

LA FUNCION FISCALIZADORA DEL ESTADO EN EL AMBITO LABORAL PRIVADO

El Gobierno Peruano viene impulsando una incisiva acción fiscalizadora en el ámbito laboral privado, sin embargo, dada la improvisación de las acciones expuestas, el proceso no escapa a diversos cuestionamientos hechos por los especialistas en la materia e incluso por varios gremios **empresariales**. Para advertir de las consecuencias de este proceso y las previsiones correspondientes exponemos en nuestra Web el presente artículo.

TLC, El Impulso Obligado

El proceso viene desarrollándose, no como resultado de la política laboral gubernamental, o de un planeamiento o proyección de desarrollo jurídico laboral sostenible en el mediano y largo plazo, sino como consecuencia, de las exigencias del Gobierno Norteamericano, para la suscripción del Tratado

En tal sentido y no obstante que el Perú tiene una de las regulaciones laborales más protectoras a los trabajadores a nivel internacional¹, el Gobierno del Perú se ha visto obligado a demostrar al gobierno Norteamericano, que no sólo contamos con normas protectoras en el derecho laboral, sino que además las aplicamos.

Ese, es en consecuencia, el móvil que ha impulsado la fiscalización del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), y también, el desarrollo normativo laboral que hemos visto surgir en los últimos meses, siendo una prueba de esto ultimo los siguientes ejemplos:

- a) El Decreto Supremo N°008-2007-TR², por el que se modificó el Artículo 1° del Decreto Supremo N°003-2002-TR³, estableciéndose una nueva y clara definición de los conceptos **“Actividad Principal”** y **“Actividad Complementaria”** términos escuetos, no definidos en esta norma adecuadamente; siendo de fundamental importancia, que así fuera, para efectos de garantizar una real intermediación laboral . Antes del Decreto Supremo N°008-2007-TR, la generalidad en la definición, propiciaba que la intermediación laboral se desarrollara prácticamente por cualquier motivo y respecto a cualquier actividad empresarial y, con ello, la desmejora o incluso privación de derechos laborales para una considerable cantidad de trabajadores.⁴

¹ Al respecto, cabe recordar que, aunque en menor grado que la Constitución de 1979, los derechos laborales tienen en nuestro país amparo constitucional en la vigente Constitución de 1993.

² Publicado en el Diario Oficial **“El Peruano”** el 27 de abril pasado, pero que entrara en vigencia el 24 de julio último, es decir, a los 60 días hábiles de su publicación.

³ Reglamento de la Ley N°27626, Ley que regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores.

⁴ En efecto, al considerarse actividades principales como complementarias, quienes debían ser trabajadores de empresas grandes o solventes terminaban siéndolo de las *services*, viéndose privados por ello, por ejemplo, de la participación en las considerables utilidades que aquellas generan.

- b) El Decreto Supremo N°024-2007-TR⁵, por el cual y atendiendo a las recomendaciones de la OIT, dispuso la sustitución del Artículo 62° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, con el fin de ajustar el quórum exigido a sindicatos con número amplio de trabajadores. En virtud de lo normado, la organización sindical puede declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados **votantes asistentes a la asamblea**; esto a diferencia de la regulación anterior, según la cual la declaratoria de huelga (que constituye uno de los pilares del Derecho Colectivo del Trabajo) debía adoptarse por la mayoría de los trabajadores votantes y con el quórum mínimo de los dos tercios de los trabajadores del ámbito⁶.

Estimamos necesario, exigir, que el accionar legislativo y fiscalizador del Estado en estos aspectos se deba a acciones fundamentales, decididas y voluntarias en favor de la protección y supervisión de las obligaciones de los empleadores frente a los derechos de los trabajadores, con el fin de formalizar y conducir adecuadamente las relaciones laborales en nuestro país, y con ello incrementar el **“trabajo decente”** compromiso político natural del Estado de Derecho, y el que viene también impulsando la OIT⁷, y no a raíz de una negociación internacionales comerciales, por más que se muestren como beneficiosas para el país⁸,

Improvisación Normativa

En el ámbito Normativo, el Gobierno Peruano ha extremado su complacencia con el Gobierno Norteamericano, restándole importancia a los ocasionales problemas que ocasiona a los empleadores. Para evidenciar la improvisación alcanzada, basta señalar como prueba otros dos ejemplos:

⁵ Publicado en el Diario Oficial **“El Peruano”** apenas el 28 de octubre último.

