los "jóvenes de formación, trabajadores, ex-trabajadores, organizaciones sindicales y empleadores sean éstos últimos personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, (...) sujetos al régimen laboral de la actividad privada". La amplitud del precepto, si bien destacable, presenta una omisión para nada involuntaria: se encuentran excluidos del sistema administrativo de control de aplicación de la norma laboral, los trabajadores sometidos al régimen laboral público, esto es, que regulan su relación de empleo por el Decreto Legislativo N° 276 y sus normas complementarias. Curiosamente esta omisión evidencia, bien una insuficiencia en la propia concepción de la labor de control que la torna incoherente en algunos extremos, o bien una errada definición de la naturaleza de la relación de empleo público.

21 GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio: "Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador". Revista de Derecho Social, N° 4, Castilla La Mancha, 1998, pp. 9 y ss.

Como hemos anotado anteriormente, la implementación de un sistema de control administrativo efectivo se constituye en rasgo inherente al propio carácter imperativo de la norma laboral como requisito indispensable para su cumplimiento, pero también conforma un factor de realización y cumplimiento de concretos mandatos constitucionales estrechamente vinculados al modelo de Estado Social. La exigencia constitucional de que ninguna relación laboral menoscabe la dignidad del sujeto trabajador ni sus derechos, conmina a la Administración pública a la implementación de un sistema de control que brinde cobertura a toda prestación de servicios en la que medie la sujeción personal, factor potencial de limitaciones a la dignidad del sujeto sometido. La actividad inspectiva, por tanto, debe extenderse sobre toda actividad en la que medie sujeción personal, al margen de si ésta se constituye o no a través de un contrato de trabajo. Es destacable, desde esta perspectiva, que la actividad inspectiva se extienda, por ejemplo, sobre la actividad desplegada por los jóvenes en formación laboral juvenil, aún cuando por imperio de la ley no media la existencia de un contrato de trabajo.

Extraña, sin embargo, que el criterio delimitador de los sujetos comprendidos por la actividad inspectiva sea la pertenencia al régimen laboral de la actividad privada, vale decir, a sólo un sector de las personas inmersas en una relación de subordinación, con exclusión de los trabajadores sujetos al régimen laboral público. El que se trate del sector mayoritario de trabajadores no justifica la exclusión, más aún si consideramos que la figura del Estado como "empleador modelo", observante por definición de las normas que emite, ha sido ya hace bastante tiempo cuestionada por la fuerza de los hechos. El efecto de tal exclusión, por tanto, no puede ser otro que la consagración de una suerte de inmunidad estatal en el desarrollo de su rol de empleador y la consecuente desprotección –en la forma de privación de medios de defensa de su dignidad- de un sector de trabajadores, realidad contraria los mandatos constitucionales.

La exclusión de los trabajadores públicos regidos por el Decreto Legislativo N° 276 ha encontrado justificación en la tradicional concepción del trabajador estatal como sujeto excluido de la aplicación del conjunto de la normativa laboral o, dicho de otro modo, en su consideración como sujeto inserto en una relación jurídica de derecho administrativo o estatutaria radicalmente distinta a la laboral. Este argumento, sin embargo, carece de mayor peso dado el



reconocimiento expreso por parte del texto constitucional de la condición de “trabajadores” a todos aquellos que prestan servicios en régimen de subordinación para el Estado²². Es más, en este caso, ni siquiera la consideración a la naturaleza pública de la parte empleadora justifica la exclusión, dado que el creciente sometimiento de la relaciones laborales en las entidades públicas –incluso de la administración pública central- a las normas laborales privadas y la consecuente ampliación del campo de cobertura de la inspección, evidencia la inexistencia de reparos a la labor de control basados en la naturaleza pública de la parte empleadora.

5. LAS FACULTADES DE FISCALIZACIÓN DEL INSPECTOR DEL TRABAJO

Si a la promulgación de la Ley algún tema motivó innumerables inquietudes fue el de las facultades otorgadas al inspector del trabajo para el desarrollo de la función inspectiva. Naturalmente, frente a la contundencia y aparente amplitud con que la Ley perfilaba dichas facultades, la pregunta inmediata formulada por los sujetos pasivos de la inspección recae en el tema de los límites impuestos a su ejercicio.

