

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución N° 1216-2023-  
SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada  
que presenta:

Tania Irma Aranda Solis

ASESOR:

Víctor Renato Sarzo Tamayo

Lima, 2024

## Informe de Similitud


Yo, SARZO TAMAYO, VICTOR RENATO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala", del autor(a) ARANDA SOLIS, TANIA IRMA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/07/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 09 de julio del 2024

<u>SARZO TAMAYO, VICTOR RENATO</u>	
<u>DNI: 42488342</u>	Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0001-5358-3703">https://orcid.org/0000-0001-5358-3703</a>	

## **RESUMEN**

El presente informe tiene como objetivo analizar la Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, con la finalidad de determinar si se configuró un acto de discriminación laboral en el acceso al empleo, en el caso de un postulante que padecía de VIH. Para ello, el análisis se enfoca en determinar, en primer lugar, el momento en que ocurrieron los hechos y, posteriormente, analizar cada una de las acciones de la empresa para determinar si hubo discriminación, según lo establecido por el Tribunal de Fiscalización Laboral.

De ese modo, se concluye a favor de lo resuelto por el Tribunal, dado que se identificó una vulneración al principio de igualdad de trato sin una justificación objetiva y razonable, constituyendo discriminación hacia el postulante al no continuar con su proceso de selección tras conocer su diagnóstico de VIH a través de los resultados de sus exámenes médicos. No obstante, se considera que el Tribunal podría haber llevado a cabo un análisis más exhaustivo, abordando temas como los exámenes médicos de pre-empleo o pre-ocupacionales para postulantes, aspectos no regulados en la normativa vigente, y evaluando el riesgo del puesto de camillero quirúrgico en relación con estos exámenes, que incluyen la prueba de VIH, para proporcionar una respuesta más completa al caso.

**Palabras clave:** Discriminación, acceso al empleo, postulante, exámenes médicos, puesto laboral.

## **ABSTRACT**

*The purpose of this report is to analyze Resolution No. 1216-2023-SUNAFIL/TFL-First Chamber, in order to determine whether there was an act of labor discrimination in the access to employment, in the case of an applicant with HIV. For this purpose, the analysis focuses on determining, first, the time at which the facts occurred and, subsequently, analyzing each of the company's actions to determine whether there was discrimination, as established by the Labor Inspection Court.*

*Thus, it is concluded in favor of the Court's decision, given that a violation of the principle of equal treatment was identified without an objective and reasonable justification, constituting discrimination against the applicant by not continuing with his selection process after learning of his HIV diagnosis through the results of his medical*

*examinations. However, it is considered that the Court could have carried out a more exhaustive analysis, addressing issues such as pre-employment or pre-occupational medical examinations for applicants, aspects not regulated in the current regulations, and evaluating the risk of the position of surgical orderly in relation to these examinations, which include the HIV test, to provide a more complete response to the case.*

**Keywords**

*Discrimination, access to employment, applicant, medical examinations, job position.*

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO</b> .....	4
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución .....	5
1.2 Justificación de la elección de la resolución .....	5
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</b> .....	6
2.1 Antecedentes .....	6
2.2 Hechos relevantes del caso .....	7
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	10
3.1 Problema principal .....	10
3.2 Problemas secundarios.....	11
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A</b> .....	11
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	11
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	13
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	15
<b>VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES</b> .....	41
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	42

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE / No. Resolución o sentencia /nombre del caso</b>	Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Relaciones Laborales
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	-
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Geison José Fernandez Galvis
DEMANDADO/DENUNCIADO	British American Hospital S.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal de Fiscalización Laboral
TERCEROS	-
OTROS	-

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1 Justificación de la elección de la resolución

En nuestro país, encontrar trabajo puede ser un desafío. Según estadísticas del INEI<sup>1</sup>, la tasa de desempleo en 2023 alcanzó el 5,4% a nivel nacional, una cifra preocupante que refleja la difícil situación que enfrentan muchas familias al carecer de ingresos, quedando en una posición de vulnerabilidad. En ese contexto, existen grupos que enfrentan mayores dificultades para acceder al empleo, y entre estos grupos vulnerables se encuentran las personas que han sido diagnosticadas con VIH<sup>2</sup>.

Es esencial abordar este tema a partir de la resolución a desarrollar, ya que nos recuerda la importancia de que tanto la sociedad como las instituciones se comprometan a garantizar la igualdad de oportunidades para todos, evitando que ciertos grupos sean objeto de discriminación y enfrenten obstáculos en el acceso al trabajo. Un Informe de la encuesta del índice de estigma de PVVIH de la Red mundial de personas que viven con el VIH (GNP +) de la OIT indica que una gran proporción de personas que viven con el VIH están desempleadas (OIT, 2021, p.9).

Por otro lado, la elección de este caso también es relevante ya que permite abordar la práctica del empleador de solicitar la declaración de enfermedades en los formularios de solicitud de empleo. En muchos casos, conocer las enfermedades de los solicitantes es un impedimento para conseguir empleo, lo que vulnera la igualdad de oportunidades. No obstante, ¿existen circunstancias en las que esta práctica sea opcional o siempre representa una violación a la privacidad de los solicitantes?

De igual manera, es importante destacar que hoy en día muchos empleadores realizan exámenes médicos antes de la contratación, sin que exista una relación laboral entre las partes. ¿Qué dice nuestra normativa sobre este tipo de exámenes? ¿Es posible realizar exámenes médicos a los postulantes? Además, ¿podría el riesgo asociado al puesto al que se postula ser una justificación para realizar un examen de VIH? ¿Sería este el caso?

Por esta razón, es crucial analizar si en el caso que se pasará a presentar resulta justificado la realización de exámenes médicos previos a la contratación, aspecto que no fue abordado por la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral. En esta situación específica, es esencial determinar si la salud del postulante, en este caso, dar positivo en VIH, representaba un riesgo para el puesto de camillero en la Clínica Anglo Americana.

### 1.2 Justificación de la elección de la resolución

---

<sup>1</sup> INEI: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

<sup>2</sup> VIH: Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

El presente caso gira en torno a una denuncia de discriminación en el acceso al empleo presentada por el señor Geison Fernández contra BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. El proceso da inicio con una investigación de la SUNAFIL, la cual concluye con la imposición de una multa por infracción<<muy grave>> en materia de relaciones laborales.

La empresa, al ser notificada con la imputación de cargos, presentó sus descargos argumentando que la solicitud de información sobre el estado de salud y la realización del examen de VIH eran procedimientos pre-ocupacionales, en línea con las normas de seguridad y salud en el trabajo. Alegaron que la no contratación de Fernández se debió a información falsa proporcionada por él mismo.

Posteriormente, la SUNAFIL y el Tribunal de Fiscalización Laboral determinaron que Geison Fernández se encontraba en proceso de selección cuando la empresa decidió no continuar con su candidatura tras conocer que era portador de VIH. Se destacó que la no contratación no había sido justificada de manera objetiva y razonable, y que solicitar la prueba de VIH como requisito para el empleo violaba la normativa vigente. Por tanto, consideraron que la empresa había actuado de manera discriminatoria.

En consecuencia, se confirmó la sanción impuesta a BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., por discriminación en el acceso al empleo, lo que constituyó en una violación de los derechos fundamentales del postulante.

Las normativas más relevantes para abordar la discriminación en el acceso al empleo serían la Constitución Política del Perú, Ley N° 29783 (Ley de Seguridad y Salud en el trabajo), Ley 26790 (Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo) y normativa sobre VIH.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

### **2.1 Antecedentes**

En el caso se presentan dos momentos claves en los cuales las partes involucradas señalaron que ocurrieron los hechos: primero, antes de que el postulante Geison José Fernández accediera al empleo; y, segundo, durante el supuesto periodo de prueba, según una de las posturas indicadas por British American Hospital S.A. Esta empresa, dedicada al cuidado de la salud, buscaba contratar a un profesional para el puesto de camillero en sus instalaciones antes de que ocurrieran los hechos que se presentarán a continuación.

El 15 de octubre de 2018, Geison Fernández presentó una solicitud de empleo para la posición vacante de “camillero” en BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. La empresa proporcionó a Fernández un formato de solicitud de empleo que requería detalles sobre su información personal, como el puesto solicitado, información familiar, historial educativo, experiencia laboral, estado de salud y otra información general solicitada.

El 18 de octubre de 2018, Geison Fernández recibió un correo de bienvenida por parte del área de selección de la Clínica Anglo Americana. En el correo se le informó que, antes de incorporarse a la institución, debía realizar dos actividades: gestionar la documentación requerida y someterse a un chequeo médico. Además, se le indicó que los documentos solicitados deberán ser entregados en una fecha específica.

Así, el 19 de octubre de 2018, Geison Fernández se sometió a los exámenes médicos correspondientes en MED SOLUTIONS. Ese mismo día, le preguntaron si podría realizarse un examen de VIH, a lo cual él dio su consentimiento. Posteriormente, se emitió el informe médico ocupacional basado en los exámenes realizados, en el cual se indicaba que la prueba de VIH Antígeno Anticuerpo había dado como resultado reactivo.

El 24 de octubre de 2018, tras conocer los resultados, la Gerencia de Recursos Humanos envió un correo electrónico a Geison Fernández informándole que se ha identificado una observación en su examen médico que debía ser corregida antes de su ingreso. Además, se le solicitó que se acerque al Médico Ocupacional que trabajaba para la Clínica.

