

Algunas consideraciones con miras al fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo peruano¹

Some considerations with a view to strengthening the Peruvian labor inspection system

Manuel Gonzalo De Lama Laura²

Resumen. En el presente artículo, el autor analiza y propone algunas alternativas con miras al fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo peruano. De esta manera, aborda la exclusión del procedimiento inspectivo de la aplicación de las normas del procedimiento administrativo general, revisa algunos criterios del Comité de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL y, finalmente, analiza la no suspensión del procedimiento inspectivo en el caso de un proceso judicial vinculado.

Abstract. In this article, the author analyzes and proposes some alternatives with a view to strengthening the Peruvian labor inspection system. In this way, he discusses the exclusion of the inspection procedure from the application of the rules of the general administrative procedure, reviews some criteria of the Committee of the National Superintendence of Labor Inspection-SUNAFIL and, finally, analyzes the non-suspension of the inspection procedure in the case of a related judicial process.

Palabras claves. Fiscalización laboral / SUNAFIL / Tribunal de Fiscalización Laboral / Ley General de Inspección del Trabajo / Procedimiento Administrativo Sancionador

Keywords. Labor inspection / SUNAFIL / Labor Inspection Court / General Labor Inspection Law / Administrative Sanctions Procedure

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 4 de agosto del 2022.

2 Abogado por la Universidad de Piura (UDEP). Magíster en Derecho del Trabajo por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con estudios avanzados en Derecho Social por la Fundación de la Universidad de Salamanca. Profesor universitario de Derecho del Trabajo a nivel de pre y posgrado.

1. Introducción

Desde antes del inicio de funciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, como Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo, el Estado peruano ha buscado fortalecer la labor que lleva a cabo dicho servicio público. No obstante, esta exploración ha enfatizado, no necesariamente de modo exclusivo, medidas relacionadas con la organización y estructura del Sistema. Son ejemplos claros de ello, la misma creación de la SUNAFIL y la dación de la Ley N° 30814, que han provocado, respectivamente, que los Gobiernos Regionales dejen de contar parcialmente con competencias inspectivas, hasta dejarlas temporalmente sin las mismas.

Esta orientación, que ha privilegiado medidas de orden estructural del Sistema de Inspección, sin embargo, ha significado que el procedimiento inspectivo (etapa de actuaciones inspectivas y procedimiento administrativo sancionador), no necesariamente se vea fortalecido en el mismo grado o magnitud. Así, por ejemplo, cuestión en la que profundizaremos más adelante, consideramos que la adecuación del procedimiento inspectivo a las reglas administrativas generales, dispuestas por mandato del Decreto Legislativo N° 1272, no ha sido una medida que coadyuve adecuadamente el desarrollo de dicho procedimiento.

En este trabajo abordaremos algunos aspectos que, en nuestra opinión, resultan trascendentales, aunque no los únicos, a fin de que la Inspección del Trabajo, en el marco de su propio procedimiento, pueda acometer de mejor forma su objetivo principal: velar por el cumplimiento efectivo de la normativa laboral cuya fiscalización tiene encargada.

2. La exclusión del procedimiento inspectivo de la aplicación de las normas del procedimiento administrativo general

La emisión del Decreto Legislativo N° 1272 significó un cambio rotundo e impactó profundamente en el curso de los procedimientos administrativos especiales que algunas entidades públicas conducían. Fue el caso del procedimiento inspectivo. En efecto, a partir del mandato de adecuación dispuesto por aquel, el

Ministerio de Trabajo emitió una serie de decretos supremos que modificaron el RLGIT, a fin de lograr dicho ajuste y/o compatibilización.

El cambio del procedimiento inspectivo al cual nos referiremos de manera especial en esta ocasión, está relacionado con la introducción de una nueva fase al procedimiento administrativo sancionador y la posibilidad de proceder con un recurso administrativo adicional; se tratan de la fase instructora y el recurso de reconsideración, lo cual, a su vez, significó un aumento de las etapas, y, por ende, de duración de dicho procedimiento.

De esta manera, por un lado, y como parte de la fase instructora, el acta de infracción ya no es evaluada por una autoridad sancionadora, sino por una autoridad instructora que emite en un primer momento una imputación de cargos y, luego, ante la presentación de los correspondientes descargos por parte del sujeto inspeccionado, la expedición de un informe final de instrucción³.

Por su parte, en el caso del procedimiento recursivo, a cargo de la autoridad sancionadora, se incluyó la posibilidad de que el sujeto inspeccionado presente un recurso de reconsideración contra la resolución de primera instancia.

Ciertamente, la finalidad del Decreto Legislativo N° 1272 de incorporar una fase instructora en el seno del procedimiento administrativo sancionador, y de disponer la posibilidad del recurso de reconsideración, posibilita el ejercicio de defensa del administrado en más oportunidades y con ello refleja una normativa de más favorecimiento a este último.

En efecto, si antes cuando las normas administrativas generales eran de aplicación supletoria al procedimiento inspectivo, el empleador solo tenía dos oportunidades de defensa, mediante los descargos contra el acta de infracción y el recurso de apelación, actualmente podría tener hasta cinco (5) momentos para ejercitar este derecho: i) con los descargos contra la imputación de cargos; ii) con los descargos contra el informe final de instrucción; iii) con la interposición del recurso de reconsideración contra la resolución de primera instancia (optativo); iv) con la interposición del recurso de apelación contra la misma resolución; y, v)

3 Ello sin perjuicio de los supuestos de no instauración o archivamiento del PAS, según corresponda, que pueda disponer la autoridad instructora como producto de la evaluación del acta de infracción o de los descargos del sujeto inspeccionado respecto de la imputación de cargos, respectivamente. Sobre el particular, se sugiere revisar los acápitales 7.1.2.2 y 7.1.2.6 de la Versión 2 de la Directiva N° 001-2017-SUNAFIL/INII.

acudir con un recurso de revisión ante el Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) cuando corresponda.

