

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe sobre Expediente N° 09-2007-MTPE/2/12.310

Autor

Emilio Minaya Trujillo

Código del alumno:

20105707

Revisor:

Mauro Antonio Ugaz Olivares

Lima, 2020

RESUMEN:

El expediente versa principalmente sobre el encubrimiento de una relación laboral por parte de Telefónica Móviles S.A. (Telefónica), empresa dedicada a la prestación de servicios de telecomunicaciones que contrató a 99 personas bajo la modalidad de un contrato de representación comercial de naturaleza mercantil, quienes son denominados “empresarios comisionistas”. En atención a ello, la Autoridad Inspectiva de Trabajo (AIT) inició una inspección poniendo en cuestionamiento la relación mercantil y concluyendo la infracción de normas socio laborales mediante la emisión de un Acta de Infracción.

Ello da inicio al procedimiento administrativo sancionador a través del cual Telefónica solicita la nulidad del Acta, basando su posición tanto en fundamentos de fondo como de forma, los cuales se encuentran relacionados con la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. La Primera Sub Dirección de Inspección Laboral determina que no existe ningún vicio e insiste en indicar que las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias se realizaron mediante visitas inspectivas y comprobación de datos.

Telefónica presenta un recurso de apelación, solicitando la nulidad de la Resolución y alega que la AIT se limitó a recoger la información contenida en el Acta y que no se desvirtuó ninguno de los fundamentos presentados, por tanto, se estaría vulnerando su derecho al Debido Proceso, Derecho de Defensa y Presunción de Inocencia. Además, argumenta que los “empresarios comisionistas” no pueden ser considerados trabajadores.

Posteriormente, la AIT confirma la Resolución Sub Directoral, señalando que no se ha afectado los Principio de Legalidad, Debido Procedimiento, Presunción de Inocencia y Derecho de Defensa, debido a que: (i) sí se indicó los medios de investigación utilizados por los inspectores; (ii) las diligencias no se basaron sólo en declaraciones de un grupo de personas, sino en diversos documentos que generaron convicción sobre la existencia del vínculo laboral; (iii) asimismo, si bien los inspectores que aplicaron el Principio de Primacía de la Realidad no lo citaron expresamente, no se encontraban en la obligación de consignarlo, pues se trata de un principio ordenador del Sistema de Inspección del Trabajo, además de que al ser consignado en un Acta de Infracción tienen una presunción relativa.

Informe sobre Expediente Único para la obtención del Título Profesional de Abogado

Nombre y apellidos : Emilio Minaya Trujillo
Código : 20105707
Correo : eminayat@pucp.pe

Nº del Expediente : 09-2007-MTPE/2/12.310
Código : E-1323
Demandante : Telefónica Móviles S.A.
Demandados : Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
Áreas del derecho : Laboral y administrativo

**Lima – Perú
2020**

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	6
2.1.	Antecedentes	6
2.2.	Inicio de las actuaciones inspectivas	6
2.3.	Acta de infracción	6
2.4.	Descargos de Telefónica	7
2.5.	Resolución Sub Directoral (primera instancia administrativa)	10
2.6.	Recurso de apelación	11
2.7.	Concesorio de apelación y téngase presente de Telefónica	12
2.8.	Resolución Directoral (segunda instancia administrativa)	12
2.9.	Solicitud de nulidad de Resolución Directoral	15
2.10.	Respuesta a la solicitud de nulidad	15
2.11.	Recurso de queja	15
2.11.1.	Opinión de Marcial Rubio sobre vicios detectados en el proceso	15
2.12.	Suspensión de ejecución (sede judicial)	16
2.13.	Escritos por extra proceso	17
III.	PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	18
A.	DERECHO LABORAL	18
3.1	La aplicación del principio de primacía de la realidad	18
3.2	Límites entre la contratación civil y laboral	18
B.	DERECHO ADMINISTRATIVO	19
3.3	La naturaleza del acta de infracción y la nulidad del acto administrativo	19
3.4	Recursos impugnatorios	19
3.5	Sobre escritos de extra proceso	19
IV.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA	20
4.1	La aplicación del principio de primacía de la realidad	20
4.1.1	¿Cuál es la correcta aplicación del principio de primacía de la realidad en un procedimiento administrativo sancionador?	20
4.1.2	¿Se puede aplicar el principio de primacía de la realidad de forma extensiva a un sistema de contratación, o se debe realizar de forma individual?	25
4.1.3	¿El ejercicio erróneo de la prueba indiciaria tiene como consecuencia la aplicación defectuosa del principio de primacía de la realidad? ¿Cómo se afecta la presunción de inocencia en ese contexto?	30
4.1.4	¿La sola manifestación es suficiente para generar convicción y aplicar el principio de primacía de la realidad?	34
4.2	Límites entre la contratación civil y laboral	36
4.2.1	¿El sistema de contratación de “empresarios comisionistas” tiene indicios laboralidad?	36
4.2.1.1	Al respecto, ¿la entrega de equipos constituye un indicio de laboralidad?	43
4.3	La naturaleza del acta de infracción y la nulidad del acto administrativo	45
4.3.1	¿Cuál es la naturaleza del acta de infracción? En esa línea, ¿cómo se desarrolla la potestad fiscalizadora y sancionadora en la inspección del trabajo?	45
4.3.2	¿La aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad implica la nulidad del acta de infracción? Al respecto ¿cuál es el tratamiento de la motivación defectuosa o aparente en el caso concreto?	59
4.3.3	¿La falta de precisión de los medios de investigación utilizados genera la vulneración del principio de legalidad?	63
4.4	Recursos impugnatorios	64
4.4.1	¿Se puede presentar un recurso impugnatorio diferente a los previstos en la LPAG? En ese contexto, ¿fue correcta la decisión de la AIT?	64
4.5	Sobre escritos de extra proceso	66
4.5.1	¿Los escritos extra proceso se debieron tocar en sede administrativa o judicial?	66
	66	
V.	CONCLUSIONES	68
VI.	ANEXOS	71
VII.	BIBLIOGRAFÍA	72

I. INTRODUCCIÓN

El expediente versa principalmente sobre el encubrimiento de una relación laboral por parte de Telefónica Móviles S.A. (Telefónica), concretamente de un grupo denominado “empresarios comisionistas”, quienes mantenían una relación de naturaleza mercantil al brindar el servicio de venta de equipos, lo cual conllevó, en opinión de la Autoridad Inspectiva de Trabajo (AIT), a la infracción de normas socio laborales. Esto abarca las áreas del Derecho Laboral y Administrativo.

Por un lado, en el área del Derecho Laboral, se analiza la aplicación del principio de primacía de la realidad en sede inspectiva, y cómo este ha venido evolucionando desde un análisis crítico de la jurisprudencia y la doctrina. Conviene subrayar su vigencia y alcance en el procedimiento inspectivo, preguntándonos si es lo mismo su aplicación en sede administrativa y judicial.

De este modo, otro elemento vinculado es el límite entre la contratación civil y laboral. En este punto, se analizará cuál es el ámbito de protección del Derecho del Trabajo, sobre todo en el caso de los denominados “empresarios comisionistas”, quienes, si bien suscribieron un contrato de representación comercial de naturaleza mercantil, tenían indicios de laboralidad que fueron identificados por los inspectores.

Por otro lado, en el área del Derecho Administrativo, desarrollamos la potestad fiscalizadora y sancionadora que intervienen en el procedimiento inspectivo, cómo está diseñado, además de explicar su característica de servicio público y las finalidades de la Inspección del Trabajo. En ese marco, examinamos la naturaleza del acta de infracción, si constituye un acto administrativo o no, la presunción de veracidad, su valor probatorio y carácter impugnatorio. Asimismo, evaluamos la institución de nulidad y los cuestionamientos que se dan en la Resolución Sub Directoral y Directoral.

Finalmente, atendiendo a estas consideraciones, abordamos una postura crítica sobre cómo está estructurado el Sistema de Inspección del Trabajo (SIT), y su debida interpretación a la luz de los principios que guían y limitan la actuación de la administración. En tal sentido, explicamos los recursos impugnatorios que puede presentar el sujeto inspeccionado, la actuación de los terceros con interés, así como la diferencia entre la vía judicial y administrativa.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

La Empresa registra como principal actividad la prestación de servicios de telecomunicaciones a nivel nacional, para lo cual había elaborado diversos sistemas de contratación de personal con la finalidad de cumplir con su objeto social: la venta de sus servicios ya sea a personas naturales o jurídicas, que incluye líneas de telefonía móvil, fija, Internet, entre otros.

Así, Telefónica, en el ejercicio de su libertad de empresa, creó un sistema de contratación de “empresarios comisionistas” que se encargaban de realizar venta a clientes privados, en su mayoría personas naturales o pequeñas empresas, en el marco de una relación mercantil. En este contexto, la AIT abre un procedimiento inspectivo con la finalidad de verificar si la Empresa cumplía con sus obligaciones socio laborales

2.2. Inicio de las actuaciones inspectivas

El 25 de enero de 2007 se da inicio a las actuaciones inspectivas con la visita de los inspectores al local de la Empresa. Se realizó un recorrido por las diversas áreas del centro de trabajo, entrevistándose con trabajadores y personas, dejando constancia de que se encontró trabajadores que declararon estar registrados en Planilla, y otro grupo identificado como “empresarios comisionistas”. Posteriormente, el 31 de enero, se continúa con la diligencia de inspección, donde se requiere la exhibición de documentación que acredite el cumplimiento de las obligaciones de la Empresa.

2.3. Acta de infracción

El 4 de abril de 2007 se notifica a Telefónica con el Acta de Infracción N° 596-2007-MTPE/2/12.3 contenido en la Orden de Inspección N° 671-2007-MTPE/2/12.3, donde se señala que se encontraron a diversas personas utilizando equipos de oficina de la Empresa. Asimismo, los “empresarios comisionistas” manifestaron que, si bien tenían ingresos por comisiones, debían cumplir con un récord de ventas para mantener su relación contractual, por lo tanto, se verifica que se les exige cumplir con una jornada superior a las 48 horas semanales. No obstante, “otro grupo reducido” manifiesta que no tenían control de ingreso y salida, inclusive podían dejar de asistir sin amonestación alguna.

En relación a la revisión documentación exhibida¹, se concluye que los empresarios comisionistas emitían informes periódicos o documentación similar; además, atendían consultas y reclamos de los clientes, siendo controlados y supervisados por intermedio de sus supervisores. De este modo, se determina que se les exige un récord de ventas mínimo, además de asumir responsabilidad por cualquier daño o pérdida. Igualmente, empleaban materiales de la Empresa, realizando labores similares a los ejecutivos comerciales,

¹ Con el siguiente detalle: i) contrato de representación comercial de bienes y servicios; ii) ranking de ventas; iii) libro de planillas de pago; y, iv) visita a las instalaciones.

quienes sí se encuentran en planilla. Por tales razones, los inspectores dedujeron que Telefónica ejercía poder de dirección sobre este personal. Un elemento importante es que nunca se mencionó expresamente la aplicación del principio de primacía de la realidad. Por otro lado, en relación a las infracciones laborales, se adjunta el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1: Detalle de infracciones laborales

INFRACCIÓN	DETALLE	BASE LEGAL
No registrar en la planilla de pago	99 empresarios comisionistas	Artículo 3 DS 001-98-TR Reglamento de planilla de pagos de empleadores
Entrega de boletas de octubre a diciembre de 2006 y enero 2007	104 trabajadores	Artículo 19 DS 001-98-TR
Pago de vacaciones 2005-2006	77 trabajadores	Artículo 15 y 16 DL 713
Depósito de CTS vencido en noviembre 2006	99 trabajadores	Artículo 21 DS 001-97-TR
Entrega de hojas de liquidación de depósito de CTS en noviembre 2006	101 trabajadores	Artículo 29 DS 001-97-TR
Pago de horas extras noviembre a diciembre de 2006	12 trabajadores	Artículo 10 DS 007-2002-TR
Pago de gratificación legal diciembre de 2006	99 trabajadores	Artículo 5 Ley 27735
Registro inscripción en el seguro social	99 trabajadores	Artículo 5 Ley 26790

Fuente: Acta de Infracción N° 596-2007-MTPE/2/12.3 (punto III "Normas socio laborales infringidas y trabajadores afectados")

Elaboración: Propia

2.4. Descargos de Telefónica

El 27 de abril de 2007 la Empresa presenta su escrito de descargos y solicita la nulidad del Acta de Infracción, detallando que el día de la inspección se dirigieron al 4to piso, donde había aproximadamente 45 empresarios comisionistas. Algunos, al ser entrevistados, respondieron que cumplían una jornada, mientras que otros señalaron lo contrario. Como parte de los fundamentos de la nulidad deducida por la Empresa, se señala que se afectó el derecho a la presunción constitucional de inocencia, el debido proceso y de defensa, y el principio de legalidad. A saber, Telefónica:

- (i) Argumenta que se realizó una aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad, el cual tiene una competencia reglada de carácter excepcional; asimismo, sostiene que el uso erróneo de la prueba indiciaria deviene en una afectación al derecho a la presunción de inocencia. En consecuencia, no se respetó los parámetros mínimos ni la aplicación restrictiva del principio de primacía de la realidad.
- (ii) Defiende que existió una motivación defectuosa o aparente en el acto administrativo, ya que no hubo un debido sustento que permita concluir la existencia de una relación laboral de los 99 empresarios comisionistas.
- (iii) Sostiene la existencia de una falta de precisión de los medios de investigación utilizados para concluir que el sistema de contratación de los empresarios comisionistas constituye un fraude. Asimismo, reitera que no se utilizó el principio de primacía de la realidad por parte de los inspectores, señalando que este se debió aplicar persona por persona, y no de forma extensiva al sistema de contratación.

Por otro lado, en relación a los fundamentos de los descargos, la Empresa explica cómo se comercializan los servicios de telecomunicaciones, lo cual se aprecia en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 2: Canales de venta

CANALES DE VENTA	TIPOS	OBSERVACIONES
Propios	Cuenta con 3 tipos de venta	"Fuerza de ventas en Empresas Grandes clientes" – pensado para gran empresa
Terceros	Cuenta con 4 tipos de venta	"Empresarios Comisionistas" – pensado para pequeña y media empresa

Fuente: Escrito de Descargos Telefónica (punto II "De la forma en que se llevan a cabo los servicios por parte de los empresarios comisionistas")

Elaboración: Propia

En efecto, se detalla que existen 2 sistemas de contratación que guardan similitudes, pero con diferencias sustanciales que justifican, según la Empresa, una contratación de naturaleza laboral y otra civil, conforme se explica a continuación:

CUADRO N° 3: Sistemas de contratación diferenciados

	FUERZA DE VENTAS EN EMPRESAS (GRANDES CLIENTES)	EMPRESARIOS COMISIONISTAS ²
Tipo de canal venta	Canales Propios	Canales de Terceros
Tipo contratación	Se utiliza trabajadores de la Empresa (Contrato de trabajo)	Se utiliza un vendedor libre (Contrato de representación comercial de bienes y servicios)
Tipo de actividad	Ventas ("subordinada")	Ventas ("autónoma e independiente")
Sobre tipo de clientes	Se les asigna una "cartera de clientes" (Empresas grandes)	No se les asigna una cartera de clientes, los buscan. Hay 2 tipos: - PYMES (pequeña y media empresa) - Atención residencial (venta directo a personas)
Detalle del tipo de actividades realizadas	Efectúan y coordinan servicios post venta	No están facultados a brindar servicio post venta
	Se exige cumplimiento de factores específicos de rentabilidad	Deben cumplir determinadas cuotas para mantener relación contractual
	Gestión y coordinación permanente con los clientes	
	Atención al cliente y solución de problemas que se presenten	
	Proveen la venta y entrega de equipos, restitución, renovación de equipo y facilidades de pago	
	En general, desarrollo y gestión permanente y adicional a la venta de equipos	

Fuente: Escrito de Descargos Telefónica (punto II "De la forma en que se llevan a cabo los servicios por parte de los empresarios comisionistas")

Elaboración: Propia

² La Empresa enumera la gestión de procesos del empresario comisionista de la siguiente manera: (i) ubicar potenciales clientes (estrategia propia); (ii) ofrecerles directamente la promoción de equipos y líneas telefónicas; (iii) aceptación de la adquisición de parte del cliente; (iv) llenar los formularios de compra; (v) entrega de información sustentatoria a la Empresa; (vi) recibida la información, se arma un expediente; (vii) se entrega este expediente a las centrales de riesgo; (viii) se aprueba la solicitud; (ix) el área comercial de la Empresa valida la entrega de equipo; (x) se requiere la cancelación del equipo y luego se activa la línea; (xi) se entrega la guía de remisión con el equipo y sus accesorios; (xii) entrega del equipo al cliente o el representante comercial.

De este modo, la creación del sistema de contratación se justifica en que un grupo personas naturales y PYMES estaban desatendidas y requerían un tipo de venta directa, resaltando que la labor de los empresarios comisionistas termina con la entrega del equipo, en tanto no realizan actividades de post venta, pero reconoce que esto sucede a veces, precisando que cuando ello acaece es por su cuenta y riesgo. Igualmente, sostiene que no se hizo entrega herramientas de trabajo, pero sí otorgaron facilidades para que puedan desempeñar sus actividades sin que ello implique una contratación laboral ni la exigencia de su presencia física u horario alguno³.

Sobre la inexistencia de la relación laboral, Telefónica detalla que la prestación de servicios es de carácter comercial en virtud a un contrato de representación de bienes y servicios, mediante el cual desarrollaban actividades bajo su propia cuenta y riesgo. Del mismo modo, reitera que no se les entrega material para llevar a cabo sus labores, solo se les comunica el marco general de ofertas y promociones de equipos, además de que no existe remuneración, debido a que se efectúa el pago de comisiones en función a las ventas realizadas. Por otro lado, la Empresa sostiene que se quebró el proceso sancionador, en tanto se omitió información de las condiciones particulares de los empresarios comisionistas⁴. En relación a la infracción de normas socio laborales, adjuntamos el siguiente cuadro:

CUADRO N° 4: Detalle de infracciones y respuesta de Telefónica

INFRACCIÓN	DETALLE	BASE LEGAL	RESPUESTA EMPRESA	DOCUMENTACIÓN ENTREGADA
No registrar en la planilla de pago	99 trabajadores empresarios comisionistas	Artículo 3 DS 001-98-TR Reglamento de planilla de pagos de empleadores	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas, por tanto, no hay obligación de registrarlos en planilla.	<ul style="list-style-type: none"> • Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos
Entrega de boletas de octubre a diciembre de 2006 y enero 2007	104 trabajadores	artículo 19 DS 001-98-TR	El trabajador puede no firmar la boleta, siempre y cuando se demuestra que la remuneración fue abonada y la boleta entregada primero.	<ul style="list-style-type: none"> • Declaraciones juradas (el personal de dirección y de confianza sí recibió oportunamente) • Boletas de pago debidamente suscritas
Pago de vacaciones 2005-2006	77 trabajadores	artículo 15 y 16 DL 713	El sistema incorpora un dato errado que puede generar confusión, el cual incluye que las vacaciones hayan sido abonadas solamente cuando concluya el mes, cuando en realidad se abonan conforme Ley	<ul style="list-style-type: none"> • Documento “Histórico – detalle de programación vacacional” (12 trabajadores) • Declaraciones juradas
Depósito de CTS vencido en noviembre 2006	99 trabajadores	artículo 21 DS 001-97-TR	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas conforme los argumentos	<ul style="list-style-type: none"> • Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos

³ La Empresa señala que, conforme el inciso e) del artículo 34 Ley de Impuesto a la Renta (LIR), resulta posible la existencia de una contratación civil con la entrega de equipos para el desarrollo de su actividad.

⁴ Señala que algunos ya no prestan servicios a la Empresa, por lo cual, no pueden ser considerados parte del proceso; otro grupo ya no mantiene vínculo, pues han decidido ingresar a Telefónica por uno de los canales de venta antes explicados; y otros brindan servicios adicionales y/o distintos a la venta de equipos, en consecuencia, no son exclusivos.

			esgrimidos, por tanto, no hay obligación de depósito de CTS.	
Entrega de hojas de liquidación de depósito de CTS en noviembre 2006	101 trabajadores	artículo 29 DS 001-97-TR	Se acreditó la entrega de la hoja de liquidaciones de 2 trabajadores.	<ul style="list-style-type: none"> • Liquidaciones de CTS
Pago de horas extras noviembre a diciembre de 2006	12 trabajadores	artículo 10 DS 007-2002-TR	<p>Se acordó la compensación del trabajo desarrollado en sobretiempo en periodos equivalentes de descanso de 12 trabajadores (artículo 26 DS 008-2002-TR)</p> <p>Los 3 trabajadores eran supervisores comerciales, quienes estaban excluidos de la jornada máxima (artículo 5 DS 007-2002-TR y artículo 11 DS 008-2002-TR)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 8 autorizaciones de trabajo en sobretiempo • 8 compensaciones de trabajo en sobretiempo • 1 control de asistencia manual • Adendas del contrato de trabajo suscrito en julio de 2006
Pago de gratificación legal diciembre de 2006	99 trabajadores	artículo 5 Ley 27735	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas, por tanto, no hay obligación de registrarlos en planilla.	<ul style="list-style-type: none"> • Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos
Registro inscripción en el seguro social	99 trabajadores	artículo 5 Ley 26790	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas, por tanto, no hay obligación de registrarlos en planilla.	<ul style="list-style-type: none"> • Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos

Fuente: Escrito de Descargos Telefónica (punto VII "Sobre las normas socio laborales supuestamente infringidas respecto de los trabajadores que si forman parte de nuestra empresa")
Elaboración: Propia

2.5. Resolución Sub Directoral (primera instancia administrativa)

El 10 de mayo de 2017 se notifica a las partes la Resolución Sub Directoral N° 001-2007-MTPE/2/12.319, donde señala que no se ha incurrido en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG). Asimismo, subraya que las actuaciones inspectivas se realizaron mediante visitas y comprobación de datos, por tanto, resulta improcedente la solicitud de nulidad. Por otro lado, desarrolla que se han cometido infracciones leves, graves, muy graves conforme el siguiente detalle:

CUADRO N° 5: Detalle de la imputación de multa

MATERIA	TIPO DE INFRACCIÓN	DETALLE	TRABAJADORES	MULTA
Relaciones laborales	Leve	No se acredita la entrega de boletas de pago de remuneración (octubre a diciembre 2006)	4 trabajadores	5% 5UIT
		No se acredita la entrega de boletas de pago de remuneración (Enero de 2007)	6 trabajadores	5% 5UIT
		No se acredita la entrega de la hoja de liquidación de CTS (noviembre 2006)	2 trabajadores	5% 5UIT
	Grave	No se acredita con registrar en el libro de planilla de pago	99 trabajadores	41% de 6 UIT

		No se acredita el depósito y entrega de la liquidación de CTS (noviembre 2006)	99 trabajadores	41% de 6 UIT
		No se acredita el pago de gratificación legal (diciembre 2006)	99 trabajadores	41% de 6 UIT
	Muy grave	No se acredita el pago de remuneración vacacional (2005-2006)	77 trabajadores	11% de 11 UIT
		No se acredita el pago de horas extras noviembre y diciembre 2006)	77 trabajadores	11% de 11 UIT
Seguridad social	Grave	No se acredita con registrar la inscripción en el seguro social	99 trabajadores	41% de 6 UIT
TOTAL				S/ 47,817.00

Fuente: Resolución Sub Directoral N° 001-2007-MTPE/2/12.319

Elaboración: Propia

Del mismo modo, explica que el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en la LGIT y su Reglamento, concluyéndose que la relación contractual encubre una relación laboral. A su vez, resalta que las actuaciones inspectivas verificaron lo siguiente: (i) la Empresa emite instrucciones para la ejecución de las labores de los empresarios comisionistas; (ii) los empresarios comisionistas se desempeñan en el centro de trabajo y realizan labores similares a otros trabajadores registrados en planilla; (iii) y, llevaban a cabo actividades propias del giro económico de la Empresa.

2.6. Recurso de apelación

Telefónica interpone un recurso de apelación contra la Resolución Sub Directoral con fecha 15 de mayo de 2007, donde solicita que se declare la nulidad de la resolución por los siguientes fundamentos:

- (i) La afectación a la presunción de inocencia en tanto no existe prueba suficiente que sustente la infracción, además, porque se utiliza erróneamente la prueba indiciaria, lo cual conlleva a una aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad.
- (ii) La afectación al debido proceso y derecho de defensa por una motivación defectuosa o aparente, resaltando nuevamente que no se menciona expresamente el principio comentado.
- (iii) La afectación al principio de legalidad por la falta de precisión de los medios de investigación utilizados al no señalar las pruebas utilizadas para concluir que se deba insertar a 99 personas en planilla. Asimismo, vuelve a subrayar que la aplicación del citado principio debe ser persona por persona, en tanto no es posible hacer una conclusión abstracta, porque supondría negar la validez del sistema de contratación.
- (iv) Lo antes explicado genera una motivación aparente o defectuosa que ocasiona la nulidad de la Resolución.