## 2.2 Hechos relevantes del caso

Bajo este escenario, se iniciaron las acciones de investigación mediante la Orden de Inspección N° 22419-2018-SUNAFIL/ILM dirigida a BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., en respuesta a la denuncia interpuesta por Geison Fernández. El propósito fue verificar si la empresa cumplió o no con el ordenamiento jurídico socio laboral. Este proceso culminó con la emisión de la Acta de Infracción N° 387-2019-SUNAFIL/ILM, en la que se recomendó aplicar una sanción económica a la empresa por la comisión de una infracción muy grave en el ámbito de las relaciones laborales, tal como se muestra en la siguiente imagen:

N°	CONDUCTA INFRACTORA	CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN		Número de Trabajadores afectados	(*) UITs	MULTA PROPUESTA (S/)
		Tipificación D.S. 019-2006-TR	Gravedad			
1	Cometer actos de discriminación en el acceso al empleo.	<p><b>Art. 25</b></p> <p>25.17 La discriminación del trabajador, directa o indirecta en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción, y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquier otra índole.</p>	Muy grave	1017	45	S/ 283,500.00
<b>TOTAL DE LA MULTA PROPUESTA</b>						<b>S/ 283,500.00</b>

\*(Valor UIT 2019: S/. 4,200.00)

Se determinó que BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. incurrió en una infracción muy grave relacionada con actos de discriminación en el acceso al empleo, conforme al artículo 25.17 del D.S. 019-2006-TR. Se le impuso una multa de S/ 283,500.00.

El 21 de octubre de 2019, a través de la Imputación de Cargos N° 905-2019-SUNAFIL/ILM/AI1, se inició el Procedimiento Sancionador contra BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., concediéndole un plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus descargos.

El 14 de noviembre de 2019, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. presentó sus descargos ante Fase Instructora de la Intendencia de Lima Metropolitana de la SUNAFIL. En sus descargos, solicitó que se desestimara la propuesta de multa y se archivara los procesos correspondientes.

La autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 205-2020-SUNAFIL/ILM/AI1 el 27 de febrero de 2020, en el cual recomendó continuar con el procedimiento administrativo sancionador. En consecuencia, el Informe Final y los actuados se remitieron a la Sub Intendencia de Resolución de la Intendencia de Lima Metropolitana. Mediante Resolución de Sub Intendencia, con fecha 30 de septiembre de 2020, se determinó la comisión de una infracción MUY GRAVE en materia de relaciones laborales, y, en consecuencia, se impuso una multa de S/ 283,500.00.

El 11 de agosto de 2020, se le entregó al sujeto inspeccionado el Informe Final de Instrucción N° 205-2020-SUNAFIL/ILM/AI1, con un plazo de cinco (05) días hábiles para que pudiera presentar sus descargos.

El 18 de agosto de 2020, la impugnante presentó sus descargos ante la Sub Intendencia de Resolución 4 de la Intendencia de Lima Metropolitana de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL. En su exposición, solicitó que el órgano resolutor rechace la propuesta de multa presentada en el Informe Final de Instrucción y que se archive definitivamente el expediente.

Mediante Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE4, emitida el 30 de setiembre de 2020, y considerando los documentos y alegaciones presentadas por el sujeto inspeccionado, los cuales guardan relación y congruencia con la infracción imputada, se resolvió sancionar a BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. con una multa de S/ 283,500.00 por actos de discriminación en el acceso al empleo, en perjuicio del señor Geison José Fernández Galvis.

El 22 de octubre de 2020, la parte impugnante presentó un recurso de apelación dirigido a la Sub Intendencia de Resolución 4 de la Intendencia de Lima Metropolitana. El propósito de este recurso era solicitar la nulidad de la Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE. En su apelación, argumentó que no había ocurrido discriminación ni en el acceso al empleo ni durante la relación laboral. Estas afirmaciones se respaldaron con las siguientes razones:

- *El formato mediante el cual se solicita indicar el estado de salud del postulante al realizar al presentar una solicitud de empleo no puede ser considerado como discriminatorio, ni como un atentado contra la dignidad del trabajador. Además, en el presente caso, no se puede afirmar que haya ocurrido tal situación, dado que el postulante no indicó que padeciera alguna enfermedad.*
- *El examen de VIH realizado fue parte de un examen médico pre-ocupacional, llevado a cabo de acuerdo con las normas de seguridad y salud en el trabajo. En ese sentido, el examen se llevó a cabo antes de la contratación, dado que la empresa se dedica principalmente a la prestación de servicios de salud, los cuales se consideran de alto riesgo.*
- *Los resultados de los exámenes médicos revelaron que el postulante había proporcionado información falsa en el formulario de solicitud de empleo. Como consecuencia de ello, y estando aún en periodo de prueba, se tomó la decisión de dar por finalizado el vínculo laboral con él.*

A través de la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, emitida el 28 de abril de 2022, la Intendencia de Lima Metropolitana rechazó el recurso de apelación presentado por la parte impugnante, por considerar lo siguiente:

- *La práctica de exámenes médicos que incluyen la autorización para realizarse pruebas de VIH no es obligatoria según nuestra normativa. Además, se cumplió con el deber de confidencialidad cuando se entregaron los resultados de dicho examen.*
- *Los inspectores comisionados han concluido que la empresa no ha ofrecido razones válidas para justificar la no contratación de Geison Fernández. Por el contrario, parece que el proceso de selección se interrumpió una vez que conocieron sus resultados de VIH. La única defensa presentada por la empresa es que el postulante había mentido sobre su estado de salud.*
- *Los resultados relacionados con esta enfermedad deben ser tratados con confidencialidad. Del mismo modo, es deber del empleador no negar el derecho al trabajo a quienes padecen esta enfermedad, sino más bien proporcionarles facilidades para seguir con su tratamiento y evaluar condiciones físicas necesarias para ello.*
- *La inspeccionada no ha demostrado cumplir con el deber de confidencialidad, ni durante la inspección ni en el proceso sancionador, lo que constituye una vulneración a la dignidad humana y constituye actos de discriminación.*

El 16 de mayo de 2022, la impugnante presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 647-2022- SUNAFIL/ILM ante la Intendencia de Lima Metropolitana. Posteriormente, la Intendencia de Lima Metropolitana admitió a trámite dicho recurso de revisión y remitió los expedientes al Tribunal de Fiscalización Laboral.

Con fecha 28 de diciembre de 2023, el Tribunal de Fiscalización Laboral emitió la Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, en la cual declaró infundado el recurso de revisión interpuesto por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. Esta decisión se basó en los siguientes argumentos:

- *El correo de bienvenida dirigido a Geison Fernández estableció que su contrato estaba condicionado a la realización de dos acciones previas: el trámite de documentos y chequeo médico, seguido de su entrega. Se verificó que solo tras cumplir con estos requisitos podría incorporarse al proceso de inducción.*
- *La consignación de “Estado de Salud” en el formato de solicitud de empleo constituye una vulneración a la intimidad de los postulantes, ya que implica revelar información persona e íntima que afecta la dignidad de la persona. Además, especificar la condición de ser portador de VIH podría ser motivo de discriminación o constituir un obstáculo para el acceso al empleo.*
- *En el momento en que se le realizó el examen médico, Geison Fernández no mantenía ningún vínculo laboral.*
- *Requerir que el postulante se someta a una prueba de VIH constituye una invasión a su intimidad. Además, de acuerdo con el artículo 16 del Reglamento de la Ley N° 26626 y el artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, se establece no se debe exigir la prueba de VIH como requisito para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social.*
- *La empresa debería haber analizado si el cargo de camillero en el área quirúrgica, tal como se detalla en el Manual de Organización y Funciones de la Dirección de Enfermería, implica algún riesgo real de transmisión.*
- *BRITISH AMERICA HOSPITAL S.A. incurrió en discriminación en el acceso al empleo al no incorporar a Geison Fernández en el proceso de inducción después de conocer que era portador de VIH.*
- *Además, la empresa no proporcionó ninguna razón válida para no continuar con el proceso de selección de Geison Fernández después de confirmar que era portador de VIH. Por lo tanto, no existía una justificación objetiva y razonable para negarle el acceso al puesto de camillero. La argumentación de que la no contratación se debió a información falsa por no completar la sección de estado de salud en la solicitud de empleo carece de sustento.*

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

#### **3.1 Problema principal**

¿El actuar de BRITISH AMERICAN podría constituir un caso de discriminación laboral en perjuicio de Geison José Fernández Galvis?

### **3.2 Problemas secundarios**

1. ¿El actuar de British American tuvo lugar antes o después de la contratación?
2. ¿Cuenta con sustento jurídico la decisión de BRITISH AMERICAN de requerir la declaración del estado de salud del postulante en el formato de solicitud de empleo?
3. ¿Los exámenes médicos, incluyendo pruebas de VIH, realizados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL como parte del proceso de contratación, se llevaron a cabo de acuerdo a los estándares mínimos establecidos?
  - 3.1. ¿Las evaluaciones se encontraron relacionadas con la naturaleza y el alcance de los riesgos asociados al puesto de camillero del área quirúrgica?
  - 3.2. ¿Se garantizó el respeto al derecho a la intimidad del postulante durante su proceso de evaluación?
  - 3.3. ¿Se garantizó el derecho a la igualdad durante el proceso de selección, evitando cualquier forma de discriminación?

## **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A**

### **4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

La importancia de esta investigación radica en determinar si hubo o no discriminación en el acceso al empleo para uno de los grupos más vulnerables en la sociedad: las personas que padecen de VIH. La participación de este grupo de personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales como el derecho al trabajo, se ve lamentablemente disminuida debido al estigma social que rodea esta condición de salud. Este estigma no solo afecta sus oportunidades laborales, sino también su acceso a otros derechos esenciales como la igualdad, la salud, la intimidad y la dignidad personal.

Es necesario realizar un análisis detallado de los hechos ocurridos en el presente caso para responder adecuadamente a la pregunta principal. En ese sentido, es importante determinar el momento en que se produjeron los hechos, ya sea antes de la existencia de una relación laboral o durante ella. Esto es especialmente relevante debido a que algunas empresas pueden considerar a los postulantes como trabajadores desde el momento en que se les envía un mensaje de bienvenida, aunque en realidad se requieren otros documentos o comunicaciones adicionales para confirmar esa condición.