Sin perjuicio de que la introducción de todos estos nuevos mecanismos de defensa, en favor del empleador, buscan evidentemente mejorar su posición como tal en el marco de un procedimiento inspectivo, no estamos tan seguros si ello se condice o concuerda con el objetivo del Sistema de Inspección del Trabajo y de la Administración Pública en general, en su función de preservar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

En efecto, nos preguntamos si es estrictamente necesario que el administrado tenga hasta cinco (5) oportunidades de ejercicio de descargos y defensas, para garantizar su derecho al debido procedimiento, y que ello, justifique razonablemente la “demora” en la determinación de su responsabilidad administrativa, y, en conjunto con ello, la obtención menos expeditiva, en favor de los trabajadores involucrados, de una reparación del ordenamiento sociolaboral afectado y/o la obtención de recursos probatorios de dicho incumplimiento.

Dicho de otro modo, ¿guarda conformidad con ambos valores jurídicos y finalidades (cautela del derecho al debido procedimiento y vigilancia del ordenamiento sociolaboral) que se haya optado por incluir a la Inspección del Trabajo a dicha adecuación normativa, y no permitirle continuar con su “régimen especial”?

Es cierto que, al menos en teoría, la labor de la autoridad instructora consiste en la realización de las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución final en un procedimiento administrativo (Guzmán, 2005, p. 298). Sin embargo, nos preguntamos si en realidad, en el caso de la Inspección del Trabajo, dicha labor es desarrollada por parte del personal inspectivo, durante la etapa de actuaciones inspectivas. En nuestra consideración, pareciera que en buena cuenta sí lo es; o, dicho de otra manera, nos da la impresión que la labor de instrucción, en el ámbito de la inspección del trabajo, la realiza con todas las bondades y desventajas que ello implica, el personal inspectivo mediante sus actuaciones de investigación.

Por otro lado, cabe tener en cuenta lo siguiente: en primer lugar, corresponde hacer notar que esta etapa del procedimiento administrativo sancionador, ya estaba prevista en la original Ley N° 27444, aunque no pasaba lo mismo con

la actividad administrativa de fiscalización, la cual, recién se incorporó como una labor facultativa (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 30)⁴ y previa al procedimiento administrativo sancionador, mediante el Decreto Legislativo N° 1272. Es decir, la instrucción como fase del procedimiento administrativo general, resultaba estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, dado que, en su momento, no se había concebido como imprescindible una labor de fiscalización dirigida a desarrollar las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos.

En segundo lugar, cabe también llamar la atención sobre lo siguiente: previamente al mandato de adecuación, dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1272, el procedimiento inspectivo, considerado como un procedimiento especial, al cual, casi de manera residual se le aplicaban las normas administrativas generales, ya contemplaba lo que el actual TUO-LPAG considera como actividad administrativa de fiscalización⁵ (etapa de actuaciones inspectivas), como función previa, aunque necesaria, al procedimiento administrativo sancionador.

¿A dónde queremos llegar? Al respecto, creemos que si ya el procedimiento inspectivo, incluía, desde antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, una etapa de investigación de un posible incumplimiento de la normativa material sociolaboral, previa y necesaria para continuar, de corresponder, con el inicio de un PAS, en defecto de una labor de instrucción, no resultaba imperativo e imprescindible que el procedimiento inspectivo se adecuara a las modificaciones

4 En efecto, al respecto, el Ministerio de Justicia ha considerado que “la actividad administrativa de fiscalización no es un procedimiento administrativo y su ejecución por parte de la autoridad administrativa es de carácter facultativo esta no debe ser entendida como parte del procedimiento sancionador”.

5 Al respecto, puede revisarse la opinión del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, al indicar, en su Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ, lo siguiente: “Tanto la actividad administrativa de fiscalización regulada en la LPAG, como las actuaciones inspectivas reguladas en la LGIT cumplirían un rol fiscalizador y preventivo del efectivo cumplimiento de los mandatos regulados en una norma y cuyo escenario se da con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador. En ese sentido, esta Dirección General es de la opinión que, en la práctica la labor inspectiva que realiza el MTPE es la actividad regulada en el capítulo 1-A del Título IV de la LPAG (...) independientemente de la denominación con la que se identifique a la actividad administrativa de fiscalización, en los hechos, la actividad de inspección realizada por el MTPE viene siendo la actividad administrativa de fiscalización.”

dispuestas por aquel, con la inclusión de una nueva fase (instructora), dado que sus fines ya se cumplían con la labor de investigación del personal inspectivo.

Por otra parte, no puede perderse de vista que, justamente, el diseño del procedimiento inspectivo, dispuesto por la LGIT, respondía a un mandato de “adecuación” del mismo a un Convenio internacional. Nos referimos al Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano en el año 1961, el cual, de acuerdo al artículo 1 de la LGIT, sirve como base normativa sobre la composición, estructura orgánica, facultades y competencias del Sistema de Inspección del Trabajo.

Justamente, en ese orden de ideas, poco tiempo después de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en un afán de evitar la adecuación del procedimiento inspectivo a las modificaciones de la Ley N° 27444, dispuestas por aquel, indicaba que la LGIT desarrolla en nuestra legislación interna el contenido del Convenio N° 81 de la OIT, es decir, regula la potestad del Estado de vigilar el cumplimiento de las normas socio laborales, así como las de exigir las responsabilidades administrativas que correspondan ante el incumplimiento de las mismas; y, que en ese sentido, se puede apreciar que concurren dos normas del mismo rango en la regulación del procedimiento administrativo inspectivo (la LGIT y la LPAG, modificada esta última por el Decreto Legislativo N° 1272), generándose con ello un aparente conflicto normativo, respecto de las cuales resultaba necesario determinar cuál es su relación para establecer su aplicación sobre la Inspección del Trabajo⁶.