⁶ Dicho procedimiento fue calificado de excesivo por la OIT, especialmente cuando la medida de huelga debía cubrir un territorio vasto o ser declarada por una organización sindical conformada por un número amplio de trabajadores.

⁷ Al respecto, resulta de particular importancia el documento emitido por la OIT sobre nuestra región, denominado **“Panorama Laboral de América Latina y el Caribe 2006”**, cuya aporte central seguidamente reproducimos: **“Todos estos resultados corroboran la concepción que la OIT ha forjado de que el crecimiento económico es condición necesaria para alcanzar el progreso laboral y social, pero no suficiente. Se requiere adicionalmente y de manera urgente de la adopción de políticas económicas y sociales para generar trabajo decente, como mecanismo para lograr la primera meta del Milenio (erradicar la extrema pobreza hacia el 2015) y reducir la desigualdad. La OIT ha definido el trabajo decente como aquel de índole productiva, justamente remunerada y ejercida en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana”.**

⁸ Como es de suponer, una política normativa impuesta por factores externos y por ende ajenos a nuestra realidad, conlleva el riesgo elemental de que no se ajuste a las circunstancias y características específicas del mercado laboral peruano. Si a ello agregamos, además, que dichos factores son de índole comercial y no propiamente jurídicos o de índole social, el riesgo de no evaluarse debidamente el contenido social que subyace al ámbito laboral podría ser generador de diversos conflictos en este último.

- a) La norma reconocida como **“El Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo”**, el cual fuera aprobado por Decreto Supremo N°009-2005-TR de 28 de setiembre del 2005. Como es de recordar, dicha norma, que debía entrar en vigencia el 01 de abril pasado para **“promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país”**, fue modificada por Decreto Supremo N°007-2007-TR⁹ para posibilitar su entrada en vigencia el 01 de octubre último, ello no obstante que expresamente ya se había otorgado a los empleadores¹⁰ **“un plazo de 18 meses para su implementación”**.

La razón de tal proceder no se debió a una consideración o flexibilidad para con los empleadores, sino, al hecho incuestionable que todavía se venía perfeccionando la Norma, al extremo que mediante el dispositivo en comentario, se modificó el Decreto Supremo N°009-2005-TR, cuando ya los empleadores venían implementando el Reglamento, dado que su obligatoriedad se encontraba vigente¹¹, precisándose asimismo que la mayoría de obligaciones formales no estaban sujetas a presentación ante el MTPE y que otras obligaciones recién entrarían en vigencia en el año 2008 e incluso en el 2009.

Si lo anterior no fuera poco, cabe agregar que por Resolución Ministerial N°148-2007-TR¹² recién se aprobaron los instrumentos que debían servir de base para implementar el sistema¹³, cuando los empleadores, algunos con mucho esfuerzo e imaginación y con no poca desesperación, y otros, recurriendo a asesorías especializadas, seminarios y talleres que se multiplicaron, en los últimos meses, ya habían implementado tales instrumentos.

- b) La norma identificada como **“Registro de Trabajadores, Pensionistas y Prestadores de Servicios”** (RTPS) norma que recordamos, fue regulada, por Decreto Supremo N°015-2005-TR de 22 de diciembre del 2005 dictándose entonces diversas disposiciones sobre RTPS, y cuya recepción de Declaraciones Juradas de cumplimiento, se habría encargado a la SUNAT. Pues bien, no obstante que dicho dispositivo fue modificado por el Decreto Supremo N°014-2006-TR y complementado por la Resolución Ministerial N°003-2007-TR¹⁴, y que luego por Decreto

⁹ Publicado en el Diario Oficial **“El Peruano”** el 06 de abril del año en curso.

¹⁰ Esto en la Primera de sus **“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS”**.

¹¹ Por ejemplo, algunos ya habían legalizado notarialmente y/o presentado ante el MTPE los nueve registros que exigía la norma, los cuales fueron luego modificados en cuanto a su denominación y cantidad.

¹² Publicada en el Diario Oficial **“El Peruano”** el 26 de mayo pasado, pero cuyos Anexos recién se publicaron el 01 de junio último.