Contrariamente a lo esperado, el análisis de la regulación del tema de las facultades del inspector, desde una pura perspectiva formal, arroja un balance positivo pues, a la vez que se precisan diversos aspectos relativos al ejercicio de las facultades otorgadas por la ley –reduciendo considerablemente con ello el ámbito de las actuación discrecional del inspector-, se implementan una serie de límites y garantías, cuyo conocimiento y empleo correcto por parte de los sujetos pasivos de la inspección puede configurar una suerte de “control privado” de la actuación del inspector de trabajo, a canalizarse a través de los mecanismos de impugnación previsto por la Ley.

Por lo general, toda labor de control de aplicación de una norma jurídica viene seguida del otorgamiento de facultades de fiscalización que, de limitarse inicialmente a técnicas documentales, ha

pasado a considerar el despliegue de acciones de constatación in situ. Como lo señalamos en apartados anteriores, la técnica de control de la norma laboral a través de “visitas inspectivas” constituye el más claro –aunque no el único:²³ exponente de la fiscalización por medio del contacto directo del funcionario estatal con la realidad abordada. No obstante ello, esto no es exclusividad de la norma laboral pues en otros ámbitos (normas tributarias y normas de competencia y propiedad intelectual) la labor de control del fiscalización también suele considerar la realización de visitas a los sujetos obligados²⁴.

Una revisión de las facultades de fiscalización normativamente asignadas a los distintos entes administrativos con relación a diversos tipos de normas, permite advertir la existencia de cuatro tipos

de acciones fiscalizadoras: de libre ingreso y circulación en los locales inspeccionados; de libertad de elección de técnicas de control; de requerimiento directo al sujeto obligado; y de requerimiento a terceros. En el ámbito laboral el inspector del trabajo ejerce tres de las cuatro

acciones antes señaladas, no siéndole admisible efectuar requerimientos a terceros. A continuación realizaremos una breve revisión a la formulación legislativa de cada una de ellas de las facultades de fiscalización que posee el inspector de trabajo desde una doble perspectiva: la primera, de confrontación y eventual armonización con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y con lo establecido por los Convenios Internacionales; y, la segunda, de sujeción al principio de legalidad que rige toda actuación administrativa, destacando en lo posible los aspectos dejados a discrecionalidad del inspector.

5.1. EL LIBRE INGRESO Y CIRCULACIÓN POR LOS LOCALES INSPECCIONADOS

La facultad de libre ingreso a los locales sujetos a inspección, con o sin previa notificación, constituye un aspecto consagrado ya en la anterior normativa sobre inspección del trabajo. A la anterior

“... «visitas inspectivas» constituye el más claro -aunque no el único exponente de la fiscalización por medio del contacto directo del funcionario estatal con la realidad abordada...”

22 Artículo 39° de la Constitución Política el Perú
23 En realidad, junto con las visitas, la inspección del trabajo tiene a mano la posibilidad de complementar la información necesaria con la revisión de los documentos y declaraciones juradas de los empleadores que obran en su poder.

24 Citamos, a modo de ejemplo, a los entes cuya labor de control en más bien difundida o se relacionan de algún modo con la facultad de fiscalización que desarrolla el inspector de trabajo en el ámbito laboral.

formulación de esta garantía, la Ley de Inspección adiciona la obligación del inspector de comunicar su presencia a las partes en el local. El sentido extremadamente garantista de la adición efectuada por la Ley es evidente pues, aún consagrada la posibilidad de efectuar visitas sorpresa, la realización de la mismas sólo resulta legítima si media la comunicación a las partes interesadas. De este modo, la norma parece asumir que en ningún caso el aviso a las partes constituirá un factor que nerve la eficacia de la inspección. Desde nuestra perspectiva, dada la necesidad de asegurar ante todo la efectividad de la función inspectiva, la condición de autoridad pública que reviste el inspector de trabajo constituye argumento suficiente para que quede a su decisión el dar inicio a la visita con comunicación a las partes o sin ella, pero, en este último caso, mediando y haciendo explícito y objetivo el riesgo que tal aviso pueda restar eficacia a labor inspectiva. Sin embargo, en este punto la Ley de Inspección es categórica, pues establece un plus garantista que demanda la comunicación a las partes del inicio de la visita²⁵. En idéntico sentido, se consagra expresamente que el ingreso violento al centro de trabajo se realizará sólo previa autorización judicial emitida en el plazo de 24 horas de presentada la solicitud.