Por otro lado, en relación al tipo de servicios que llevan a cabo los empresarios comisionistas, se redunda en lo explicado en el escrito de descargos⁵. Sobre los hechos que determinan la existencia de una relación laboral, Telefónica argumenta que no se les

⁵ Detallado en el Cuadro N° 2 y 3.

entregó directamente equipos de oficina, sino que se les facilitó un espacio para desarrollar sus actividades. Igualmente, señala que no cumplen una jornada ni horario de trabajo, resaltando la aparente contradicción entre quienes manifiestan tener un horario fijo y quienes no, o, cómo al entrevistar 44 personas se infiere automáticamente que son 99 quienes debían ingresar a planilla. Del mismo modo, detalla que no existe obligación de emitir informes periódicos por requerimiento de la Empresa, por el contrario, la única información entregada es la vinculada a actividades de venta con la finalidad de conocer si esta efectivamente se realizó.

Por tales razones, concluye que no existe relación laboral, ya que de lo actuado: (i) no se denota la imposición de órdenes o directivas; (ii) la actividad comercial se sostiene sobre un contrato de representación comercial bajo su cuenta y riesgo; (iii) no existe fiscalización por parte de la Empresa, en tanto cada uno maneja su propia base de datos y se dirige de forma directa a los clientes; (iii) los costos del proceso de adquisición son asumidos por los comisionistas; (iv) la única comunicación entre la Empresa y los empresarios era sobre las ofertas y promociones de equipos; y, (v) el pago de comisiones se efectúa en función a las ventas de equipos concretadas.

Finalmente, Telefónica reincide en el tema de que hay personas que no pueden ser considerados trabajadores por diversas razones, por ejemplo: ya no están en la Empresa; han decidido ingresar voluntariamente a uno de los canales de venta de la Empresa; o tienen actividades comerciales paralelas no sujetos a horario fijo. En relación a las normas socio laborales supuestamente infringidas, hacen una referencia similar a lo contenido en el Cuadro N° 4.

2.7. Concesorio de apelación y téngase presente de Telefónica

El 24 de mayo de 2007 se concedió el recurso de apelación. Luego, los días 7 y 11 de junio, la Empresa presentó escritos de téngase presente cuyos fundamentos son los siguientes:

Cuadro N° 6: Detalle de téngase presente de Telefónica

7 DE JUNIO	11 DE JUNIO
<ul style="list-style-type: none"> • Se precisa que algunos entrevistados declararon que cumplían una jornada determinada, mientras otros no registraban entrada o salida. • Se reitera que los comisionistas laboraban de forma autónoma e independiente. • Citan jurisprudencia inspectiva (Resolución Directoral N° 003-2007-DPS/ICA), la cual señala que la sola manifestación es insuficiente para crear convicción. • Se resalta que el principio de primacía de la realidad debe basarse en hechos, sin embargo los inspectores lo hicieron en manifestaciones. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se adjunta respuesta de Javier Neves sobre una consulta realizada. En ella sostiene que existen 2 deficiencias cometidas por la AIT: <ul style="list-style-type: none"> i) No se precisa adecuadamente las fuentes que forman la base de sus conclusiones. ii) No invoca expresamente el principio de primacía de la realidad para desvirtuar la presunción de veracidad del contrato civil.

Fuente: Escritos de téngase presente del 7 y 11 de junio
Elaboración: Propia

2.8. Resolución Directoral (segunda instancia administrativa)

El 13 de junio de 2007 se emitió la Resolución Directoral N° 01-2007-MTPE/2/12.3, mediante la cual se confirma la Resolución Sub Directoral, agotándose de esta manera la vía administrativa. Las razones señaladas son las siguientes:

- (i) No se afectó los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia y derecho de defensa, en tanto el acta de infracción cumplió con los requisitos mínimos al indicar los medios de investigación utilizados y constatar los hechos hasta en 3 oportunidades. Asimismo, especifica que las diligencias de investigación no solo se basaron en las manifestaciones de los empresarios comisionistas, sino también en documentación diversa como los contratos, los cuales finalmente generaron convicción de la existencia de una relación laboral encubierta.
- (ii) En relación al principio de primacía de la realidad, subraya que los inspectores lo aplicaron al caso concreto, y que no estaban en la obligación de consignarlo expresamente en el acta de infracción, en tanto es un principio ordenador del Sistema de Inspección; sin embargo, recomienda hacer mención expresa del mismo en futuras oportunidades.

Por otro lado, respecto al pronunciamiento sobre las infracciones socio laborales, adjuntamos el siguiente cuadro:

Cuadro N° 7: Detalle de infracciones socio laborales Resolución Directoral

INFRACCIÓN	DETALLE	BASE LEGAL	RESPUESTA EMPRESA	DOCUMENTACIÓN ENTREGADA	RESPUESTA DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL
No registrar en la planilla de pago	99 trabajadores empresarios comisionistas	Artículo 3 DS 001-98-TR Reglamento de planilla de pagos de empleadores	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas conforme los argumentos esgrimidos, por tanto, no hay obligación de registrarlos en planilla.	<ul style="list-style-type: none"> Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos 	Las diligencias practicadas generaron convicción sobre la existencia de una relación laboral (Fundamento 6° y 7°)
Entrega de boletas de octubre a diciembre de 2006 y enero 2007	104 trabajadores	artículo 19 DS 001-98-TR	El trabajador puede no firmar la boleta, siempre y cuando se demuestra que la remuneración fue abonada y la boleta entregada primero.	<ul style="list-style-type: none"> Declaraciones juradas (el personal de dirección y de confianza sí recibió oportunamente) Boletas de pago debidamente suscritas 	Se precisa que al momento de realizarse la inspección no se acreditó haber entregado las boletas. En consecuencia, como los documentos presentados subsanan la infracción, corresponde a la Empresa acudir a la instancia correspondiente, en tanto esta no es competente (artículo 40 Ley) (Fundamento 9°)
Pago de vacaciones 2005-2006	77 trabajadores	artículo 15 y 16 DL 713	El sistema incorpora un dato errado que puede generar confusión, el cual incluye que las vacaciones hayan sido abonadas solamente	<ul style="list-style-type: none"> Documento "Histórico – detalle de programación vacacional" (12 trabajadores) 	Reiteran que la Empresa deberá acudir a la instancia correspondiente (Fundamento 10°).

			cuando concluya el mes, cuando en realidad se abonan conforme a Ley	<ul style="list-style-type: none"> • Declaraciones juradas 	
Depósito de CTS vencido en noviembre 2006	99 trabajadores	artículo 21 DS 001-97-TR	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas conforme los argumentos esgrimidos, por tanto, no hay obligación de depósito de CTS.	<ul style="list-style-type: none"> • Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos 	Las diligencias practicadas generaron convicción sobre la existencia de una relación laboral (Fundamento 6° y 7°)
Entrega de hojas de liquidación de depósito de CTS en noviembre 2006	101 trabajadores	artículo 29 DS 001-97-TR	Se acreditó la entrega de la hoja de liquidaciones de 2 trabajadores.	<ul style="list-style-type: none"> • Liquidaciones de CTS 	Se reitera que la Empresa deberá acudir a la instancia correspondiente (artículo 40 Ley) para evitar el cobro de la multa (Fundamento 9°).
Pago de horas extras noviembre a diciembre de 2006	12 trabajadores	artículo 10 DS 007-2002-TR	Se acordó la compensación del trabajo desarrollado en sobretiempo en periodos equivalentes de descanso de 12 trabajadores (artículo 26 DS 008-2002-TR) Los 3 trabajadores eran supervisores comerciales, quienes estaban excluidos de la jornada máxima (artículo 5 DS 007-2002-TR y artículo 11 DS 008-2002-TR)	<ul style="list-style-type: none"> • 8 autorizaciones de trabajo en sobretiempo • 8 compensaciones de trabajo en sobretiempo • 1 control de asistencia manual • Adendas del contrato de trabajo suscrito en julio de 2006 	Se reitera que la Empresa deberá acudir a la instancia correspondiente (artículo 40 Ley) para evitar el cobro de la multa (Fundamento 9°).
Pago de gratificación legal diciembre de 2006	99 trabajadores	artículo 5 Ley 27735	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas conforme los argumentos esgrimidos, por tanto, no hay obligación de pago de gratificación.	<ul style="list-style-type: none"> • Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos 	Las diligencias practicadas generaron convicción sobre la existencia de una relación laboral (Fundamento 6° y 7°)
Registro inscripción en el seguro social	99 trabajadores	artículo 5 Ley 26790	No existe vínculo laboral con los empresarios comisionistas conforme los argumentos esgrimidos, por tanto, no hay obligación de inscripción en el seguro social.	<ul style="list-style-type: none"> • Argumentos y pruebas contenido en el escrito de descargos 	Las diligencias practicadas generaron convicción sobre la existencia de una relación laboral (Fundamento 6° y 7°)

Fuente: Resolución Directoral N° 01-2007-MTPE/2/12.3
Elaboración: Propia

Finalmente, respecto al pedido de “quiebre del proceso administrativo” formulado por Telefónica, detallan que ni la Ley ni el Reglamento regulan tal posibilidad, por lo cual, desestiman dicho pedido.

2.9. Solicitud de nulidad de Resolución Directoral

El día 14 de junio de 2007, la Empresa presentó un escrito solicitando la nulidad de la Resolución Directoral, resaltando que no imponían un medio impugnatorio, sino que solicitan la nulidad del Acto Administrativo en tanto se había vulnerado las garantías del debido proceso. A saber, Telefónica:

- (i) Hace referencia a los Fundamentos 6 y 7 de la Resolución para argumentar que los medios probatorios mencionados no fueron mencionados ni en el acta de infracción ni en la Resolución Sub Directoral. Asimismo, subraya que no existen pruebas que respalden la conclusión arribada en la Resolución ni tampoco considera la existencia de situaciones disímiles que no pueden ser homologadas, así como la discordancia fáctica entre el proceso inspectivo y la Resolución comentada.
- (ii) Sobre el principio de primacía de la realidad, reitera el argumento de que este no ha sido mencionado expresamente. Igualmente, resalta la incongruencia en la resolución analizada, donde señala, por un lado, que no era necesario poner expresamente el referido principio, y, por otro lado, invoca que se mencione en futuras oportunidades.

2.10. Respuesta a la solicitud de nulidad

El 28 de junio de 2007 se emitió el Auto Directoral N° 002-2007-MTPE/2/12.3 que resolvió no dar lugar al pedido de nulidad presentado por Telefónica, debido a que la norma no obliga a los inspectores aplicar expresamente el principio de primacía de la realidad, y también porque ya se agotó la vía administrativa previa.

2.11. Recurso de queja

Como respuesta a la denegación de la solicitud de nulidad, el día 29 de junio de 2007 Telefónica presenta un escrito de queja por defectos de tramitación. Los fundamentos son los siguientes:

- (i) Precisa que se incumplió el inciso 2 del artículo 11 LPAG, pues la nulidad debe ser conocida y declarada por una autoridad superior, y la instancia que declaró “no ha lugar” fue la misma que emitió la Resolución Directoral.
- (ii) Señala que la Resolución Directoral fue notificada en un día inhábil, además de resaltar que esta no fue formulada como un recurso impugnatorio, sino de forma independiente.
- (iii) Desarrolla que esta solicitud debió resolverse por un superior jerárquico, que en este caso debió ser la Dirección Regional de Trabajo de Lima y Callao, y no la Dirección de Inspección Laboral.

2.11.1. Opinión de Marcial Rubio sobre vicios detectados en el proceso

En un anexo 5 del referido recurso de queja, Telefónica remitió una consulta al jurista Marcial Rubio sobre diversos aspectos del proceso administrativo sancionador, quien sostiene lo siguiente:

Cuadro N° 8: Detalle de la respuesta de Marcial Rubio

CONSULTA	RESPUESTA
<p>En un proceso administrativo sancionador basta la invocación general del principio de primacía de la realidad para considerar qué hechos recogidos a través de visitas inspectivas, y constatados en grupo de personas, resultan extendibles a toda una categoría profesional ¿Sería necesario detallar, caso por caso, para cada persona los hechos que motivan la aplicación de este principio?</p>	<p>En un procedimiento inspectivo/sancionatorio no basta la invocación general del citado principio para que los hechos referidos a un grupo de personas resulten extendibles a toda una categoría profesional. Por el contrario, no hay forma de extender los hechos por procedimientos especulativos, pues ello implicaría hacer analogías que está prohibido por artículo 139.9 de la Constitución. Por ello, es indispensable probar los hechos específicos caso por caso antes de tomar decisiones de naturaleza jurídica. Extender los derechos en vez de probarlos contradice la jurisprudencia constitucional, el principio de que los derechos son extensivos y sus limitaciones restrictivas, así como el principio de verdad material y debida motivación.</p>
<p>¿La presunción de inocencia es aplicable al interior del proceso administrativo inspectivo? En caso sea afirmativo, indicar cómo se vincula con el principio de primacía de la realidad.</p>	<p>El principio de presunción de inocencia se aplica a todo procedimiento administrativo. Se relaciona con el principio de primacía de la realidad en el sentido de que el primero es la regla general y el segundo la excepción, el cual se aplica solo cuando se ha demostrado la responsabilidad de forma fehaciente. No basta invocar dicho principio para aplicarlo, pues es uno de carácter excepcional, el general es la presunción de inocencia. No respetar dichas reglas constituye un ejercicio arbitrario del poder.</p>
<p>¿Es factible que una resolución de segunda instancia resuelva una apelación haciendo referencia a medios de prueba que no fueron recogidos en el Acta de Infracción, y que adicionalmente no constan físicamente en el expediente, pues se trataría de documentos que se habrían tenido a la vista durante el trámite inspectivo?</p>	<p>Que, en una resolución de segunda instancia se utilice pruebas que no figuran en el expediente y que no fueron presentadas y admitidas en primera instancia, significa que no existe una adecuada aplicación del derecho de defensa y de la prueba. Esto, debido a que si desconocen las pruebas, no se puede elaborar los descargos correspondientes, vulnerando el derecho de defensa y de prueba.</p>
<p>¿Es posible formular una acción de amparo sobre la base de la vulneración del derecho al debido proceso, derecho de defensa y la presunción de inocencia contra una resolución definitiva de un procedimiento administrativo sancionador?</p>	<p>El autor identifica que la ejecución inmediata de la resolución de segunda instancia puede generar una situación jurídica de tutela urgente de derechos para que proceda la acción de amparo y no se recurra a una vía alternativa. Por lo tanto, es posible formular una acción de amparo sobre la base de que vulneraría los derechos de presunción de inocencia, defensa, prueba, motivación de resoluciones judiciales, debido proceso, y derecho a que las normas que sancionen o restrinjan derechos no se apliquen por analogía ni de forma extensiva.</p>
<p>La Ley de Inspección Laboral indica que los actos administrativos tienen mérito ejecutivo ¿ello quiere decir que, para su ejecución y cumplimiento se requiere de un proceso judicial o la administración puede iniciar un proceso de cumplimiento de la resolución de forma autónoma?</p>	<p>Los actos administrativos tienen mérito ejecutivo, y la autoridad administrativa a cargo los puede hacer cumplir directamente sin que sea necesario la ejecución de un proceso judicial de cumplimiento de resolución de forma autónoma. Simplemente, el acto administrativo es ejecutiva una vez emitido. La Ley N° 27444 provee mecanismos para la ejecución del acto administrativo.</p>

Fuente: Recurso de queja de Telefónica (Anexo 5 Absolución de consulta formulada a Marcial Rubio)

Elaboración: Propia

2.12. Suspensión de ejecución (sede judicial)

Frente a la denegatoria del recurso de queja, la Empresa acudió a la vía judicial a fin de suspender la ejecución. En ese sentido, interpuso una demanda y una medida cautelar, la

cual fue admitida a trámite por el órgano jurisdiccional correspondiente. En ese orden, el 9 de agosto de 2007 se notificó la misma a la AIT mediante Oficio N° 28990-2007.

2.13. Escritos por extra proceso

Con fecha 11 de mayo de 2007, de forma paralela al proceso antes descrito, un grupo de 3 trabajadores (Gregorio Campos de la Cruz, William Castañeda Flores y Verónica Espinoza Nicho) se apersonaron y presentaron un recurso de apelación contra la Resolución Sub Directoral, alegando el uso de su derecho constitucional de defensa.

Esto se fundamenta en la supuesta exclusión de la relación de trabajadores afectados por Telefónica que habría realizado la AAT, aun cuando alegan que ellos fueron verificados físicamente por los inspectores cuando se desempeñaban en el centro de labores. Asimismo, manifiestan que Telefónica los obligó a constituirse como empresas (Telefónica EIRL, WCF Negocios Globales EIRL y Soluciones Grupo América EIRL respectivamente) para encubrir una relación laboral⁶.



⁶ Para sustentar su pretensión adjuntan diversos documentos que detallamos a continuación: (i) tarjetas de presentación personal; (ii) fotocheck de identificación; (iii) 3 cartas solicitando el cese de actos de hostilidad; (iv) carta notarial firmada por un promedio de 50 trabajadores; (v) 3 cartas, del 31 de marzo de 2007, que acreditan que seguían siendo hostilizados; (vi) carta del 06 de marzo de 2007 donde Gregorio Campos denuncia sobre su situación a la AAT; (vii) copia de préstamos de equipo; (viii) copia de cartas de los clientes dirigidos a William Castañeda; (ix) copia de las liquidaciones por facturar a nombre de William Castañeda; (x) copia de evaluaciones a los asesores comerciales; (xi) copia de los contratos de evaluación (WC); (xii) copia de correos electrónicos; (xiii) copia de la caracterización de clientes; (xiv) copia del sistema; (xv) cargo de entrega de uniforme; (xvi) liquidación y reporte de comisiones.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

A. DERECHO LABORAL

3.1 La aplicación del principio de primacía de la realidad

3.1.1. ¿Cuál es la correcta aplicación del principio de primacía de la realidad en un procedimiento administrativo sancionador?

Del análisis del expediente, se identificó diversos cuestionamientos entorno a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de los inspectores y de la AIT.

3.1.2. ¿Se puede aplicar el principio de primacía de la realidad de forma extensiva a un sistema de contratación, o se debe realizar de forma individual?

Surge el cuestionamiento sobre la aplicación del citado principio, concretamente a si debía analizarse según la situación de cada presunto trabajador, o si podía extenderse a la forma de contratar a los “empresarios comisionistas” (sistema de contratación).

3.1.3. ¿El ejercicio erróneo de la prueba indiciaria tiene como consecuencia la aplicación defectuosa del principio de primacía de la realidad? ¿Cómo se afecta la presunción de inocencia en ese contexto?

En relación a los límites en la aplicación de este principio, se cuestiona las consecuencias del ejercicio defectuoso de la prueba indiciaria y la responsabilidad objetiva del administrado. En ese marco, nos preguntamos si se afecta la presunción de inocencia.

3.1.4. ¿La sola manifestación testimonial es suficiente para generar convicción y aplicar el principio de primacía de la realidad?

En torno a la aplicación de dicho principio, surge la pregunta del uso de las facultades inspectivas para verificar la realidad, específicamente al valor probatorio de los medios testimoniales para generar convicción.

3.2 Límites entre la contratación civil y laboral

3.2.1 ¿El sistema de contratación de “empresarios comisionistas” tiene indicios de laboralidad?

3.2.1.1 Al respecto, ¿la entrega de equipos constituye un indicio de laboralidad?

Un cuestionamiento central son los indicios de laboralidad respecto el sistema de contratación de los “empresarios comisionistas” y la crítica al concepto tradicional de subordinación. En ese marco, nos preguntamos si la entrega de equipos constituye en sí mismo un indicio de laboralidad o no.

B. DERECHO ADMINISTRATIVO

3.3 La naturaleza del acta de infracción y la nulidad del acto administrativo

3.3.1 ¿Cuál es la naturaleza del acta de infracción? En esa línea, ¿cómo se desarrolla la potestad fiscalizadora y sancionadora en la inspección del trabajo?

Se aborda la naturaleza jurídica del acta de infracción, su implicancia en la actividad administrativa de fiscalización y del proceso administrativo sancionador; en ese orden, se analizan las potestades administrativas que se desarrollan en la inspección del trabajo.

3.3.2 ¿La aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad implica la nulidad del acta de infracción? Al respecto, ¿cuál es el tratamiento de la motivación defectuosa u aparente en el caso concreto?

Se analiza si procede la nulidad del acta de infracción. Luego, se desarrolla la aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad, y se determina la motivación defectuosa u aparente en dicha acta, así como las resoluciones administrativas.

3.3.3 ¿La falta de precisión de los medios de investigación utilizados generan la vulneración del principio de legalidad?

Se desarrolla los efectos de la falta de precisión de los medios de investigación en el principio de legalidad, según el contenido mínimo del acta de infracción.

3.4 Recursos impugnatorios

3.4.1 ¿Se puede presentar un recurso impugnatorio diferente a los previstos en la LPAG? En ese contexto, ¿fue correcta la decisión de la AIT?

Se analiza si es procedente presentar un recurso impugnatorio diferente a los previstos en la LPAG, y si fue correcta la decisión de la AIT.

3.5 Sobre escritos de extra proceso

3.5.1 ¿Los escritos extra proceso se debieron tocar en sede administrativa o judicial?

Se aborda cuál debió ser el tratamiento de los escritos extra proceso del grupo de trabajadores que solicitaron insertarse en el procedimiento administrativo sancionador, precisando la diferencia entre sede judicial y administrativa.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA

A. DERECHO LABORAL

4.1 La aplicación del principio de primacía de la realidad

4.1.1 ¿Cuál es la correcta aplicación del principio de primacía de la realidad en un procedimiento administrativo sancionador?

Concepto del Principio de Primacía de la Realidad

Neves Mujica explica que en el Derecho Laboral existen básicamente normas imperativas que benefician a los trabajadores, debido a que hay un riesgo constante de que el empleador evite su cumplimiento. Estos pueden ser directos (omisiones de pago) o indirectos (ocultamiento de la vulneración), y sobre la base del segundo se construye el principio de primacía de la realidad, donde la hipótesis es la calificación de una situación jurídica de un modo que no guarde coherencia con su naturaleza, provocando el sometimiento de un régimen jurídico distinto. En ese marco, el autor define este concepto de la siguiente manera: *“En caso de discordancia entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”* (Neves Mujica, 2009, pág. 42).

Igualmente, Arbulú Alva señala que este principio tiene como finalidad evitar situaciones que busquen evadir la aplicación y garantías de las normas laborales, de este modo, es una expresión del carácter tuitivo del derecho del trabajo. Por lo tanto, su aplicación depende de una situación objetiva, donde frente la discordancia entre hechos y documentos, se prefiere el primero que surge de la realidad fáctica (Arbulú Alva, 2005, pág. 232).

Diferencia del principio de primacía de la realidad con otras instituciones del derecho

Una primera es en relación a la institución de simulación del Derecho Civil, la cual, si bien tiene un mismo resultado, que es la invalidez del acto transgresor, se diferencia en que este supone la divergencia consciente entre la declaración y la voluntad llevada a cabo por acuerdo de las partes con intención de engañar a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito⁷; mientras tanto, en el caso del principio de primacía de la realidad, busca prevalecer la realidad sobre la apariencia luego de verificarlo en medios documentales, conllevando a considerar al acto de encubrimiento como inválido (Neves Mujica, 2009, pág. 45).

Este principio también se puede confundir con la ficción legal, que implica una proposición normativa, donde la ley atribuye ciertas consecuencias jurídicas a determinados eventos, siendo indiferente si efectivamente ocurren en la realidad o no. En cambio, el principio de

⁷ Es importante precisar que la simulación es de 2 tipos: absoluta (artículo 190 del Código Civil) o relativa (artículo 191 y 192 del Código Civil).

primacía de la realidad tiene como presupuesto que la realidad material contradiga la formal y se encuentre debidamente acreditada, es decir, que no sea supuesta o presunta. En tal virtud, su invocación resulta inapropiada cuando no exista una situación fáctica autosuficiente para generar determinados efectos jurídicos; en consecuencia, no resulta aplicable sobre presunciones o ficciones jurídicas (Arbulú Alva, 2005, pág. 233). Del mismo modo, Lora y Ávalos reiteran que este principio no implica una presunción o ficción legal, en tanto se basa en un hecho real, no en una probabilidad; por lo tanto, se requiere una verificación y constatación objetiva como presupuesto para su correcta aplicación (Lora Álvarez & Ávalos Rodríguez, 2009, pág. 161)

Otra diferencia se da con el fraude a la ley, donde no existe falsedad sino ilicitud, debido a que se busca eludir la aplicación de una ley (norma defraudada), amparándose en otra norma que, en estricto, no resulta aplicable a su caso concreto (ley de cobertura). El fraude a la ley puede llevarse a cabo utilizando diversas vías, una de las cuales es la simulación, situación donde habría concurrencia de ambas instituciones si el negocio fuera oculto (Neves Mujica, 2009, pág. 45).