En la práctica, es común que las empresas indiquen a los postulantes que deben someterse exámenes médicos obligatorios establecidos por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) Y su Reglamento (Decreto Supremo N° 005-2012-TR). Sin embargo, es importante señalar que estos exámenes no deben considerarse obligatorios hasta que se establezca formalmente una relación laboral. Realizarlos antes de este momento implica que estos exámenes son facultativos y no obligatorios conforme a la normativa vigente.

Asimismo, en la continuación del análisis se debe determinar la validez del argumento de la empresa respecto a que la omisión de declarar una enfermedad en el formato de solicitud de empleo constituye en una falsa declaración jurada, lo cual es considerado una falta grave con consecuencias tanto si el individuo ya está en la relación laboral como durante el proceso de postulación.

Respecto de este último, es esencial reconocer que solicitar a un postulante que revele su condición de salud en las etapas iniciales del proceso de selección vulnera su derecho a la intimidad. El estigma asociado al VIH representa una barrera significativa para el ejercicio del derecho al trabajo de las personas afectadas, ya que podría llevar a que la empresa descarte al candidato al conocer su estado de salud.

Para prevenir este tipo de discriminación, no sería necesario completar la sección de "Estado de salud" en el formato de solicitud de empleo. Esta medida aseguraría que los postulantes sean evaluados inicialmente por sus habilidades, competencias y experiencias profesionales, sin que su condición de salud sea un factor determinante en el proceso de selección.

En todo caso, si es necesario conocer el estado de salud del personal que ingresará a la empresa, se deben realizar los exámenes médicos pertinentes de acuerdo basados en un análisis de los riesgos asociados al cargo específico. Sin embargo, es fundamental subrayar que la omisión de esta sección por parte de un postulante no debe ser interpretada como una falsa declaración jurada bajo ninguna circunstancia.

En relación a la tercera pregunta secundaria, es crucial realizar un análisis detallado de los exámenes médicos realizados en el presente caso. Es fundamental establecer límites claros para asegurar que no se vulnere los derechos fundamentales del postulante. Uno de estos límites es la necesidad de que existe una relación directa entre los exámenes médicos solicitados y el puesto al que aspira el candidato.

Para el caso específico del puesto de camillero quirúrgico en la Clínica Anglo Americana es necesario justificar la realización de exámenes médicos, incluyendo la prueba del VIH, debido al riesgo inherente de exposición a sangre y otros fluidos corporales durante el ejercicio de sus funciones. Esta medida no solo protege la salud del trabajador, sino también la seguridad de los pacientes y la integridad del entorno laboral.

El segundo límite se refiere al derecho a la intimidad del postulante. Es fundamental que los exámenes médicos no vulneren este derecho, evitando la divulgación de resultados

sin el consentimiento expreso del candidato o la compartición de esta información con personas que no estén directamente involucradas en el proceso de selección y contratación. En el caso en cuestión, se observa que la empresa cumple con este límite de manera adecuada.

El tercer límite es garantizar el derecho a la igualdad durante los exámenes médicos. En el caso analizado, se observa claramente que la situación cumple con la definición internacional de discriminación, que implica la presencia de un acto, motivo o razón que conducen a un resultado discriminatorio. Es evidente que hubo una diferenciación al apartar a Geison Fernández del proceso de selección debido a su condición de VIH. Esta acción representa una clara vulneración del derecho a recibir un trato igualitario en el acceso al empleo, lo cual constituye un caso de discriminación laboral.

#### **4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Estoy de acuerdo con la decisión del Tribunal de Fiscalización Laboral en cuanto confirma que BRITISH AMERICAN HOSPITAL ha incurrido en una infracción muy grave en materia de relaciones laborales por discriminación en el acceso al empleo de Geison Fernández debido a su condición de portador de VIH. Sin embargo, es pertinente realizar una crítica sobre cómo se desarrolló el caso, especialmente en el aspecto sustantivo, que se aborda a lo largo del informe.

A lo largo del informe, el Tribunal de Fiscalización Laboral aborda varios puntos. En primer lugar, critica la inclusión de la sección "Estado de Salud" en el formato de solicitud de empleo, donde el postulante debe declarar las enfermedades que padece, argumentando que esto constituye una invasión a la intimidad del postulante. Al respecto, se considera que, la verdadera infracción a la esfera personal del postulante surge de la obligación impuesta por la empresa de completar esta sección, con la amenaza implícita de ser considerado una falsa declaración jurada si posteriormente se descubre que el postulante padece alguna enfermedad.

Asimismo, el Tribunal establece que la empresa, al solicitar la prueba de VIH, la cual el postulante se realizó y arrojó un resultado reactivo, vulneró la intimidad del postulante. Además, señala que esta acción contraviene el artículo 15 del Reglamento de la Ley N° 26626 y el artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 276-2008-TR, que prohíben requerir la prueba de VIH como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativo o social.

No obstante, se considera que esta interpretación puede ser revisada. En la tercera pregunta secundaria del informe se analiza si los exámenes médicos realizados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., incluida la prueba de VIH, cumplen con estándares adecuados. Uno de esos estándares considera la relación del puesto de camillero quirúrgico con los riesgos asociados a sus responsabilidades específicas. Se concluyó que existe una justificación válida para incluir la prueba de VIH en las evaluaciones médicas necesarias para el puesto, dada la naturaleza y alcance de los riesgos asociados. Además, se sabe que la empresa aseguró que los exámenes se

realizaran con el consentimiento del postulante y sin imponer ninguna obligación. Por tanto, no se evidencia una vulneración a su derecho a la intimidad.

En ese sentido, se considera que el Tribunal debió hacer este análisis detallado para determinar la pertinencia de la prueba de VIH para el puesto al que postulaba Geison Fernández. Esto habría implicado evaluar si los riesgos inherentes al trabajo justificaban la realización de exámenes médicos complementarios como el VIH. De esa manera, se habría asegurado que era necesario conocer el estado de salud del postulante para establecer medidas adecuadas durante la relación laboral. No obstante, es crucial garantizar que estos exámenes se realicen dentro de los límites estrictos para proteger los derechos fundamentales del individuo, como la intimidad y la no discriminación.

Por otro lado, en relación con los exámenes médicos pre-empleo o pre-ocupacionales que algunas empresas realizan en nuestro país para postulantes, el Tribunal de Fiscalización Laboral, a pesar de tener la oportunidad, no se pronunció sobre a estos exámenes. Haberlos hecho habría proporcionado una mejor comprensión sobre la justificación dichas prácticas y habría asegurado la protección de los derechos fundamentales de los postulantes, evitando la vulneración de su intimidad y cualquier forma de discriminación.

En ese sentido, aún persisten confusiones por parte de las empresas respecto a cuándo consideran a un individuo como trabajador. A menudo, consideran que una simple comunicación de bienvenida por correo electrónico y la realización de exámenes médicos pueden sugerir que ya se ha establecido una relación laboral. Sin embargo, se mayor claridad sobre los criterios que determinan el inicio de una relación laboral.

En la misma línea, mencionar la existencia de este tipo de exámenes destaca su importancia, ya que pueden beneficiar tanto a la empresa como al futuro trabajador. Por un lado, la empresa obtiene información sobre el estado de salud del candidato, lo que le permite asegurarse de que el postulante cumple con los requisitos médicos específicos necesarios para el puesto, siempre que estos estén sustentados objetivamente y sean relevantes para las funciones a desempeñar.

Por otro lado, estos exámenes también benefician al futuro trabajador al proporcionarle certeza sobre el estado de su salud al inicio de la relación laboral. Si en el futuro desarrolla alguna enfermedad relacionada con sus funciones, el trabajador podría referirse a estos exámenes como evidencia de que la empresa fue informada previamente sobre su condición de salud al momento de su contratación. Esto facilitaría que la empresa asuma la responsabilidad en caso de que surjan problemas de salud ocupacional más adelante.

Se considera que el Tribunal de Fiscalización Laboral debería haber resuelto el caso considerando detalles específicos del proceso de selección. Esto implica tener en cuenta el conocimiento detallado del cargo al que aspira el postulante, las funciones específicas del puesto y cómo estas se relacionan con los exámenes médicos pre-ocupacionales.

Además, era crucial que el Tribunal abordara la importancia de estos exámenes médicos y estableciera límites claros para su ejecución. Esto habría proporcionado una guía más precisa tanto para las empresas como para los postulantes, garantizando que se llevaran a cabo de manera justa y respetuosa de los derechos individuales, como la intimidad y la no discriminación.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

Antes de abordar los problemas jurídicos identificados y examinar la respuesta legal proporcionada por el Tribunal de Fiscalización Laboral para este caso en particular, resulta fundamental establecer de manera clara los conceptos que serán utilizados en el desarrollo de este informe.

### **Sobre el principio de igualdad**

Eguiguren establece que, al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, (...). Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación (1997, pp. 63).

El principio de igualdad ante la ley constituye uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema jurídico, asegurando que todos los ciudadanos gocen del derecho a no ser discriminados y a sean tratados por igual ante la ley. Este principio implica el sometimiento de cada individuo a un ordenamiento jurídico igual para todos, fundamentado en los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, tales como:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DDHH) de 1948, en sus artículos 1, 2 y 7, establece el derecho inherente de todos los seres humanos a la igualdad de derechos y libertades, sin discriminación alguna.
- El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, en sus artículos 2.1 y 26, refuerza el principio de igualdad ante la ley y prohíbe cualquier forma de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en sus artículos 1.1 y 24, garantiza la igualdad y protección ante la ley, y establece la responsabilidad del Estado en asegurar su cumplimiento.