Un segundo aspecto a destacar es la previsión expresa que la facultad de libre ingreso se ejerce no sólo respecto de los centros de trabajo, sino también, en cualquier lugar donde exista “una prestación de trabajo sujeta a inspección”. La amplitud con la que se define la noción de centro de trabajo y la posibilidad abierta que la inspección se realice en instalaciones que formalmente no se constituyen en centros de trabajo, genera potenciales conflictos con algunos derechos constitucionales, en particular, con la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio cuando el centro de trabajo o el local donde se desarrollan prestaciones sujetas a inspección se constituya a la vez en domicilio privado del empleador o de terceros.

En este caso, la primacía del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio es evidente y se constituirá en límite al ejercicio de la facultad de libre ingreso siempre que el espacio físico catalogado como domicilio privado no sea únicamente el domicilio formal o legal, sino, “el espacio que emana la esfera íntima de la persona”²⁶.

25 El Estudio General sobre el Convenio OIT N° 81 establece en esta línea que son muy pocos los países que consagran una obligación de comunicar a las partes el inicio de la visita, siendo mayoritaria la derivación de tal opción al propio inspector.

26 Términos en los que el Tribunal Constitucional Español delimita el ámbito protegido por el derecho constitucional. VAZQUEZ GONZALES, Ignacio: “La Inspección del Trabajo y la Seguridad Social”. ARAZANDI Editores, Navarra, 1999, p.231

En cualquier caso, frente a un supuesto de confusión extrema entre la actividad profesional y el espacio de desarrollo de la vida privada, deberá resguardarse, por encima del desarrollo de la actividad inspectiva, el derecho fundamental de la persona.

En cuanto a espacios discrecionales, dos son los dejados por la norma al inspector del trabajo. En primer lugar, la fijación concreta de cuándo se efectúa una visita sin previa notificación y, en segundo lugar, la determinación de las “horas razonables” a efectos de llevar a cabo la visita inspectiva. En ambos casos, en nuestra opinión, el ejercicio de estas facultades encuentra límite en el principio de razonabilidad. Así, por ejemplo, la determinación de la hora en la que se efectuará la visita deberá considerar como primera alternativa la realización de la visita en horarios normales de atención (mañanas o tardes), reduciéndose la posibilidad de efectuar visitas en horas inusuales a los casos en que sólo dicha medida dotaría de la efectividad necesaria a la acción fiscalizadora²⁷.

5.2. FACULTAD DE LIBRE CONTROL

Bajo el término “facultad de libre control” hacemos referencia a la multiplicidad de recursos y técnicas atribuidas por la ley al inspector para el mejor desempeño de la función de fiscalización y a la capacidad de opción derivada al inspector para el uso de alguna o algunas de estas técnicas.

Una primera técnica de control la constituyen los interrogatorios. La facultad de realizar interrogatorios a las partes o incluso a terceros se encuentra limitada a los hechos materia de la inspección y constituye además un factor diferencial con relación a la labor de fiscalización que desarrolla el a:Inspector SUNAT quien, más bien, debe solicitar la comparecencia del deudor tributario o de terceros a las oficinas de la Administración Tributaria. De la consagración de este recurso –cuyo ejercicio debe reconducirse en la medida de lo posible a la recopilación de datos más no a valoraciones o calificaciones jurídicas- se deriva la obligación de las partes y de terceros de colaborar aportando las respuestas requeridas (caso contrario se incurriría en obstrucción de la diligencia) y, asimismo, el deber de reserva del inspector sobre las informaciones a las que accede en los interrogatorios.

27 Véase al respecto el Estudio General sobre el Convenio N° 81, que da cuenta que en ocasiones la visita solo resulta efectiva cuando se realiza fuera del horario del trabajo. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de verificar el estado de determinada maquinaria o de revisar las condiciones de seguridad de determinadas instalaciones. En ocasiones contribuye a la efectividad de la visita que dichas acciones se realicen cuando la maquinaria se encuentra parada o el centro de trabajo ha paralizado sus operaciones.