Aplicación del principio de primacía de la realidad en sede inspectiva

Como principio⁸, da sentido al ordenamiento jurídico y constituye una proposición genérica, por lo tanto, debe gozar de cierta flexibilidad y elasticidad para no quedar cerrado en fórmulas legislativas concretas, sino que dependa del caso concreto. Sin embargo, ello no significa una aplicación desmesurada, sino entender que tiene límites enmarcados dentro del ordenamiento constitucional, en tanto orienta e integra el sistema inspectivo⁹, por lo cual, su uso no puede entrar en contradicción con otro principio, debe complementarse (Lora Álvarez & Ávalos Rodríguez, 2009, págs. 158-159). Previo al análisis de fondo, desarrollamos el contexto en que se aplica este principio:

- (i) El inspector constata si la empresa ha cometido una conducta ilegal pasible de ser sancionada, lo cual genera que proponga una infracción laboral.
- (ii) En este ejercicio, el inspector revisa si la conducta se encuentra tipificada¹⁰.
- (iii) En específico, es el hecho de no registrar trabajadores en las planillas de pago que constituye una infracción grave en materia de relaciones laborales (artículo 24.1 RGLIT), que tiene como consecuencia una sanción administrativa laboral (multa).
- (iv) De este modo, se aplica una norma jurídica al caso concreto con una consecuencia legal, es así que, el problema jurídico se encuentra en el supuesto de hecho.

⁸ Los principios del derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica, técnica o de mandatos genéricos que fundamentan conductas de los ciudadanos y que informan al ordenamiento jurídico con sus directrices (Rubio & Arce, 2017, pág. 123)

⁹ En relación al sistema inspectivo, debe precisarse que es una función pública de naturaleza administrativa. Al respecto, Arbulú Alva señala que: "(...) *no se pretende satisfacer un interés colectivo sino darles vigencia real a los derechos de los trabajadores a través de la fiscalización del correcto cumplimiento de las normas laborales*" (Arbulú Alva, 2005, pág. 231).

¹⁰ Existen 2 grandes tipos de infracciones laborales: en materia socio laboral (relacionada con la seguridad social, relaciones laborales y seguridad y salud en el trabajo); y, de labor inspectiva. Estas infracciones se produce mediante acciones u omisiones (Espinoza Laureano, 2013, pág. 112).

- (v) Este es la acción de ocultamiento de la realidad al momento de contratar, que es usar un contrato civil cuando en realidad corresponde uno de naturaleza laboral. Ello es la *ratio legis* de la norma¹¹, pues su razón de ser es determinar si hay un vínculo laboral oculto, en cuyo caso el inspector podrá concluir la conducta ilegal de la empresa.

Por lo tanto, la aplicación del citado principio¹² se ubica en dicho contexto, al inicio de la contratación, donde el inspector debe constatar en la realidad, mediante el ejercicio de sus facultades inspectivas, si hubo un contrato civil en los documentos, mientras en los hechos había una relación laboral. En ese orden, es correcta la interpretación de la Resolución Directoral al señalar que este es un principio ordenador del sistema inspectivo conforme el artículo 2 LGIT, además habilita su aplicación expresa e inclusive, al final del citado artículo, dispone que: “*Los inspectores de Trabajo, además de observar todas las disposiciones legales que regulan la actividad inspectiva, deberán ejercer las funciones y cometidos que tienen atribuidos de conformidad con los principios antes señalados*” (Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, La primacía de la realidad y la inspección del trabajo, 2009, pág. 573).

A su vez, este principio tiene fundamento en las constataciones realizadas durante las diligencias inspectivas, las cuales se formalizan en el acta de infracción. Igualmente, el artículo 16 LGIT regula una presunción de veracidad, ya que presume como cierto los hechos constatados en las actas de infracción observando sus requisitos, sin perjuicio de las pruebas que el sujeto inspeccionado pueda aportar (Ibídem, pág. 574). De este modo, su aplicación debe motivarse sobre la base de hechos correctamente verificados, caso contrario, se aplicaría excediendo sus límites. Arbulú concluye que un límite a la aplicación de dicho principio es la debida motivación (Arbulú Alva, 2005, págs. 238-239).

A continuación, desarrollaremos los límites en cuanto su aplicación en sede inspectiva: Primero, tomaremos en cuenta la revisión de la jurisprudencia administrativa realizada por Lora y Ávalos, donde concluyen lo siguiente: (i) se fundamenta en la equidad como patrón de justicia; (ii) se busca la verdad real sobre la formal (contrato realidad); (iii) la verdad real se basa en los hechos, los cuales son objetivos, veraces y fehacientes; (iv) el hecho objetivo se contrapone a algún elemento subjetivo o valorativo de las partes, así como de un tercero; (v) no opera como una presunción o una ficción; (vi) y, la labor inspectiva se encuentra enmarcada dentro de los alcances del principio de primacía de la realidad, no pudiendo desnaturalizar su contenido ni contradecir el fundamento de equidad que lo sustenta (Lora Álvarez & Ávalos Rodríguez, 2009, págs. 167-168).

Segundo, corresponde el ejercicio de interpretación de este principio al caso concreto, a fin de identificar si tenemos un caso de conflicto entre principios¹³, o de colaboración y/o complementariedad. Considero que estamos en el segundo supuesto respecto la primacía

¹¹ La *ratio legis* es un método de interpretación normativa que consiste en averiguar la razón de ser de la norma, el fundamento por el que existe (Rubio & Arce, 2017, págs. 114-115)

¹² Definido por el artículo 2 LGIT como: “2. *Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados*”.

¹³ Subrayamos que no estamos en un caso de conflictos de principios, pues no hay una colisión de principios jurídicos (test de ponderación), sino uno de colaboración para interpretar la *ratio legis* del artículo 24.1 RGLIT.

de la realidad y debido proceso, por lo cual, nos parece correcto utilizar el razonamiento que agrupa los principios en 5 niveles explicado por Rubio y Arce. De este modo, los ubicamos en el 4° y 3° nivel respectivamente: el primero rige en un aspecto específico del derecho (laboral) y lo caracteriza frente otros ámbitos jurídicos; y el segundo, fundamenta conductas o comportamientos del individuo en cada sociedad, conocidos como derechos fundamentales de la persona (Rubio & Arce, 2017, pág. 124).

En ese orden de ideas, la aplicación de primacía de la realidad (4° nivel), como principio ordenador del Sistema de Inspección del Trabajo, debe guardar coherencia con el principio del debido proceso (3° nivel), el cual está reconocido en la LPAG (artículo IV y 230), y en la LGIT y su Reglamento (artículos 44 y 52 respectivamente). Por lo tanto, bajo una interpretación sistemática y de colaboración, el debido proceso, proyectado en el debido procedimiento administrativo, constituye un límite al principio de primacía de la realidad, con mayor relevancia a la debida motivación, siendo un parámetro constitucional para su debida aplicación.

Análisis del Graduando

El principio analizado se aplica en el marco del debido proceso, el cual incluye a la debida motivación; no obstante, de la revisión del Acta de Infracción, la Resolución Sub Directoral y Directoral, se aprecia una contradicción, debido a que en dicha acta no se señala expresamente que se va aplicar este principio, lo cual es obviado en la Resolución Sub Directoral¹⁴ a pesar de lo expresado en el escrito de Descargos, y es presuntamente resuelto en la Resolución Directoral. En ese orden de ideas, consideramos que la AIT se contradice cuando primero afirma que es un elemento implícito para después reiterar que no era obligación de los inspectores consignarlo expresamente, y al mismo tiempo, sugerir que se haga en futuras oportunidades¹⁵.

Aparte de dicha contradicción, no consignarlo expresamente ni motivar debidamente cómo y por qué se está aplicando el principio analizado al caso concreto, implica que el Acta de Infracción sea genérica y vaga, lo cual afecta al principio de debido proceso y debida motivación, el cual a su vez es un requisito de validez del acto administrativo¹⁶. Así, si bien de la lectura de los hechos verificados contenidos en el Acta se puede apreciar que existe un esfuerzo de análisis del inspector de trabajo en identificar elementos de una relación laboral dentro de sus facultades inspectivas y su atribución de competencias, no existe

¹⁴ La Resolución Sub Directoral señala que se aplicó el principio de primacía de la realidad, el cual es un elemento implícito contenido en las normas de la materia. Al respecto, precisa que la Empresa cometió una infracción al no registrar a los trabajadores en planilla ni entregar las boletas de pago, concluyendo que la relación contractual es de carácter laboral al observarse elementos esenciales del contrato de trabajo.

¹⁵ En el Fundamento Octavo de la Resolución Directoral se recomienda que en lo sucesivo se haga mención expresa del citado principio cuando se aplique a un caso concreto.

¹⁶ Lora y Ávalos señala lo siguiente sobre el contenido del acta de infracción: "(...) **el contenido del Acta de Infracción, en principio no debe contener un enunciado genérico, vago y abstracto, pues ello limitaría el derecho de defensa de las partes, sobre todo teniendo en cuenta que estamos frente a un procedimiento administrativo sancionador y que podría generar consecuencias en perjuicio de una de las partes, circunstancia que determina que el inspector de trabajo deba sustentar claramente los hechos verificados, pues da fe de los mismos y se reputa su veracidad**" (Lora Álvarez & Ávalos Rodríguez, 2009, pág. 164).

referencia alguna de que se va aplicar el principio de primacía de la realidad al caso concreto, más aun, cuando se encuentra sujeto al principio de debido proceso desarrollado en los párrafos precedentes.

Es más, existe un salto lógico en la argumentación jurídica, en tanto luego de omitir la aplicación expresa de este principio, concluye que los hechos comprobados consignados en el Acta han vulnerado diversas normas socio laborales, precisando que no se cumplió con registrar en el Libro de planillas, calificándola como infracción grave y aplicando el artículo 24.1 del Reglamento LGIT, el cual dispone expresamente lo siguiente:

*“24.1 **No registrar trabajadores en las planillas de pago** o en registros que las sustituyan, o no registrar trabajadores y prestadores de servicios en el registro de trabajadores y prestadores de servicios, en el plazo y con los requisitos, incurriéndose en una infracción por cada trabajador o prestador de servicio”¹⁷. (El subrayado es nuestro).*

Como se aprecia, dicha infracción tenía como presupuesto que las personas consignadas sean consideradas como trabajadores, lo cual requería la aplicación expresa y motivada del citado principio para concluir la existencia de un vínculo laboral. Por lo tanto, si bien hay un intento de análisis de constatar indicios de laboralidad, estos no se pueden presumir como tales, ya que ello es parte de la labor de la función inspectiva. Esto es, practicar cualquier diligencia de investigación a fin de constatar los hechos en la realidad, prefiriendo esta sobre los documentos.

En efecto, muy aparte de la contradicción antes señalada, existe una aplicación defectuosa del citado principio en el Acta, la cual se extiende a las resoluciones administrativas de primera y segunda instancia. En nuestra opinión, lo que se debió hacer fue completar el análisis efectuado por el inspector señalando expresamente la aplicación del principio comentado, concluyendo que los hechos constatados eran discordantes a los documentos. En tal virtud, se pudo salvaguardar el valor probatorio del acta y regresar lo actuado a los inspectores para que se pronuncien correctamente sobre el caso concreto. De esta manera, se motivaba debidamente, ya que no estamos frente a una presunción, sino a una verificación y constatación objetiva como presupuesto para la aplicación de dicho principio, el cual es un parámetro mínimo para su aplicación constitucional en sede administrativa.

Por consiguiente, nos encontramos frente a una aplicación defectuosa debido a que el análisis contenido en el acta de infracción fue limitado y parcial, lo cual se extendió a las resoluciones administrativas. Es por esto, que su aplicación debió realizarse dentro de algunos límites, como la debida motivación y la constatación con la realidad, resaltando que este no debe confundirse con una presunción o ficción legal, de ahí que no señalar expresamente su aplicación al caso concreto en el acta de infracción y no subsumirse durante el procedimiento fue un error de la AIT.

¹⁷ Se debe precisar que el artículo citado corresponde a la versión vigente al momento de emitir el acta de infracción, previo a la modificación del artículo 6 del Decreto Supremo N° 008-2011-TR, y su posterior derogación por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 012-2013-TR.

4.1.2 ¿Se puede aplicar el principio de primacía de la realidad de forma extensiva a un sistema de contratación, o se debe realizar de forma individual?

Diferencia de aplicación en sede administrativa y judicial

Si bien este principio estuvo diseñado para ser aplicado a un caso concreto en sede judicial, debemos explicar cómo se ha regulado la intervención estatal en las relaciones laborales. La inspección laboral está vinculada al “deber de policía” que tiene el Estado para fiscalizar las relaciones laborales con la finalidad de velar por el cumplimiento de la normativa socio laboral; en cambio, en sede judicial, está relacionado con la función jurisdiccional, que es el poder del Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, de aplicar normas generales y resolver conflictos jurídicos intersubjetivos que suceden entre los particulares, el cual se efectiviza mediante el proceso, que es un instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional (Priori Posada G. , La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso, 2003, págs. 279-280).

Asimismo, Lora y Ávalos opinan que la aplicación del principio de primacía de la realidad por la AIT implica comprobar situaciones reales, lo cual es diferente al otorgamiento de derechos que es propio de la vía jurisdiccional. Es decir, son vías que persiguen fines diferentes, tanto es así, que los trabajadores pueden recurrir a la vía judicial antes o después de la inspección judicial (Lora Álvarez & Ávalos Rodríguez, 2009, pág. 164).

De este modo, podemos observar que la aplicación en sede inspectiva y judicial es la misma, pues el juez o inspector constatan si los hechos en la realidad son distintos a los medios documentales. Sin embargo, la diferencia radica en los efectos de su aplicación (vía administrativa o judicial), ya que en la primera se verifica el cumplimiento de una norma socio laboral, en cuyo caso puede generarse una infracción y sanción administrativa laboral, donde el trabajador no es parte del proceso y tampoco implica el reconocimiento de una relación laboral; mientras que en la segunda, el juez sí puede reconocer el vínculo laboral con las obligaciones y derechos que ello acarrea en las partes (la empresa y el trabajador). Generalmente, en sede judicial se solicita el reconocimiento de un vínculo laboral a la vez.

¿Aplicación de una norma por analogía?

El Informe de Marcial Rubio cuestiona si los hechos constatados de un grupo de personas se pueden extender a toda una categoría profesional, o si sería necesario detallar caso por caso los hechos que motivan la aplicación de este principio. De este modo, concluye que no basta su invocación general para que los hechos referidos a un grupo de personas sean extendibles a toda una categoría profesional, subrayando que es una norma excepcional frente a la libre contratación como norma general. En tal virtud, sostiene que cuando se aplica este principio, la AIT ejerce la atribución contenida en el artículo 139.9 de la

Constitución, que prohíbe la analogía para normas que restrinjan derechos; por tanto, su aplicación debe ser restrictiva y no analógica o extensiva¹⁸.

Al respecto, la integración jurídica es utilizada en aquellos casos donde no hay norma jurídica aplicable, pero se considera que debe producir una respuesta al caso concreto¹⁹. Un método de integración es la analogía, donde la consecuencia jurídica de una norma se aplica a un hecho distinto del que considera el supuesto de la norma primigenia, pero que le es semejante en sustancia (Rubio & Arce, 2017, págs. 135-137; 140). En ese sentido, debemos cuestionarnos primero si estamos ante un supuesto de analogía que se encuentra prohibido por la Constitución.

Opino que no estamos frente un caso de integración, pues sí existe una norma aplicable (art. 24.1 RLGIT), de hecho, conforme lo explicado, es un caso de interpretación, donde la aplicación del citado principio tiene parámetros mínimos relacionados al debido proceso y debida motivación desarrollados en el acápite anterior.

Finalidad del Sistema Inspectivo

El Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre la inspección del trabajo, establece que el sistema inspectivo está encargado de: “(...) *velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión (...)*”. Asimismo, el artículo 3 LGIT señala que una de las finalidades de la inspección es la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas del ordenamiento socio laboral, así como la orientación y asistencia técnica. Igualmente, el artículo 4 LGIT dispone que el desarrollo y la actuación inspectiva se extiende a todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas socio laborales.

En tal virtud, destacamos que la función de vigilancia lleva a los inspectores a investigar si los empleadores cumplen con la normativa socio laboral, a fin de exigir su cumplimiento, para lo cual se realizan diversas diligencias de investigación y requerimientos en el marco de las facultades inspectivas reguladas en el artículo 5 LGIT. Ello puede conllevar al inicio de un procedimiento sancionador, para lo cual se extiende un acta de infracción.

Resoluciones de la Autoridad Administrativa e Inspectiva de Trabajo

Sobre la aplicación del citado principio, se identificó las siguientes resoluciones de la AIT:

Cuadro N° 9: Normas sobre aplicación del principio de primacía de la realidad

¹⁸ Marcial señala que, si se comprueba los hechos de un grupo de colaboradores de Telefónica y luego se extiende automáticamente a otros contratantes no investigados, se estaría aplicando la analogía, que es lo que prohíbe la Constitución.

¹⁹ Resulta importante diferenciar la laguna del vacío del derecho. El primero es un suceso para el que no existe norma aplicable, pero que debería estar regulado por el sistema jurídico, o que a la consecuencia prevista deba añadirse otra no prevista en el supuesto de hecho de la norma; y en el segundo, no existe norma aplicable o es insuficiente, y como resultado de aplicación del derecho se establece que no debe integrarse una norma al caso concreto. En consecuencia, si calificas una situación como laguna integras, y si es un vacío, no lo haces.

Norma	Resolución Directoral N° 096-2011-MTPE/2/16	Resolución Directoral N° 012-2012-MTPE/2/16	Resolución de Superintendencia N° 007-2018-SUNAFIL
Año	2011	2012	2018
Detalle	Establece los criterios metodológicos para la aplicación del principio de primacía de la realidad	Deja sin efecto la RD 096-2011-MTPE/2/16	Aprueba el Protocolo N° 002-2018-SUNAFIL/INII – “Protocolo de fiscalización para la formalización laboral

Fuente: Resoluciones directorales del 2011, 2012 y Resolución de Superintendencia del 2018
Elaboración: Propia

La Resolución Directoral N° 096-2011-MTPE/2/16 es un primer antecedente que estableció los criterios metodológicos para aplicación del principio comentado, el cual dispuso que existe la posibilidad de extender una misma conclusión a un grupo de trabajadores, siempre que se encuentren en una situación homogénea en la misma empresa, resaltándose que debe acreditarse dicha situación e identificarse a los trabajadores involucrados. Conforme el análisis del presente expediente, esto último no fue cumplido por la Empresa en los 99 casos; sin embargo, en mi opinión, sí debió extenderse a un grupo considerable. Del mismo modo, esta resolución señala que el empleador puede desvirtuar con pruebas la presunción que opera en situaciones homogéneas, respetándose el debido proceso, ya que la presunción de veracidad del acta es de naturaleza relativa.

Asimismo, el Protocolo de Formalización Laboral aprobado por la SUNAFIL tiene como objetivo establecer reglas y criterios específicos para la verificación del adecuado registro en la planilla electrónica del personal inspeccionado, así como su inscripción en la seguridad social. Señala que este principio se aplica siempre que se constate la existencia de una relación laboral en los hechos, para lo cual se toma en consideración lo dispuesto por el artículo 4 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

Acorde con este Protocolo, los inspectores deben verificar la existencia de una relación laboral en base a medios de prueba y/o referencia a un grupo de indicios sin un listado restrictivo. Además, detalla que las conclusiones arribadas deben estar debidamente motivadas en base a una interpretación articulada de los hechos, medios de prueba, indicios, y otros elementos o criterios que generen certeza en el inspector, subrayando la presencia de los elementos de la relación laboral; igualmente, detalla como infracción muy grave no registrar en planilla a los trabajadores²⁰.

Aplicación a un grupo de trabajadores

Debemos ser críticos sobre el enfoque otorgado a la premisa de que el principio analizado se aplica de forma extensiva a un sistema de contratación o de forma individual. Para tal efecto, consideraremos el siguiente desarrollo:

²⁰ El punto 8 del Protocolo tiene un listado de diversos indicios, como el control de entrada y salida, asignación de correos, fotocheck, asignación de materiales de oficina (laptop, escritorio, computadoras, entre otros), delegación de funciones u órdenes, indumentaria de trabajo, concesión de licencias, entre otros.

- (i) Uno de los fines de la función inspectiva es la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa socio laboral.
- (ii) En ese marco, los inspectores, dentro de sus facultades inspectivas, realizan todas las actuaciones inspectivas necesarias para asegurar tal fin.
- (iii) De este modo, se apunta a constatar si el empleador potencialmente vulnera o no una norma socio laboral, en cuyo caso, el inspector podrá extender un acta de infracción que abre paso a un procedimiento administrativo sancionador, donde al final de este se determinará si se cometió una infracción laboral o no.
- (iv) En ese orden de ideas, resaltamos que los fines de la función inspectiva no se centran en la cantidad de trabajadores, sino en vigilar y exigir el cumplimiento de las normas; por lo tanto, la potencial vulneración de una norma socio laboral puede afectar a uno o varios trabajadores. En este punto, debemos recordar las diferencias entre la sede judicial o administrativa.
- (v) En consecuencia, sí resulta posible que, en el contexto del ejercicio de las actuaciones inspectivas, los inspectores concluyan que la potencial vulneración de una norma socio laboral afecta a uno o varios trabajadores. De hecho, esta posibilidad ha sido regulada expresa y tácitamente en la Resolución Directoral N° 096-2011-MTPE/2/16 y el Protocolo N° 002-2018-SUNAFIL/INII respectivamente.
- (vi) Subrayamos que tal posibilidad debe enmarcarse dentro de los límites de la aplicación del principio analizado, que es el debido proceso. De este modo, en caso se identifiquen casos homogéneos, deben sustentarse los motivos que lo fundamentan, además de identificarse expresamente a todos los involucrados.
- (vii) Inclusive, la norma regula la posibilidad de que se puedan referir a un grupo de trabajadores, pues el artículo 24.1 del RLGIT precisa que la infracción es: “No registrar **trabajadores** en las planillas de pago (...)”.
- (viii) En relación a los argumentos de la Empresa sobre “declarar el fraude de todo un sistema de contratación”, debemos recordar los fines de la función inspectiva y resaltar el principio de tipicidad, pues no es labor de la AIT declarar el “fraude de un sistema de contratación”, pero sí el de vigilar y exigir el cumplimiento de la normativa socio laboral, en cuyo caso puede corresponder una infracción administrativa.

En el presente caso, observamos el seguimiento de uno de los fines de la función inspectiva en el marco de la aplicación del principio de primacía de la realidad, concretamente, la constatación de hechos destinados a verificar indicios de laboralidad del grupo denominado “empresarios comisionistas”. En ese sentido, sí se puede extender la aplicación del referido principio a un grupo de personas, en tanto el enfoque no es la cantidad, sino si la empresa está cumpliendo o no con una norma socio laboral. En tal contexto, el inspector constata en los hechos si esto es así o no, tomando en consideración los parámetros mínimos desarrollados en la pregunta anterior y verificando que estemos ante casos homogéneos.

Al respecto, Telefónica señala que debió aplicarse el citado principio persona por persona, y no de forma extensiva a todo el sistema de contratación, infiriéndose que esto constituye un fraude. En particular, cuestionamos si es que la AIT tomó la decisión en algún momento de declarar el fraude de todo un sistema de contratación como sugiere la Empresa, o si en realidad, se verificó el incumplimiento de una obligación socio laboral.

Análisis del Graduando

En primer lugar, debe quedar claro que, dentro de las funciones de la inspección laboral, no existe referencia alguna de que se pueda “declarar el fraude a todo un sistema de contratación”. Esto, debido a que el sistema inspectivo se encarga de velar por el cumplimiento de las normas socio laborales y la protección de los trabajadores; en cambio, para el cuestionamiento de otros problemas intersubjetivos, se encuentra la vía judicial, donde los interesados pueden exigir su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

De este modo, sería erróneo tratar esa materia en sede inspectiva, además de que eso no fue cuestionado en el Acta de Infracción, sino la vulneración a normas socio laborales. Por un lado, Telefónica ejerció su derecho constitucional a la libertad de empresa²¹, para lo cual, a fin de conseguir los fines de su objeto social, optó por dirigir y planificar su actividad empresarial mediante la contratación de un grupo denominado “empresarios comisionistas”. Por su lado, la AIT aplicó el principio de primacía de la realidad concluyendo que los hechos constatados eran discordantes a los documentos.

En segundo lugar, la AIT concluyó que los empresarios comisionistas tenían indicios de laboralidad, por lo cual, al incumplir una obligación socio laboral incurrieron en una infracción grave, que es la de no registrar trabajadores en planilla. En ese extremo, consideramos que sí resulta posible aplicar el principio de primacía de la realidad a un grupo de trabajadores, debido a que, por un lado, se enmarca dentro de la finalidad del sistema inspectivo y se ejerce conforme las facultades inspectivas, y por otro lado, siendo el objeto constatar la vulneración de una norma socio laboral (art. 24.1 RLGIT), resulta coherente que ello pueda hacer referencia a uno o varios trabajadores, pues el enfoque no es la cantidad, sino el cumplimiento normativo. En efecto, resulta posible extender la conclusión siempre que las situaciones de una persona sean homologables al resto, y tomando en consideración los límites en la aplicación del principio analizado (debido proceso y debida motivación), pues estaríamos concluyendo que los hechos constatados en la realidad son discordantes a los documentos formales de un grupo de trabajadores.