- La Carta de la organización de Estados Americanos – OEA de 1948, en su artículo 45, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo 2, reafirman estos principios y compromisos en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

En nuestra legislación nacional, el principio de igualdad ante la ley es fundamental para garantizar el ejercicio de los demás derechos de todas las personas en nuestro país. En ese sentido, la Constitución de 1993, en su artículo 2.2., establece lo siguiente:

*Artículo 2.2.- Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.*

Por otro lado, la doctrina es unánime en afirmar que el principio-derecho de igualdad no se agota en su contenido formal (igualdad ante la ley), sino que además posee una vertiente sustancial (igualdad de oportunidades) (Sarzo, 2014, p.145). Erika Céspedes establece que esta manifestación de igualdad es la que vinculada a la autonomía privada en sus diversas exteriorizaciones, normativas o no normativas (p. 252).

De hecho, podemos evidenciar su presencia en las relaciones laborales, tanto en el proceso de contratación como durante el desarrollo de la misma, respecto del cual, se entiende que hay una prohibición de discriminación. Esto se refiere a la prohibición de discriminación por algún motivo prohibido establecido en el artículo 2.2 de la Constitución, ya que se reconoce a su segunda frase con autonomía propia.

En ese sentido, Renato Sarzo señala que, “el principio de igualdad de oportunidades establecido en el artículo 26.1. de la Constitución debe interpretarse como el derecho a la igualdad de trato dentro de la relación laboral (2014, p.145). Dicho artículo establece lo siguiente:

*Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:*

1. *Igualdad de oportunidades sin discriminación.*  
(...)

En ese contexto, es crucial asegurar la igualdad de trato en las relaciones laborales, ya que esto permitirá el desarrollo personal y económico de cada individuo. Asimismo, facilitará el pleno ejercicio del derecho al trabajo, fortaleciendo la dignidad y el bienestar de los trabajadores. Este principio será el eje del presente caso, enfocado en el acceso al empleo, donde se analizará el derecho a la igualdad de trato del postulante, quien podría verse afectado por un trato discriminatorio.

### **Sobre el principio de no discriminación**

El principio de no discriminación como principio del Derecho al Trabajo “lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Y sin una razón válida ni legítima” (Pla, 1998, como se citó en Morgado, 2004). En el ámbito laboral en nuestro país, se ha registrado discriminación hacia diversos grupos vulnerables, no solo durante la realización de las labores, sino también en el proceso de acceso a los puestos de trabajo.

La noción de discriminación se encuentra en el Convenio 111 – Convenio sobre discriminación, empleo y ocupación de la OIT de 1958, la cual señala:

*Artículo 1.1.- A efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:*

*a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*

Respecto de esta definición internacional sobre discriminación, se identifican tres elementos: un acto, un motivo o razón y un resultado (Céspedes, como se citó en Balta, 1995). Para identificar una situación de discriminación, es necesario relacionar estos elementos con el caso concreto. Según Céspedes, citando a Rodríguez y Fernández (1995) estos elementos son los siguientes:

- Un acto: se refiere a una desigualdad de trato en una distinción, exclusión o preferencial.
- Motivo o razón: la desigualdad de trato se basa explícitamente en motivos prohibidos, de manera imprescriptible.
- Un resultado: el efecto de dicha desigualdad es anular la igualdad de trato o la igualdad de oportunidades en los temas específicos a los que el convenio se refiere” (2005, p. 245).

En ese sentido, es crucial evaluar cómo estos elementos se manifiestan en la situación particular para determinar si realmente se ha producido un acto discriminatorio. Hay circunstancias en las que puede haber diferenciaciones, incluso desventajosas, que no constituyen actos discriminatorios. Tal como señala el artículo 1.2 del Convenio 111:

*Artículo 1.2.- Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.*

Uno de los motivos de discriminación que podrían presentarse es por razón de enfermedades, en el contexto del acceso al empleo. El artículo 2.2. de la Constitución debe interpretarse como una cláusula general que abarca diversos motivos de discriminación según el contexto en el que se aplique. En ese sentido, se han identificado otras categorías vulnerables, como las personas que tienen VIH/SIDA. Al

respecto, la OIT<sup>3</sup> ha establecido que, “las personas que vive con el VIH/SIDA suelen ser objeto de discriminación en el lugar de trabajo y la comunidad. No se debería discriminar ni estigmatizar a los trabajadores sobre la base de su estado real o supuesto respecto al VIH/SIDA” (2012).

De ese modo, el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo (2001), establece lo siguiente:

*Con arreglo al principio de trabajo decente y del respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas o afectadas por el VIH/SIDA, no debería haber discriminación alguna contra los trabajadores basada en una infección por el VIH real o supuesta. La discriminación y el rechazo (estigmatización) de las personas que viven con el VIH/SIDA entorpecen gravemente el empeño de prevenir la epidemia (p.3).*

De acuerdo a ello, teniendo claro los conceptos, elementos y motivos de discriminación, se llevará a cabo un análisis centrado en el caso presentado para determinar si hubo o no discriminación por parte de BRTIISH AMERICAN HOSPITAL S.A. hacia Geison Fernández. Este análisis debe considerar si las diferencias observadas tienen una justificación objetiva o razonable, o si, por el contrario, la diferenciación se basada en algún motivo prohibido.

### **Sobre la seguridad y salud de los trabajadores**

Respecto de los exámenes médicos ocupacionales que forman parte de las obligaciones tanto del empleador y el trabajador, Ataca y Cadillo señalan que estos tienen como propósito examinar el estado de salud del trabajador, asignarle labores que no afecten su vida e integridad, vigilar los riesgos a los que está siendo expuesto en el trabajo y buscar medidas de corrección, protección o prevención para mitigar o eliminar tales riesgos (p. 466).

Según la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783), el empleador está obligado a:

*Artículo 49.- d) Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son facultativos y podrá realizarse a solicitud del empleador o trabajador. En cualquiera de los casos, los costos de los exámenes médicos los asume el empleador.*

*En el caso de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, el empleador se encuentra obligado a realizar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral. El reglamento desarrollará, a*

---

<sup>3</sup> OIT: Organización Internacional del Trabajo.

*través de las entidades competentes los instrumentos que fueran necesario para acotar el costo de los exámenes médicos.*

(...)

Asimismo, el trabajador también tiene obligaciones, como:

*Artículo 79.- e) Someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa, siempre y cuando se garantice la confidencialidad del acto médico.*

Siguiendo la misma línea, el Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo N° 005-2012-TR), indica lo siguiente:

*Artículo 101.- El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley, acorde a las labores desempeñadas por el trabajador en su récord histórico en la organización, dándole énfasis a los riesgos a los que estuvo expuesto a lo largo de desempeño laboral. (...)*

*Respecto a los exámenes médicos ocupacionales comprendidos en el literal d) del artículo 49 de la Ley:*

*a) Los exámenes médicos ocupacionales se practican cada dos (2) años. En el caso de nuevos trabajadores se tendrá en cuenta su fecha de ingreso, para el caso de los trabajadores con vínculo vigente se tomará en cuenta la fecha del último examen médico ocupacional practicado por su empleador.*

(...)

De acuerdo a la normativa indicada, los empleadores tienen la obligación de realizar exámenes médicos a sus trabajadores durante el período de empleo, generalmente cada dos (2) años. Sin embargo, es recomendable estos exámenes se realicen al inicio de la relación laboral para conocer el estado de salud de los trabajadores y evaluar su capacidad para el trabajo. Esta práctica resulta beneficiosa tanto para el empleador, al evitar posibles imputaciones en caso de detectar alguna enfermedad o afección preexistente, como para el trabajador, quien puede responsabilizar al empleador en caso de que surja alguna enfermedad o afección derivada de sus labores.

En el caso de las actividades clasificadas como de alto riesgo, la regulación establece que los empleadores deben realizar exámenes médicos tanto antes de que comience la relación laboral, como durante su transcurso y al término de la misma.

La Dirección General de Salud Ambiental (2011) establece que el primer tipo de examen médico tiene como propósito inicial conocer el estado de salud del trabajador al momento de su ingreso; el segundo tipo se realiza para monitorear la exposición a factores de riesgo y detectar posibles alteraciones del estado de salud relacionadas con el trabajo; y, el tercer tipo, busca identificar enfermedades relacionadas al trabajo, secuelas de accidentes de trabajo y en general lo agraviado por el trabajo (p.16).

En la práctica observamos que algunos empleadores optan por realizar exámenes médicos durante la etapa de selección del postulante, antes de establecerse un vínculo laboral formal. En estos casos, dado que estos exámenes no son obligatorios y no hay una relación laboral establecida, es fundamental que se realicen con el consentimiento de los postulantes.

Además, es importante diferenciar entre los exámenes realizados a los postulantes y los exámenes médicos ocupacionales realizados antes del inicio de la relación laboral en actividades consideradas de alto riesgo. Aunque ambos suelen denominarse “exámenes médicos pre-ocupaciones o exámenes médicos de pre-empleo”, su diferencia principal radica en el sujeto que los realiza, es decir, un postulante o un trabajador.

La DIGESA del Ministerio de Salud define a la Evaluación Médico Pre-empleo o Pre-Ocupacional como “la evaluación médica que se realiza al trabajador antes de que ingrese al puesto de trabajo. Tiene por objetivo determinar el estado de salud al momento del ingreso, y su aptitud al puesto de trabajo” (p. 16).

Según esta definición, se puede entender que estas evaluaciones se consideran obligatorias para los trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo, conocidas comúnmente como evaluaciones médicas pre-empleo o pre-ocupacionales. Por otro lado, existen exámenes médicos similares realizados a los postulantes, que no están definidos como obligatorios en la normativa, pero que se les asigna la misma denominación. Estos exámenes para postulantes se consideran, por tanto, no obligatorios o facultativos.