Abundado en ese orden de ideas, el MTPE consideraba que, si bien es cierto el Decreto Legislativo N° 1272 es posterior a la LGIT, en aplicación del principio de especialidad, la norma que resulta aplicable para regular la inspección sería esta última, razonamiento con el cual coincidimos y que, ciertamente, es una postura que también ha esgrimido el Tribunal Constitucional (TC) en alguna oportunidad. En efecto, dicho colegiado ha indicado que, en los casos de conflictos normativos de este tipo, “la ley posterior general no deroga a la anterior especial”⁷.

6 Oficio N° 337-2017-MTPE.

7 Cfr. fundamento 54 de la sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC.

3. La revisión de algunos criterios del Comité de la SUNAFIL

Si bien es cierto, el Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) de la SUNAFIL fue creado con la Ley N° 29981, no fue sino a partir de fines de marzo de 2021 que dicho colegiado fue instalado e inició sus funciones. De esta manera, recién a partir de ese momento, aquel constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, y expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia, según lo indica el artículo 15 de la mencionada norma. Es decir, en suma, dicho Tribunal fue creado, y desde hace algún tiempo, instalado, a fin de generar predictibilidad y seguridad jurídica en el Sistema de Inspección del Trabajo.

No obstante, la SUNAFIL, mientras se instalaba el Tribunal, buscó no esperar mucho para cumplir con dicha finalidad, habiendo instalado desde el año 2017, grupos de trabajo y/o comités que emitieran criterios técnicos y/o legales⁸. De esta manera, dichos grupos y/o comités, hasta febrero de 2022, han emitido cincuenta y dos (52) criterios a ser observados por los integrantes del Sistema de Inspección del Trabajo.

Al respecto, queremos plantear dos cuestiones principales: i) en primer lugar, la vigencia de estos criterios, atendiendo a que el TFL ya inició funciones; y, ii) la revisión y/o análisis de algunos de los mismos.

Sobre el primer punto, la interrogante que surge casi espontáneamente es la siguiente: si la finalidad de la creación de estos grupos y/o comités (al menos de los dos primeros) era cumplir el mismo objetivo que se buscaba con la creación del TFL, aún no instalado hasta ese momento, ¿qué pasa con los criterios emitidos por aquellos, ahora que dicho colegiado ya se encuentra en funciones?

En efecto, si revisamos las Resoluciones de Superintendencia N° 167-2017-SUNAFIL y N° 061-2019-SUNAFIL, podemos apreciar que en ambas se expresa que la finalidad de dicho grupo o comité, respectivamente, consiste en analizar aquellos casos en los que existan criterios distintos en la aplicación

8 Ver Resoluciones de Superintendencia N° 167-2017-SUNAFIL, 061-2019-SUNAFIL y 96-2021-SUNAFIL.

de una misma norma o disposición legal por parte de las entidades con competencia resolutoria conformantes del Sistema de Inspección del Trabajo, a fin de que, **en tanto se constituya el Tribunal de Fiscalización Laboral**, se cuente con criterios uniformes sobre el sentido de la legislación que sea sometida a su conocimiento (resaltado nuestro).

Pues bien, si ahora el TFL ya se encuentra constituido, es natural preguntarse qué sucede con los criterios que, hasta ese momento, la SUNAFIL emitió mediante este grupo o comité. Al parecer, esta última entiende que aquellos se mantendrían vigentes, dado que inclusive días previos a la instalación del colegiado mencionado⁹, creó otro comité, aunque con un nombre distinto, sin que exista mayor diferencia sustancial, creemos, entre lo que hacían sus pares anteriores.

Por su parte, hemos podido identificar al respecto, que al menos para el TFL, los criterios de estos grupos y/o comités estarán vigentes, dependiendo del análisis que para cada caso concreto realice el colegiado. En efecto, por ejemplo, el TFL ha aplicado en algunas de sus resoluciones, algunos de los mismos.

Al respecto, tenemos que el TFL al emitir la Resolución N° 337-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, tomó en cuenta uno de los criterios aprobados mediante Resolución de Superintendencia N° 110- 2019- SUNAFIL:

“6.5. Cabe tener en cuenta, además, que mediante la Resolución de Superintendencia N° 110- 2019- SUNAFIL de fecha 15 de marzo de 2019, se han aprobado los criterios normativos adoptados por el “Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL”, donde se indica respecto al cómputo del plazo de prescripción lo siguiente: “(...) a efectos de determinar el *dies a quo*, es fundamental efectuar un análisis caso por caso para distinguir las diversas clases de infracción, para lo cual será necesario acudir a la norma que prevé la conducta infractora y examinar la acción o acciones concretas que se tipifican como ilícito administra-

9 La Resolución de Superintendencia s 096-2021-SUNAFIL, fue publicada el 17 de marzo de 2021, y crea el Comité para la emisión de criterios técnicos legales sobre la aplicación de la normativa sobre inspección del trabajo de la SUNAFIL.

tivo, para precisar en qué momento se consuma la infracción y se inicia el cómputo de la prescripción. 1) La infracción instantánea se consuma con la conducta misma, sin que la situación ilícita sea permanente o duradera en el tiempo. Por lo tanto, el plazo de prescripción empieza a computarse desde la consumación de la infracción, esto es, desde la realización de la conducta infractora. 2) La infracción instantánea con efectos permanentes es aquella que, si bien se consuma en el mismo acto, produce un estado de cosas antijurídico permanente. En este caso, el plazo de prescripción se inicia desde que se ha consumado la infracción, esto es, desde que se ha creado la situación antijurídica (...).”