De la lectura del expediente, se aprecia que, si bien los inspectores dieron cuenta de la existencia de indicios de laboralidad, no señalaron expresamente que se iba aplicar el citado principio. Tampoco hubo una debida motivación, ya que se concluyó que las características identificadas de un grupo de empresarios comisionistas eran homologables a todos los casos. Este punto fue criticado por la Empresa, debido a que existía un grupo de trabajadores con situaciones distintas y, por lo tanto, no podían ser homologados, faltando un análisis más detallado del caso por caso.

²¹ Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 15 del Expediente N° 01405-2010-PA/TC señala que: “(...) el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (**libertad de fundación de una empresa**), y por tanto, para actuar en el mercado (**libertad de acceso al mercado**), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (**libertad de organización del empresario**) y dirigir y planificar su actividad (**libertad de dirección de la empresa**) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado” (El subrayado es nuestro).

La AIT se limitó a señalar que no se incurrió en vicios de nulidad, resaltando las conclusiones expuestas en las actuaciones inspectivas; además, en la Resolución Directoral, concluyó que se cumplió con los requisitos mínimos del Acta de Infracción. En ese sentido, en un extremo, el razonamiento de la AIT fue correcto, pero falló al no justificar por qué motivos se debió extender las conclusiones a todas las personas identificadas como “empresarios comisionistas”, detallando por qué había situaciones homologables, resaltando la contradicción en los testimonios de los trabajadores. Finalmente, subrayar que la aplicación de este principio se realiza después de constatar en los hechos que la realidad era diferente a los documentos formales, en cuyo caso se prefiere el primero.

4.1.3 ¿El ejercicio erróneo de la prueba indiciaria tiene como consecuencia la aplicación defectuosa del principio de primacía de la realidad? ¿Cómo se afecta la presunción de inocencia en ese contexto?

La presunción de inocencia

La Empresa desarrolló el argumento de que una indebida utilización de la prueba indiciaria colisiona con el derecho a la presunción de inocencia²². Así, al ser una facultad reglada, requiere la aplicación restrictiva y rigurosa de parte de la AIT. En ese contexto, Telefónica señaló que no se respetaron los parámetros mínimos ni se aplicó restrictivamente la posibilidad de acudir a la prueba a través de indicios. La presunción de inocencia está reconocida en el inciso 24, literal e) del artículo 2 de la Constitución, la cual se extiende tanto a la parte judicial como administrativa. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 5 del Expediente N° 0238-2002-AA/TC desarrolla lo siguiente:

“Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; éste debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así, la presunción de inocencia (Constitución, Art. 2º, 24.e) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en sus diversas manifestaciones” (El subrayado es nuestro).

En efecto, la presunción de inocencia constituye un límite para la aplicación del principio de primacía de la realidad, exigiendo a la autoridad administrativa una actividad probatoria y de motivación como requisito. Según Matallana, la presunción de inocencia es un límite a la potestad legislativa, y guarda relación con el principio de culpabilidad en el sentido de que nadie puede ser sancionado sin que se demuestre su responsabilidad, ya sea dolosa o culposa (Toyama Miyagusuku & Neyra Salazar, Debido proceso, nulidad e inspecciones laborales : ¿qué criterios están aplicando el Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial?, 2011, pág. 201).

²² El Informe de Marcial Rubio concluye que el principio de primacía de la realidad guarda relación con la presunción de inocencia, donde el primero es la excepción y el segunda la regla; de este modo, no basta la invocación general del citado principio, se exige la constatación de los hechos y una debida fundamentación por parte AIT. El fundamento es que la administración está obligada a presumir la inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad y responsabilidad.

Si bien existen fundamentos para hablar de esta relación, consideramos que este no ha sido un punto medular del debate, sino el derecho a la prueba, ya que finalmente el problema jurídico versa entorno a si la prueba indiciaria fue ejercida correctamente para concluir que hay un vínculo laboral, justificando la aplicación del principio de primacía de la realidad. En tal virtud, si el ejercicio de esta prueba fue incorrecto, se estaría afectando el derecho fundamental a la presunción de inocencia, además de una aplicación errónea del principio materia de análisis.

El derecho a probar

El derecho a probar es un derecho subjetivo de carácter fundamental que puede ser ejercido en cualquier tipo de procedimiento, como el administrativo, y se encuentra delimitado por una serie de principios contenidos en el debido proceso; del mismo modo, según la doctrina, su contenido esencial tiene 3 manifestaciones: a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios ofrecidos por los sujetos legitimados (Bustamante Alarcón, 1997, págs. 178-179).

En el presente caso, nos importa comentar la tercera manifestación, la cual, según Bustamante Alarcón tiene 2 aspectos importantes: el principio de unidad del material probatorio y los sistemas de apreciación. El primero indica que los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, confrontando cada uno de los medios de prueba y apuntando sobre su concordancia o discordancia, a fin de concluir sobre el convencimiento de este. En relación al segundo, el citado autor concluye que se debe seguir la “sana crítica o libre apreciación de los medios probatorios”, la cual sostiene que el juzgador debe valorar los medios probatorios actuados en el proceso de forma: “(...) *razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la sicología, la técnica, la ciencia, el Derecho y las reglas de experiencia que según el juzgador sean aplicables al caso*” (Ibídem, pág. 184).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 12 del Expediente N° 1014-2007-PHC/TC desarrolla las características que debe reunir una prueba para producir conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez: veracidad objetiva, constitucionalidad de la actividad probatoria, utilidad y pertinencia de la prueba. De este modo, este derecho aplica tanto a procesos judiciales como administrativos, y en general, a cualquier procedimiento público o privado.

La prueba indiciaria

La prueba indiciaria o prueba indirecta consiste en establecer relaciones entre indicios (hechos conocidos) y el hecho desconocido que se investiga, siendo relevante el razonamiento lógico que se da a los indicios fehacientemente probados (Pisfil, 2014, pág. 124). Según Bullard, la prueba indiciaria es la existencia de una serie de hechos ciertos que apuntan a una misma dirección; de este modo, un indicio nos provee de una base de hecho cierto (hecho indicador) del cual puede inferirse, mediante un razonamiento lógico, un

hecho desconocido (hecho indicado)²³. En ese marco, una vez probado el hecho indicador, el siguiente paso es determinar mediante un razonamiento crítico-lógico la existencia del hecho indicado como una consecuencia posible; en ese sentido, si tenemos varios hechos indicadores que conducen a un hecho indicado, se construye una prueba indiciaria que genera convicción en el juzgador. Esto es como armar un rompecabezas mediante una metodología consistente, donde cada pieza es un indicio, (Bullard Gonzales, 2005, págs. 229-231; 235; 237). Por otro parte, Pico I Junoy, en su definición de prueba indiciaria, señala que para fundamentarla deben concurrir los siguientes requisitos:

***“- Que resulten plenamente probados los indicios**, esto es, que no se traten de meras conjeturas, sospechas o probabilidades; (el subrayado es nuestro).*

***- Que entre los indicios y los hechos que se infieren exista un enlace preciso y lógico** según las reglas del criterio humanos; y*

***- Que el juzgador exteriorice el razonamiento** que le ha conducido a tener por probado el hecho delictivo y la participación en el mismo acusado” (Pisfil, 2014, pág. 123). (El subrayado es nuestro).*

Igualmente, el Fundamento 4 de la Casación N° 1912-2006-Piura desarrolla los presupuestos materiales de la prueba indiciaria:

*“a) **deben estar plenamente probados**, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley; b) **deben ser plurales o excepcionalmente únicos**, pero de singular fuerza acreditativa; c) **deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar**; y, d) **deben estar interrelacionados**, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia” (El subrayado es nuestro).*

En consecuencia, el ejercicio de la prueba indiciaria que no responda a las características mínimas del derecho a la prueba, como también a los requisitos o presupuestos materiales de este tipo de prueba y una metodología consistente (“armar un rompecabezas”), generaría una aplicación defectuosa del principio de primacía de la realidad, puesto que no podría constatarse objetivamente los hechos, impidiendo que se concluya la existencia de un vínculo laboral. Al mismo tiempo, se estaría afectado el derecho a la presunción de inocencia desarrollado en los párrafos precedentes.

Sobre la prueba indiciaria, Telefónica señala que esta no se utilizó de forma correcta, ya que los indicios no estaban debidamente acreditados, no hubo una pluralidad, no estaban frente una coincidencia de indicios, y no existió una conexión natural entre el indicio y la presunción.

Análisis del Graduando

El procedimiento sancionador inspectivo inicia con el acta de infracción, donde los inspectores valoraron las pruebas obtenidas como consecuencia de la comprobación de datos y actuaciones inspectivas realizadas; luego, la Empresa presenta sus descargos donde puede cuestionar la valoración hecha por los inspectores; después, la Sub Dirección

²³ Según el Código Procesal Civil, un indicio es un hecho circunstancia o signo suficientemente acreditado que, analizado en conjunto con otros, conduce a certeza sobre un hecho desconocido que tiene relación con la materia controvertida.

de Inspección Laboral presenta una Resolución Sub Directoral donde hace la valoración correspondiente, la cual debería guardar coherencia con lo antes expuesto. En ese sentido, de acuerdo al estándar probatorio antes desarrollado, elaboraremos un ejercicio de análisis que consiste en comparar las pruebas que sostienen los hechos verificados del Acta de Infracción y confrontarlo con los Descargos.

Cuadro N° 10: Medios probatorios actuados previo a la Resolución Sub Directoral

Acta de Infracción	Descargos
<p><u>Testimonios empresarios comisionistas:</u> Un grupo manifestó que se consideraban trabajadores de Telefónica, mientras otro grupo señaló que no tenían control de ingreso/salida.</p>	<p>Señala que existe contradicción en los testimonios, por lo cual no se puede extender la conclusión a los 99 empresarios comisionistas.</p>
<p><u>Visitas a las instalaciones:</u> Se encontró a personas utilizando equipos de la Empresa.</p>	<p>Las áreas asignadas no eran de uso exclusivo para ese personal. Eran facilidades de infraestructura de parte de la Empresa.</p> <p>Se presenta acta de constatación notarial. En dicha acta una persona pidió que se le identificara como trabajador.</p>
<p><u>Documentación exhibida:</u> contrato de representación comercial de bienes y servicios, ranking de ventas, relación de personal y libro de planillas</p>	<p>Existe posibilidad de entrega de equipos en una relación civil (inciso e) del artículo 34 LIR).</p> <p>Procedimiento de la gestión de venta de empresarios comisionistas (Anexo xii del escrito de Descargos).</p>
<p>Razonamiento de los inspectores: De la documentación exhibida y las visitas inspectivas se aprecia que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tienen que presentar informes, atender consultas y reclamaciones, esto es, dirección y control de parte de los supervisores. - Se les exige cuotas mensuales de ventas. - Son responsables de cualquier pérdida o deterioro. - Emplean equipos informáticos e instalaciones del centro de trabajo <p>Por lo tanto, se concluye que existen facultades de dirección, fiscalización e indicios de subordinación.</p>	<p>Razonamiento de la Empresa:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No existe remuneración, sino pago de comisiones. - Hay 13 personas que manifiestan no tener horario. - Los informes que se presentan están vinculados a la actividad venta. - No es obligatorio que se acerquen a la Empresa.

Fuente: Acta de Infracción N° 596-2007-MTPE/2/12.3 y escrito de Descargos de la Empresa

Elaboración: Propia

En la Resolución Sub Directoral se concluye que no se desvirtuó el mérito de lo investigado por los inspectores, donde las actuaciones de investigación se realizaron mediante visitas inspectivas y comprobación de datos, y que no se ha incurrido en ninguna de las causales de nulidad. Asimismo, se verificó que la inspeccionada tiene facultades para normar reglamentariamente, emitir instrucciones para la ejecución (dirección, control y subordinación), y que los “empresarios comisionistas” realizaban labores similares a la de trabajadores registrados en planilla. Por lo tanto, aplicando supletoriamente el artículo 4 de la LPCL, se presume la existencia de un contrato a plazo indeterminado.

Por el contrario, un indicio que entró en contradicción fueron los testimonios, ya que había 13 personas que manifestaron no ser trabajadores de los 44 entrevistados, por lo tanto,

existe un vacío lógico de cómo se llegó a extender que las pruebas se referían a los 99 trabajadores. En tal virtud, de la fundamentación expuesta, no se aprecia la existencia de indicios que acrediten la subordinación de todos los trabajadores, por lo cual, si bien hay pruebas que acreditan determinados hechos, existen errores en la exteriorización del razonamiento respecto la valoración en conjunto de los medios probatorios constatados por los inspectores. Del mismo modo, algunos indicios no son concomitantes al hecho que se quiere probar ni son interrelacionados.

En ese extremo, se critica la ausencia de valoración de parte de la AIT para fundamentar que había personas cumpliendo las mismas funciones que trabajadores de Telefónica sin estar en planilla. Asimismo, no se analizó la estructura interna de la Empresa, donde se aprecia 2 grupos con funciones similares, unos son los “empresarios comisionistas”, y el otro, los trabajadores que están en planilla, pudiendo refutarse de esta manera los argumentos expuestos por Telefónica. Conviene subrayar la necesidad de un desarrollo lógico que permita inferir que todos los “empresarios comisionistas” tenían situaciones homogéneas, a pesar de la contradicción en los testimonios, pero este razonamiento no fue correctamente exteriorizado por la AIT. A pesar de ello, logró evidenciarse indicios de laboralidad, los cuales fueron constatados por los inspectores y exteriorizados tanto en la Resolución Sub Directoral como Directoral.

Finalmente, siguiendo la postura de Michele Taruffo, resaltamos la teoría de la búsqueda de la verdad relativa en el proceso, la cual se entiende en su faz objetiva, donde se indica que la proposición factual tratada es verdadera en relación a la cantidad y calidad de las pruebas que la confirman. De este modo, lo “verdadero” en el proceso significa “probado”, es decir, “confirmando por las pruebas” (Taruffo, 2013, págs. 246-247). Esto, refuerza nuestra postura de la prueba indiciaria en relación a la aplicación del principio de primacía de la realidad, lo cual debe guardar coherencia con los principios reconocidos en la LPAG y LGIT.

4.1.4 ¿La sola manifestación es suficiente para generar convicción y aplicar el principio de primacía de la realidad?

Límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad

Este principio contiene ciertos límites en cuanto su aplicación y su propia naturaleza, por tanto, no basta con la sola manifestación de una parte o de un tercero, pues ello no representa un hecho objetivo, veraz ni fehaciente que determine su veracidad. En realidad, el inspector, dentro de las facultades inspectivas, debe agotar todos los medios que cuenta para acreditar la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Sobre el particular, Lora y Ávalos han señalado lo siguiente:

*“En efecto, un dicho, manifestación o declaración **no equivale por si solo a un hecho objetivo, el cual se basa en la verificación fehaciente y en la apreciación veraz de lo que sucede en la realidad**, como sucedería en el caso que se encuentre a un sujeto laborando en una empresa cuando supuestamente no existe un documento formal que sustente su prestación o en todo caso, **cuando el inspector pueda cotejar objetivamente hechos que demuestren alguno de los elementos**”*

constitutivos de la relación laboral” (Lora Álvarez & Ávalos Rodríguez, 2009, págs. 165-166). (El subrayado es nuestro).

Por consiguiente, debió prestarse atención a los hechos constatados en el Acta de Infracción, donde existe un grupo que reconoce la existencia de indicios de laboralidad; mientras otros no, quienes señalan que no tenían control de ingreso y salida, e inclusive podían dejar de asistir sin amonestación alguna. Sólo estos testimonios no deberían generar convicción en el inspector, y a parte de la contradicción mostrada, no son suficientes para constatar un hecho objetivo. Esto fue reiterado por la Empresa tanto en su escrito de descargos como de apelación.

Debe agregarse que la AIT, en la Resolución Sub Directoral, se ha pronunciado sobre la insuficiencia de la manifestación de las personas comprendidas en una inspección, la cual señala expresamente lo siguiente: “*El inspector basa su decisión únicamente en la manifestación dada por la persona, sin precisar si en el presente caso se manifiestan los elementos constitutivos de una relación laboral*”. En un sentido similar, en la Resolución de fecha 2 de agosto de 2007 contenida en el Expediente N° 341-07-PS-SDIISST/TRU, la AIT concluyó lo siguiente:

*“(…) Analizando el acta de infracción emitida por la inspectora de trabajo, se observa que la misma **determinó la existencia de un vínculo laboral, en base a la manifestación de dos trabajadores** que según la documental que se presenta en el descargo y tomando en cuenta sus fechas de ingreso, no habría sido posible que los mismos conocieran a los solicitantes, **debiendo haber tenido la inspectora de trabajo haber agotado sus facultades que permitan determinar la existencia y concurrencia de los elementos esenciales de una relación laboral**, debiendo haber aplicado el principio de la primacía de la realidad, en base a un adecuado análisis y evaluación contundente para establecer una relación laboral (...)”.* (Ibidem, pág. 167). (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, la sola manifestación es insuficiente para generar la convicción de la existencia de una relación laboral, por lo tanto, no se puede aplicar dicho principio. Asimismo, de las evidencias anteriores, se infiere un mandato tácito de que los inspectores agoten todas sus facultades para constatar un hecho, y los medios testimoniales es sólo una de sus tantas facultades reguladas en el artículo 5 LGIT.

Un razonamiento idéntico tuvo la AIT de Trujillo en la Resolución de fecha 18 de febrero de 2008 contenida en el Expediente N° 716-07-PS-SDILSST/TRU, donde señaló que no se puede aplicar el principio de primacía de la realidad en base a la manifestación de los entrevistados, puesto que con ello no se puede determinar la existencia de una relación laboral. Para tal fin, el inspector tiene una serie de facultades, y en el mejor de los casos, los testimonios deben ser considerados como indicios, que junto a otros supuestos verificados, podrían estar orientados a constatar una relación laboral (Ídem).

Análisis del graduando

Consideramos que la sola manifestación es insuficiente para constatar un hecho objetivo y por tanto no basta para aplicar el principio analizado. Para ello, se requiere de una mayor

cantidad de indicios, a fin de aplicar correctamente la prueba indiciaria. No obstante, si bien la Empresa argumentó que los inspectores aplicaron indebidamente el referido principio al no respetarse determinados parámetros para aplicar la prueba indiciaria, en realidad, utilizaron diferentes actos comprobatorios y de investigación, como la visita inspectiva al centro de trabajo, los testimonios de trabajadores y la documentación exhibida, las cuales permitieron constatar una serie de hechos que eran discordantes con los documentos presentados. Es así que, identificaron diversos indicios de laboralidad como la subordinación, la facultad de dirección y de sanción, entre otros.

En definitiva, los medios testimoniales deben ser considerados como indicios, que junto a otros elementos pueden apuntar a constatar hechos para concluir la existencia de una relación laboral. Al mismo tiempo, el inspector debe agotar todas sus facultades inspectivas para lograr una de las finalidades de la inspección laboral, que es la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas socio laborales; en específico, determinar la concurrencia de los elementos esenciales del vínculo laboral.

4.2 Límites entre la contratación civil y laboral

4.2.1 ¿El sistema de contratación de “empresarios comisionistas” tiene indicios laboralidad?

Alcances del principio de primacía de la realidad

Debe prestarse atención en cómo nuestra jurisprudencia y doctrina viene tratando el fraude en la contratación laboral, debido a que un problema jurídico central son los límites entre la contratación civil y laboral. Sobre este punto, resaltamos que uno de los alcances del principio de primacía de la realidad es ser un contrapeso al constante riesgo de que el empleador, de forma unilateral o consensuada, evite el cumplimiento de la normativa laboral en perjuicio de los trabajadores, como estar en planilla mediante documentos. Por esta razón, frente a una discordancia, se prefieren los hechos sobre la realidad.

En cuanto su aplicación en sede inspectiva, destacamos el “Protocolo de Fiscalización para la Formación Laboral” aprobado por la SUNAFIL, que señala las pautas para la aplicación del principio de primacía de la realidad, el cual se da luego de constatar una relación laboral conforme el artículo 4 LPCL que establece la presunción de relación laboral a plazo indeterminado. Así, el artículo 7.3.2 señala expresamente que: *“La aplicación de este principio debe estar debidamente sustentada y debe constar en la medida inspectiva de requerimiento, como en el informe de actuaciones inspectivas o acta de infracción, según corresponde”*.

Del mismo modo, el artículo 7.3.4 establece que las conclusiones arribadas en el acta de infracción deben cumplir con una debida motivación en base la interpretación articulada de los medios de prueba, indicios y otros elementos que generen certeza en el inspector comisionado respecto la existencia de una relación laboral. En tal virtud, se requiere un análisis en conjunto de los indicios o pruebas con la finalidad de acreditar la configuración de los elementos del vínculo laboral. En ese orden de ideas, se infiere que la aplicación del

citado principio por parte de la AIT busca determinar si el empleador ha usado válidamente un contrato civil, caso contrario, estaríamos frente a una relación laboral, lo cual implicaría que el sujeto inspeccionado no ha registrado adecuadamente a su personal en planilla, configurándose la vulneración a una norma socio laboral.

Contratación según el tipo de actividad empresarial

Un tema central se encuentra vinculado a las relaciones individuales y cómo la empresa contrata válidamente a su personal. Sobre este punto, debe destacarse la combinación de los tipos de actividades que tiene una empresa:

(i) **“Labores principales y permanentes:** Son aquellas que están directamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es constante en la empresa. Por ejemplo, en una panadería las labores de transformación del trigo en pan.

(ii) **Labores principales y temporales:** Son aquellas que están directamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es solamente eventual en la empresa. Por ejemplo, la cobertura de determinados puestos de trabajo por suplencia u ocasionalidad.

(iii) **Labores complementarias y permanentes:** Son aquellas que están indirectamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es constante en el centro de trabajo. Por ejemplo, las labores de almacenamiento de bienes en una aerolínea.

(iv) **Labores complementarias y temporales:** Son aquellas que están indirectamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es eventual en la empresa. Por ejemplo, las labores de mantenimiento de ciertos equipos (que se llevan a cabo sólo algunos días al año)” (Cornejo Vargas, 2011, págs. 139-140).

En el caso de los “empresarios comisionistas” nos encontramos frente a labores principales y permanentes, las cuales están directamente vinculadas al giro del negocio y cuyo requerimiento es permanente, debido a que Telefónica se encarga de la prestación de servicios de telecomunicaciones a nivel nacional, para lo cual ofrece diversos servicios de venta.

Carlos Cornejo señala la importancia de conocer los distintos tipos de actividades que puede ejecutar una empresa al interior de su organización, ya que, además de identificar el *Core business* de la empresa, permite saber en qué ámbitos puede utilizarse los mecanismos de contratación de su personal, ya sea mercantil o laboral. En ese aspecto, resulta importante precisar que la contratación civil es de carácter genérico, aunque irregular para la contratación de un régimen de subordinación, para cuyo caso debería utilizarse los tipos de contratación regulados en la legislación laboral (Ibídem, pág. 140). Por ello, debe justificarse debidamente cuándo se realiza una contratación civil, ya que, por su naturaleza, se encuentra fuera del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. Sobre el particular, precisamos las diferencias entre el contrato civil y laboral.

Ámbito de protección del Derecho del Trabajo

Según Boza, el Derecho del Trabajo centra su interés en un tipo de trabajo que cuenta con las siguientes características: trabajo asalariado, prestado personalmente, por cuenta

ajena, en forma subordinada y a cambio de una retribución económica (Boza Pró, 2014, pág. 14). Asimismo, Neves Mujica señala que el trabajo objeto de protección del Derecho Laboral es el humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado. En particular, es importante diferenciar los conceptos de “por cuenta ajena” y “subordinación”.

El primero implica que un tercero tendrá la titularidad de los bienes o servicios, y pagará al sujeto que realiza la prestación²⁴. Cabe destacar que este tipo de trabajo no tiene una regulación exclusiva del Derecho del Trabajo²⁵, sino también al Derecho Civil o Mercantil, concretamente de los sub sectores que se desempeñan con autonomía. Por consiguiente, se entiende que en el trabajo por cuenta ajena existe un vínculo jurídico entre 2 personas (acreedor-deudor), que puede ser autónomo o subordinado según la posición del sujeto respecto al otro. En el primero, el deudor dirige la prestación, y en el segundo, es el acreedor quien dirige la prestación del deudor. (Neves Mujica, 2009, págs. 22-24, 28-29).

De este modo, el límite entre el derecho laboral y civil o mercantil se explica a partir de los procesos históricos de la revolución industrial y el papel de las organizaciones sindicales frente los abusos de las empresas. Frente tal disparidad, nace el Derecho del Trabajo para equilibrar la relación fácticamente desigual, donde el empleador, al ser propietario de los medios de producción, asume el riesgo del trabajo y tiene un poder superior al trabajador, además de ejercer control continuo sobre cómo se realiza la prestación; mientras el trabajador presta su fuerza de trabajo de forma libre y subordinada al empleador a cambio de una contraprestación económica.

En ese orden de ideas, la relación laboral tiene 3 elementos (prestación personal, subordinación y remuneración) que deben presentarse de forma conjunta, a fin de tener cuidado con aquellos contratos de apariencia civil o comercial, pero que en realidad ocultan una relación laboral (Ibídem, págs. 15-16).