Para facilitar la comprensión clara de los exámenes médicos mencionados, se proporcionará a continuación un cuadro detallado que abarca este tema:

<b>Categoría</b>	<b>Tipo de Examen</b>	<b>Trabajadores</b>	<b>Postulantes</b>
	Exámenes Obligatorios	Cada dos años	-

OBLIGATORIOS	Exámenes Obligatorios para actividades de alto riesgo	Antes, durante y al término de la relación laboral	-
FACULTATIVOS	Exámenes de Pre-empleo No Obligatorios	-	Tiene ciertos límites

Los límites de los Exámenes de Pre-empleo No Obligatorios que aquí se mencionan serán los establecidos por Ataca y Cadillo. Estos lineamientos proporcionarán criterios claros que permitirán a los empleadores realizar exámenes facultativos sin vulnerar los derechos de los postulantes. De acuerdo con estos autores, para desarrollar estos exámenes, los empleadores deberán tomar en consideración lo siguiente:

*“Tomando en cuenta la oportunidad en que estos exámenes se desarrollan, el empleador deberá tener en cuenta algunos límites, relacionados con los derechos de los postulantes a la intimidad e igualdad (...).*

*(...) El empleador deberá tener presente que solo podrá requerir al postulante la práctica de aquellas evaluaciones que guarden relación con la naturaleza y alcance de los riesgos que se encuentran involucrados en la ejecución del puesto al cual se postula.*

*(...) Las pruebas deben encontrarse en estricta relación con el nivel de riesgo a los que los postulantes se encontrarían expuestos si accediesen al trabajo ofrecido.*

*Además de la necesidad de correlación entre el contenido de la evaluación y el puesto, el empleador debe respetar el derecho a la intimidad del postulante. (...)*

*El tercer parámetro está relacionado con la igualdad lo cual deviene en el derecho a la no discriminación. (...)*” (2010, pp. 472 y 473).

De acuerdo a lo señalado por Ataca y Cadillo, los exámenes de pre-empleo para los postulantes se fundamentan en tres parámetros clave, lo cuales utilizaremos como base para desarrollar el presente informe:

1. Las evaluaciones deben estar relacionadas con la naturaleza y el alcance de los riesgos asociados al puesto al que se postula.

2. Se debe garantizar el respeto al derecho a la intimidad del postulante durante todo el proceso de evaluación.
3. Es esencial asegurar el derecho a la igualdad durante el proceso de selección, evitando cualquier forma de discriminación.

Habiendo establecido los conceptos pertinentes en estas tres secciones, se ha adquirido una visión integral de los temas que se tratarán en el presente caso y de las discusiones relacionadas. Con esta visión general, procederemos a responder las preguntas secundarias planteadas.

## 5.1. PROBLEMAS SECUNDARIOS

**PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO:** ¿El actuar de British American tuvo lugar antes o después de la contratación?

Para analizar adecuadamente las acciones realizadas por BRITISH AMERICAN S.A. en respuesta al dictamen del Tribunal de Fiscalización Laboral que determina actos de discriminación en el acceso al empleo, es crucial determinar si los hechos ocurrieron durante el proceso de postulación o durante la contratación laboral. En este contexto, se identifican dos posturas distintas:

- Posición 1: Geison Fernández se encontraba en periodo de prueba y, al descubrirse la falsedad en su declaración, se decidió terminar la relación laboral con él.
- Posición 2: Geison Fernández sufrió discriminación en el acceso al empleo, durante su etapa como postulante.

Para esclarecer los hechos, es necesario considerar dos eventos clave relacionados con este caso: i) la declaración de estado de salud en el formato de solicitud de empleo y ii) los exámenes médicos, incluida la prueba de VIH.

En cuanto evento i), el 15 de octubre de 2018, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. proporcionó a Geison Fernández un formato de solicitud de empleo, en el cual debía consignar datos personales como su composición familiar, historial educativo y experiencia laboral, así como información sobre su estado de salud, entre otros. Es evidente que el llenado de este formulario se realiza durante el proceso de selección, permitiendo a los empleadores conocer un perfil más detallado de los candidatos. A través de estos formularios, los entrevistadores pueden conocer más a fondo a los candidatos (Indeed, 2023).

En el caso de Geison Fernández, la revisión de la información personal requerida por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. en relación con su estado de salud se llevó a

cabo mientras estaba en proceso de postulación. Esto indica que cualquier evaluación de esta información debe ser considerada dentro del contexto del proceso de selección y no de una relación laboral establecida.

Respecto al evento ii), el 18 de octubre de 2018, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. se comunicó con Geison Fernández mediante correo electrónico remitido por una colaboradora del área de selección de la empresa. El contenido del correo electrónico incluía el siguiente mensaje:

\*Estimado Gerson,

Muy buenas tardes. Es grato saludarte por este medio, te damos la **Bienvenida a la Clínica Anglo Americana**, mencionar que para incorporarte a nuestra institución al cargo de **CAMILLERO** debes realizar lo siguiente:

**1.- TRAMITE DE DOCUMENTOS Y CHEQUEO MEDICO:**  
Se adjunta los siguientes formatos:

- a.- Ficha de atención para que pase la evaluación médica el **VIERNES 19** (formato a imprimir).
- b.- Recomendaciones para el chequeo médico (seguir las indicaciones).
- c.- Lista de requisitos documentarios.

Nota:

- Imprimir ficha de atención de MED SOLUTION para presentarlo al momento de asistir.
- El cheque **NO** tiene costo y los resultados viajan de forma interna.
- Es necesario presentar la segunda muestra de BK al día siguiente o 2 días posterior a su chequeo (**Personal asistencial**).

**2.- ENTREGA DE DOCUMENTOS:**

- a.- Los documentos lo debe presentar el **MIÉRCOLES 24** a las **9:00 AM** en la oficina de Recursos Humanos.
- b.- Solo si cumple con los requisitos puede incorporarse a la inducción.

Mediante este correo electrónico no se puede determinar que Geison Fernández haya sido contratado formalmente por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. El contenido del mensaje no hace referencia a la firma del contrato de trabajo ni adjunta algún documento que certifique el inicio de su relación laboral con la empresa. Además, no proporciona información adicional para clarificar los términos y condiciones de empleo, como la descripción del puesto, salario, horario laboral o políticas internas.

Adicionalmente, se observa en el mensaje que la empresa solicita a Geison Fernández realizar dos acciones previas antes de su incorporación a la inducción: 1) Trámite de documentos y chequeo médico y 2) Entrega de documentos. Se especifica que solo si cumplen con estos requisitos, él podrá incorporarse a la inducción. Esto sugiere que la incorporación de Geison Fernández a la empresa está condicionada a la realización y aprobación de estos trámites previos.

La única información proporcionada en el correo de la cual la empresa se basa para señalar que Geison Fernández era trabajador es la siguiente frase: *“te damos la Bienvenida a la Clínica Anglo Americana”*. Aunque esta frase sugiere su inclusión en el equipo, no constituye un acuerdo contractual formal que establezca las condiciones de empleo y la contraprestación específica por los servicios prestados.

El 19 de octubre de 2018, Geison Fernández se presentó en la empresa MED SOLUTIONS para realizar los exámenes médicos correspondientes para el puesto de

camillero. Ese día, se le solicitó su consentimiento para llevar a cabo una prueba de VIH, autorización que Geison Fernández concedió.

El 24 de octubre de 2018 se presentó el informe del supuesto examen médico ocupacional de Geison Fernández, en el que se obtuvo que la prueba de HIV Antígeno Anticuerpo: resultó reactiva. En respuesta a estos resultados, la Gerencia de Recursos Humanos le comunicó por correo electrónico a Fernández lo siguiente:

*"Estimado Gerson,*

*Estuve intentando contactarme contigo, porque revisando tus documentos me di cuenta que tienes una observación en tu examen médico, el cual tiene que ser subsanado para tu ingreso. Lo que tienes que hacer es acercarte con el Medico Ocupacional de la clínica que es el Dr. Enrique Barrantes, su horario de atención es de lunes a viernes de 8:30 am a 2:30 pm."*

En este mensaje, la Gerencia de Recursos Humanos señaló que Geison Fernández debía subsanar la observación de su examen médico para poder ingresar, se entendería para poder ser admitido al puesto de trabajo. Es decir, su incorporación estaba condicionada a que se subsane la observación encontrada en su examen médico, lo que sugiere que podría ser un impedimento para desempeñar las funciones del cargo. Por lo tanto, aún no se había formalizado una relación laboral entre las partes; se encontraban en la etapa de acceso al empleo, específicamente en la fase de postulación.

Frente a esta situación, podemos determinar que los exámenes médicos, incluida la prueba de VIH, realizados a Geison Fernández se efectuaron antes de que se estableciera una relación laboral formal, como parte del proceso de selección. Posteriormente, al obtener los resultados de estos exámenes, la empresa decidió no proceder con la incorporación de Fernández al puesto de camillero en la Clínica Anglo Americana.

Se determina entonces que los eventos claves señalados, i) la declaración de estado de salud en el formato de solicitud de empleo y ii) los exámenes médicos, incluida la prueba de VIH, ocurrieron en la etapa de postulación. En ese sentido, se procederá a analizar la viabilidad de las acciones realizadas por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. con respecto al postulante Geison Fernández antes del inicio de la relación laboral, y no durante la misma.

**SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO:** ¿Cuenta con sustento jurídico la decisión de BRITISH AMERICAN HOSPITAL de requerir la declaración del estado de salud del postulante en el formato de solicitud de empleo?

El 15 de octubre de 2018, Geison José Fernández Galvis presentó una solicitud de empleo para el cargo de camillero, en la que se le pidió completar un formulario impreso con información personal, puesto solicitado, datos familiares, estudios y trabajos realizados, estado de salud, entre otros datos generales.