Por su lado, en la Resolución N° 207-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, nuevamente resolvió un caso aplicando uno de los criterios del comité. Específicamente, en esta oportunidad, el TFL se refiere a uno de los aprobados mediante la Resolución de Superintendencia N° 035-2021-SUNAFIL:

“6.29. Dicho esto, corresponde precisar que resulta responsabilidad de la impugnante, como titular de un pliego presupuestario, priorizar las metas hacer atendidas en un determinado ejercicio fiscal, incluyendo en la fase de su programación presupuestaria, a las distintas obligaciones pecuniarias para con su personal.

6.30. Así también, es responsable de la distribución de su presupuesto público, aprobado en la ley correspondiente, para la atención de sus diversas necesidades y obligaciones; por lo que, mínimamente -dentro del plazo concedido- se debió acreditar la programación presupuestaria para cumplir con la debida incorporación del citado trabajador, en aras de actuar bajo el amparo de las normas presupuestarias que precisamente sujeta a las entidades de la Administración.

6.31. Tal postura la encontramos, en términos generales, en la Resolución de Superintendencia N° 035-2021-SUNAFIL de fecha 14 de enero de 202138, que aprobó los criterios normativos adoptados por el “Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL”, que es también aplicable, que refiere que “en el marco de las actuaciones

inspectivas a entidades públicas (...) la medida de requerimiento (...) se considerará cumplida si se constata lo siguiente: i) Que la entidad ha realizado las gestiones propias, que correspondan a su trámite interno y/o ante el Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de las normas presupuestarias respectivas, a fin de garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones (...).”

6.32. Por tanto, en el supuesto que el presupuesto de la impugnante se viese comprometido con anterioridad a la emisión de la medida de requerimiento, causado por el deterioro de su actividad comercial por la existencia del brote de la Covid-19, debió actuar bajo las normas presupuestales pertinentes para conceder oportunamente los vales de consumo para el periodo 2020, actuación que -a opinión de este Colegiado- se encuentra bajo su dominio.

6.33. En consecuencia, al no encontrarse acreditada la existencia de un evento irresistible respecto a la comisión de la infracción en materia de labor inspectiva, esta Sala desestima la aplicación de la causal de eximente de responsabilidad que refiere el TUO de la LPAG, por lo que, no cabe acoger el presente extremo del recurso de revisión”.

Finalmente, el TFL ha observado, en su Resolución N° 160-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, otro criterio del comité. En este caso, se trata de uno de los aprobados mediante Resolución de Superintendencia N° 061-2019-SUNAFIL:

“6.25. Respecto al último alegato expuesto, corresponde hacer mención que el “Comité de Criterios en materia legal aplicables al Sistema de Inspección de Trabajo”, creado mediante Resolución de Superintendencia N° 061-2019-SUNAFIL, publicó -mediante Resolución de Superintendencia N° 134-2019-SUNAFIL- un listado inicial de criterios, destacándose para el presente caso el Tema N° 02 – Aplicación del beneficio de reducción del 90% establecido en el numeral 17.3 del artículo 17 del RLGIT, la que para su correcta aplicación puntualiza lo siguiente: “(...) las sanciones por infracciones a la labor inspectiva previstas en los numerales 46.6 y 46.10 del artículo 46 del citado Reglamento, tendrá una reducción del 90% cuando

no se adviertan infracciones, o el sujeto inspeccionado acredite haber subsanado las mismas antes de la emisión del Acta de Infracción”.

6.26. Por lo tanto, previamente a la aplicación del presente beneficio, se debe comprobar la inexistencia de infracciones en materia sociolaboral, ya sea antes de la emisión del Acta de Infracción o, en su defecto, en el desarrollo del PAS”.

Por otro lado, el TFL también se ha pronunciado en alguna oportunidad, por lo menos, de forma distinta a la planteada por algún criterio del comité, cuando ha resuelto sobre la validez de jornadas atípicas que involucran un ciclo de trabajo mayor al de las tres (3) semanas en el marco del estado de emergencia por el Covid-19, aunque cabe precisar, no apartándose de manera expresa de aquel criterio.

Justamente, mediante la Resolución de Superintendencia N° 149-2021-SUNAFIL, el comité consideró que incurre en la infracción muy grave, tipificada en el numeral 25.6 del artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, el empleador que incurra en cualquiera de las siguientes conductas:

1. Instaure o modifique jornadas atípicas cuyo promedio de horas laboradas exceda el límite máximo de cuarenta y ocho horas semanales; o,
5. El ciclo de la jornada atípica -que conjuga los días laborables con los días de descanso acumulado- es mayor de 3 semanas.

Al respecto, el comité precisa que este criterio se basa en lo regulado en el Convenio N° 01 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como por lo establecido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, cuyos fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41 constituyen precedente vinculante.

Como podrá advertirse de la fecha de aprobación de este criterio (11.05.2021), el mismo fue aprobado en el marco del estado de emergencia por la Covid-19, es decir, dicho comité, aunque no lo manifieste expresamente, entiende que este criterio aplicaría para cualquier tipo de jornada acumulativa de

trabajo, inclusive las que se hayan diseñado en el marco del mencionado estado de emergencia.

No obstante, poco tiempo después (10.06.2021), el TFL emitió la Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, mediante la cual estableció que:

“(…) al haberse acreditado la existencia de un pacto específico entre la empresa y los trabajadores, para modificar temporalmente la jornada de trabajo para compensar los días de licencia con goce de haber, con horas de sobretiempo, así como para variar el régimen de jornadas atípicas, cambiando el sistema de 09 días de labor por 05 de descanso, por uno de 30 días de labor y 15 de descanso, se ha cumplido con lo previsto por la legislación, tanto en la forma como en el fondo, puesto que se justifican por la situación geográfica del centro de trabajo y la facultad que tenía el empleador para negociar la forma en que se compensarían los días no laborados, en el contexto de la pandemia del Covid-19 y la emergencia nacional sanitaria”.