Critica al concepto tradicional de subordinación

La subordinación es el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor, donde el primero ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla (sujeción y dirección). Este concepto es propio del contrato de trabajo conforme el artículo 4 LPCL, donde se confiere al empleador el poder de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador; además, es definido en el artículo 9 LPCL (Ibídem, pág. 36). En relación al tratamiento jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 23 del Expediente N° 05577-2015-PA/TC ha desarrollado los siguientes rasgos de laboralidad:

“23. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se

²⁴ Según Boza, la relación de ajenidad implica que el resultado generado por la actividad del trabajador le pertenece al empleador, por lo tanto, los frutos son ajenos de quien contrate los servicios, por el cual hay una retribución económica. En ese orden de ideas, el riesgo del trabajo se traslada al empleador, quien debe pagar igualmente al trabajador en caso no se hayan logrado los resultados de la actividad, por lo cual, estaríamos frente una obligación de medios (Boza Pró, 2014, pág. 14).

²⁵ El autor precisa que el sub sector compuesto por quienes se vinculan con un tercero de forma subordinada es exclusivo del Derecho del Trabajo.

*presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: **a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración a la demandante; y g) reconocimiento de derechos laborales**, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud". (El subrayado es nuestro).*

Como se observa, el elemento de subordinación es central para analizar el presente problema jurídico. Una primera observación es que su definición tradicional²⁶ resulta insuficiente para explicar los diferentes cambios en las relaciones laborales, lo cual a su vez generó que se utilicen otras figuras jurídicas para evitar que se configure una relación laboral²⁷. A su vez, los tribunales desarrollaron los "rasgos de laboralidad"²⁸, que tratan de fijar criterios sobre cómo identificar este concepto para distinguir cuando estamos en una relación laboral.

Para empezar, Ojeda Avilés señala que, si bien la subordinación es el elemento diferenciador entre el derecho laboral y el civil o mercantil, este no explica plenamente el origen del contrato ni los límites de la laboralidad. De esta manera, desarrolla que el objetivo del empresario al contratar es ejercer un control pleno de la fuerza laboral pagada mediante la dirección, vigilancia y disciplina. En consecuencia, habla del poder de dirección continuo y detallado como causa del contrato de trabajo y propone que este debería denominarse "*contrato de dirección laboral, pues el salario es pagado para dirigir continuamente una fuerza humana en propio beneficio*". Por ello, concluye que el "control detallado" ha sido el criterio principal; en cambio, en el arrendamiento de servicios, no se permite tal control sucesivo de la persona, sino uno periódico de sus resultados (Ojeda Avilés, 2007, págs. 392; 394-395; 400). Así pues, lo expuesto es un enfoque desde el poder organizativo del empresario.

Por otra parte, respecto al sistema de contratación, nos parece importante analizarlo en relación a las fronteras del Derecho del Trabajo, para lo cual es relevante la diferencia de los conceptos de dependencia y subordinación²⁹. En esa línea, tenemos la noción de "falso trabajo autónomo", que son aquellos trabajadores tratados como autónomos, pero que

²⁶ Barassi definió la subordinación como: "*(...) la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador*" (Barassi, 1901, págs. 67-69).

²⁷ Uriarte y Hernández explican que en el transcurso del tiempo, ya sea por las nuevas tecnologías o formas de organización, se han utilizado diversas figuras jurídicas con la finalidad de sustraer la subordinación de la relación de trabajo, y por tanto, del ámbito de aplicación del Derecho Laboral²⁷ (Ermiida Uriarte & Hernández Álvarez, 2002, pág. 287). Cabe destacar que en el expediente se aprecia la existencia de empresas unipersonales (EIRL) que contrataban con Telefónica; además, al final del proceso, existían diversos trabajadores a quienes se les ofreció crear una empresa para contratarlos y otras que aceptaron un vínculo laboral con la Empresa.

²⁸ Como explica Ojeda, esta ha sido una tendencia en diversos países, que consiste en perfilar un grupo de indicios para distinguir la posición subordinada de un contrato laboral. En ese marco, el concepto de control detallado ha sido tratado como criterio jurisprudencial para calificar una relación laboral (Ojeda Avilés, 2007, pág. 391; 401).

²⁹ La subordinación es un concepto jurídico abordada líneas previas, y la dependencia es de índole económica, donde el trabajo prestado a un tercero es el medio único o principal de subsistencia para el trabajador (Caamaño Rojo, 2005, pág. 5).

desde un punto de vista jurídico están dentro de la categoría de trabajadores subordinados. Sobre el particular, Caamaño sostiene que el escenario actual³⁰ ha tenido como efecto que el trabajador se convierta en un sujeto activo, creativo y con mayor iniciativa a fin de que asuma mayores responsabilidades en pro de alcanzar los resultados de la empresa (Caamaño Rojo, 2005, pág. 7; 10).

En particular, el proceso de autonomización del trabajo ha implicado la revalorización del trabajo autónomo en servicios personales que tradicionalmente se realizaban bajo subordinación, pero hoy se prestan mediante contratos civiles o mercantiles como consecuencia de la descentralización productiva, lo cual constituye una forma de “empleo fronterizo”. En ese sentido, nos parece relevante mencionar el concepto de “para-subordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente”, que describe el caso de trabajo autónomo donde se genera una especial dependencia económica entre el prestador de servicio y la empresa (Caamaño Rojo, 2005, págs. 13-15).

Asimismo, Uriarte y Hernández (2002) subrayan que este concepto se da en personas que prestan una colaboración continua y coordinada con la empresa, pero que por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios en condiciones de inferioridad, asociado comúnmente a los contratos de prestación de servicios, comisión, agencia, entre otros (Ermida Uriarte & Hernández Álvarez, 2002, pág. 291). Por consiguiente, estamos frente a un enfoque del empleo fronterizo con dependencia económica, que no sustituye a la subordinación, pero sí como factor de ciertas características de trabajo autónomo que merecen tutela³¹.

En definitiva, nos parece que, entre una noción rígida o flexible de la subordinación, debemos optar por la segunda, ya que es un concepto que ha tenido diversas afectaciones, lo cual produjo la huida del derecho del trabajo. Esto supone que sea interpretada en su amplitud, para lo cual debemos utilizar elementos adicionales para analizar la laboralidad (dependencia económica, control detallado del poder empresarial o inserción en la organización empresarial), denominados por la doctrina como rasgos sintomáticos de la relación laboral (Puntriano Rosas, 2019, págs. 138-140). Asimismo, ello nos ayuda a complementar la idea de que una relación con mayor autonomía no necesariamente genera un vínculo mercantil o la merma del poder directivo del empleador, por el contrario, confirma la noción flexible de la subordinación según lo requerido por la empresa.

Por consiguiente, dicha posición nos lleva al sistema de indicios, lo cual genera la noción de subordinación funcional que tiene una característica amplia y es construida sobre los rasgos productivos de las partes. En particular, Ugarte Cataldo precisa que la ampliación

³⁰ Hace referencia al fenómeno de descentralización productiva (manifestación **externa**/externalización de las fases productivas; y manifestación **interna**/desconcentración productiva), que sustituye la visión tradicional de la empresa bajo la cual fue concebida la subordinación jurídica y las fronteras del Derecho del Trabajo. De esta manera, la externalización de actividades dentro del giro de la empresa conlleva a 3 procesos con efectos en las relaciones laborales: (i) la sub contratación de servicios personales, (ii) la división o filiación empresarial, y (iii) la autonomización del trabajo (Caamaño Rojo, 2005, págs. 8-10; 11-13).

³¹ Algunos países otorgan un reconocimiento legal al trabajo para-subordinado, como la legislación española (“trabajo autónomo económicamente dependiente TRADE” – artículo 11 Ley 20/2007), italiana (“lavoro parosubordinato”) o la alemana (“Eitnehmerähnliche Personen” o “cuasiasalariado”). (Caamaño Rojo, 2005, págs. 18-19).

del sistema indiciario, más que una sustitución, responde a una expansión del concepto en atención a los nuevos indicios, siendo el cambio desde la calificación espacio-temporal a la ubicación productiva del trabajador. Incluso, esto ya ha sido tratado en otras experiencias normativas o jurisprudenciales, como por ejemplo, el tribunal europeo que lo entiende como la inserción del trabajador en la organización empresarial de forma continuada y sistemática (Ugarte Cataldo, 2005, págs. 48-50).

En conclusión, usaremos la noción de subordinación funcional antes descrita, la cual será complementada para el caso concreto del expediente con los criterios contenidos en el enfoque del poder organizativo del empresario, el “control detallado” de Ojeda y, el enfoque del empleo fronterizo con dependencia económica comentada por Caamaño, porque describe una situación desigual que responde a la función tuitiva del Derecho del Trabajo. Ambos guardan coherencia con el análisis del caso concreto y ayudan a identificar al “falso autónomo”.

Análisis del Graduando

Debemos analizar el contrato de representación de bienes y servicios que fue suscrito entre un “vendedor libre” y la Empresa, quien desarrollaba su actividad de ventas de manera autónoma e independiente, utilizando un canal de venta de terceros, y recibiendo una retribución (“comisión”) que depende de las ventas efectivamente realizadas; asimismo, se dedican exclusivamente a labores de venta, no estando facultado para labores de post-venta. Ellos se diferencian de los trabajadores en Planilla en que a estos no se les asigna una cartera de clientes (“empresas grandes”), además de estar enfocado en la venta directa a personas y PYMES, por lo cual, según Telefónica, no fiscaliza sus actividades, horarios o labores, ya que son autónomos en realizar sus ventas.

No obstante, los inspectores constataron diversos indicios de laboralidad que permitían inferir que el trabajo no era autónomo, sino dependiente; además, de no ser ajeno al *Core business* de la Empresa, ya que era una actividad principal y permanente. Asimismo, en el Acta de Infracción se identificaron diversos indicios de laboralidad como consecuencia de las actuaciones de investigación o comprobatorias que comparamos con lo explicado por la Empresa en sus Descargos, mediante la cual pretenden refutar los argumentos de los inspectores. A continuación, presentamos dicho cuadro:

Cuadro N° 11: Comparación entre el Acta de Infracción y los Descargos

Indicios de laboralidad (Acta de infracción)	Justificación de la contratación (Descargos)
<u>Prestación personal:</u> Laboran para la Empresa, e incluso utilizan equipos de esta y usan un espacio al interior del Centro de Trabajo.	<u>Prestación personal:</u> Laboran en la Empresa, pero mediante un Contrato de representación comercial de bienes y servicios. Además, es posible la entrega de equipos en una relación civil.
<u>Remuneración:</u> Manifestaron que si bien tienen un ingreso por comisiones, deben cumplir un récord de ventas para mantener su relación contractual.	<u>Remuneración:</u> No gozan de remuneración, sino de pago por comisiones.
<u>Subordinación:</u>	<u>Subordinación:</u>

<p>Cumplen con una jornada superior a las 48 horas semanales. Emiten informes periódicos, además de ser controlados y supervisados por intermedio de sus supervisores. Asimismo, realizaban labores similares a los ejecutivos comerciales, quienes sí estaban en planilla.</p>	<p>Justifican el sistema de contratación señalando que los empresarios comisionistas son autónomos, no se les asigna una cartera de clientes. Se centran en PYMES y personas naturales, a diferencia de los ejecutivos comerciales que son para “grandes clientes”. No se les entrega material, solo se les comunica el marco general de ofertas y promociones.</p>
<p>Razonamiento de los inspectores: De la documentación exhibida y las visitas inspectivas se aprecia que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tienen que presentar informes, atender consultas y reclamaciones, esto es, dirección y control de parte de los supervisores. - Se les exige cuotas mensuales de ventas. - Son responsables de cualquier pérdida o deterioro. - Emplean equipos informáticos e instalaciones del centro de trabajo. <p>Por lo tanto, se concluye que existen facultades de dirección, fiscalización e indicios de subordinación.</p>	<p>Razonamiento de la Empresa:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No existe remuneración, sino pago de comisiones. - Hay 13 personas que manifiestan no tener horario. - Los informes que se presentan están vinculados a la actividad venta- - No es obligatorio que se acerquen a la Empresa.

Fuente: Acta de Infracción N° 596-2007-MTPE/2/12.3

Elaboración: Propia

Tomando esto como referencia, corresponde analizar el argumento expuesto por la Empresa al señalar que los empresarios comisionistas y ejecutivos comerciales hacían labores diferentes, lo cual justificaba la contratación civil y no laboral. Así, si bien Telefónica hace esfuerzos para justificar la contratación de los empresarios comisionistas, lo cierto es que se observan diversos indicios de laboralidad, conforme los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y las críticas de los autores antes citados. En consecuencia, podemos inferir los siguientes argumentos:

- (i) Estamos frente una actividad principal y permanente de la Empresa que es el servicio de venta a terceros.
- (ii) Los inspectores constataron que la empresa ejercía un control sobre la forma en que se ejecutaba la prestación, además de estar integrados en la estructura organizacional de Telefónica, lo cual se puede inferir de la actividad productiva, los *fotocheck* y el uso de las instalaciones de la Empresa para realizar diversas actividades propias de la ejecución de su contrato.
- (iii) Se observó una prestación de cierta duración y continuidad que se repetía en los “empresarios comisionistas”, y de facto, el suministro de herramientas y materiales para la prestación de servicios. Independientemente de que ello también se puede dar en una relación civil, lo cierto es que es un indicio más que apunta en una misma dirección, la existencia de un vínculo laboral.
- (iv) Según testimonios, el pago de un monto por comisión debía tener un mínimo para mantener la relación contractual, además de que varios entrevistados se reconocían así mismos como trabajadores. No obstante, debe tomarse en cuenta que algunos manifestaron no tener una jornada de trabajo, en este punto, el trabajo de los inspectores era determinar quienes tenían una situación homologable, algo obviado en el expediente.

Al respecto, según el sistema de indicios, corresponde analizarlo con la noción de subordinación funcional por los rasgos productivos de las partes, ya que los “empresarios comisionistas” estaban integrados en la organización empresarial de forma continuada y sistemática, que se explica también al apreciar el “control detallado” de la Empresa, además del uso de algunas figuras contractuales identificadas como una forma de evitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Asimismo, aunque tienen una mayor autonomía, ello no implica necesariamente la ausencia de un vínculo laboral, más aún cuando existía una dependencia económica y un tratamiento diferenciado en condiciones de inferioridad entre los “empresarios comisionistas” y quienes estaban calificados como trabajadores.

En esa línea, un aspecto no tocado a profundidad por los inspectores ni en las resoluciones administrativas posteriores fue el hecho de que al interior de la organización de Telefónica había 2 actividades de ventas: una subordinada que pertenecía a los canales propios, y otra autónoma e independiente de los canales terceros de venta. Acorde con ello, la Empresa ejercía una diferencia sobre una actividad principal y permanente, pero diferenciando una de naturaleza subordinada y otra autónoma, con el argumento de que unos tienen cartera de clientes de “empresas grandes”, mientras otros se dedican a vender a MYPES y personas naturales, entre otras características, como las labores de post venta sólo para trabajadores, y un nivel de autonomía para contactar y vender directamente a sus clientes.

Sin embargo, en los hechos forman parte de la misma actividad, por lo cual, la diferencia explicada por Telefónica no es argumento suficiente para justificar una contratación autónoma e independiente. Inclusive, los informes y el proceso de los empresarios comisionistas muestran un control constante y detallado de la Empresa sobre cómo se ejecuta la prestación, un tratamiento en condiciones de inferioridad, y una inserción en la organización empresarial detallada en los rasgos productivos de las partes. Al mismo tiempo, el uso de materiales, fotocheck y una serie de indicios de laboralidad justifican la existencia de una relación laboral, además de que las funciones de ambas, al menos las principales, son las mismas, por lo cual, no se sostiene porque unos tienen el tratamiento de trabajadores y otros no.

4.2.1.1 Al respecto, ¿la entrega de equipos constituye un indicio de laboralidad?

Postura de la Empresa

Telefónica sostiene que, en lo relativo al uso de equipos en la oficina, no puede considerarse como un supuesto de laboralización, debido a que en el marco de una relación civil es posible que el locador entregue bienes o insumos necesarios para el desarrollo de la actividad, lo cual se encuentra regulado en el inciso e) del artículo 34 de la Ley de Impuesto a la Renta (LIR), conocido como las rentas de 4 y 5 categoría.

En ese orden, Telefónica señala que puso a disposición de todos los “empresarios comisionistas” un área con equipos comunes para facilitar la elaboración de los expedientes, la cual no eran de uso particular. De hecho, se habilitaron solo 30 puntos con

conexión a internet, pues no era un espacio fijo de trabajo, sino que tenían un uso limitado, por lo tanto, según la Empresa, esto no podía considerarse como un indicio de laboralidad.

Rentas de trabajo

El impuesto a la renta grava aquellas actividades que provengan del capital, del trabajo, o de una aplicación en conjunto para ambos factores, los cuales deben provenir de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos. Un tipo de renta es la de trabajo, que abarcan tanto al dependiente (4° categoría) como independiente (5° categoría)³². No obstante, existe un híbrido controversial denominado las rentas de cuarta-quinta, contenido en el inciso e) del artículo 34 LIR:

*“Artículo 34.- Son rentas de quinta categoría las obtenidas por concepto de:
(...)*

*e) **Los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil**, cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y **cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda**”.* (El subrayado es nuestro).

Este híbrido regula como rentas de 5° categoría un trabajo producido por una relación independiente. Sin embargo, esto no es suficiente para determinar que estamos frente una relación laboral, en otras palabras, tributar por una renta de 5° en el supuesto citado (derecho tributario), no significa que estemos frente un vínculo laboral (derecho del trabajo). Toyama explica que este supuesto “no laboraliza” una relación civil, sino únicamente genera consecuencias tributarias. El contrato sigue siendo civil, pero los ingresos del contratado son rentas de 5° categoría, sin que ello constituya una remuneración³³ (Toyama Miyagusuku, Remuneraciones, rentas y la Sunat, 2001, pág. 296).

Análisis del Graduando

Estamos frente una relación civil regido por características especiales, que es el servicio prestado en las instalaciones de la empresa, haciendo uso de herramientas de trabajo proporcionado por el usuario, siendo este último quien asume los gastos. De este modo, se observan algunos indicios de laboralidad, como el uso de herramientas proporcionadas por la empresa o la prestación de servicios en lugar y horario determinado. De hecho, conforme la doctrina y jurisprudencia analizada previamente, un indicio de laboralidad es la entrega de materiales, el cual debe ser valorado a la luz de otros medios probatorios, donde lo que debe reforzarse es la autonomía en el ejercicio de la prestación de servicios o el elemento de subordinación. En tal virtud, sería erróneo tomar en consideración solo estos elementos para concluir la existencia o no de un vínculo laboral, ya que se deben evaluar otros factores.

³² Las rentas de 4° categoría son las obtenidas, entre otras, por el ejercicio individual de cualquier profesión u oficio, mientras las rentas de 5° categoría, son las que se producen en el marco de una relación de dependencia.

³³ El autor señala que no basta con acreditar dependencia en relación al lugar y horario de trabajo ni la asunción de materiales y gastos por parte de la empresa, sino que es necesario otros elementos relevantes como el poder sancionador o fiscalizador, la sujeción a directrices de la empresa, entre otros. Inclusive, el artículo 20 del Reglamento de la LIR indica que esta precisión es sólo para efectos tributarios.

De la lectura del Expediente, hay elementos para afirmar que los empresarios comisionistas tienen en realidad un vínculo laboral, no solo por las herramientas, sino por el control constante de parte de Telefónica (dirección y fiscalización), el tipo de actividad principal y permanente, la inserción en la organización empresarial, entre otros. En consecuencia, resulta incorrecto analizar solo este elemento para determinar si estamos frente una relación civil o no, ya que deben valorarse en conjunto con otros indicios para tener una respuesta sobre la laboralidad de la relación.

B. DERECHO ADMINISTRATIVO

4.3 La naturaleza del acta de infracción y la nulidad del acto administrativo

4.3.1 ¿Cuál es la naturaleza del acta de infracción? En esa línea, ¿cómo se desarrolla la potestad fiscalizadora y sancionadora en la inspección del trabajo?

Acto administrativo

El artículo 1 LPAG regula el concepto de acto administrativo, que se entiende como la declaración unilateral voluntaria de una entidad destinada a producir efectos jurídicos en la esfera jurídica del administrado respecto una situación concreta. No obstante, la norma también detalla cuáles no son considerados actos administrativos, destacándose los actos de administración interna destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios, así como los comportamientos y actividades materiales de la entidad. En relación a esta definición, Juan Carlos Morón sostiene que este tiene 6 elementos explicados en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 12: Elementos del Acto Administrativo

ELEMENTO	DETALLE
Una declaración de cualquiera de las entidades	El acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exteriorización emanado por cualquiera de los órganos de una entidad. Es una decisión unilateral y una manifestación del poder público.
Destinado a producir efectos jurídicos externos	Esta actividad productora de efectos jurídicos caracterizada por dirigirse al exterior de la organización administrativa que lo emite, hacia los ciudadanos, otras entidades, entre otros. Estos efectos pueden ser actuales o futuros, pero siempre directos, públicos y subjetivos. Se excluye de este ámbito los actos internos de la administración.
Recae en derechos, intereses y obligaciones de los administrados	La calidad del acto administrado es reservada para aquellas decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, en sus derechos, intereses u obligaciones. Sobre el administrado (sujeto pasivo) recae el efecto del acto. En ese sentido, están excluidos los actos dirigidos a producir efectos indirectos en el ámbito externo.
En una situación concreta	Los efectos subjetivos que producen son concretos en materia y situación jurídica específica, lo que se diferencia de los reglamentos que son abstractos, generales e impersonales.
En el marco del derecho público	La actuación pública que califica como acto administrativo está sujeto a los preceptos del derecho público, es así que, este acto se califica por la potestad pública ejercida a través de ella.

Puede tener efectos individualizados o individualizables (artículo 29)	Al momento de su dación puede tener un efecto individualizado o individualizable. Lo importante es que, al momento de su ejecución, ya este individualizado perfectamente.
---	--

Fuente: (Morón Urbina J. C., 2001, págs. 243-246)

Elaboración: Propia

En aquellos actos que no son considerados actos administrativos, conviene resaltar los comportamientos materiales o hechos administrativos subjetivos contenidos en el artículo 1.2.2 LPAG, el cual hace referencia a la actuación física u operativa de los órganos administrativos que produce la adquisición, modificación o transferencia o extinción de relaciones jurídicas, señalando como ejemplo la actividad de inspección, demolición de un edificio o notificación (Ibídem, pág. 244).

Policía administrativa y servicio público

La administración tiene diversas formas de actuación denominadas potestades, las cuales son la ordenadora o de policía, de fomento, prestacional o de servicio público, reglamentaria, sancionadora, y solución de controversias. La actividad de policía administrativa consiste en la ejecución de leyes que limitan los derechos de los particulares en razón del interés público. Asimismo, Esteve Pardo desarrolla las características de la policía administrativa: (i) es una actividad de la administración orientada al mantenimiento del orden público; (ii) la noción de orden público opera como referencia finalista de esta actividad; (iii) se desarrolla mediante el empleo de fórmulas y técnicas jurídicas características como las sanciones, órdenes, autorizaciones, inspecciones, entre otros; y, (iv) son fórmulas que pretenden evitar y rechazar los peligros que pudieran evitar el orden público (Esteve Pardo, 2011, págs. 358-359).

En ese marco, el servicio público es una forma de intervención en la actividad de los particulares con la finalidad de mantener el orden público, por lo que usa las técnicas de policía administrativa otorgado mediante potestades específicas; por tanto, es una actividad jurídica de garantía y no una actividad material de prestación (Carreras Schabauer, 2011, págs. 487-489). Conviene subrayar que, al ser una actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, pueden identificarse 3 elementos asociados a su definición: el orgánico, funcional y material³⁴. Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 40 del Expediente N° 034-2004-PI/TC desarrolla los elementos que caracterizan al servicio público: (i) su naturaleza es esencial para la comunidad (de interés público); (ii) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; (iii) tiene naturaleza regular, es decir, debe mantener un estándar mínimo de calidad; y, (iv) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

El Sistema de Inspección del Trabajo

³⁴ El primero significa que se encuentra dirigido por una persona pública, por lo cual, los órganos de la administración se encargan de gestionar dicha actividad; la segunda, es que la actividad es de interés general; el tercero, es el régimen jurídico, que concierne a las reglas aplicables al servicio público, por lo tanto, este régimen estaría conformado por reglas que los particulares, en el ejercicio de sus actividades, no pueden utilizar (Zegarra Valdivia, 2012, págs. 22-23).

El artículo 3 del Convenio N° 81, Convenio sobre la Inspección del Trabajo de la OIT, señala que el sistema de inspección estará encargado de: (i) velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores en ejercicio de su profesión; (ii) facilitar información técnica y asesorar a empleadores y trabajadores; (iii) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén cubiertos por las disposiciones legales existentes (Toyama & Higa García, 2011, pág. 222).