Este formulario de solicitud de empleo está estructurado de tal manera que los postulantes que responden afirmativamente sobre su estado de salud deben especificar qué enfermedades padecen. Esto se puede observar en la siguiente imagen, en la sección de estado de salud de la solicitud de empleo de la Clínica Anglo Americana:

ESTADO DE SALUD	
¿Ha tenido algún accidente?	Si <input type="checkbox"/> No <input checked="" type="checkbox"/> Cuales:
¿Padece de alguna dolencia y/o enfermedad?	Si <input type="checkbox"/> No <input checked="" type="checkbox"/> Cuales:

En relación a esta sección sobre “ESTADO DE SALUD”, Geison Fernández indicó no tener ninguna dolencia y/o enfermedad.

Ante este hecho, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A, en sus descargos presentados el 14 de febrero de 2019, destacó que la razón por la cual decidieron no contratar a Geison Fernández fue debido a la falsa declaración jurada que él hizo en el formato de solicitud de empleo, como se puede observar en la siguiente imagen:

Si la falsa declaración, constituye falta grave que amerita su despido durante la relación laboral, conforme al dispositivo legal en mención, con mayor razón es causa suficiente para no contratar al trabajador, sobre todo cuando se trata de una empresa cuya actividad principal son las actividades médicas, es decir, estar en contacto con pacientes, siendo necesario conocer el estado de salud del personal a contratar.

Según el argumento presentado por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A, afirman que, al ser una empresa dedicada principalmente a actividades médicas, es esencial conocer el estado de salud del personal que contratan. En este caso particular, la empresa considera válido haber solicitado información a Geison Fernández sobre su salud personal, y al descubrir una falsa declaración por parte de él, decidieron no contratarlo.

Al respecto, resulta fundamental señalar que el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT establece que “no hay razón para pedir a los candidatos de un puesto de trabajo o a los trabajadores en activo que proporcionen información personal relativa al VIH” (p.4). Esto se debe a que la OIT promueve el principio fundamental de confidencialidad para la protección de datos personales de este grupo vulnerable.

En ese sentido, para garantizar una protección social en el ámbito laboral a las personas que padecen esta enfermedad, no se puede aceptar una justificación como la ofrecida por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. respecto a la no contratación de Geison Fernández por no declarar en el formato de solicitud de empleo que tenía VIH. De acuerdo a lo señalado por el Tribunal de Fiscalización Laboral, se considera también que la sección “Estado de salud” atenta contra la intimidad de los postulantes.

Respecto de este último punto, considero que en realidad lo que realmente afecta la intimidad del postulante es la obligación impuesta por la empresa de completar esta sección del formulario. Según la posición de la empresa, si el postulante elige no completar esta sección y posteriormente se descubre que tiene alguna enfermedad, esto podría interpretarse como una falsa declaración jurada, lo cual podría tener repercusiones negativas, como la decisión de la empresa de no contratarlo.

Es ampliamente reconocido que en la sociedad existe un estigma asociado a ciertas condiciones de salud, como el VIH, lo que puede colocar a las personas afectadas en una posición desfavorable en términos de acceso al empleo. Esto puede llevar a situaciones de discriminación, como tratar a estos postulantes de manera diferente o incluso negarles la oportunidad de continuar con la postulación. Frente a ello, el hecho de que se solicite información sobre la salud del postulante en el formulario de empleo puede fomentar prácticas discriminatorias por parte del empleador al conocer esta información.

El índice de estigma en personas que vive con el VIH (índice de estigma de las PVVIH) encontró que el estigma y la discriminación contra las personas que viven con VIH son causas de desempleo y denegación de trabajo con tanta o más frecuencia como la mala salud en muchos entornos nacionales (OIT, 2021, p.9). Esto evidencia que la discriminación hacia las personas con VIH aún persiste en todo el mundo, lo que subraya la vulnerabilidad de este grupo en la sociedad.

Asimismo, en sus alegatos posteriores, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A añade:

La consignación de información falsa, afecta tanto en el acceso al empleo como durante la relación laboral, dado que se trata de un grave incumplimiento que atenta a la buena fe, que sustenta el inicio y el desarrollo de la ejecución de trabajo. en consecuencia, se encuentra probado que el actor mintió en la declaración jurada al señalar que no padecía alguna enfermedad o dolencia, que fueron desmentidos con los exámenes médicos obligatorios, en el caso de ser actividades de alto riesgo, realizados por una empresa tercera especializada denominada, MED SOLUTIONS que evidencian todo lo contrario.

En este punto se enfatiza que proporcionar información falsa puede impactar tanto al acceso al empleo como la relación laboral. En este caso, la empresa indicó que los exámenes médicos obligatorios realizados por actividades de alto riesgo determinaron que Fernández padecía una enfermedad y, por lo tanto, había mentido en su declaración jurada.

Sin embargo, en cuento a si su trabajo califica o no como una actividad de alto riesgo, el hecho de que Geison Fernández no relevara su condición médica en el formato de solicitud de empleo no debería obstaculizar su acceso al trabajo. Esto se debe a que, en contraposición a lo afirmado por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., el postulante no proporcionó información falsa, sino que actuó para proteger su intimidad.

En todo caso, si la empresa quiere conocer sobre el estado de salud del postulante porque el cargo al que postula es una actividad de alto riesgo, deberá realizar los exámenes obligatorios correspondientes y no esperar obtener esta información a través de un formato de solicitud de empleo.

De acuerdo con De Las Casas, una de las prácticas empresariales principales que podría impactar eventualmente en el derecho a la intimidad son los datos a consignar en el acceso al puesto de trabajo (2010, p. 230). Las enfermedades como el VIH representan información que consideramos como la más íntima de una persona, por lo que no debería ser solicitada para acceder a un puesto de trabajo. El VIH es una enfermedad sumamente personal y delicada, y su revelación en este contexto podría comprometer la privacidad del individuo y fomentar la discriminación.

Es conocido que el estigma y la discriminación hacia las personas con VIH impactan no solo en su vida social, sino también su vida laboral. Con frecuencia, este estigma puede provocar sentimientos de vergüenza en el entorno laboral, lo cual lleva a los postulantes a ocultar su condición por temor a ser rechazados. Ángela Arévalo y Yurian Rubiano señala que. "(...) el trabajador que vive con VIH oculta, generalmente su diagnóstico, muchas veces en contra de la necesidad de búsqueda de apoyo y adaptaciones en el trabajo" (2018, p. 96).

Siendo el derecho a la intimidad reconocido en dos niveles, internacional y nacional, es importante que este derecho se garantice en todos los aspectos de la vida de una persona, incluido su ámbito laboral. Respecto a este último, este derecho debería ser protegido no solo durante la relación laboral, sino también antes de que un individuo sea contratado para un empleo. En relación con su interferencia en el entorno laboral, De las Casas señala:

*La existencia de una relación subordinada no enerva el derecho a la intimidad del trabajador reconocido en la Constitución, el mismo que debería ser ejercido sin limitación alguna, no solo durante el contrato de trabajo sino, sobre todo, antes de la contratación, donde, precisamente existe una mayor presión del empleador para la obtención de información sobre el SIDA" (Toyama, como se citó en De Las Casas, 2010).*

Considerando lo mencionado anteriormente, no hay una justificación objetiva para argumentar que, debido a que estamos en una empresa cuya actividad principal es médica, se deba solicitar información sobre la salud del postulante en el formato de solicitud de empleo. En caso de que sea necesario conocerlo para determinar su idoneidad para el puesto, la normativa señala que esta información debe obtenerse a través del examen médico correspondiente, un punto que será abordado en detalle en la pregunta secundaria 5.3

Por lo tanto, no habría sustento jurídico para que BRITISH AMERICAN HOSPITAL requiera información sobre el estado de salud de Geison Fernández en el formato de solicitud de empleo. Fernández no estaba obligado a completar la sección sobre su

estado de salud en el formulario, ya que tal requerimiento sería una invasión a su intimidad. Por consiguiente, la empresa no podría utilizar la falta de llenado de este apartado como motivo para interrumpir el proceso de selección.

**TERCER PROBLEMA SECUNDARIO:** ¿Los exámenes médicos, incluyendo pruebas de VIH, realizados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL como parte del proceso de contratación, se llevaron a cabo de acuerdo a los estándares mínimos establecidos?

Geison Fernández se encontraba en proceso de selección para el cargo de Camillero en la Clínica Anglo Americana. El 18 de octubre de 2018, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. le dio la bienvenida mediante un correo electrónico. En este correo se adjuntaron diversos formularios que Geison Fernández debía completar para realizarse un chequeo médico y luego presentar la documentación correspondiente en la oficina de Recursos Humanos.

En relación a los exámenes médicos, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. argumenta cumplió con lo establecido en el artículo 49 inciso d) de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como en su Reglamento, La Ley 26790. Según estos marcos legales, se justifica la realización de exámenes médicos obligatorios para actividades clasificadas como de alto riesgo, como es el caso del sector salud. Esto se detalla en el “Protocolo de exámenes médico ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad” de la Dirección General de Salud Ambiental, que se adjunta:

Actividad Económica	Daños para la Salud	Factores de Riesgos	Exámenes Complementarios Específicos
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sector Salud,</li> <li>• Segregadores y recicladores de residuos sólidos</li> <li>• Centros Penitenciarios</li> </ul>	<p>Infecciones Relacionadas al Trabajo</p>	<p>VIH, VHB, VHC, TB</p>	<p>Examen serológico para VHB, VHC, VIH, BK en esputo, Radiografía de tórax antero posterior y lateral</p>

*Fuente: RM N° 312-2011 MINSA "Documento técnico: Protocolo de exámenes médico ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad."*

El Protocolo establece que el sector salud se considera de alto riesgo, lo cual implica que los trabajadores en este sector están expuestos a diversos factores de riesgo y deben pasar por exámenes complementario específicos de acuerdo con las Guías Técnicas aprobadas por la Autoridad Nacional en Salud. Estos exámenes incluyen pruebas serológicas para VHB, VHC, VIH, BK en esputo, así como radiografías de tórax en vistas antero-posterior y lateral.