¹³ Siendo tales el **“Reglamento de Constitución y Funcionamiento del Comité y Designación de Funciones del Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo”**; el modelo de **“Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo”**; la **“Guía Básica sobre Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo”**; y, la **“Guía Técnica de Registros”**.

¹⁴ De 14 de julio del 2006 y 03 de enero del 2007, respectivamente.

Supremo N°006-2007-TR¹⁵, terminó prorrogándose hasta el 01 de septiembre del 2007 la entrada en vigencia del RTPS. Sin embargo mediante Decreto Supremo N°018-2007-TR¹⁶ se establecieron diversas disposiciones relativas al registro y uso obligatorio del documento, con equivalentes contenidos, pero ahora denominado **“Planilla Electrónica”** (PE), lo cual implicaba tres novedades respecto a la normativa que debía entrar en vigencia el 01 de septiembre¹⁷: una primera de índole formal (aparentemente impuesta por las confusiones que generaran las normas antes citadas), pues a partir de dicha norma se llama **“Planilla Electrónica”** (como fue denominada por los operadores desde que se creó el sistema) y ya no **“Registro de Trabajadores y Prestadores de Servicios”**; una segunda de carácter sustantivo, relacionada con la precisión de algunos términos¹⁸ y con su propio contenido¹⁹; y una tercera de naturaleza temporal, tal vez la más esperada aunque previsible²⁰, por la cual la obligación de llevar la PE entrará en vigencia el 01 de enero del año 2008.

Para completar la muestra de la improvisación los usuarios del sistema reconocieron que por mandato de la Resolución N°204-2007/SUNAT publicada el 27 de octubre²¹ se crea el **“PDT Planilla Electrónica, Formulario Virtual N°0601 - Versión 1.0”**, documento que regula diversos aspectos de la PE en su presentación y utilización.

Deficiente Técnica Legislativa

A la muestra de la improvisación antes comentada se agrega una técnica legislativa deficiente, al sustentarse (para los mismos efectos antes comentados)²²

¹⁵ Publicado en el Diario Oficial **“El Peruano”** el 05 de abril pasado.

¹⁶ Publicado en el Diario Oficial **“El Peruano”** el 28 de agosto último.

¹⁷ Esto es, que debía entrar en vigencia apenas tres días después y para la cual, también, muchos empleadores ya se habían preparado he invertido tiempo, esfuerzos y recursos considerables.

¹⁸ Como **“prestador de servicio-modalidad formativo”** y **“personal de terceros”**.

¹⁹ Deberá contener la información correspondiente al mes calendario precedente a aquel en que venza el plazo para su presentación.

²⁰ Pues la vigencia de la PE ya había sido prorrogada anteriormente en dos oportunidades.

²¹ Es decir, apenas dos meses antes de su entrada en vigencia, cuando su creación se produjo en el año 2005 bajo la forma del RTPS y cuando incluso durante el año en curso se pretendió implementar dicho RTPS por los dispositivos antes mencionados.

²² Esto es, para congraciarse con el Gobierno Norteamericano en aras de la aprobación del TLC.

en situaciones de índole populista y no precisamente técnicas, la dación del Decreto Supremo N°020-2007-TR²³, por el que se modifica y aclara la norma relativa a la tercerización de servicios (Decreto Supremo N°003-2002 TR)²⁴. En efecto, si bien por dicha norma se establecieron los límites para el uso de la tercerización y los contratos temporales²⁵, varios de los cambios específicos que propone sólo tienen por objetivo generar un efecto mediático que coadyuvará a la aprobación del TLC, como finalmente ocurrió. Así por ejemplo, la norma garantiza el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva de los trabajadores sujetos a tercerización, cuando esto en el ámbito jurídico no había sido materia de conculcación de ninguna especie. Había entonces necesidad de proclamar tal garantía?

- a) Aún más, dicha norma impone que la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad no podrán ser utilizadas con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho a negociación colectiva, o la interferencia en la actividad sindical, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de dirigentes amparados por el fuero sindical, lo cual de por sí y desde antes era evidente la existencia de la normatividad al respecto, ello no sólo por que se trata de modalidades excepcionales de contratación de servicios²⁶, sino además por que ninguna modalidad contractual puede procurar tales propósitos bajo riesgo de incurrirse en actos de hostilidad, preceptos y riesgos conocidos por los empleadores. Por qué había entonces la necesidad de contemplar tal prohibición?
- b) Se señaló también por norma jurídica, que los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios tienen respecto de su empleador derecho a la libre sindicalización, negociación colectiva y huelga; a la indemnización por despido arbitrario, por resolución arbitraria del contrato sujeta a modalidad, reposición por despido nulo y el pago de las remuneraciones devengadas, cuando corresponda.