Es decir, el TFL validó una jornada atípica que superaba el ciclo de 3 semanas, aunque atendiendo a que la misma fue pactada con la organización sindical más representativa, y se celebró en el marco de la situación de emergencia por la Covid-19. Inclusive, meses después, el TFL elevó este criterio a la calidad de precedente administrativo de observancia obligatoria, mediante la Resolución de Sala Plena 001-2021-Sunafil/TFL-Primera Sala¹⁰.

10 Adicionalmente, el TFL precisa en dicho precedente lo siguiente:

“25. Durante el contexto de las medidas de restricción a que dé lugar la prevención del contagio por COVID-19, el Sistema de Inspección del Trabajo deberá analizar casuísticamente la concurrencia de los siguientes elementos, a fin de establecer si la modificación convencional de la jornada de trabajo acumulativa es legítima:

- a. El acuerdo deberá ser pactado con un sindicato que esté acreditado como organización representativa de la mayoría de los trabajadores afectados por la modificación;
- b. El acuerdo correspondiente deberá ser adoptado por un lapso determinado, siendo esta provisionalidad objeto del control preferente por los propios sujetos colectivos;

Entonces, todo indicaría que, si bien es cierto, el TFL no se aparta expresamente del mencionado criterio del comité, en los hechos, lo deja de lado y se orienta en un sentido distinto, al menos, en el caso de la implementación convenida de jornadas atípicas, en el marco del estado de emergencia por la Covid-19. O, dicho de otro modo, el TFL disiente de lo indicado por el comité, respecto de la puesta en práctica de este tipo de jornadas, en el contexto del aludido estado de emergencia.

Expuesto lo anterior, podemos concluir que los criterios del grupo y/o comité de la SUNAFIL, en principio se encuentran vigentes hasta que el TFL se aparte directa o indirectamente de los mismos, en la medida en que este último es el llamado, por mandato de la Ley N° 29981, a generar predictibilidad y seguridad jurídica al Sistema de Inspección del Trabajo.

Respecto al segundo punto que queríamos abordar en este apartado, creemos que el TFL, cuando corresponda, debería revisar algunos de los criterios emitidos por estos grupos y/o comités, dado que, en nuestra consideración, no son correctos de conformidad con el marco normativo vigente y la finalidad y funciones del Sistema de Inspección del Trabajo. En esta oportunidad solo nos referiremos a dos de ellos.

En primer lugar, nótese que uno de los criterios aprobados mediante la Resolución de Superintendencia N° 154-2019-SUNAFIL, expresa lo siguiente:

“Cuando el inspector actuante verifique que el sujeto inspeccionado cuenta con un registro de control de asistencia que no cumple con el contenido mínimo exigido en el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, propondrá multa por una infracción leve conforme al tipo previsto en el numeral 23.7

c. Se deberá considerar la naturaleza y características del centro de trabajo, con relación a sus elementos (lejanía respecto a lugares de residencia habitual de los trabajadores, riesgos existentes en dicho centro, entre otros);

La medida se deberá adoptar con sustento de seguridad y salud en el trabajo y articularse con ellas, con la validación de los órganos correspondientes en materia de prevención de riesgos y se deberá desplegar mecanismos compensatorios al desgaste físico y emocional. En este punto, deberá tomarse en cuenta las orientaciones del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros de la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, en el fundamento 15, recogida en el punto 19 del presente acuerdo de Sala Plena”.

del artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR”.

A fin de explicar adecuadamente nuestra postura sobre el particular, cabe partir de la revisión concordada de las disposiciones que recogía¹¹ la infracción relativa a no contar con el mencionado registro y el contenido mínimo del mismo:

Cuadro 1

Numerales 25.19 y 23.7 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR (RLGIT)	Artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR
<p>Artículo 25.- Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos: (...)</p> <p>25.19. No contar con el registro de control de asistencia, o impedir o sustituir al trabajador en el registro de su tiempo de trabajo.</p>	<p>El registro contiene la siguiente información mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nombre, denominación o razón social del empleador. - Número de Registro Único de Contribuyentes del empleador. - Nombre y número del documento obligatorio de identidad del trabajador. - Fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo. - Las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo.
<p>Artículo 23.- Son infracciones leves, los siguientes incumplimientos: (...)</p> <p>23.7. Cualquier otro incumplimiento que afecte obligaciones meramente formales o documentales, siempre que no esté tipificado como infracción grave.</p>	

Ciertamente, la infracción muy grave que se preveía en el numeral 25.19 del RLGIT, se refería a no contar con dicho registro, es decir, que el sujeto inspeccionado no lo tenga al momento de las actuaciones inspectivas. Por el contrario,

11 Al respecto, una precisión necesaria para entender nuestra postura: a la fecha de emisión del criterio aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 154-2019-SUNAFIL, estaba vigente el texto del numeral 25.19 del artículo 25 del RLGIT que se presenta para el análisis. A la fecha, la infracción recogida en este precepto es distinta, y no deja dudas, justamente, de lo que pretende mostrarse con nuestra posición. El texto vigente de esta infracción es el siguiente: “25.19 No contar con el registro de control de asistencia, respecto de uno o más trabajadores, o que, teniéndolo, no contenga información mínima, o impedir o sustituir al trabajador en el registro de su tiempo de trabajo.”

si lo tuviera, en principio no se configuraría esta infracción. Entonces, a partir de tener este registro incompleto, surgía la problemática que procura solucionar el comité. En este caso, tenerlo pero no con la información mínima a la cual se refiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR.