Asimismo, según la doctrina, existen 3 tipos de sistemas de inspección: el generalista, especialista y de equipos multidisciplinarios. El ordenamiento peruano ha optado por el modelo generalista, lo cual significa que los inspectores tienen atribuciones amplias de competencias, abarcando diversos asuntos relacionados a la protección social y las condiciones de trabajo. En ese sentido, tienen libertad amplia (discrecionalidad) y flexibilidad para realizar las diligencias inspectivas que consideren necesarias para cumplir con la finalidad de la función inspectiva prevista en la LGIT (García Granara, Alcances y límites de la inspección del trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú, 2008, págs. 304-306).

El Sistema de Inspección del Trabajo es de carácter único, polivalente e integrado, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral³⁵. Asimismo, la LGIT dispone que tiene por objeto regular el Sistema de Inspección de acuerdo con el Convenio N° 81 y precisa que la Inspección del Trabajo es un servicio público. En ese marco, delimitaron conceptos, fijaron principios y establecieron las etapas del proceso de inspección, que son la planificadora, inspectora y sancionadora (Requejo Alemán, 2013, págs. 12-13). En dicha línea, es importante realizar las siguientes precisiones conceptuales:

- (i) Un sistema funcional tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas, siendo el Poder Ejecutivo responsable de operar y reglamentar dichos sistemas, conforme el artículo 45 de la Ley N° 29981, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- (ii) Es un sistema único porque se distingue de cualquier otra actividad que desarrolle el MTPE u otro órgano administrativo.
- (iii) Es un sistema polivalente porque sus misiones son variadas y cada una de ellas debe mantener la funcionalidad del sistema (Requejo Alemán, 2013, págs. 13-14).

Inspección del Trabajo

La LGIT en su artículo 1 lo define como *“(...) el servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio N° 81 de la OIT”*. Asimismo, mediante el Decreto Legislativo N° 1451, se incorpora la definición de la función inspectiva,

³⁵ Cabe precisar que la inspección del trabajo se encontraba a cargo de la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, y actualmente está a cargo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

que “(...) es la actividad que comprende el ejercicio de la vigilancia y exigencia del cumplimiento del ordenamiento socio laboral y de seguridad y salud en el trabajo, así como de brindar orientación y asistencia técnica”.

Asimismo, Requejo Alemán explica que la inspección es un servicio público debido a que: “(...) está a cargo del Estado y se ejecuta a través de funcionarios públicos, y representa una necesidad básica colectiva a ser satisfecha plenamente por el interés general que despierta, más aun cuando el derecho del trabajo es una actividad tutelar y garantista, conforme las normas constitucionales que la inspiran” (Requejo Alemán, 2013, pág. 14). De este modo, tienen diversas reglas que limitan la actividad de los particulares y empleadores en pos del interés público.

En ese orden, el artículo 1 LGIT define las actuaciones inspectivas como: “(...) las diligencias que la Inspección del Trabajo sigue de oficio, con carácter previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador³⁶, para comprobar si se cumplen las disposiciones vigentes en materia socio laboral y poder adoptar las medidas inspectivas que en su caso procedan, para garantizar el cumplimiento de las normas socio laborales”.

Potestades administrativas en la Inspección del Trabajo

La competencia administrativa es la facultad de los distintos órganos de la administración para desarrollar las tareas asignadas dentro del marco de potestades otorgadas por la ley, donde se distinguen 3 modalidades: normativas, de fiscalización y sancionadoras. Asimismo, la ley determina si un órgano puede ejercer una o más modalidades; en el caso de la fiscalización, está puede ser ejercida de manera previa o con posterioridad a la actividad sujeta a control. Según Fernández Ramos, la parte correctora ha estado vinculada con la potestad sancionadora, ya que, si bien no necesariamente deben desligarse, persiguen fines distintos y se diferencian por las características propias de cada potestad. En síntesis, la fiscalización es una modalidad de competencia administrativa y una manifestación del poder de policía independiente de la potestad sancionadora. (Francia Acuña, 2008, págs. 280-281).

En específico, la Inspección del Trabajo, mediante la función inspectiva, ejerce el poder de fiscalización del Estado sobre la vigilancia y exigencia del cumplimiento del ordenamiento socio laboral y de seguridad y salud en el trabajo, en el marco de las finalidades de la inspección previsto en el artículo 3 LGIT. Posteriormente, luego de las actuaciones inspectivas y dependiendo del caso concreto, se inicia el procedimiento administrativo sancionador, que es una manifestación de la potestad sancionadora del Estado.

La potestad fiscalizadora

³⁶ El mismo artículo define el procedimiento administrativo sancionador en la Inspección del Trabajo como: “(...) el procedimiento administrativo especial que se inicia siempre de oficio con la notificación del documento de imputación de cargos, que comprende los actos y diligencias conducentes a la determinación de la existencia o no de la responsabilidad administrativa en la comisión de infracciones en materia socio laboral y a la labor inspectiva, así como por infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo advertidas mediante las actas de infracción derivadas de actuaciones de investigación o comprobatorias de la inspección del trabajo”.

Debemos destacar que por un tiempo no hubo una regulación general de esta potestad que otorgase predictibilidad a los administrados, lo cual generó que las entidades con facultad de fiscalización establecieran una regulación propia de forma directa o indirecta, como la inspección del trabajo (Maraví Sumar, 2020, págs. 86-87). A saber, si bien la Constitución no consagra expresamente la función de fiscalización o inspección, existen referencias indirectas o lineamientos que han sido desarrolladas por el Tribunal Constitucional. Al respecto, Tirado Barrera destaca 4 características básicas:

- (i) Es una potestad administrativa, es decir, un poder abstracto y genérico otorgado a la Administración Pública, proveniente de un mandato legal con capacidad de modificar, extinguir o aprobar situaciones jurídicas de los administrados.
- (ii) Es de naturaleza individual al no requerir la voluntad del administrado o de otros sujetos para su plena eficacia y ejecución. En ese sentido, es una atribución unilateral, donde la intervención de un particular a través de una denuncia no lo convierte necesariamente en partícipe del procedimiento, de hecho, este acto es respondido conforme a ley, y no implica que sea un paso previo para su ejercicio.
- (iii) Es una potestad restrictiva o limitativa de derechos del administrado. Por esta razón, se exige un respeto irrestricto al principio de legalidad con la finalidad de proteger y cautelar los derechos de los administrados, así como la exigencia de que sus atribuciones sean fijadas por ley.
- (iv) Es una potestad reglada o discrecional. De este modo, se puede observar 2 situaciones, una primera de las condiciones necesarias para su configuración, y otra, de la ejecución individualizada de las potestades inspectoras (Tirado Barrera, 2011, págs. 253-255).

Frente la ausencia regulatoria, se publicó el Decreto Legislativo N° 1272, que incluye, en el Título IV de Procedimientos especiales que originalmente desarrollaba el procedimiento trilateral y sancionador, un capítulo referido a la actividad administrativa de fiscalización (Maraví Sumar, 2020, pág. 85), donde el artículo 228-A lo define como:

(...) el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos". (El subrayado es nuestro).

De este modo, el grupo de trabajo constituido en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para actualizar la LPAG incluyó dicha regulación, pues consideraba que la actividad de fiscalización no era propia de los procedimientos administrativos (Maraví Sumar, 2020, pág. 86). Al respecto, Rebollo Puig concluye que no es un procedimiento administrativo propiamente dicho, ya que no necesariamente está sometido a sus reglas y principios, como el de contradicción y defensa; además, no reúne las características formales, como ser el conjunto de actos y diligencias destinadas a emitir un acto administrativo. No obstante, precisa que el legislador puede procedimentalizar ciertos aspectos de la inspección (Rebollo Puig, 2013, págs. 16-18).

Asimismo, Morón Urbina refiere que uno de los efectos de la potestad de inspección es la verificación o constatación del incumplimiento de las condiciones o requisitos normativos, el cual puede derivar en el ejercicio de la potestad sancionadora, aunque ello no supone asimilar la potestad de fiscalización al procedimiento sancionador. Así, la constatación y actuaciones inspectivas pueden ubicarse en una etapa previa al procedimiento sancionador, pero no asimilarse; resaltándose que persiguen fines distintos: uno es verificar si el administrado cumple o no con la normativa vigente; y el otro, reprimir ciertas conductas al determinar la responsabilidad objetiva para imponer una sanción administrativa (Morón Urbina J. , 2015, págs. 742-745).

En nuestra opinión, la actividad de fiscalización no es un procedimiento administrativo propiamente dicho, pero en el caso de la inspección del trabajo, el legislador optó por procedimentalizar ciertos aspectos. Partiendo del marco general, el artículo II de la LPAG regula las actuaciones de la función administrativa, como la fiscalización, y que los procedimientos especiales regulados por ley se rigen supletoriamente por la LPAG; por tanto, podemos inferir que le resulta aplicable los principios regulados en su artículo IV. Asimismo, el artículo 235.2 LPAG dispone que, previo al inicio formal del procedimiento sancionador, podrán realizarse actuaciones de investigación e inspección con el objeto de determinar, con carácter preliminar, si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

En el marco específico, el artículo 10 LGIT detalla que a las actuaciones de la Inspección del Trabajo no les resulta aplicable las disposiciones contenidas en el Título II LPAG, que regula el procedimiento administrativo, salvo por expresa remisión de las mismas; en efecto, la LGIT no lo considera como procedimiento administrativo, pero sí precisa remisiones como el derecho a la denuncia (artículo 105 LPAG). Igualmente, la Undécima Disposición Final y Transitoria señala que se aplica supletoriamente la LPAG. Asimismo, el artículo 6 regula la atribución de competencias de la función inspectiva a los inspectores de trabajo, mientras el artículo 41 LGIT desarrolla la atribución de competencias sancionadoras de primera y segunda instancia de la AIT.

Así, si bien los inspectores gozan de discrecionalidad y autonomía para su ejercicio, se enmarcan dentro de un sistema jurídico socio laboral (principios regulados en el artículo 2 LGIT) y en principios generales del procedimiento administrativo (regulados en el artículo IV del Título Preliminar LPAG) que limitan su actuación.

La potestad sancionadora

Es una manifestación de la actividad de policía administrativa, que consiste en la posibilidad de imponer sanciones a los particulares por realizar una actividad que atente contra el interés público. Por ejemplo, es correcto inferir que la libertad de empresa se ejerce con sujeción a la ley, siendo una limitación básica el respeto a las normas socio laborales, ya que velan por el cumplimiento los derechos laborales y limitan su ejercicio en función a ello, destacándose la vinculación del orden público con el Derecho del Trabajo (Fundamento 53 del Expediente N° 7320-2005-AA/TC que interpreta el artículo 59 de la Constitución).

Acerca de esta potestad, Espinoza Laureano señala la importancia de la inspección para el cumplimiento de la normativa laboral³⁷, y sostiene que la inspección del trabajo es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, pero al mismo tiempo constituye un medio para alcanzar la efectividad de los derechos sustantivos de los trabajadores (Espinoza Laureano, 2013, págs. 30-31; 112).

En el marco general, el artículo 230 LPAG regula los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador, y mediante el Decreto Legislativo N° 1272 se agregó el principio de culpabilidad. En específico, el artículo 44 LGIT establece los principios del procedimiento sancionador en sede inspectiva, y el artículo 52 RLGIT dispone que, además de los principios regulados en dicho artículo, se aplican los principios generales que regulan la potestad administrativa (artículo 230 LPAG). Con respecto a ello, no es indispensable la inclusión de los principios en una norma para que sea aceptado como tal en nuestro ordenamiento, pero si es recomendable. Javier Neves y García Granara comparten la opinión de que cuando un principio es reconocido expresamente por una norma, deja de ser una directiva supletoria, informadora y de interpretación, para ser una regla objetiva de cumplimiento obligatorio y general (Ibídem, pág. 27).

En particular, el procedimiento administrativo sancionador inicia de oficio con la extensión del acta de infracción, la cual es una facultad inspectiva conforme el artículo 5.5 LGIT, y forma parte del trámite del referido procedimiento (artículo 45 LGIT). Asimismo, el artículo 234 LPAG señala que una característica del procedimiento administrativo sancionador es diferenciar en su estructura la autoridad que conduce la fase instructora de la que decide la aplicación de la sanción. Un tiempo no hubo claridad respecto dicha diferencia, hasta la reciente modificación del artículo 53 del RLGIT que lo desarrolla en 2 fases:

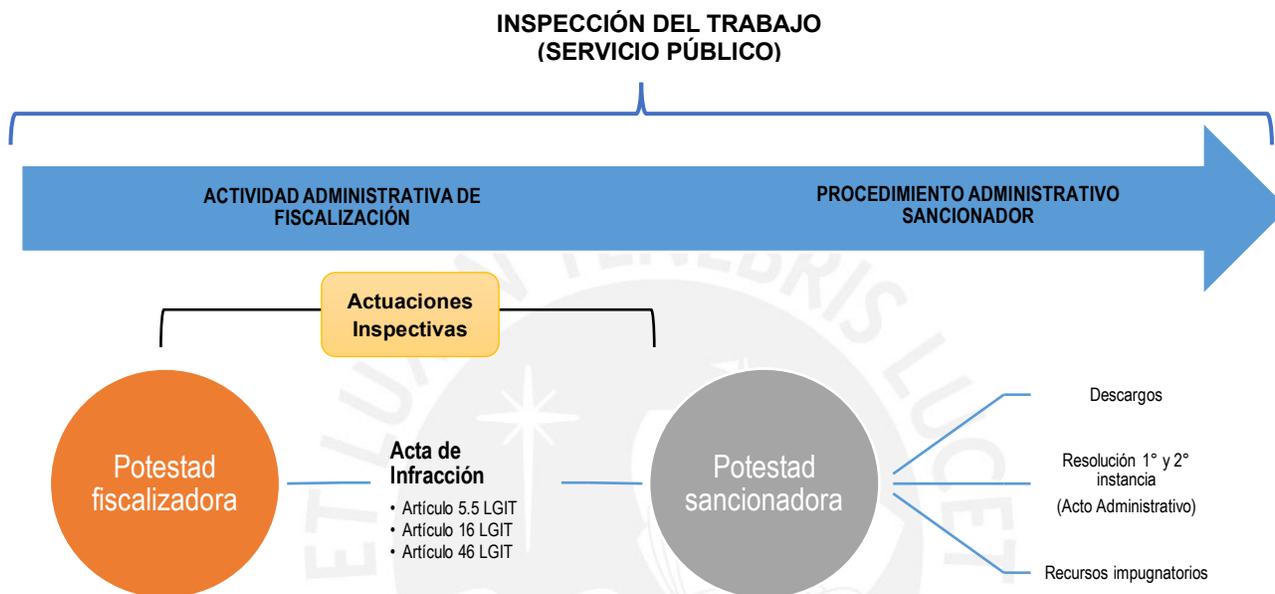
- (i) La instructora: Inicia a mérito del acta de infracción, se notifica, prosigue con la presentación de descargos, finalizando con el informe final de instrucción, el cual declara la existencia o no de la infracción.
- (ii) La sancionadora: Inicia con la recepción del informe final, sigue con la emisión de la resolución correspondiente que es susceptible de impugnación. Los actos de inicio y trámite, como el acta de infracción, no son impugnables.

Desarrollo de la potestad fiscalizadora y sancionadora en la Inspección del Trabajo

Concluimos que en la Inspección del Trabajo se desenvuelve la potestad fiscalizadora y sancionadora, donde las actuaciones inspectivas son diligencias previas al procedimiento administrativo sancionador y tramitadas mediante una orden de inspección; y la potestad sancionadora se inicia de oficio con el acta de infracción y finaliza con las resoluciones de primera y segunda instancia que ponen fin al procedimiento administrativo, donde el inspector ya no participa, pero por sus actuaciones se determina el curso del expediente.

³⁷ Sobre la pregunta ¿la norma laboral tiene sentido sin la inspección? María Luz Vega destaca: la idea de un control independiente de la legislación laboral que aparece como una prioridad desde las primeras manifestaciones del Derecho Social; las ventajas que ofrece el procedimiento administrativo respecto el judicial; y, la vinculación del Derecho del Trabajo con el interés público (Espinoza Laureano, 2013, pág. 28).

Por tanto, ambas potestades deben interpretarse conforme los principios aplicables, por un lado, los previstos en el Título Preliminar LPAG, así como los principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo (artículo 2 LGIT), que se extienden en ambas potestades. Por otro lado, la potestad sancionadora se rige por los principios generales de la LPAG, así como los específicos previstos en la LGIT y su Reglamento. Al respecto, la emisión del acta de infracción es una facultad inspectiva del inspector, adoptada una vez finalizada las diligencias inspectivas (actividad de fiscalización); y al mismo tiempo, a mérito de esta se inicia el procedimiento administrativo sancionador (potestad sancionadora). Ello puede graficarse de la siguiente manera:



Naturaleza del acta de infracción

¿Acto administrativo?

Conforme lo explicado, el acta de infracción es el resultado de la actividad administrativa de fiscalización que se adopta una vez finalizada las diligencias inspectivas. Por lo tanto, al no ser un procedimiento administrativo propiamente dicho, no es conducente a emitir un acto administrativo, aunque el legislador optó por procedimentalizar algunos aspectos. Asimismo, corresponde analizarlo según los 6 elementos del acto administrativo desarrollado por Morón:

- (i) Una declaración de la entidad: El acta de infracción es el resultado de las actuaciones inspectivas y con el cual se inicia el procedimiento administrativo sancionador, además tiene un contenido predeterminado por Ley. En ese sentido, es un acto operativo de la entidad, y no una declaración en sentido estricto como elemento del acto administrativo.
- (ii) Destinado a producir efectos jurídicos externos: Los hechos constatados por los inspectores se formalizan en el acta de infracción, y sobre este, la empresa notificada presenta sus descargos. De este modo, es un acto que no produce efectos futuros o presentes, directos, públicos y subjetivos, de hecho, es un acto de mero trámite, un

- acto propio al interior de la entidad mediante el cual se inicia la fase sancionadora. Los efectos jurídicos se producen recién con la resolución de sub intendencia, mediante la cual se impone una multa, es decir, un efecto jurídico directo y concreto.
- (iii) Recae en derechos, intereses y obligaciones de los administrados: El acta de infracción se ubica en una etapa preparatoria que sirve de insumo para la elaboración de la resolución administrativa y dentro de la potestad fiscalizadora, por lo cual, no es una decisión que por sí misma genera efectos jurídicos sobre los derechos, intereses u obligaciones de los administrados, en realidad, produce un efecto indirecto en el ámbito externo.
 - (iv) Recae en una situación concreta: El acta de infracción apunta a una situación concreta, con la salvedad de que no estamos frente a un efecto jurídico.
 - (v) En el marco del derecho público: El acta de infracción se enmarca dentro de las facultades inspectivas que goza el inspector de trabajo.
 - (vi) Puede tener efectos individualizados o individualizables: Si bien parte del contenido es la identificación del sujeto responsable, no se da en el marco de producir efectos jurídicos, sino en una fase previa a la emisión del acto administrativo contenida en la primera resolución.

Sobre la noción del acto administrativo, Ramón Huapaya critica su definición tradicional e incide en adoptar un concepto estricto del acto administrativo en función a su contenido regulador. De esta manera, desarrolla aquellos casos que no serían actos administrativos en sentido estricto por carecer de contenido regulador, como los actos de trámite, y explica que estos contienen actos preparatorios, formativos de una decisión administrativa final o resolutorio de un procedimiento. Asimismo, en una clasificación procesal, siguiendo a Bocanegra, precisa que estos tienen una función subordinada a la resolución final y preparatoria a esta. (Huapaya Tapia, 2010, págs. 122-123, 129).

Del mismo modo, el citado autor explica que el concepto de acto administrativo no decisorio, denominado también actuación administrativa o actos de trámite, en realidad constituyen: *“(...) declaraciones de voluntad administrativa que carecen de contenido decisorio o regulador de relaciones jurídicas, y que para configurarse jurídicamente recurren a las formas del acto administrativo, aunque no tienen la esencia fundamental de éste”*. Por consiguiente, opina que es admisible la coexistencia de ambos, del acto administrativo en sentido estricto regulado en el artículo 1 LPAG, y los actos administrativos de contenido no decisorio, donde la diferencia radica en el contenido decisorio o regulador de relaciones jurídicas (Ibídem, pág. 132-133).

Sobre el tratamiento de su naturaleza en la jurisprudencia administrativa, la Intendencia de Lima Metropolitana emitió la Resolución de Intendencia N° 085-2015-SUNAFIL/ILM, mediante la cual sostiene que este es un acto de la administración y forma parte de las piezas procesales del expediente administrativo. En consecuencia, no son productores de efectos jurídicos directos, pero si constituyen medios de prueba que la administración genera durante las actuaciones inspectivas. El Fundamento 8 señala lo siguiente:

“Cabe precisar que la naturaleza de las Actas de Infracción no es la de un acto administrativo, por el contrario, son actos de la administración, consistentes en

*manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación, juicio, deseo, etc., formando gran parte de las piezas procesales de los expedientes administrativos, **considerándose actos no productores de efectos jurídicos directos, pudiendo ser medidas de prueba que la administración produzca durante el procedimiento**: Pericias, declaraciones testimoniales, producción de pruebas, actas documentales o instrumentales, etc.” (El subrayado es nuestro).*

En referencia a lo antes desarrollado, Toyama y Neyra sostienen que el acta de infracción es: “(...) un documento público que resume el proceso de investigación del inspector laboral y que contiene una acusación a la empresa y ante ello, se debe realizar el descargo correspondiente”. En ese sentido, no es un acto administrativo debido a que no produce efectos jurídicos externos, por lo cual, lo consideran como un acto de mero trámite, ya que con este se inicia el procedimiento administrativo sancionador, siendo un acto preparatorio no impugnabile (Toyama Miyagusuku & Neyra Salazar, Debido proceso, nulidad e inspecciones laborales : ¿qué criterios están aplicando el Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial?, 2011, pág. 202).

¿Presunción de veracidad?

Por tanto, el acta de infracción no es un acto administrativo propiamente dicho, sino un acto de la administración con efectos indirectos (actos de trámite o acto administrativo no decisorio); además, tiene una presunción de veracidad de naturaleza *iuris tantum*, la cual es una herramienta jurídica que sirve de sustento para que la AIT resuelve los descargos y apelaciones según el caso particular³⁸.

En relación a ello, el artículo 16 LGIT señala que los hechos constatados se presumen cierto salvo prueba en contrario; asimismo, el artículo 47 LGIT regula que los hechos constatados merecen fe sin perjuicio de las pruebas que pueden aportar los sujetos responsables. De forma complementaria, el artículo 46 LGIT y 54 RLGIT desarrollan el contenido mínimo de las actas de infracción. Igualmente, el Decreto Legislativo N° 1272 incorpora el artículo 228-F, el cual detalla el contenido mínimo del Acta de Fiscalización precisando que dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario. A su vez, ello motivó la modificación del artículo 54 RLGIT³⁹.

Con respecto a dicha presunción, existen diversas posturas sobre su tratamiento en el proceso inspectivo: (i) una primera postura es a favor (*directa o presunción de certeza expresa*), justificándola con el principio de eficacia de la administración⁴⁰; (ii) otra postura

³⁸ Bermejo Vera explica lo siguiente: “El ejercicio de la potestad de inspección se materializa, por lo general, en documentos concretos denominados usualmente como Actas. Estos documentos son antecedente imprescindible para que la inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del Acta no necesariamente garantiza la autenticidad, y el órgano que debe adoptar la decisión definitiva no está vinculado estrictamente por dicho contenido, dado que, frente al ejercicio de la potestad de inspección, los inspeccionados disponen de un completo cuadro de garantías que sirven de compensación a esta relevante potestad” (Tirado Barrera, 2011, pág. 259)

³⁹ En la exposición de motivos se justifica la regulación general y uniforme respecto a la fiscalización. Así, elimina un vacío legal y busca reglas mínimas, donde se aprecia un valor probatorio o una presunción de veracidad según la regulación de cada entidad (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, pág. 48).

⁴⁰ Esta termina siendo una elección legítima y razonable del legislador para regular el acta de infracción. Así, siendo que la finalidad de la función inspectiva es velar por el cumplimiento de normas socio laborales, además

(*indirecta – documento público*), rechaza aplicar esta presunción de veracidad y propone considerar que tiene valor probatorio⁴¹, por lo cual debe valorarse junto con otros medios probatorios, como los descargos, a fin de que sea la AIT quien resuelva qué posición le genera certeza (Tirado Barrera, 2011, pág. 259).

En dicha línea, Tirado Barrera opina que la presunción de veracidad implica un modelo legal de prueba tasada, pues la Ley le otorga un valor probatorio predeterminado al acta de infracción que limita la capacidad cognitiva del juez (Ibídem, pág. 260). Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta postura, ya que el acta de infracción cumple con requisitos mínimos, además de que se guía por una serie de principios que abarca la inspección laboral. En efecto, no se limita la capacidad cognitiva del juez, por el contrario, son valoradas debidamente tanto en sede administrativa como el control judicial posterior.