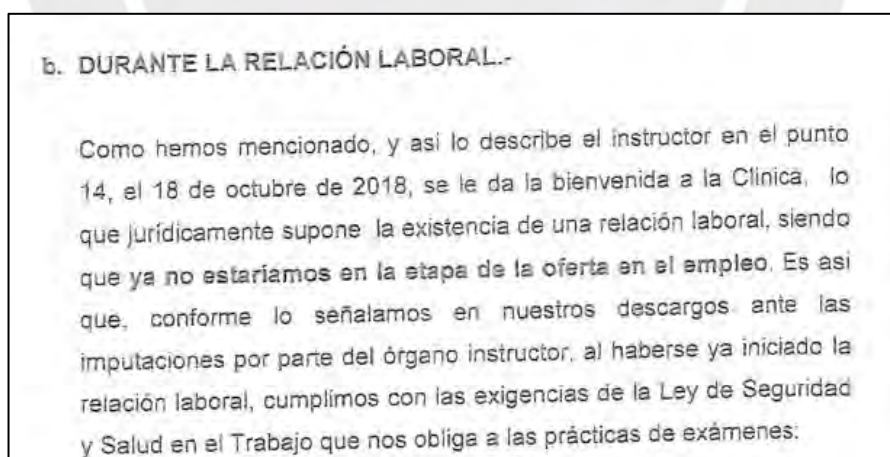
Aunque es relevante lo señalado por el protocolo, también es esencial la intervención del médico ocupacional en la selección de los exámenes médicos ocupacionales

específicos para cada puesto de trabajo. Esto se basa en una Identificación de Peligros y Evaluación de Riesgos (IPER) realizada por el empleador. Es importante porque algunos puestos en el sector salud pueden enfrentar riesgos diferentes en comparación con otros. Por lo tanto, cada puesto de trabajo debería tener sus propios exámenes médicos adaptados a sus riesgos específicos.

Según lo indicado por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., los exámenes obligatorios se llevaron a cabo antes de la relación laboral de Geison Fernández debido a que, según la normativa, los trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo deben someterse a dichos exámenes. En ese contexto, clasificaron el puesto de camillero como uno de alto riesgo, basándose en la naturaleza de la actividad económica de la empresa.

De acuerdo a esto, los exámenes obligatorios para trabajadores de alto riesgo se realizan en tres momentos específicos: antes, durante y al finalizar la relación laboral, pero solo cuando existe un vínculo laboral formal entre el empleador y el trabajador. Esto implica que los exámenes previos a la relación laboral deben efectuarse únicamente a quienes ya son empleados de la empresa, ya que el artículo 49, d) segundo párrafo de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) se refiere explícitamente a “trabajadores”.

En relación a lo anterior, según los descargos presentados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., indican que los exámenes médicos ocupacionales realizados a Geison Fernández se llevaron a cabo porque ya había iniciado una relación laboral con la Clínica Anglo Americana, como se observa en la siguiente imagen de fecha 18 de agosto de 2020.



En la misma fecha, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. estableció que, luego de comprobarse la falsedad en la declaración de la salud de Geison Fernández, decidió terminar la relación laboral que tenían con él durante el periodo de prueba, como se muestra en la siguiente imagen:

- Descargos realizados el 18 de agosto de 2020

Producto de examen médico, y luego de comprobarse la falsa declaración, y al encontrarse en periodo de prueba es que se decide romper el vínculo laboral incipiente con el denunciante, para lo cual la ley faculta al empleador a cesar al trabajador sin expresar causa alguna al encontrarse en el periodo de prueba y que no ha sido materia de la orden de inspección.

Sin embargo, como se identificó en la pregunta secundaria 5.2., BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A, de fecha 14 de febrero de 2019 y el 14 de noviembre de 2019 dirigida a la Fase Instructora de la Intendencia de Lima Metropolitana de la SUNAFIL, afirmó que **no contrataron a Geison Fernández** debido a que proporcionó información falsa, tal como se evidencia a continuación:

- Los descargos realizados el 14 de febrero de 2019 establecieron lo siguiente:

Bajo estas consideraciones, la no contratación de Geison Fernández Galvis, se debió a que **mintió en su declaración jurada** de datos personales respecto de su enfermedad o dolencia, versión que fue demostrada cuando se realizó exámenes médicos que se realiza a todo personal antes de contratarlo, conforme manda la ley.

- Los descargos realizados el 14 de noviembre de 2019 señalaron lo siguiente:

**II. FALSA DECLARACIÓN JURADA COMO MOTIVO DE NO CONTRATACIÓN.-**

Debemos señalar enfáticamente que, este es el único motivo objetivo de la no contratación del denunciante, el mismo que ha sido soslayado de manera expresa por la inspectora de trabajo a cargo de las investigaciones. Así, el señor Geison José Fernández Galvis consigno información falsa en su declaración jurada sobre si tenía o no una enfermedad o dolencia, por lo que resulta sospechoso que en la denuncia de supuesta discriminación, no haya adjuntado este documento como si lo hicimos nosotros. Esta actitud no ha sido advertida por

Esto revela una contradicción en los argumentos de BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. Por un lado, afirman que Geison Fernández estaba en periodo de prueba y que, al descubrirse la falsedad en su declaración de salud, decidieron terminar su relación laboral. Por otro lado, señalan que no fue contratado debido a la falsa declaración sobre su estado de salud. Esta inconsistencia sugiere que la empresa no tiene claro si Geison Fernández era realmente un trabajador de la empresa.

Ahora, en relación con el análisis realizado en la pregunta 5.1., se ha determinado que los exámenes médicos, incluida la prueba de VIH, realizados a Geison Fernández se

llevaron a cabo antes de que iniciara una relación laboral, como parte del proceso de selección. En ese sentido, se evidencia que los exámenes realizados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. no fueron exámenes médicos ocupacionales, como ellos han argumentado.

Como se mencionó anteriormente, en la actualidad algunos empleadores optan por ofrecer exámenes médicos pre-ocupacionales de manera opcional a los postulantes a un puesto de trabajo. Aunque la normativa no se pronuncia sobre este asunto y las pruebas se realizan con el consentimiento de ambas partes, es esencial que se cumplan ciertos requisitos para salvaguardar los derechos fundamentales de los postulantes, como el principio de igualdad y el derecho a la intimidad.

En ese sentido, los exámenes realizados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. a Geison Fernández mientras aún era postulante fueron conocidos como exámenes pre-ocupacionales o pre-empleo, los cuales no eran obligatorios. Por lo tanto, es crucial determinar si estos exámenes se llevaron a cabo de acuerdo con los lineamientos mínimos establecidos previamente.

#### **5.1.1. ¿Las evaluaciones se encontraron relacionadas con la naturaleza y el alcance de los riesgos asociados al puesto de camillero del área quirúrgica?**

Los exámenes médicos realizados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. hacia Geison Fernández en principio son facultativos ya que nos encontramos en la etapa postulatoria.

Los exámenes médicos que se realizaron a Geison Fernández en fecha 19 de octubre de 2018 podría en principio señalarse que se hicieron con la intención de conocer su estado de salud porque era uno de los candidatos que podría ser seleccionado para el puesto de camillero y la empresa opto por realizarlos de forma preventiva. No obstante, ¿se puede determinar que el empleador a identificado los riesgos asociados al puesto de camillero del área quirúrgica para determinar los exámenes que debe realizarse para estos?

Se identifica que la empresa en el recurso de apelación y revisión presentados no ha indicado cuáles son los exámenes correspondientes para el determinado puesto de camillero del área quirúrgico de acuerdo a los riesgos laborales identificados, sino que opto por citar al “Protocolo de exámenes médico ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad”, que identifica como alto riesgo al sector salud y, por tanto, determina como factor de riesgo la enfermedad de VIH.

En ese sentido, la Dirección General de Salud Ambiental (2010) establece que los trabajadores de salud están expuestos a sangre y otros fluidos corporales durante su trabajo. En consecuencia, corren el riesgo de sufrir infecciones virales transmitidas por sangre, incluyendo el virus de inmunodeficiencia humana (VIH, virus de hepatitis B (VHB) y virus de hepatitis C (VHC) (p. 9).