No obstante, si revisamos la información mínima que requiere dicho registro, se advierte con claridad que los principales aspectos de esta información están orientados justamente a darle sentido a la regulación de esta obligación empresarial, la cual busca que tanto el empleador, el trabajador y las autoridades públicas, como la Inspección del Trabajo, por ejemplo, puedan identificar si un trabajador laboró en sobretiempo. En este sentido, cabe preguntarnos si es que contar con dicho registro, sin que en el mismo consten los datos relativos a la fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo y a las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo, es realmente igual a no tenerlo. O, dicho en otras palabras, ¿para qué sirve un registro de este tipo si es que no me brinda información sobre los momentos de ingreso y salida del trabajador? La respuesta, nos parece, es obvia: no serviría para nada, ciertamente.

En dicho orden de ideas, creemos que, si bien es cierto, el principio de tipicidad sirve como pauta para determinar si un incumplimiento normativo califica como infracción, no podemos perder de vista que, en ciertos casos, como este, la interpretación de aquel no puede llevarnos a vaciar o dejar sin sentido la finalidad que el legislador o reglamentador buscaban al regular una obligación sociolaboral.

Atendiendo a ello, no pareciera, en nuestra opinión, solo un incumplimiento que afecte obligaciones meramente formales o documentales, el hecho de que un registro de control de asistencia no cuente con la información sobre la hora de ingreso y de salida de los trabajadores, sino, por el contrario, consideramos que esta omisión resulta trascendental desde la finalidad que se busca al exigir contar con aquel. Sin perjuicio de lo indicado, ahora que el texto del numeral 25.19 del artículo 25 del RLGIT ha sido modificado, dichas dudas ya no deberían presentarse, aunque, reiteramos que, de todas formas, la infracción prevista en este precepto, previamente a la modificación mencionada, no podía ser interpretada como lo hizo en su momento el aludido Comité.

Por otro lado, cabe llamar la atención sobre el criterio aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 167-2019-SUNAFIL, sobre la indemnización y el descanso vacacional, el cual expresa que:

“El no goce del descanso efectivo vacacional, queda subsanado por el pago que sea realizado por el empleador de los conceptos a los que se refiere el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713”.

Al respecto, cabe hacer notar que los pagos comprendidos en dicho precepto son: i) la remuneración por el trabajo realizado en su oportunidad, ii) la remuneración vacacional por el descanso físico no gozado; y, iii) la indemnización por no disfrutar oportunamente el descanso vacacional. Como podrá advertirse, el criterio del comité implicaría que, si la Inspección del Trabajo verifica que un trabajador no gozó oportunamente su descanso vacacional, bastaría con observar que el empleador fiscalizado pagó a aquel los tres conceptos mencionados para considerar que no hubo incumplimiento de la obligación relativa a conceder el descanso vacacional oportuno, al cual se refiere la primera parte del referido artículo 23.

Ahora bien, en principio, una indemnización como la vacacional se configura por la no ejecución de la obligación del empleador de otorgar oportunamente este descanso, es decir, por provocar un daño, el cual sería en este caso, el no goce oportuno del descanso vacacional (como máximo dentro del año de haber adquirido el derecho a las vacaciones). Entonces, en consideración del comité, el pago de los conceptos comprendidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713, estaría sustituyendo en la práctica el goce del descanso vacacional, y, por ende, no resultaría necesario que este se concrete, inclusive, con posterioridad a la oportunidad correspondiente.

Sobre el particular, creemos que el comité se equivoca, dado que justamente la finalidad del descanso vacacional apunta a facilitar un período de tiempo de descanso para permitir la recuperación física y psíquica del trabajador, como que pueda disfrutar de períodos de ocio y esparcimiento (Gorelli, 2014, p. 61). Por lo que, si el pago de la indemnización vacacional, evita o reemplaza el otorgamiento, por lo menos inoportuno del descanso físico vacacional, el mencionado objetivo no se lograría.

Adicionalmente a ello, coincidiendo con el profesor Arce, queda claro que, si se interpreta el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713, conforme al resto de artículos del mismo, tenemos que aquél representa un equilibrio a los amplios poderes que estos últimos reconocen al empresario, por lo que el hecho de que el empleador pueda decidir unilateralmente el momento del disfrute del descanso físico vacacional del trabajador debe tener por fuerza un contrapeso a su incumplimiento. Ese equilibrio no puede ser otro que la imposición de una sanción por su comportamiento (la indemnización vacacional) (Arce, 2013, p. 505), ciertamente, sin perjuicio del goce, por lo menos inoportuno del descanso vacacional adquirido.

Asimismo, cabe poner en relieve que la Corte Suprema también es de esta posición, tal como lo ha dejado plasmado, por ejemplo, en la Casación N° 2049-2009-LIMA, de la siguiente manera:

“Octavo: Interpretando en contrario sensu esta norma, obliga al empleador a conceder al trabajador su descanso anual remunerado dentro del año siguiente a aquel en que adquiere el derecho a su goce sancionando tal incumplimiento además con el pago de una indemnización equivalente a remuneración por no haber disfrutado del descanso, es decir, aun cuando el empleador en forma posterior a dicho periodo otorgue en forma tardía el descanso vacacional ganado por el trabajador, esto no libera del pago de la indemnización reconocida, pues por su naturaleza constituye un modo de reparar la falta de descanso oportuno del trabajador luego de dos años de servicios ininterrumpidos; por lo que, habiéndose determinado en la instancia de mérito que el demandante hizo uso físico de vacaciones en forma extemporánea, le corresponde el pago de la indemnización aludida. Noveno: Al respecto, cabe precisar que la demandada señala como parte de sus argumentos de defensa que otorgó al actor el uso de sus vacaciones físicas de manera extemporánea, por ello, no le corresponde el pago de la indemnización vacacional que solicita en el petitorio de su demanda; sin embargo, cabe advertir que existe norma expresa como la anotada precedentemente, que frente a la evidencia de que el trabajador no disfrutó del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en el que adquiere el derecho, percibirá una indemnización equivalente a una remuneración por

no haber disfrutado del descanso, por lo tanto, dicha afirmación deviene en inconsistente, toda vez que, el empleador no puede sustentar su defensa *contra legem*, deviniendo en infundado este extremo del recurso”.