Por otra parte, Toyama y Neyra opinan que la presunción es otorgada por Ley a las resoluciones en tanto califican como actos administrativos, siempre que estén motivados y observando el debido proceso. En esa línea, al ser el acta un documento público, no podría haber una presunción de inocencia de certeza cuando la empresa brinda sus descargos y esta goza de presunción de inocencia. Así, no es una presunción auténtica, simplemente es una ratificación al ser un documento que merece fe pública al ser emitido por un funcionario público (el inspector de trabajo), el cual constituye un respaldo probatorio para el órgano resolutor (Toyama Miyagusuku & Neyra Salazar, Debido proceso, nulidad e inspecciones laborales : ¿qué criterios están aplicando el Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial?, 2011, págs. 201-202).

Recapitulando, el ejercicio de la potestad de inspección se materializa en documentos concretos denominados actas, los cuales tienen una presunción de certeza *iuris tantum*, que se materializa en el trámite del procedimiento administrativo sancionador, concretamente los descargos, espacio donde la empresa puede cuestionar las afirmaciones del inspector, dejando de lado la presunción de certeza y absteniéndose de imponer una sanción⁴². Ello, en el marco de la potestad sancionadora, pues a diferencia de la fiscalizadora, el sujeto inspeccionado puede ejercer su derecho de defensa, siendo la AIT encargada de valorar y decidir qué posición le genera certeza para emitir una resolución administrativa (Toyama & Higa García, 2011, págs. 228-229).

de que los inspectores son funcionarios públicos, resulta razonable presumir como hechos objetivos constatados los contenidos en el acta de infracción, respetando los requisitos sustantivos y procedimentales establecidas por la Ley (Tirado Barrera, 2011, pág. 259).

⁴¹ Severiano Fernández Ramos opina que el valor probatorio de las actas es compatible con el principio de presunción de inocencia porque no constituye una verdadera presunción que anule esta última. En realidad, las actas tienen requisitos subjetivos y formales, además de que revelan una actividad probatoria, observando los límites legales de la actividad discrecional de los inspectores. En ese sentido, no es una presunción incondicionada de validez general, sino una presunción que dependerá de que se cumplan sus requisitos mínimos. En efecto, la actividad probatoria realizada por el inspector respalda el acta y le otorga validez probatoria, siempre que se cumpla con los requisitos mínimos previstos por la Ley (Tirado Barrera, 2011, pág. 259).

⁴² Matallana sostiene que lo constatado por el acta solo puede mantenerse como verdad incuestionable en tanto el sujeto inspeccionado no realice ninguna actividad probatoria de defensa. En cuanto lo haga, la autoridad de trabajo deberá realizar una valoración libre y conjunta, a fin de ratificar lo señalado en el acta, o incluso desvirtuar las afirmaciones del inspector (Toyama & Higa García, 2011, pág. 228).

¿Valor probatorio?

El inspector está encargado de realizar la labor fiscalizadora como parte del ámbito de discrecionalidad del sistema inspectivo⁴³, y la AIT es quien emite el pronunciamiento sobre si el sujeto cometió una infracción o no, evidenciándose la diferencia entre ambas potestades. Por tanto, el acta constituirá un medio de prueba de la administración que tiene una presunción de certeza relativa, la cual deberá ser valorado en adelante junto con los descargos. De este modo, resulta imperativo que el inspector utilice sus facultades inspectivas, a fin de justificar las razones de por qué le genera certeza la propuesta de sanción contenida en el acta de infracción.

Conviene subrayar que el sujeto inspeccionado (la empresa) no podrá interactuar con quien valore las pruebas (el inspector) durante la actividad administrativa de fiscalización, pero sí podrá ejercer su derecho de defensa y de doble instancia, tanto en su escrito de descargos como de apelación durante el procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, tiene la garantía del control judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

A saber, resaltamos que el principio de debido proceso regulado en el artículo IV LPAG es aplicable para ambas potestades en el marco de la Inspección del Trabajo. En esa línea, si se aprecian contradicciones o una constatación inadecuada de los hechos, el órgano competente deberá abstenerse de emitir una sanción, ya que estaría vulnerando el derecho al debido proceso, siendo una de sus manifestaciones, el derecho a probar. En consecuencia, se infiere que las afirmaciones del inspector, como una manifestación del debido proceso en materia probatoria, deberán tener un adecuado respaldo, además de un razonamiento lógico-jurídico idóneo, quedando fuera de su alcance las que no cumplan con estos requisitos mínimos, en cuyo caso, no podrán prevalecer frente a otros medios de prueba que sean aportados por el sujeto inspeccionado (Ibídem, pág. 229). Así, la Corte Superior de Juliaca en la Resolución N° 12-2010 correspondiente al Expediente N° 412-2010, ha resuelto que:

“(…) la inspección en el trabajo debe contar con pruebas y constataciones específicas que permitan formar una convicción adecuada al inspector sobre el cumplimiento o no de las obligaciones laborales (...). No basta con una fiscalización que apunte a meras declaraciones de los inspectores, es necesario que las conclusiones de una inspección laboral sean debidamente respaldadas” (El subrayado es nuestro).

Al respecto, un elemento a considerar es que el acta de infracción por sí sola no constituye un medio probatorio que acredite la existencia de una relación laboral, sobre todo cuando está pendiente de resolver el procedimiento inspectivo. Este criterio fue recogido por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 6 del Expediente N° 0967-2013-PA/TC:

⁴³ La ley otorga un margen de discrecionalidad a los inspectores a efectos de verificar algún incumplimiento, y también para colaborar a que la actuación de las pruebas no suceda de forma desordenada. Según Cavalié, los inspectores “no solamente tienen libertad para decidir la forma en que llevará a cabo sus actuaciones, sino que además gozan de discrecionalidad para decidir y desarrollar su plan de acción” (Toyama & Higa García, 2011, pág. 229).

*“(...) para este Tribunal, del análisis conjunto de los medios probatorios que obra en autos, **la citada acta no constituye, para el presente caso, por sí sólo un medio probatorio irrefutable que acredite fehacientemente la existencia de una relación laboral** el demandante y la entidad emplazada, puesto que el procedimiento administrativo en el cual ha sido expedida la citada acta aún se encuentra en trámite (...)”* (El subrayado es nuestro).

¿Carga de la prueba?

En cuanto a la carga de la prueba⁴⁴, quien tiene la responsabilidad de sustentar y fundamentar debidamente que el sujeto inspeccionado cometió o no una infracción susceptible de una multa, ejerciendo un equilibrio entre la presunción de certeza y la presunción de inocencia, es la AIT (Toyama & Higa García, 2011, pág. 230).

¿Carácter impugnabile?

Afirmar que el acta de infracción no es un acto administrativo, significa que, como acto de trámite o acto administrativo no decisorio, no tiene carácter impugnabile. Además, conforme el artículo 206 LPAG, solo son impugnables los actos definitivos que pongan fin al procedimiento, o aquellos actos de trámite que imposibiliten continuar o produzcan indefensión. En esa línea, el artículo 53.4.1 RLGIT señala que los actos de inicio (como el acta de infracción) y trámite no son impugnables.

Análisis del graduando

Si bien el acta de infracción no es un acto administrativo, pero al estar dentro de un estándar de protección constitucional y en función al tipo de sistema inspectivo adoptado, debe tener una lógica-jurídica que sustente los hechos constatados y la propuesta de calificación de la infracción, ya que, si bien el inspector tiene discrecionalidad y flexibilidad de actuación, debe hacerlo en el marco de los principios ordenadores del sistema de inspección del trabajo y de la LPAG que abarcan a la potestad fiscalizadora y sancionadora. En ese orden de ideas, debe interpretarse el valor probatorio del acta de infracción con su carácter de presunción de veracidad y cumpliendo los requisitos mínimos previstos por la Ley y su Reglamento.

En efecto, la presunción de veracidad contenida en el acta de infracción no vulnera la presunción de inocencia o el principio de culpabilidad del sujeto inspeccionado, pues, por un lado, es una manifestación de la potestad fiscalizadora, y, por otro lado, constituye un acto de trámite y de inicio del procedimiento administrativo sancionador (potestad sancionadora), debiendo interpretarse conforme los principios de la LPAG y la LGIT. Asimismo, no debe confundirse la presunción de certeza del acta de infracción otorgada por la LGIT con la presunción de validez del acto administrativo, situación que es confundida por Toyama al criticar la presunción de certeza del acta de infracción párrafos previos.

⁴⁴ En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae en la autoridad administrativa de trabajo, pues deberá sustentar debidamente su posición. Al respecto, Morón señala lo siguiente: *“(...) ningún administrado, en su relación con las autoridades debe aportar pruebas sobre su inocencia, sino que corresponde esta carga a la Administración (...)”*. (Toyama & Higa García, 2011, pág. 230)

Al respecto, nos parece relevante la postura de Espinoza Laureano de que la presunción de veracidad y de culpabilidad no está en contradicción con lo regulado en el acta de infracción. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español apoya la presunción legal en favor de la administración por dos argumentos: primero, la finalidad de salvaguardar el principio de efectividad de la administración en favor del interés general, por lo cual, se requiere determinadas herramientas para cumplir la finalidad de la función inspectiva; y en segundo lugar, invoca la confianza que merecen los órganos públicos sobre su actuación. En esa línea, subrayamos el principio de confianza legítima en la autoridad administrativa, que tiene un carácter rector en el procedimiento administrativo, en tanto se somete al ordenamiento, y brinda información veraz y confiable a los ciudadanos (Espinoza Laureano, 2013, págs. 101-103).

En ese orden de ideas, prestando atención al modelo de inspección regulado, debemos preguntarnos qué sucedería si no existiera esta presunción, la cual dicho de paso no es absoluta, pues admite prueba en contrario. Sobre el particular, García Rubio desarrolla las limitaciones de la administración respecto la fugacidad de los hechos en lo que se concreta las infracciones laborales. En consecuencia, de no existir ningún mecanismo legal sobre las constataciones del inspector, sería fácil que la empresa se exonere de responsabilidad, lo cual va en contra de las finalidades de la inspección del trabajo, pues bastaría que nieguen los hechos.

Por lo antes argumentado, cobra sentido lo desarrollado en los párrafos precedentes de que el acta de infracción debe sustentarse en pruebas y documentos que respalden las afirmaciones del inspector, para lo cual se utilizan una serie de herramientas reguladas en las facultades inspectivas, pues estamos frente un servicio público. En relación a la carga de la prueba, esta se encuentra en la administración tras el reconocimiento de la presunción de inocencia; es decir, respetando los parámetros constitucionales explicados previamente, subrayando la valoración conjunta que debe realizar la AIT al emitir la resolución de subintendencia. Dicha interpretación se encuentra acogida en pronunciamientos administrativos como el contenido en la Resolución Sub Directoral N° 091-2007-SDILDLG/PAS que señala expresamente lo siguiente:

*“Que, a través del Acta de Infracción a las Normas Sociolaborales, los Inspectores de Trabajo recomiendan laborizar a un grupo de trabajadores destacados [...] **sin embargo se advierte del mismo que no realizan un análisis objetivo**, ni describen la actividad principal de la usuaria, con el objeto de diferenciarla de las desarrolladas por los trabajadores destacados por las contratistas; además, tampoco llevan a cabo un análisis casuístico y técnico de las labores desarrolladas por el personal destacado a lo largo de la cadena productiva de la usuaria, **ya que la sola manifestación de los trabajadores resulta insuficiente para concluir con una opinión acertada [...] en tal sentido, tales omisiones impiden la aplicación correcta del principio de primacía de la realidad, vulnerando de esta manera el derecho constitucional a la presunción de inocencia y al debido proceso [...]**”*
(El subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02698-2012-AA/TC señala lo siguiente sobre las actas de infracción:

“(…) 15. Este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, **ha interpretado que el debido procedimiento administrativo es de observancia y aplicación obligatoria para todas las entidades y estamentos de la administración pública**, debiendo regir su actuación no solamente a las normas infra y legales, sino más allá de ello, a las de orden constitucional.

(…)

17. Ahora bien, **dichas Actas [de Infracción de la Inspección del Trabajo] no están exentas del deber de motivación de los actos administrativos, así como de la ponderación de todas las pruebas aportadas, pues precisamente dan inicio al procedimiento administrativo sancionador en ciernes, siendo que la decisión tomada por la autoridad laboral traerá como consecuencia la imposición de sanciones administrativas y pecuniarias**. Dicha inspección debe estar dotada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en términos constitucionales.

(…)

19. Debe tenerse presente, además, lo prescrito por el artículo 44 de la ya citada Ley N.º 28806, “(…) **las partes gozan de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento sancionador**, de manera que les permita exponer sus argumentos de defensa, ofrecer pruebas y obtener una decisión por parte de la autoridad administrativa de trabajo debidamente fundada en hechos y derecho (…)

(…)

20. En tal sentido, la autoridad administrativa **no ha cumplido con respetar mínimamente el contenido constitucionalmente protegido del debido procedimiento administrativo en relación a no haber evaluado las pruebas aportadas**” (El subrayado es nuestro).

En relación al carácter impugnabile, no se puede señalar directamente la nulidad del acta de infracción pues no es un acto administrativo y no es impugnabile. Para finalizar, resaltamos el desarrollo de la potestad fiscalizadora y sancionadora en la Inspección del Trabajo, pues permite reforzar la idea de que el acta de infracción no es un acto administrativo, en tanto la actividad de fiscalización no es un procedimiento administrativo que sea conducente a un acto administrativo. Asimismo, este es un acto de trámite u acto administrativo no decisorio mediante el cual se inicia en el procedimiento administrativo sancionador, el cual recién tiene efectos directos en el sujeto inspeccionado con la resolución administrativa de primera instancia con las garantías correspondientes a la potestad sancionadora.

4.3.2 ¿La aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad implica la nulidad del acta de infracción? Al respecto ¿cuál es el tratamiento de la motivación defectuosa o aparente en el caso concreto?

Nulidad del acto administrativo

El artículo 9 LPAG señala que todo acto administrativo se considera válido en tanto su nulidad no sea declarada por una autoridad judicial o administrativa. En ese orden, el artículo 10 regula las causales de nulidad:

“Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. **La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.**

2. ***El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez***, salvo que se presente adjunto alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma" (El subrayado es nuestro).*

Como se observa, la institución de nulidad es una sanción legal que priva de los efectos a un acto administrativo en virtud de un vicio originado al momento de su emisión⁴⁵. Nuestro ordenamiento regula una lista taxativa o *numerus clausus*, por lo cual, cuando un administrado pretenda la nulidad, deberá limitarse a los supuestos previstos en la norma. Por lo tanto, el defecto u omisión de los requisitos de validez, así como la contravención a las leyes y normas reglamentarias, constituyen vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho (Cuba Bustinza, 2005, pág. 68). La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, frente al cual, los administrados ya no tendrán obligación de cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a su ejecución.

Debido proceso y debida motivación

El debido procedimiento administrativo es una manifestación del debido proceso como derecho y garantía de protección. En ese sentido, este tiene un carácter instrumental en la adecuada satisfacción del interés público (Rojas Franco, 2011, pág. 181).

Por su lado, conforme el artículo 44 de la LGIT, el derecho a la debida motivación es un principio rector de todo el procedimiento administrativo sancionador. Si bien se ha establecido que el acta de infracción no es un acto administrativo, lo cierto es que como un acto de la administración debe cumplir determinados principios y razones explicadas en los párrafos precedentes; además, tiene un contenido mínimo previsto en el artículo 46 LGIT y 54 RLGIT, al igual que la resolución de sub intendencia e intendencia, por lo tanto, debe estar fundamentada precisándose el motivo de la sanción. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la garantía constitucional del acto administrativo sancionador en el Fundamento 9 y 11 del Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

En consecuencia, el derecho al debido proceso es un límite a la actuación de la AIT, debiéndose respetar durante todo el procedimiento administrativo sancionador, tanto en la etapa previa que contiene las actuaciones investigativas, como el acta de infracción y las resoluciones inspectivas que se emitan. Del mismo modo, Puntriano Rosas opina que el contenido mínimo de las actas de infracción previstos en la Ley y el Reglamento constituyen

⁴⁵ La nulidad del acto administrativo es la invalidez del acto que carece de condiciones para producir efectos jurídicos, puesto que se incurre en una de las causales de nulidad, por lo tanto, la invalidez es la consecuencia del vicio (causal de nulidad y/o requisitos de validez), que se materializa en la nulidad del acto administrativo. Roberto Dromi opina que la invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado, en razón de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa, por lo tanto, la nulidad es la consecuencia que se impone ante la transgresión al orden jurídico (Dromi, 2004, pág. 400).

una garantía del debido procedimiento en sede administrativa (Puntriano Rosas, International Society for Labour and Social Security Law, 2013).

Aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad

Según lo desarrollado en los acápites previos, su aplicación incorrecta radica primero en el acta de infracción al no ser citado expresamente por el inspector, y posteriormente a errores en la motivación tanto en la resolución de primera como de segunda instancia administrativa.

Respecto la función inspectiva de los inspectores, se destacan 3 puntos: (i) esta verifica hechos y atribuye una consecuencia jurídica a través de la calificación, por lo cual, debe existir un requisito lógico-jurídico en su actuación; (ii) el acta de infracción debe contener los hechos constatados por el inspector que motivan una determinada calificación; y, (iii) la resolución emitida en el procedimiento debe estar debidamente motivada. Por lo tanto, las comprobaciones efectuadas por el inspector servirán de sustento para las decisiones de la AIT (García Granara, Alcances y límites de la inspección del trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú, 2008, págs. 301; 310-311)

Recapitulando, el estándar constitucional del derecho a la debida motivación se extiende hasta el acta de infracción, por lo cual, aun cuando esta no sea un acto administrativo propiamente dicho, debe tener un sustento lógico-jurídico al constatar hechos y proponer calificarlos jurídicamente como una infracción laboral o no; del mismo modo, debe cumplir una serie de principios desarrollados en los párrafos precedentes, resaltándose los que aplican en ambas potestades de la Inspección del Trabajo. En consonancia con ello, la labor del inspector y de la AIT, mantiene un equilibrio entre la presunción de veracidad y el derecho a la presunción de inocencia.

Análisis del graduando

El Fundamento 11 del Expediente N° 2192-2004-AA/TC señala que la garantía de la motivación alcanza no sólo a precisar la cita legal (norma o principio) que se va utilizar, sino también de concretar el razonamiento lógico jurídico que ampara la decisión de la autoridad estatal. Dicho de otro modo, será incorrecto tanto establecer una cita legal abierta sin argumentación jurídica, como pretender esgrimir un análisis del caso concreto sin una norma o principio legal que ampare tal razonamiento. De este modo, resulta importante comentar el análisis de Puntriano Rosas, quien señala lo siguiente: “(...) *este pronunciamiento*⁴⁶ *ratifica nuestra tesis en el sentido que no solamente las resoluciones*

⁴⁶ La resolución comentada es el Expediente N° 090-2004-AA/TC, donde el Tribunal Constitucional precisó que: “(...) *el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones. En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la*

emanadas en un procedimiento administrativo sancionador deben encontrarse adecuadamente motivadas, sino todas aquella que se emitan en el procedimiento inspectivo laboral". En efecto, se refuerza la tesis del autor donde las resoluciones como las actuaciones de la administración se realizan en el marco del debido procedimiento administrativo (Puntriano Rosas, International Society for Labour and Social Security Law, 2013).

De este modo, debe interpretarse el valor probatorio del acta de infracción con su carácter de presunción de veracidad y cumpliendo los requisitos mínimos previstos por la Ley y su Reglamento. Por lo tanto, el defecto de no señalar expresamente el principio de primacía de la realidad afecta su debida aplicación. En efecto, se puede declarar la nulidad sobre la resolución de sub intendencia, la cual tendrá efecto retroactivo a la fecha del acto. Esto debe interpretarse subrayando que el acta de infracción constituye un acto preparatorio del acto administrativo en sentido estricto, pues la nulidad abarcaría todo incluyendo el acta de infracción, la cual debe respetar su contenido mínimo previsto en la LGIT y el RLGIT, junto con los principios desarrollados previamente.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias se ha pronunciado sobre el principio de debido procedimiento y el derecho de defensa, exigiendo a la Autoridad Administrativa la actuación de los medios probatorios, el pronunciamiento sobre todos los extremos alegados, entre otros aspectos (Lora Álvarez & Ávalos Rodríguez, 2009, pág. 164), lo cual hace referencia a los límites del acto administrativo. En el caso concreto, podemos evidenciar que existen vicios en la debida motivación que tienen como núcleo el acta de infracción, y se extiende por las resoluciones administrativas de primera y segunda instancia:

Cuadro N° 13: Vicios de motivación en actos procesales

ACTO PROCESAL	DETALLE
Acta de infracción	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo a lo desarrollado previamente, una primera falla es la aplicación errónea del principio de primacía de la realidad. • Si bien hubo indicios de laboralidad que fueron constatadas, no existió un adecuado análisis jurídico para acreditar que en todos los casos hubo una relación laboral, o profundizar en las razones de laboralidad. • En relación a los principios que guían la potestad fiscalizadora y sancionadora, existe una motivación defectuosa y la ausencia de un mayor análisis que sostengan los hechos constatados por el inspector en el acta de infracción.
Resolución de Sub Directoral	<ul style="list-style-type: none"> • Tenemos la aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad. Esto redundante cuando señala que no es necesario poner expresamente este principio, pues se entiende tácito en el ordenamiento. • Otro elemento es que no toman en consideración los argumentos dados por la empresa, ni los refutan por completo. • Asimismo, existe una motivación defectuosa al momento de extender la misma conclusión a los 99 "empresarios comisionistas", y una motivación aparente ya que el análisis lógico-jurídico no termina de cerrar el círculo sobre el tipo de actividad prestada.

Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes".

Resolución Directoral	<ul style="list-style-type: none"> • Una contradicción lógica se evidencia cuando señala que no es necesario poner expresamente el citado principio, pero que igual recomienda hacerlo en futuras oportunidades. • Se mantiene la motivación aparente y defectuosa identificadas en la resolución de sub intendencia.
----------------------------------	---

Fuente: Acta de infracción, Resolución Sub Directoral y Directoral

Elaboración: Propia

Es importante considerar que, con fecha 30 de octubre de 2008, la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo aprobó el Lineamiento N° 013-2008 denominado “Los Criterios Técnicos en la declaración de la nulidad de las Actas de Infracción”, en la cual se resaltó que acarrea la nulidad cuando no se cumplen los requisitos mínimos contenidos en la LGIT y su Reglamento. Asimismo, en relación a la aplicación del principio de primacía de la realidad, se determinó que es necesario un adecuado razonamiento lógico-jurídico y que en el acta de infracción se detallen los fundamentos que llevaron al funcionario a considerar la existencia de una relación laboral. En el Fundamento 3 de la Resolución Directoral N° 372-2007-MTPE/2/12.3 se señaló lo siguiente: “(...) *en ninguna parte de la misma desarrolló el razonamiento lógico jurídico que motivó dicha calificación (...)*” (Puntriano Rosas, International Society for Labour and Social Security Law, 2013).

En efecto, los problemas identificados párrafos atrás apuntan a vicios de nulidad en las resoluciones de 1° y 2° instancia, principalmente por el artículo 10.1 LPAG. Por lo tanto, debieron fallar declarando nulo lo actuado, pero salvaguardando el valor probatorio en virtud de la potestad fiscalizadora de los inspectores. Esto, a fin de que la finalidad de la función inspectiva se cumpla, y se resuelvan los problemas de nulidad en ambas resoluciones.

4.3.3 ¿La falta de precisión de los medios de investigación utilizados genera la vulneración del principio de legalidad?

Contenido del acta de infracción

La falta de precisión de los medios de investigación utilizados para la constatación de hechos implica no cumplir el contenido mínimo del acta predisposto por el artículo 46 LGIT. A su vez, esto se lee en conjunto con lo desarrollado en los párrafos precedentes sobre la naturaleza del acta de infracción y su valor probatorio, el cual debe interpretarse con los principios que rigen la potestad fiscalizadora y sancionadora. Al respecto, la AIT señaló que el acta que no contenga alguno de los elementos mínimos regulados por la Ley recae en nulidad. En esa línea, la Resolución Sub Directoral N° 264-2008-MTPE/2/12.320 señaló expresamente que: “(...) *El acta inspectiva es nula si no ha consignado los apellidos de los trabajadores supuestamente afectados*”.

Análisis del graduando

En efecto, si no se cumple lo dispuesto por la norma, como es el contenido mínimo del acta de infracción, se afectará el principio de legalidad, ya que la administración estaría actuando sin sujeción a las normas que limitan su actuación. En el caso concreto, específicamente en el numeral I “Actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias” y el II “Hechos

verificados”, se detalla la documentación exhibida, las inspecciones al centro de trabajo, los contratos de representación comercial y las entrevistas, por lo cual, si se puede evidenciar la precisión de los medios de investigación utilizados, por tanto, tampoco se afectó el principio de legalidad señalado por la Empresa.

Por lo tanto, el problema no se encuentra en el contenido mínimo del acta, sino en la debida motivación, así como la aplicación correcta del principio de primacía de la realidad. Finalmente, en la Resolución Sub Directoral se precisó que las actuaciones inspectivas fueron realizadas mediante visitas inspectivas y comprobación de datos. Lo mismo fue ratificado en el Fundamento Sexto de la Resolución Directoral, al confirmarse que la AIT indicó los medios de investigación utilizados en las actuaciones inspectivas.