Aparentemente, para el legislador, los trabajadores destacados en una tercerización no tenían tales derechos antes de la dación de la norma en comentario, ni estaban protegidos legalmente de los abusos comentados en los párrafos anteriores, lo cual es por completo errado y evidencia la deficiente técnica legislativa en comentario.

²³ Publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" el 20 de septiembre último.

²⁴ En estricto, se amplió su artículo 4°, incorporándose los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C al mismo.

²⁵ Ello fundamentalmente para evitar o contrarrestar la desnaturalización de los contratos de trabajo que se realizan en ciertas actividades, así como para evitar la confusión existente entre la intermediación laboral (destaque de personal) y la tercerización (outsourcing).

²⁶ Recordemos que, en el ámbito general, la regla general de ingreso al mercado laboral está constituida por la contratación a plazo indeterminado.

Facultades Excesivas y Abusivas

A lo antes expuesto debemos agregar, las facultades excesivas y potencialmente abusivas con que se ha investido a los Inspectores de trabajo. Son tres las Directivas que sorprendentemente no han sido publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, obligación que según tenemos entendido pretendería dar por satisfecha al MTPE al haberlas “publicado” en su Página Web. Tales facultades, específicamente en los temas relacionados con el Despido Arbitrario, los Contratos Sujetos a Modalidad o a Plazo Determinado (Plazo Fijo), la Tercerización de Servicios (Outsourcing) y la Intermediación Laboral (Empresas Especiales de Servicios o Services), han sido reguladas por los dispositivos que seguidamente comentamos:

- a) Mediante Resolución Directoral N°073-2007-MTPE/2/11.4 se aprobó el denominado **“Procedimiento de verificación de despido arbitrario”**, por el cual ante una solicitud de verificación de despido arbitrario y en un plazo muy breve, el Inspector se apersonará al centro o lugar de trabajo, pudiendo verificar las circunstancias específicas en que se habría producido el despido arbitrario e incluso **“realizar las actuaciones inspectivas que permitan establecer la existencia o no de la relación laboral”** o el cumplimiento de otros beneficios o derechos laborales. Como puede advertirse, si bien la verificación del despido arbitrario por un Inspector no configura una infracción de orden administrativo, por provenir de la Autoridad Administrativa de Trabajo constituirá un medio probatorio de difícil cuestionamiento en un eventual procedimiento judicial en el que se dilucide la arbitrariedad o justificación del despido. Lo más grave de todo, sin embargo, no es el hecho que un Inspector constate un despido realmente arbitrario, sino que ante un despido en el que su naturaleza es discutible y como tal debe ser definido por la Autoridad Judicial, dicho Inspector arribe a una conclusión que no le compete y que por demás puede adolecer de la exhaustividad y rigurosidad que para el análisis de todo conflicto jurídico sólo pueden ser desarrolladas en un proceso judicial²⁷.
- b) Por Directiva N°001-2007/MTPE/2/11.4 de la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo (DNIT) se aprobó la *“Directiva Nacional para la Ejecución del Programa Nacional de Regularización y Verificación de Contratos a Plazo Fijo y su Incidencia en el Ejercicio de la Libertad Sindical y la Negociación Colectiva”*, resaltándose de la misma dos situaciones fundamentales: por un lado, el señalamiento expreso de que los Inspectores pueden dictar medidas de advertencia y requerimiento; y, por el otro, que en el caso de los contratos temporales deber verificarse su naturaleza y la causa de su terminación o no renovación, incluyendo la revisión de actos que afecten la libertad sindical a través de prácticas antisindicales, *“en cuyo caso la inspección del trabajo*

²⁷ Recordemos que la inspección se realiza básicamente en unas pocas horas (sino en una) y no durante un procedimiento de conocimiento como corresponde a los procesos laborales.

deberá disponer la continuidad del trabajador en su empresa a través del requerimiento directo a su empleador". A nuestro entender, esta Directiva es igualmente excesiva, pues bajo la premisa de que los Inspectores pueden dictar requerimientos, se está asumiendo que estos pueden incidir sobre el fondo de la relación laboral²⁸, cuando sólo debieran referirse a aspectos formales.