La revisión de documentos constituye una segunda técnica de control. Una primera precisión que conviene anotar con relación a ella es que los documentos a verificar sólo pueden ser aquellos que el empleador se encuentra obligado a llevar. Es más la imposición legal de implementarlos determina que su revisión por el agente de fiscalización no produzca ninguna afectación al derecho constitucional a la inviolabilidad o secreto de los documentos privados. La revisión documentaria puede incluir el acceso a soportes informáticos, por ejemplo, cuando el sistema de registro en planillas se lleve a través de tales medios o cuando su revisión directa facilite la labor inspectiva. Una segunda precisión a tener en cuenta es la necesidad de que la revisión de los documentos solicitados debe realizarse en el centro de trabajo y como parte de la visita. Será contraria a ley, por tanto, la selección de documentos por el inspector para su revisión fuera del centro de trabajo y en oportunidad distinta a la de la visita.

La Ley de Inspección faculta además al inspector a fiscalizar el cumplimiento de la obligación de pago de las utilidades mediante la revisión de documentación tributaria sometida a "reserva" por mandato constitucional. El Reglamento de la Ley, precisa en este sentido que la información a revisar será únicamente la "pertinente" para demostrar el cumplimiento de la obligación, con lo que intenta armonizar el precepto legal con la garantía constitucional a la reserva tributaria. Bajo nuestra perspectiva, de entenderse que la referencia a la información "pertinente" equivale a la "mínima necesaria" para la acreditación del cumplimiento de la obligación, se efectuaría una adecuada ponderación de intereses tutelados constitucionalmente.

Una tercera técnica de fiscalización la constituye la realización de investigaciones con apoyo de peritos, siempre que las materias a investigar se relacionen con el objeto de la inspección. La necesaria correspondencia que debe existir entre las materias objeto de inspección y el tipo de investigación efectuada constituye un parámetro a la libertad de implementación de investigaciones y a la propia posibilidad de asistirse de especialistas

Una última técnica de fiscalización es la obtención de muestras. Con relación a la normativa anterior, la Ley de Inspección agrega a la obligación de comunicar la obtención de muestras, la responsabilidad del inspector de no cumplir con dicha comunicación. Evidentemente, la obligación

señalada, justificada en el análisis de la potencial nocividad de determinadas sustancias o materiales, conecta con el posible riesgo que la extracción de los mismos pueda afectar el derecho de propiedad del empleador. En tal sentido, tal como lo señala el Reglamento, resulta imprescindible que la recolección de las muestras se limite al mínimo necesario que permita establecer la comisión de una probable infracción. Por lo demás, de acuerdo a la formulación que realiza la Ley de Inspección, una vez comunicada la necesidad de extraer muestras, el empleador no podrá evitar su recolección (con lo que se asimila la figura a la de "incautación"), pero sí se encontrará facultado para dejar anotada en el acta de inspección cualquier exceso que derive en la afectación de su derecho propiedad.

5.3. FACULTAD DE REQUERIMIENTO AL SUJETO OBLIGADO

Por último, la Ley de Inspección faculta al inspector a requerir al empleador la disposición de medidas concretas que permitan corregir violaciones graves a normas legales que constituyan un peligro inminente para la seguridad o salud de los trabajadores. Las medidas pueden consistir en la paralización de actividades, si la continuidad de las mismas pone en riesgo la seguridad y salud de los trabajadores. En estos casos, la urgencia de cautelar valores superiores del ordenamiento—como la vida y la salud de los trabajadores—justifica las medidas preventivas aún cuando éstas redunden en un perjuicio económico directo a cualquiera de las partes. La Ley prevé frente al requerimiento la posibilidad de oposición y desacato por parte del empleador, sin que el inspector pueda hacer uso de otros apremios para que se observen las medidas que ha dictado.

Como vemos, una revisión general nos permite determinar que no nos encontramos frente a un incremento o aumento desmesurado de facultades. Se trata, más bien, de una regulación más detallada con un doble objetivo: la potenciación de facultades del inspector y el establecimiento de garantías necesarias para los sujetos pasivos de la inspección. Sin embargo, insistimos en la necesidad que tanto el inspector del trabajo como los propios sujetos pasivos de la inspección desplieguen su actuación al interior del procedimiento inspectivo en un marco de observancia de las limitaciones impuestas por el propio texto de la Ley y precisadas por el Reglamento, y a las derivadas de la plena vigencia de los derechos fundamentales.