Por el momento, solo nos referiremos a estos dos criterios del comité, los cuales, en nuestra opinión, el TFL podría dejar sin efecto y/o inaplicarlos por resultar contrarios a la normativa sociolaboral que la Inspección del Trabajo. Ahora bien, ¿cómo se dejarían sin efecto tales criterios?: se nos ocurren dos caminos para ello. El primero, cuando se presente un caso concreto que llegue a conocimiento del TFL, y que suponga la aplicación de los mismos. En este caso, como ya se ha visto, el TFL simplemente podría no aplicar el criterio respectivo. La otra opción (creemos la más apropiada) es que, ante un caso concreto, se anime a expresamente dejar sin efecto el criterio, o lo haga mediante un precedente de observancia obligatoria o un acuerdo plenario.

Finalmente, solo un comentario adicional: habiéndose instalado el TFL, consideramos que no resulta conveniente que el Sistema de Inspección del Trabajo tenga en simultáneo más de un órgano o comité que se encargue de darle predictibilidad y seguridad jurídica a los administrados e interesados en un procedimiento inspectivo y sancionador. Ello, por el contrario, genera confusión e incertidumbre no solo en estos últimos, sino también en el personal inspectivo y las autoridades sancionadoras.

4. A vueltas con la no suspensión del procedimiento inspectivo en caso de proceso judicial vinculado

En una anterior oportunidad (De Lama, 2021) ya nos hemos referido a este punto, sosteniendo que si bien es cierto la normativa interna de la SUNAFIL sobre el particular¹² busca generar seguridad jurídica por parte de las vías que el Estado ha puesto a disposición de los ciudadanos para que el ordenamiento sociolaboral obtenga eficacia (inspección y proceso judicial), dicha intención podría “chocar” y/o afectar directamente los intereses legítimos de un denunciante de

12 Ver acápite 7.3 de la Versión 2 de la Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INII, aprobada mediante Resolución de Superintendencia N° 216-2021-SUNAFIL.

adquirir medios probatorios o de reforzar los que ya tiene¹³, a fin de incorporarlos al proceso judicial iniciado en busca de una tutela por parte de la Judicatura¹⁴.

Asimismo, hemos indicado que en línea con nuestra postura, las actuaciones investigatorias de la inspección del trabajo no deberían archivarse, y que en todo caso, podría sustentarse que la suspensión referida se concretice en el supuesto que dichas actuaciones motiven el inicio del procedimiento administrativo sancionador, atendiendo a que de esa forma, por un lado, el trabajador igualmente pueda obtener medios probatorios de carácter público que le permitan en conjunto con el restante material probatorio incorporado al proceso, procurarle generar convicción al juez laboral sobre su postura, impidiéndose, por el otro, que la inspección del trabajo prosiga con la determinación de la sanción administrativa propuesta por el inspector mediante dicha acta¹⁵ (atendiendo, a

13 Recordemos que de acuerdo con el artículo 16 de la LGIT, los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos, aunque, ciertamente, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

14 En efecto, piénsese en aquel trabajador que ha laborado o brindado sus servicios en la completa informalidad, situación que complicaría la aportación de medios probatorios en un eventual proceso laboral, y que acude a la inspección del trabajo, justamente, para que esta, a partir de su investigación, pueda brindarle los suficientes medios probatorios, que le permitan comparecer, con una adecuada aptitud de actuar pruebas, en un proceso laboral. Inclusive, en el caso de aquel, que habiendo acopiado medios probatorios para obtener una respuesta favorable de la Judicatura, requiere de la intervención de la inspección del trabajo para fortificar su material probatorio ante la eventual identificación de una infracción en su contra.

Al respecto, cabe caer en cuenta que, inclusive, el artículo 21 de la Ley N° 29497 permite que las partes puedan presentar, extraordinariamente, medios probatorios que se hayan obtenido con posterioridad a los actos postulatorios y hasta el momento previo a la actuación probatoria, lo cual puede darse cuando la inspección del trabajo ha emitido un acta de infracción luego de que el trabajador, eventualmente favorecido con la misma, haya presentado su demanda, la cual, ciertamente, será valorada por el juez, en conjunto con los demás medios probatorios presentados por las partes a fin de dar solución al conflicto puesto a su conocimiento.

Nótese que, inclusive, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2018, se ha concluido que, de manera excepcional, es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo, fuera de las oportunidades previstas en el artículo 21 de la Ley N° 29497, como por ejemplo, en la vista de la causa correspondiente a la segunda instancia.

15 Sobre el particular, cabe recordar que el año 2017, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 1437/2016-PE, que plantea la inclusión, en la LGIT, del artículo 45-A, en los

que es en el marco del procedimiento administrativo sancionador que la inspección del trabajo finalmente determina que el sujeto inspeccionado ha vulnerado o no la normativa sociolaboral), evitando, de esa manera la posibilidad de que ambos instrumentos estatales de tutela de derechos laborales emitan decisiones disímiles.

Sobre el particular, cabe hacer notar también que hace unos meses, el TFL tuvo la oportunidad de referirse a este tema en algunas resoluciones¹⁶, y aunque la decisión mayoritaria (no unánime) que resolvieron los casos concretos, se decantaron por avalar la aludida normativa de la SUNAFIL, nos parece importante destacar los argumentos del voto en discordia (singular) planteado por el vocal, Luis Mendoza Legoas, quien expresa lo siguiente:

- El solo riesgo de que existan resoluciones discrepantes en uno y otro ámbito no es un asunto que debiera llevar a soluciones que hagan declinarla sin más. Así, una resolución judicial que resuelve en sentido distinto a lo determinado por un acta de infracción o una resolución del procedimiento administrativo sancionador puede ejercer plenamente su facultad de motivar tal decisión, lo que llevará a que las partes del litigio evalúen si tal motivación es satisfactoria de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido procedimiento.
- En semejante sentido, una resolución administrativa que considera los hechos sobre la base de una investigación que acredita fehacientemente una determinada situación, puede bien determinar las consecuencias ad-

siguientes términos:

“El procedimiento sancionador se suspende cuando el sujeto inspeccionado comunica a la Autoridad Inspectiva de Trabajo que, antes del inicio o durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas, ha sido demandado en sede jurisdiccional por el incumplimiento de las mismas obligaciones, periodos y trabajadores comprendidos en el Acta de Infracción.