- c) Mediante Directiva N°002-2007/MTPE/2/11.4 también de la DNIT se aprobó la ***"Directiva Nacional para la Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización en las Unidades de Producción de las Empresas"***, la cual tiene por finalidad establecer un conjunto de lineamientos, políticas y medidas de inspección orientadas a garantizar los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en unidades de producción, ello sea que se trate de trabajadores de la empresa titular de la unidad, como de empresas terceras (contratistas o subcontratistas) encargadas de parte de la actividad o proceso productivo. El objetivo concreto de la norma, sin embargo, es garantizar tanto la libertad sindical en las unidades de producción²⁹, como la prohibición de la simple provisión de trabajadores³⁰. En aras pues de tales garantías y, por ejemplo, ante la vulneración de los derechos de sindicación, negociación colectiva o huelga, la norma dispone que cuando la empresa principal en la unidad productiva sea la que afecta los derechos colectivos de los trabajadores desplazados, ***"se considera la existencia de una relación laboral directa entre ambos, requiriéndose su registro"***; a su vez y ante la ausencia de autonomía empresarial, cabe al Inspector ordenar ***"la incorporación del trabajador en la planilla de la empresa principal de la unidad productiva"***; por otro lado, de verificarse simulación o fraude en la contratación de trabajo sujeta a modalidad, se requerirá al empleador ***"que registre al trabajador bajo una relación a tiempo indeterminado"***, sin perjuicio de proponerse la multa correspondiente. Como es de apreciar, el Inspector en este campo también está supuestamente atribuido de dar órdenes incluso para disponer la incorporación de trabajadores en planillas o para determinar la existencia de relación laboral directa entre la empresa usuaria y un trabajador desplazado mediante una tercerización de servicios, lo cual simplemente es inaceptable por el hecho incuestionable de que con tal proceder se está vulnerando una competencia atribuida exclusivamente al Poder Judicial. Los hechos constatados por el Inspector pueden ser

²⁸ Por ejemplo, disponer la renovación de un contrato a plazo fijo cuyo plazo ya venció y el empleador no desea prorrogar, por considerar que con la no renovación se afecta la libertad sindical del trabajador.

²⁹ Para cuyo efecto serán inspeccionados los Derechos de Sindicación, de Negociación Colectiva y de Huelga.

³⁰ Para lo cual se evaluará la autonomía empresarial de la empresa que confluye en la unidad productiva desplazando trabajadores.

- ciertos o no, pero por mandato de la Constitución no es él quien debe declarar la legalidad o ilegalidad de un acto jurídico³¹.
- d) Asimismo, por Directiva N°003-2007/MTPE/2/11.4 igualmente de la DNIT se aprobaron los “Lineamientos para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones de Trabajo a Nivel Nacional”, resaltándose que en los casos de tercerización o subcontratación interna de la producción, bienes o servicios, el Inspector deba determinar si, en los hechos, se cumplen los elementos exigidos en el artículo 4º del Reglamento de la Ley de Intermediación para su procedencia, pues si constata que no se han cumplido con dichos requisitos, en aplicación del principio de primacía de la realidad **“concluirá que se ha simulado la condición de empresa contratista o subcontratista”** y, por lo tanto, **“entenderá que los supuestos trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, desde el inicio de la prestación de sus servicios, mantienen vínculos de naturaleza laboral con la empresa usuaria”**, expidiendo la medida inspectiva correspondiente. Como es de apreciarse, si bien en el caso de esta Directiva, el MTPE no ha dispuesto expresamente que el Inspector pueda imponer su criterio y en tal sentido disponer situaciones relacionadas con la naturaleza del vínculo laboral (por ejemplo que la empresa usuaria incluya en su planilla a los trabajadores desplazados respecto a quienes el Inspector considere se encuentran en la simulación de un vínculo laboral) su sola “conclusión” pueda generar los efectos negativos señalados en los acápite precedentes.

Efectos Jurídicos y Económicos de la Fiscalización

Los efectos jurídicos y económicos de la función fiscalizadora en atención a los dispositivos antes mencionados, son en estos momentos aún difíciles de cuantificar, no obstante, por su importancia en la salud económica de la empresa, sobre los que procuraremos una aproximación.