5.4. EL ACTA DE INSPECCIÓN Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.-

La labor concreta de fiscalización desemboca en un acta de inspección²⁸ que, por materializar una actuación administrativa con efectos hacia terceros, constituye un acto administrativo al que es aplicable la presunción de veracidad²⁹. Sin embargo, por otro lado, el empleador es titular del derecho a la presunción de la inocencia, lo que importa que, tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo e incluso en el ejercicio de potestades sancionadoras entre particulares, deba realizarse una completa y detallada acreditación de la infracción previamente a la imposición de una sanción.

En vista a cautelar la eficacia de la presunción de inocencia, se hace necesario que la labor de fiscalización y el recurso a las facultades que hemos desarrollado en el apartado anterior, se sujete a algunas garantías mínimas que imponen deberes de actuación concretos al inspector de trabajo. Así, por ejemplo, todo incumplimiento deberá ser acreditado por una percepción sensorial directa del inspector, lo que de plano excluye suposiciones, conjeturas o presunciones no establecidas por Ley. No será suficiente tampoco que el inspector indique de modo genérico el ejercicio de determinada facultad, sino, que deberá detallar específicamente las actuaciones realizadas, los documentos analizados, las muestras recogidas, etc. También deberá incluirse en el acta la descripción física de los trabajos realizados y el detalle de las infracciones detectadas, no siendo suficiente aludir al conocimiento público o a la notoriedad de la conducta infractora; menos aún será admitido sustentar la verificación de un incumplimiento en manifestaciones de las partes o en documentos alegados por las mismas pero no conocidos por el inspector. Del mismo modo, el inspector deberá incluir en el acta los hechos sucedidos y verificados el día de la inspección, no siendo admitido que el inspector dé cuenta de hechos anteriores. Por último, tampoco resultarán válidas las declaraciones no suscritas, salvo que el objeto de la reserva sea la defensa de la identidad del trabajador³⁰.

28 Un acta constituye en estricto un documento en el que un sujeto cualificado da fe o constata un hecho del cual surgen efectos para terceros dado que son causa de infracción. Constituye por ello un documento público administrativo. GONZALES BIEDMA, Eduardo: "La Inspección del Trabajo..." Op. Cit. p. 255.

Sin estas garantías mínimas, materializadas en el acta de inspección, el acto administrativo derivaría en una afectación al derecho a la presunción de inocencia, en tanto las calificaciones jurídicas que sustentan la supuesta infracción no se encontrarían debidamente respaldadas por los elementos fácticos necesarios.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

En vista de lo señalado resulta evidente que el tema del control de aplicación de la norma laboral no depende en exclusiva de los necesarios y valiosos ajustes normativos que se han introducido con la Ley de Inspección hace ya más de dos años.

La efectividad del sistema de control y la satisfacción de las exigencias constitucionales de custodia primordial de la dignidad del sujeto trabajador, trascienden a la norma de inspección y demandan un enfoque integral, que pasa por advertir y revertir las deficiencias que a nivel global presenta nuestro actual sistema normativo laboral. Aspecto vital para garantizar la efectividad del sistema de control, es la revaloración y el fomento de la acción sindical y la implementación de mecanismos de garantía de un régimen laboral adecuado -con estabilidad en el puesto de trabajo- en aptitud de garantizar niveles óptimos de especialización e imparcialidad. Se trata, como vemos, de factores externos a la regulación típica de una Ley de Inspección, pero de los que depende la efectividad de la misma.

De otro lado, también debe destacarse el enorme influjo que en la efectividad de la acción inspectiva tiene la configuración de un diseño normativo que, a la vez que expanda la acción de control administrativo sobre toda relación jurídica de subordinación, la sujete a garantías expresas que aseguren la legalidad de su actuación. A más de dos años de su vigencia, la normativa sobre inspección del trabajo responde en muchos aspectos a este cometido, pero adeuda aún algunos otros que esperamos sean materia de futuro complemento.



29 Recordemos que en virtud a esta presunción debe asumirse la veracidad de los datos y calificaciones contenidos en los actos administrativos.

30 Puede verse para mayor detalle sobre este tema VAZQUEZ GONZALES, Ignacio: "La Inspección del Trabajo y la Seguridad Social". ARAZANDI, Navarra, 1999.