La Autoridad Inspectiva del Trabajo que suspende el procedimiento debe comunicar dicha decisión a la autoridad judicial que conoce el proceso judicial que motiva la suspensión”.

16 Ver votos en discordia (singulares) de la Resolución N° 071-2021- Sunafil/TFL-Primera Sala (del 8 de julio del 2021), Resolución N° 144-2021-Sunafil/TFL-Primera Sala (del 27 de julio del 2021), Resolución N° 662-2021-Sunafil/TFL-Primera Sala (del 13 de diciembre del 2021), Resolución N.° 075-2022-Sunafil/TFL-Primera Sala (del 25 de enero de 2022).

ministrativas sancionadoras (la imposición de la pena de multa) con una motivación que garantice el debido procedimiento administrativo del sujeto inspeccionado o administrado. Si esa parte deseara cuestionar tal decisión de la Autoridad —por ejemplo, por tener sentido opuesto a lo resuelto en un proceso laboral— tendrá expedito el proceso contencioso administrativo para que se efectúe el control judicial, sobre lo establecido en el respectivo procedimiento administrativo.

- El artículo 75º del TUO de la LPAG, no resulta invocable en vista de que no se está ante procedimientos que contemplen a dos administrados —análogos al “demandante” y “demandada” del proceso judicial—, ni se ha definido una condicionalidad para la emisión de una resolución en el orden administrativo. Además, no debe olvidarse que el propio artículo 75.2 del TUO de la LPAG demanda que la autoridad competente evalúe su competencia a la luz del principio de *non bis in ídem*. No es un asunto menor, pues ello preserva el adecuado ejercicio del deber de motivación de parte del servidor actuante (inspector, instructor o autoridad del procedimiento sancionador) a fin de valorar la triple identidad a la que dicho principio se refiere.
- En materia de coincidencias entre el ejercicio de competencias entre la jurisdicción y la administración pública, sirve tener como criterio rector a lo resuelto en el ámbito penal, en el que la Corte Suprema de la República, en su Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, dado que, sin perjuicio de que este precedente se produjo en un ámbito jurisdiccional específico —el penal, nada menos que de última ratio— es rescatado a este propósito para graficar cómo es que los procesos judiciales y administrativos no cumplen con tener el mismo fundamento jurídico, componente indispensable para invocar al principio del *non bis in ídem*. En ese sentido, el TFL debe acoger lo descrito en este precedente vinculante señalado, aplicándolo *mutatis mutandis* al ámbito del Sistema de Inspección del Trabajo cuando se denuncia una afectación al principio del *non bis in ídem*.
- La validez del despliegue de una inspección laboral (o, posteriormente, un procedimiento administrativo sancionador) no se afecta, *per se*, cuando el sujeto inspeccionado (o, posteriormente, administrado) es de-

mandado por uno o más trabajadores que sean terceros interesados en la fiscalización desplegada. Es preciso que la parte interesada acredite y que el inspector actuante, instructor o autoridad sancionadora en la etapa que corresponda, evalúe la concurrencia y determine si existe identidad de partes —identificando al tercero interesado como “parte” para estos efectos—, hecho y fundamento. En este último aspecto, si los intereses tutelados en la vía administrativa y judicial fueran los mismos, deberá existir una motivación suficiente para concluir al procedimiento correspondiente dentro del Sistema de Inspección del Trabajo.

Habiendo sido ya un tema revisado por el TFL, aunque no acordado mayoritariamente por este colegiado, creemos que este criterio podría reevaluarse a la luz de lo expuesto por uno de sus vocales y teniendo en cuenta lo argumentado líneas arriba, pero ya no solamente en virtud de casos futuros que lleguen a su conocimiento sobre el mismo asunto, sino, más bien, en un acuerdo plenario o precedente de observancia obligatoria, debido no solo a la recurrencia de casos similares, sino también, y sobre todo, por la entidad y magnitud del tema.

De esta manera, entendemos que si es que se da un giro de “ciento ochenta grados” a esta postura mayoritaria del TFL, sería propicia la oportunidad para reforzar y apreciar la real importancia y dimensión que tiene (o debería tener) la labor de la Inspección del Trabajo, no solo en la búsqueda de la eficacia del ordenamiento sociolaboral, cuya vigilancia tiene a su cargo, sino también, y a partir de esta finalidad, como instrumento medular con miras a mejorar nuestros niveles y estándares de trabajo decente, como partícipes de una comunidad internacional que apunta decididamente a este objetivo. Por el contrario, mantener la posición actual sobre el particular, nos parece sigue siendo una visión apocada y auxiliar de la labor de la Inspección del Trabajo, en relación con la que realiza el Poder Judicial, más allá de las diferencias que son propias de cada vía de tutela de los derechos laborales.

Bibliografía

Arce Ortiz, Elmer (2013). *Derecho Individual del Trabajo*. Segunda edición. Pa-lestra.

- De Lama, M. (2021). “La inspección del trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando?) las “intersecciones” de ambos caminos”. *Laborem* (24).
- Gorelli, J. (2014). “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”. *Themis* (65).
- Guzmán, C. (2005). La Instrucción del Procedimiento Administrativo. *Derecho & Sociedad* (24).