- a) En relación a los efectos jurídicos, en teoría los mismos debieran ser claramente positivos, pues a mayor regulación normativa y a mayor inspección, debiera concluirse que existirá mayor formalidad y consecuentemente (por lo menos en teoría), mayor trabajo. Esto sin embargo podría producirse sólo en el ámbito de las medianas y grandes empresas, cuando entre en vigencia la Planilla Electrónica, toda vez que los empleadores en general serán más fácilmente fiscalizados no sólo por el MTPE, sino también por la SUNAT.

Las normas en comentario y, en particular, las que confieren mayores facultades a los Inspectores, debieran generar que por lo menos las medianas y grandes empresas dispensen una absoluta (o en todo caso mayor) formalidad a sus vínculos contractuales de contenido laboral, a fin de evitar la incurrancia en

³¹ Que en muchos casos es estrictamente civil y no laboral, por más que para su ejecución se desplace a trabajadores, como ocurre en el caso de una real tercerización de servicios.

infracciones y sus consecuentes sanciones³². Sin embargo, ante la evidencia de que los Inspectores no conforman un cuerpo de número suficiente para realizar una fiscalización permanente³³, lo más probable es que se mantengan las modalidades contractuales que hoy existen, sobre todo de parte de las micro y pequeñas empresas (y esto incluso a pesar de la entrada en vigencia de la Planilla Electrónica), es decir, la contratación de personal sin vínculo laboral (vía servicios o bajo recibos por honorarios profesionales), cuando en realidad debieran celebrar contratos de trabajo.

- b) En cuanto a los efectos económicos la situación es un tanto más positiva, pues a la formalidad de las medianas y grandes empresas se aunarían las micro y pequeñas empresas que incursionen en el ámbito exportador, ante lo cual y precisamente a sabiendas de que serán controladas, procurarán satisfacer todas las exigencias de índole laboral. Recordemos sin embargo que el empresariado en el Perú está conformado en su gran mayoría por micro y pequeñas empresas, de las cuales una cantidad ínfima exportan, por lo que el efecto económico aún positivo será igual limitado, salvo que la exportación se produzca agresivamente también en el ámbito de tales empresas, favoreciendo con ello su formalización.
- c) No obstante lo señalado, un aspecto que a nuestro juicio atentaría contra tales efectos positivos lo constituyen las facultades excesivas y abusivas que se ha otorgado a los Inspectores, pues las mismas pueden convertirse paradójicamente en una traba para la formalización de las relaciones laborales a todo nivel, al reconocer los empresarios que a pesar de, ellos cumplir con sus obligaciones laborales³⁴, se les imponen criterios y decisiones arbitrarias, máxime proviniendo de funcionarios de la administración pública que en la percepción del empresario podrían no reunir los conocimientos ni respetar las garantías de un debido proceso que sólo puede brindarles un juez antes circunstancias límites o conflictos ya declarados.
- d) Ante la posibilidad pues de verse involucrados en permanentes conflictos o de ser reiteradamente sancionados aún cumpliendo tales obligaciones, la reacción de algunos empresarios podría ser la de no correr riesgos, pero no en el sentido de cumplir con todas sus obligaciones laborales, sino de omitir las mismas o trasladarlas a terceros. Algunos pues podrían incursionar en el procedimiento de

³² Que en su caso son por demás considerables, en vista que las sanciones laborales se calculan considerando, entre otros aspectos (como la gravedad o reincidencia), la cantidad de trabajadores del centro de labores.

³³ Y ni siquiera esporádica en algunos casos, como ocurre en el ámbito de las micro y pequeñas empresas.

³⁴ Y peor aún si consideran que sólo ellos (por ser formales) las cumplen, como ocurre en el ámbito tributario.

constituir diversas empresas pequeñas y con poco personal a través de “representantes”, para gozar de un régimen laboral más benigno y además para evadir la fiscalización de la SUNAT y el propio MTPE. Otros podrían disgregar en buena medida su aparato productivo y tercerizar la mayoría de sus áreas productivas, con el desaliento que ocasiona a un trabajador no sentirse parte de una empresa cuando todo le indica que labora para la misma. Si bien los conflictos en tales supuestos son inminentes, un caso aún más grave lo conformarán aquellos que podrían simplemente limitarse a mantenerse en la informalidad o a contratar personal bajo la modalidad simulada de servicios independientes, bajo el entendimiento que si son detectados sufrirán las mismas sanciones que si operaran en la formalidad.