4.4 Recursos impugnatorios

4.4.1 ¿Se puede presentar un recurso impugnatorio diferente a los previstos en la LPAG? En ese contexto, ¿fue correcta la decisión de la AIT?

La impugnación

El instituto de la impugnación radica en el hecho de que el juzgar es un acto humano, y como tal, es pasible de error, por lo cual, se requiere dotar a las personas de medios para revisar la decisión, buscando que se alcance la decisión más justa posible. No obstante, el problema de la revisión es que quién lo haga también va ser humano, por tanto, siempre estaría la posibilidad de error, haciendo difícil tener una decisión jurisdiccional definitiva. En ese aspecto, la apelación es el medio impugnatorio por excelencia, pero no el único (Priori Posada G. , 2003, pág. 407). Asimismo, este se entiende como una manifestación del derecho de defensa, el cual, también forma parte del complejo derecho al debido proceso. En síntesis, la apelación se entenderá como una manifestación del derecho a impugnar⁴⁷ (Jordán Manrique, 2005, págs. 80-81).

Derecho a la doble instancia

El artículo 139.6 de la Constitución reconoce el derecho constitucional a la doble de instancia. El Tribunal Constitucional, en el Fundamento 2.3 del Expediente N° 05410-2013-PHC/TC desarrolla algunas consideraciones entorno a este derecho:

“Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, fundamento 3; 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA,

⁴⁷ Según Monroy, son 6 los presupuestos o requisitos de una apelación: el lugar, el tiempo y la formalidad de su interposición, por un lado, y la adecuación del recurso, el agravio y la fundamentación del vicio o error por el otro.

*fundamento 51). **En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139º, inciso 14, de la Constitución.***

*Ahora bien, cabe señalar que este Tribunal ha advertido que el derecho sub examine, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal conforme lo ha establecido en la STC 4235-2010-HC/TC: “(...) **el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior**” (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, fundamento 4; 10490-2006-PA, fundamento 11; 6476-2008-PA, fundamento 7)” (El subrayado es nuestro).*

Este derecho, al formar parte del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, se extiende a sede administrativa, por lo tanto, los administrados gozan de un derecho a la doble instancia tanto en sede administrativa como judicial. No obstante, se han establecido recursos extraordinarios para situaciones especiales, como el derecho de revisión que ve temas de interpretación de la norma o la casación.

Recursos impugnatorios y control judicial

El artículo 207 LPAG regula los recursos impugnatorios que pueden realizarse en un procedimiento administrativo. En tal virtud, por un criterio de especialidad, la LGIT en el artículo 49 dispone que el único medio de impugnación es el recurso de apelación, que se interpone contra la resolución que pone fin al procedimiento administrativo. Por tales razones, no puede presentarse otro recurso en sede administrativa, ya que de esta manera se cumple con el derecho a la doble instancia. Además, nuestro sistema legal ha establecido que, si un administrado no se encuentra de acuerdo con lo resuelto por la entidad administrativa, puede solicitar el control del Poder Judicial a las actuaciones de la administración por intermedio del proceso contencioso administrativo conforme el artículo 148 de la Constitución.

Al respecto, según Danos, una de las 3 garantías del ciudadano frente a la administración es la existencia de procesos judiciales eficaces, como es el caso del contencioso administrativo para poder controlar judicialmente las decisiones de la administración, de modo que el particular afectado está constitucionalmente facultado para acudir a otro poder para pedir la tutela jurisdiccional efectiva de sus derechos afectados (Danós, 2011, pág. 21).

Análisis del graduando

Solicitud de nulidad

En consecuencia, no puede presentarse otro recurso impugnatorio diferente a los previstos en la LPAG y la LGIT, ya que tienen como fundamento el derecho a la doble instancia, el principio de legalidad y los límites a la institución de la impugnación. Caso contrario, si se aceptaría presentar un recurso o “solicitud” adicional, estaríamos yendo en contra de lo dispuesto por las normas y principios constitucionales. Por lo tanto, consideramos que Telefónica incurre en error al presentar el escrito de solicitud de nulidad, debido a que se

había agotado la vía administrativa previa conforme el artículo 218 LPAG. No obstante, la Empresa sostiene que no interpone un medio impugnatorio, sino “una solicitud de nulidad del acto administrado” por contravenir las garantías mínimas del debido proceso.

En ese sentido, si según Telefónica, la Resolución Directoral expedida afectó sus derechos, debió recurrir al proceso contencioso administrativo, el cual fue diseñado para que el Poder Judicial ejerza control sobre las actuaciones de la administración. En ese marco, fue correcto lo resuelto por la administración en el Auto Directoral de fecha 28 de junio de 2007, donde en el Tercer fundamento declaró no ha lugar el pedido formulado por haberse agotado la vía administrativa.

Recurso de queja

Resulta pertinente analizar el recurso de queja por defectos de tramitación presentado el 29 de junio de 2007, donde Telefónica sostiene lo siguiente: (i) la autoridad que emitió el Auto Directoral fue la misma que emitió la Resolución Directoral, por lo cual, no se cumplió lo dispuesto en el artículo 11.2 LPAG; (ii) la Resolución Directoral fue notificada en un día inhábil, además de que la solicitud de nulidad no fue formulada como recurso impugnatorio, sino independiente a ello; y, (iii) esta debió ser resuelta por un superior jerárquico, el cual debió ser la Dirección Regional de Trabajo de Lima y Callao, y no la Dirección de Inspección Laboral.

Como se observa, lo señalado por la Empresa es erróneo, debido a que la nulidad se plantea mediante los recursos administrados regulados en la Ley, lo cual ya fue solicitado en su recurso de apelación. De esta manera, se cumplió con el derecho a la doble instancia, además de que este fue resuelto por una autoridad jerárquica superior mediante la Resolución Directoral. Asimismo, hay que prestar atención al artículo 158 LPAG, donde señala que este recurso sirve para subsanar errores antes de la resolución definitiva, lo cual ya había sucedido.

Por otro lado, si la Empresa pretendía que se revise la actuación de la administración, tenía como opción recurrir al proceso contencioso administrativo o el recurso de amparo si es que se alega la afectación de algún derecho constitucional protegido según las disposiciones del Código Procesal Constitucional, que es finalmente lo que sucede.

4.5 Sobre escritos de extra proceso

4.5.1 ¿Los escritos extra proceso se debieron tocar en sede administrativa o judicial?

Terceros con interés

Con fecha 11 de mayo de 2007, de forma paralela al procedimiento inspectivo, un grupo de 3 trabajadores se apersonaron y presentaron un recurso de apelación contra la Resolución Sub Directoral, alegando el uso del derecho constitucional de defensa. Fundamentan su escrito en la supuesta exclusión de la relación de trabajadores afectados por Telefónica

realizado la AIT, resaltando que ellos fueron verificados físicamente por los inspectores cuando se desempeñaban en el centro de trabajo.

Un elemento preliminar es diferenciar los conceptos de jurisdicción y competencia. La noción de jurisdicción se refiere a una potestad estatal para impartir justicia⁴⁸, mientras que la competencia es el ámbito donde resulte válido ejercer dicha potestad (Priori Posada G. , La competencia en el Proceso Civil Peruano, 2004, pág. 38). Asimismo, en los párrafos precedentes se ha establecido la diferencia entre la sede administrativa y judicial⁴⁹, donde se precisa que el proceso judicial tiene como partes al trabajador y el empleador, mientras que el procedimiento inspectivo tiene como partes a la administración y al sujeto inspeccionado (Toyama & Higa García, 2011, pág. 222).

En efecto, se precisa que los trabajadores denunciante no son parte de la actividad administrativa de fiscalización ni del procedimiento administrativo sancionador; mientras que quienes se encuentran en la lista de 99 personas identificados como “empresarios comisionistas” son terceros con interés, ya que tienen derechos o intereses que pueden ser afectados por la resolución inspectiva. Inclusive, el inciso f) del artículo 45 LGIT señala que la resolución es notificada al denunciante, y el artículo 53.1 RLGIT precisa que la notificación del acta incluye a los trabajadores afectados.

Análisis del graduando

En consecuencia, al no ser trabajadores afectados del presente procedimiento inspectivo, no pueden solicitar su incorporación como terceros con interés, aunque podrían realizar una denuncia que dé inicio a un nuevo procedimiento inspectivo, en consecuencia, su pedido de que se les incluya carece de fundamento. Es más, ellos pretenden la aplicación de un medio de impugnación que no les corresponde por no formar parte del proceso, por lo cual, su fundamento legal es erróneo.

Sin embargo, en virtud de la revisión de su escrito y anexos, en realidad pretenden acreditar la existencia de un vínculo laboral entre la Empresa y ellos. En ese marco, y atendiendo a la diferencia entre sede administrativa y judicial, existe un conflicto intersubjetivo donde piden el reconocimiento de su relación laboral. Para ello, se requiere ir a un órgano jurisdiccional que resuelva aplicando el derecho objetivo a su caso concreto (función jurisdiccional) según las normas de competencia establecidas en la Ley Procesal Laboral.

Por lo tanto, fue un error que soliciten su inclusión al procedimiento administrativo, ya que debieron ir a un juzgado laboral teniendo como pretensión el reconocimiento de su vínculo laboral aplicando el principio de primacía de la realidad, además de que podían solicitar su reposición como trabajador o una indemnización por despido arbitrario.

⁴⁸ La potestad jurisdiccional es atribuida a uno de los órganos del Estado mediante la cual se busca la actuación del derecho objetivo al caso concreto a fin de lograr la tutela efectiva de situaciones jurídicas particulares.

⁴⁹ La Inspección del Trabajo es un servicio público que tiene como finalidad velar por el cumplimiento del ordenamiento socio laboral donde se desenvuelven la potestad fiscalizadora y sancionadora. En cambio, la sede judicial está vinculado a la potestad jurisdiccional, ejercida por intermedio de los órganos jurisdiccionales del Estado para resolver conflictos jurídicos intersubjetivos.

V. CONCLUSIONES

- 5.1.** La debida aplicación del principio de primacía de la realidad se da en el marco del debido proceso, conforme una interpretación sistemática y de colaboración entre ambos principios. De este modo, no consignarlo expresamente en el Acta de Infracción generó que esta sea genérica y vaga, lo cual vulnera el derecho complejo al debido proceso, que es uno de los parámetros mínimos para su correcta aplicación.
- 5.2.** Sí resulta posible aplicar el principio de primacía de la realidad a un grupo de trabajadores en el marco de la función inspectiva y sus fines, respetando siempre los parámetros mínimos. No obstante, la AIT no motivó debidamente porque debían ser homologados a todos los empresarios comisionistas, a pesar de que la Empresa evidenció la existencia de situaciones disímiles.
- 5.3.** El ejercicio idóneo de la prueba indiciaria debe cumplir con requisitos mínimos y una metodología consistente, caso contrario, generaría una aplicación defectuosa del principio de primacía de la realidad al no poder constatarse objetivamente los hechos, así como una afectación a la presunción de inocencia. En el caso concreto, se evidenció la ausencia de una debida valoración de la AIT, así como la falta de análisis de la estructura interna de Telefónica y de un razonamiento lógico sobre las situaciones homogéneas.
- 5.4.** La sola manifestación es insuficiente para generar certeza en el inspector. Los medios testimoniales deben ser considerados como un indicio más, que, junto a otros, sirven para constatar los hechos en la realidad. Para ello, los inspectores tienen diversas facultades inspectivas.
- 5.5.** El contrato de representación de bienes y servicios suscrito por los empresarios comisionistas tiene como objeto una actividad principal y permanente de la Empresa. De este modo, constatamos diversos indicios de laboralidad y evidenciamos que Telefónica, desde la noción de subordinación funcional, los insertó en su estructura organizacional productiva, ejerció un control detallado sobre cómo se ejecutaba la prestación y usó una figura contractual para escapar del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. En esa línea, los inspectores no profundizaron en el análisis de la estructura interna de la Empresa, que tenía en los documentos un canal de venta autónomo y otro subordinado, aunque ello no coincidía con la realidad.
- 5.6.** El inciso e) del artículo 34 LIR no “laboraliza” una relación civil. La entrega de materiales y gastos por la empresa, así como la prestación del servicio en lugar y horario determinado, por sí solos, no son suficientes para acreditar un vínculo laboral. En ese orden, resulta erróneo considerar solo estos factores para inferir la existencia de un vínculo laboral o no; de hecho, concluimos la laboralidad de una relación debido a que valoramos en conjunto diversos indicios.

- 5.7.** El modelo inspectivo peruano es el generalista, y en la inspección del trabajo como servicio público desarrolla la potestad fiscalizadora y sancionadora de la administración. Se resalta que la actividad de fiscalización no es un procedimiento administrativo propiamente dicho, aunque el legislador optó por proceduralizar algunos aspectos y vincularlo con el procedimiento administrativo sancionador como una fase previa a su inicio. En esa línea, al no ser un procedimiento administrativo no es conducente a la emisión de un acto administrativo, reforzando la postura de que el acta de infracción no es un acto administrativo, sino un acto de la administración con efectos indirectos. Asimismo, precisa que esta debe interpretarse conforme una serie de principios previstos en la LPAG, LGIT y su Reglamento, los cuales también limitan la actuación discrecional y autónoma de los inspectores.
- 5.8.** En ese sentido, sobre la naturaleza del acta de infracción, existe una presunción de veracidad *iure tantum*, la cual debe ser sustentada en un razonamiento lógico-jurídico y cumpliendo los requisitos mínimos de la ley. Para ello, el inspector utiliza sus facultades inspectivas para constatar debidamente los hechos, además de cumplir con el estándar constitucional de la debida motivación. Asimismo, resalta que la presunción de veracidad tiene fundamento en la confianza en la administración, y como finalidad, la efectividad de la administración para salvaguardar, en general, el interés público, y en específico, los fines de la función inspectiva.
- 5.9.** Si bien el acta de infracción no tiene carácter impugnabile por no ser un acto administrativo (*“acto administrativo no decisorio”*), debe tener un estándar constitucional y contar el debido sustento lógico-jurídico, además de cumplir con sus requisitos mínimos. En ese orden, la presunción de veracidad no vulnera la presunción de inocencia alegada ni entra en contradicción con el principio de culpabilidad; asimismo, la carga de la prueba la tiene la AIT. En efecto, la aplicación incorrecta del principio de primacía de la realidad genera un vicio en el acta al no cumplirse con sus requisitos mínimos y principios que lo regulan (debida motivación), lo cual puede ser señalado en los descargos, e impugnado en la resolución administrativa (1° y 2° instancia).
- 5.10.** El debido procedimiento es una manifestación del debido proceso como derecho y garantía, el cual se extiende a la etapa administrativa, por lo tanto, constituye un límite a la actuación de la AIT. Respecto esta garantía, sería incorrecto tanto establecer una cita legal sin argumentación jurídica como realizar un análisis del caso concreto sin un principio legal que ampare dicho razonamiento. De este modo, se concluyó que existen vicios en la debida motivación (defectuosa y aparente), lo cual tiene como raíz el acta de infracción, y se extienden a las resoluciones administrativas, lo que constituye un vicio de nulidad (artículo 10 LPAG).
- 5.11.** La falta de precisión de los medios de investigación utilizados en el acta de infracción implica una afectación al principio de legalidad, al no cumplirse su

contenido mínimo conforme Ley. En el caso concreto, ello no sucedió, debido a que sí se cumplió con precisar los medios de investigación utilizados, por lo cual, no se afectó el principio alegado. Inclusive, ello fue ratificado en el Fundamento Sexto de la Resolución Directoral.

- 5.12.** El derecho a la doble instancia se extiende tanto a sede judicial como administrativa, de este modo, solo pueden interponerse los recursos impugnatorios previstos en la LGIT como la apelación. Además, nuestro sistema legal regula el control judicial de la administración mediante el contencioso administrativo. En consecuencia, fue correcta la decisión de la AIT al declarar no ha lugar la solicitud de nulidad, ya que se había agotado la vía administrativa previa cumpliéndose el derecho a la doble instancia. Además, si Telefónica consideraba afectado su derecho, tenía el contencioso administrativo, que es la vía para controlar judicialmente la decisión de la administración.
- 5.13.** En relación con el recurso de queja, es erróneo lo señalado por la Empresa, debido a que la nulidad fue solicitada en el recurso de apelación, cumpliéndose la doble instancia. Además, este recurso se aplica para subsanar errores antes de la resolución definitiva, lo cual ya había sucedido. Por otro lado, Telefónica tenía el contencioso administrativo para revisar la actuación de la AIT, o el recurso de amparo si alegaba la afectación de algún derecho constitucional conforme las disposiciones del Código Procesal Constitucional, lo cual finalmente sucede.
- 5.14.** Sobre los escritos extra procesos, se concluye que los 3 trabajadores que interpusieron el escrito no forman parte del procedimiento inspectivo. De este modo, no son trabajadores afectados por no estar incluidos en la lista de 99 “empresarios comisionistas”, por lo cual, su solicitud de incorporación, además de su fundamento legal, fue erróneo, en todo caso, podían realizar una denuncia para iniciar un nuevo proceso inspectivo. Asimismo, tenían como opción la sede judicial, donde podían solicitar el reconocimiento de un derecho (fraude en la contratación civil y reconocimiento de la relación laboral), como al parecer era su intención de acuerdo a la lectura de sus fundamentos.

VI. ANEXOS

- Anexo 1** : Acta de Infracción N° 596-2007-MTPE/2/12.3 del 4 de abril de 2007
- Anexo 2** : Descargos de Telefónica del 27 de abril de 2007
- Anexo 3** : Resolución Sub Directoral N° 001-2007-MTPE/2/12.319 del 10 de mayo de 2017
- Anexo 4** : Escritos Extra Proceso del 11 de mayo de 2007
- Anexo 5** : Recurso de Apelación del 15 de mayo de 2007
- Anexo 6** : Concesorio del recurso de apelación del 24 de mayo de 2007
- Anexo 7** : Escritos de téngase presente de Telefónica del 7 y 11 de junio de 2007
- Anexo 8** : Resolución Directoral N° 01-2007-MTPE/2/12.3 del 13 de junio de 2007
- Anexo 9** : Solicitud de nulidad de Resolución Directoral del 14 de junio de 2007
- Anexo 10** : Auto Directoral N° 002-2007-MTPE/2/12.3 del 28 de junio de 2007
- Anexo 11** : Recurso de queja del 29 de junio de 2007
- Anexo 12** : Oficio N° 28990-2007 del 3 de agosto de 2007 que ordena el cumplimiento de la Resolución N° 1



VII. BIBLIOGRAFÍA

- Arbulú Alva, L. (2005). La Consideración y Aplicación del principio de primacía de la realidad en el procedimiento de inspección del trabajo. *Derecho & Sociedad* N° 24, 230-239. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16972>
- Barassi, L. (1901). *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*. Milan: Societa Editrice Libreria Roma.
- Boza Pró, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho Themis* N° 65, 13-26.
- Bullard Gonzales, A. (2005). Armando rompecabezas incompletos. El uso de la prueba indiciaria. *Derecho & Sociedad* N° 25, 227-238. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17071>
- Bustamante Alarcón, R. (1997). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. *Ius Et Veritas* N° 14, 171-185. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713>
- Caamaño Rojo, E. (2005). La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo. *Revista Laboral Chilena*, 1-24. Obtenido de <https://docplayer.es/32904543-La-parasubordinacion-o-trabajo-autonomo-economicamente-dependiente-el-empleo-en-las-fronteras-del-derecho-del-trabajo.html>
- Carreras Schabauer, N. (2011). Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú. *Derecho PUCP* N° 67, 487-508. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3007>
- Cornejo Vargas, C. (2011). Algunas Consideraciones sobre la Contratación Laboral. *Derecho & Sociendad* N° 37, 138-150. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13167>
- Cuba Bustinza, E. (2005). Nulidad del acto administrativo en los servicios públicos. *Foro Jurídico* N° 4, 67-69. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18378>
- Danós, J. (2011). El Procedimiento Administrativo. A los 10 Años de Entrada en Vigencia de la LPAG. *Revista Derecho PUCP* N° 67, 13-27. (A. Revilla, Entrevistador) Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2979>
- Díaz Vargas, J. (2012). *Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 13: EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda. Obtenido de <https://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/90>
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo* (Décima Edición ed.). Buenos Aires.
- Ermida Uriarte, O., & Hernández Alvarez, O. (2002). Crítica de la subordinación. *Ius Et Veritas* N° 25, 281-295. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>
- Espinoza Laureano, F. (2013). La Infracción Administrativa Laboral. Lima. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5245/ESPINOZ_A_LAUREANO_FRANK_INFRACCION_ADMINISTRATIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Esteve Pardo, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Francia Acuña, L. (2008). Consideraciones generales y alcances de la fiscalización ambiental en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*(6), 280-292. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14070>
- García Granara, F. (octubre de 2008). Alcances y límites de la inspección del trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú.

- En *Ponencias del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 293-371). Chiclayo, Perú.
- Huapaya Tapia, R. (2010). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo* N° 9, 115-133. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13709>
- Ius 360°. (31 de Agosto de 2019). *La nulidad y revocación del acto administrativo: ¿Cuáles son sus principales diferencias?* Obtenido de <https://ius360.com/publico/administrativo/la-nulidad-y-revocacion-del-acto-administrativo-cuales-son-sus-principales-diferencias/>
- Jordán Manrique, H. (2005). Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional. *Foro Jurídico* N° 4, 70-90. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18379>
- Lora Álvarez, G., & Ávalos Rodríguez, B. (2009). Del dicho al hecho : límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo. *IUS ET VERITAS* N° 38, 156-168. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12197>
- Maraví Sumar, M. (2020). La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del marco legal del OSITRAN. *Forseti Revista de Derecho*, 8(11), 84-107. Obtenido de <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1258>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (22 de diciembre de 2016). *Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1272*, 1-69. Lima.
- Morales Corrales, P. (1996). Nulidad del acto jurídico administrativo. *Derecho PUCP* N° 50, 257-270. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5930>
- Morón Urbina, J. (2015). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Undécima ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. C. (2001). Los Actos Administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad* N° 17, 242-257. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16889>
- Neves Mujica, J. (2009). *Introducción al Derecho del trabajo*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Ojeda Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* N° 60, 375-402. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085079>
- Pisfil, D. (2014). La Prueba Indiciaria y su relevancia en el Proceso Penal. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Volumen 5. Número 1.*, 119-147. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/119-147>
- Priori Posada, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas* 13 (26), 273-292. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248>
- Priori Posada, G. (2003). Reflexiones entorno al doble grado de jurisdicción. *Advocatus* N° 9, 405-422. Obtenido de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2484>
- Priori Posada, G. (2004). La competencia en el Proceso Civil Peruano. *Derecho & Sociedad* N° 22, 38-52. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16797>
- Puntriano Rosas, C. (2013). *International Society for Labour and Social Security Law*. Obtenido de La necesidad de motivación de los pronunciamientos de la inspección del trabajo como requisito fundamental para la eficacia del Derecho del Trabajo: <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/03/NecesidaddeMotivacion-Rosas.pdf>

- Puntriano Rosas, C. (2019). La subordinación en las nuevas plataformas de servicios. En A. Villavicencio Ríos, & S. (. Quiñones Infante, *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (págs. 137-152). Lima.
- Rebollo Puig, M. (2013). La Actividad Inspectora en Función Inspectora. *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)* (págs. 1-59). Madrid: INAP.
- Requejo Alemán, J. (2013). Fortalecimiento del Sistema de Inspección de Trabajo en el Perú. Lima. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5239/REQUEJO_ALEMAN_JUAN_INSPECCION_TRABAJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rojas Franco, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho PUCP N° 67*, 177-188. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3147>
- Rubio, M., & Arce, E. (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. (2009). La primacía de la realidad y la inspección del trabajo. En S. P. Social, *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (Segunda edición ed., págs. 529-574). Lima: Editoria y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Taruffo, M. (2013). La Verdad en el Proceso. *Derecho & Sociedad N° 40*, 239-248. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804>
- Tirado Barrera, J. A. (2011). Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública. *Derecho & Sociedad N° 37*, 251-262. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>
- Toyama Miyagusuku, J. (2001). Remuneraciones, rentas y la Sunat. *Themis N° 42*, 288-299. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11638>
- Toyama Miyagusuku, J., & Neyra Salazar, C. (2011). Debido proceso, nulidad e inspecciones laborales : ¿qué criterios están aplicando el Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial? *Ius Et Veritas*, 21 (42), 190-216. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12088>
- Toyama, J., & Higa García, A. (2011). La prueba en el Derecho Laboral: El Proceso Inspectivo y la Justicia Oral. *Derecho & Sociedad N° 37*, 220-231. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13175>
- Ugarte Cataldo, J. (2005). La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo. *Gaceta Laboral*, 11(1), 23-50. Obtenido de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972005000100002
- Villafuerte, C. (28 de Enero de 2020). *Legis.pe*. Obtenido de Indicio y prueba indiciaria: <https://legis.pe/indicio-prueba-indiciaria-carlos-villafuerte/>
- Zegarra Valdivia, D. (2012). Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico. *Revista de Derecho Administrativo N° 12*, 13-43.