Propuestas para Mejorar la Fiscalización

Como es notable el panorama no es muy alentador, sin embargo podemos plantear algunas propuestas por las cuales el régimen mismo puede mejorarse.

- a) Creemos que, es imperativo eliminar la imagen de que la inspección puede llegar sólo a unos cuantos, para cuyo efecto el Gobierno debiera **“privatizar”** parcialmente dicha función, en el sentido de encomendarla (además del MTPE) a otras entidades, tal como en su momento ocurrió con el IPSS o como hasta hace poco se produjo con las Supervisoras en materia de Aduanas. Desvirtuada tal imagen, los empleadores en su mayoría adoptarán como un real imperativo el cumplimiento de sus obligaciones laborales.
- b) Independientemente a lo anterior, es necesario modificar los dispositivos comentados en el título precedente, en el sentido de adecuar las facultades de los Inspectores a la normativa general, que impone, por ejemplo: que las normas legales, para su obligatorio cumplimiento por todos, deben ser publicadas en el Diario Oficial **“El Peruano”**; que la competencia asignada a los Inspectores sobre la mayoría de los temas tratados en dichos dispositivos, corresponde únicamente a los jueces, ello por mandato legal e incluso constitucional³⁵; que ante la incompatibilidad o conflicto entre normas jurídicas, el Poder Judicial y la propia Administración Pública están obligados a preferir la norma de mayor jerarquía (la Constitución sobre la Ley y ésta sobre las demás normas del sistema jurídico) e incluso a aplicar el denominado **“control difuso”**, tal como ya ha sido establecido por el Tribunal Constitucional³⁶.

³⁵ Al respecto, el Artículo 138º de la Constitución señala que **“la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial”**, en tanto que su Artículo 139º establece como **“Principios de la Administración de Justicia”**, entre otros, la **“unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”**, así como **“la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”**. Por su parte, la Ley N°26636 (Ley Procesal del Trabajo) dispone en su Artículo 4º que los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos, entre otros supuestos, sobre **“impugnación del despido”**, **“incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza”** y **“actuación de prueba anticipada sobre derechos de carácter laboral”** (que en el fondo es lo que procura un trabajador con una inspección para verificar la arbitrariedad del supuesto despido).

³⁶ Al respecto, el TC ha señalado que **“tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como**

Así se evitaría la sensación de arbitrariedad que tales dispositivos pueden generar, y además se eliminaría el pretexto que varios empleadores pudieran utilizar invocando precisamente tal situación para incumplir la regulación que nos ocupa.

- c) Finalmente, sería deseable que así como el MTPE ha instruido a sus funcionarios fundamentalmente mediante las Directivas antes comentadas, haga lo propio con los empleadores (que en definitiva son los destinatarios de la fiscalización) mediante un solo instrumento de fácil entendimiento, en el que se plasmen en forma sencilla las obligaciones a fiscalizar, la manera idónea en que deben ser satisfechas y las sanciones aplicables por su incumplimiento. La razón de tal medida, que por demás debiera implementarse a nivel nacional y en forma masiva a través de los medios de comunicación (y no de simples comunicados exhibidos en las dependencias del MTPE), se justifica no sólo por la evidente improvisación normativa y deficiente técnica legislativa antes precisada (con la confusión propia que ello ha generado y puede seguir generando), sino además por que el objetivo primario de la fiscalización es que se cumplan las normas laborales (y no imponer sanciones como erradamente asumen algunos Inspectores), resultando fundamental una debida (entiéndase, clara, precisa y oportuna) información a los administrados.

CARLOS GASTELLO ARTEAGA

Consultor Asociado BCPO

EMITIDO: ENERO 2008

sustento una ley, son conformes a los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra", agregando que dicha obligación o deber *"implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200.º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º)"*. De este modo, el TC dio respuesta a la permanente interrogante sobre si cabía o no el control difuso por parte de los Tribunales y órganos colegiados de la Administración.

Pero, aún más, el Tribunal Constitucional señaló expresamente que *"este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública"*, agregando que *"es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto"*, ello toda vez que *"esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.º)"*.