Entre los trabajadores de salud que se exponen a objetos contaminados podemos señalar a los camilleros, especialmente si verificamos que se encuentran en un área donde pueden estar expuestos a accidentes punzocortantes por agujas, por lo cual tienen un riesgo de sufrir alguna infección viral transmitida por sangre. Siendo así, al revisar las funciones establecidas en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Clínica Anglo Americana, versión 09 de fecha 02 de febrero de 2018, podemos determinar que sí existe algún tipo de relación con el riesgo de contraer VIH para el puesto de camillero del área quirúrgica. Las funciones asignadas al puesto incluyen las siguientes actividades:

- *Realizar la limpieza y verificar el buen funcionamiento de las camillas (ruedas, barandas, porta sueros, etc.).*
- *Verificar la presencia y operatividad de los equipos que se requieran para transportar a un paciente (oxígeno de transporte, pulso oxímetro, etc.).*
- *Coordinar con la enfermera coordinadora para recoger a los pacientes, la cual dependerá de la llegada de los médicos cirujanos y anestesiólogos.*
- *Colaborar en el posicionamiento de los pacientes, la cual dependerá de la llegada de los médicos cirujanos y anestesiólogos.*
- *Colaborar en el posicionamiento de los pacientes en casos complejos, (pacientes, obesos, cirugías, traumatologías, microquirúrgicas, etc.).*
- *Estar atento al término de la cirugía y coordinar con la enfermera de quirófano II, para recoger la cama de la habitación del paciente en caso lo requiera, de lo contrario acercar la camilla de recuperación al quirófano.*
- *Realizar el traslado de los pacientes de la mesa quirúrgica a la cama o camilla y luego al servicio de recuperación, como apoyo al equipo quirúrgico.*
- *Estar a cargo de trasladar las piezas operatorias (congelación, parafina) muestras de laboratorio (cultivos, AGA, electrolitos, bolsas de plasma, etc.) y revisar y equipar la zona de piezas operatorias.*
- *En el turno noche se encargan del checklist de las máquinas de anestesia.*
- *Recoger el pedido semanal de insumos rutinarios.*
- *Realizar el control y registro de los polímeros, mandiles de plomo.*
- *Colaborar con el orden del servicio manteniendo las camillas en su respectivo lugar, así como también el cuarto de almacén.*

*-Verificar que los balones de oxígeno estén en las máquinas de Anestesia de cada quirófano.*

Si observamos las responsabilidades a realizar por un camillero quirúrgico, pareciera que no implican un riesgo directo de exposición al VIH en comparación con roles médicos más directos como los de cirujanos o enfermeras. Sin embargo, esto no es del todo cierto, ya que existe la posibilidad de exposición a sangre y otros fluidos corporales durante situaciones como el manejo de equipos médicos, el traslado de pacientes y la manipulación de muestras biológicas, que forman parte de sus funciones.

Por lo tanto, la realización de los exámenes médicos, incluida la prueba de VIH, como parte del proceso de contratación para este puesto podría justificarse como una medida de precaución para garantizar la seguridad tanto del personal como los pacientes. En ese sentido, las evaluaciones realizadas por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. podrían estar relacionadas con la naturaleza y alcance de los riesgos asociados al puesto de camillero del área quirúrgica, incluso si el riesgo se considera menor en comparación con otros roles médicos más directos.

#### **5.1.2. ¿Se garantizó el respeto al derecho a la intimidad del postulante durante su proceso de evaluación?**

El derecho a la intimidad es parte inherente de la persona humana y se manifiesta en todas las relaciones en las que las personas participan, ya sea en un entorno laboral o durante el proceso de postulación para acceder a dicho entorno. José Luis Ugarte establece que, “algo común que poseen las definiciones sobre este tema, es que, antes que nada, la intimidad se refiera a una “zona” de la vida de las personas que recibe protección del sistema jurídico, para restringir sus acceso por parte de terceros” (2004, p. 3)

La zona a la que nos referimos en el presente caso está relacionada con el estado de salud y los resultados establecidos en los informes médicos, los cuales forman parte de la intimidad del postulante. Se entiende que la información sobre la salud, al ser parte de la vida privada de la persona, no debería ser divulgada sin su autorización, con el fin de proteger la esfera privada del postulante y evitar causar algún daño a su integridad y bienestar.

En el caso presentado, se identifica que, Geison Fernández brindó su consentimiento para realizarse exámenes médicos pre-ocupacionales no obligatorios, los cuales incluían la prueba de VIH. Una vez obtenido los resultados, se observa que la Gerencia de Recursos Humanos tuvo conocimiento de estos y se comunicó con el postulante a través de correo electrónico, indicándole que se ha encontrado una observación en su

examen médico, la cual debe ser subsanada para poder concretar su ingreso. Esto se evidencia en la siguiente imagen:

*"Estimado Gerson,*

*Estuve intentando contactarme contigo, porque revisando tus documentos me di cuenta que tienes una observación en tu examen médico, el cual tiene que ser subsanado para tu ingreso.*

*Lo que tienes que hacer es acercarte con el Medico Ocupacional de la clínica que es el Dr. Enrique Barrantes, su horario de atención es de lunes a viernes de 8:30 am a 2:30 pm."*

El Procedimiento de Manejo de Atención en caso de Código Blanco, de fecha 14 de noviembre de 2019, por la Clínica Anglo Americana, establece un protocolo específico para la gestión de resultados positivos de VIH, VHB y VHC (código blanco). Este procedimiento, a cargo del médico de vigilancia ocupacional, se aplica a todos los colaboradores con un diagnóstico positivo en los exámenes médicos ocupacionales.

Aunque en este caso se trate de exámenes pre-ocupacionales facultativos, es pertinente considerar la aplicación de este procedimiento. Un diagnóstico positivo no debería ser un obstáculo para el acceso al puesto de trabajo. La finalidad del procedimiento es, al conocer el diagnóstico, promover un ambiente de trabajo seguro y saludable, además de asegurar que los trabajadores reciban el apoyo necesario sin ser discriminados por su estado de salud.

En el numeral 7 del Procedimiento de Manejo de Atención en caso de Código Blanco, se detallan los siguientes pasos:

#### **7. DESCRIPCIÓN**

**En caso de resultado positivo en examen ocupacional (preocupacional - periódico - retiro) Ver anexo 9.1**

7.1 Una vez notificado el resultado positivo al médico ocupacional y se dará aviso al área de recursos humanos para que se pueda coordinar con el colaborador la entrega de su interconsulta para el área de infectología.

7.2 Se le entregará al trabajador su informe médico y la interconsulta para que pueda ser respondida por el médico especialista (infectología) y debe adjuntar un informe completo de la condición del postulante, así como el tratamiento que el colaborador viene llevando y la carga viral.

7.3. Una vez respondida la interconsulta y entregada al médico ocupacional, esta será enviada al área de auditoría médica para su gestión

7.4 En caso el especialista considere que el/la colaborador(a) puede ejercer sus funciones con normalidad será apto con recomendaciones y en caso considere que por el momento no pueda ejercer las funciones las que el puesto laboral amerita, quedará observado hasta reevaluación y visto bueno del médico especialista (infectología).

7.5 Una vez laborando se le realizarán seguimientos de manera periódica para constatar cumplimiento del tratamiento establecido para el médico tratante.

7.6 Servicio social apoya en informar al trabajador para que pase a acercarse a recoger su interconsulta con el médico ocupacional.

En el punto 7.1 del Procedimiento, se especifica que una vez se notifique al médico ocupacional sobre el resultado positivo, se informará al área de recursos humanos para coordinar la entrega al colaborador de su informe médico y de la interconsulta al colaborador, para que pueda ser respondida por el médico especialista. El médico especialista en infectología elaborará un informe completo sobre la condición del postulante, así como el tratamiento que el colaborador viene llevando. Luego de entregarse la interconsulta al médico ocupacional, esta será enviada al área de auditoría médica para su gestión. Finalmente, el especialista considerará al colaborador como apto con recomendaciones o lo mantendrá bajo observación hasta una reevaluación, si considera que, por el momento, no puede desempeñar sus funciones.

Una vez en el centro de trabajo, se realizarán seguimientos periódicos para constatar el cumplimiento del tratamiento establecido por el médico tratante. Del mismo modo, el servicio social apoya a informar que el trabajador pase a recoger su interconsulta con el médico ocupacional.

Como se ha observado en el caso presentado, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., a través de la Gerencia de Recursos Humanos, notificó a Geison Fernández por correo electrónico sobre una observación en su examen médico y le indicó que debía acercarse al Médico Ocupacional para subsanar esta para su ingreso.

Respecto de esta comunicación, no se puede concluir que se haya infringido su derecho a la privacidad, ya que se siguió el procedimiento que se encuentra diseñado para conocer sobre el tratamiento que lleva a cabo el postulante y, posteriormente, establecer las disposiciones pertinentes en el que sería su lugar de trabajo. Por lo tanto, no se considera que la empresa haya vulnerado con la comunicación la integridad y bienestar de Geison Fernández.

### **5.1.3. ¿Se garantizó el derecho a la igualdad durante el proceso de selección, evitando cualquier forma de discriminación?**

Para identificar una situación de discriminación, es necesario analizar los elementos de acto, motivo o razón y resultado establecidos por Rodríguez y Fernández. Esto se puede hacer respondiendo las siguientes preguntas:

- ¿El acto realizado por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. implica una desigualdad de trato, ya sea mediante distinción, exclusión o preferencial?

Según el análisis previo, se estableció que, tras indicarle a Geison Fernández que debía acercarse al Médico Ocupacional para subsanar una observación en sus exámenes médicos, correspondía al especialista, de acuerdo con el Procedimiento de Manejo de Atención en caso de Código Blanco, determinar si el colaborador era apto con recomendaciones o mantenerlo bajo observación hasta una reevaluación, en caso de que temporalmente no pudiera desempeñar sus funciones.

En este caso, no se siguió el procedimiento establecido. Después de enviarle el correo a Geison Fernández, no hubo comunicaciones posteriores con él, lo que dejó sin efecto su proceso de selección. Este acto realizado por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. implica una desigualdad de trato mediante la exclusión de Geison Fernández del proceso de selección después de conocer sus resultados médicos. A diferencia de los demás postulantes para el puesto de camillero, quienes continuaron con el proceso y eventualmente formaron parte de una relación laboral, Geison Fernández fue descartado.

- ¿La decisión de BRITISH AMERICA HOSPITAL S.A. de no continuar con el proceso de postulación de Geison Fernández se fundamenta en un motivo prohibido?

La decisión de BRITISH AMERICAN HOSPITAL de no continuar con el proceso de selección se fundamentó en que Geison Fernández no reveló su condición de VIH en el formulario de solicitud de empleo, específicamente en la sección "Estado de Salud", lo que constituye una falsa declaración jurada. Además, señaló que al tratarse de una empresa cuya actividad principal son las actividades médicas, es necesario conocer el estado de salud del personal a contratar.

En relación con la supuesta información falsa que BRITISH AMERICA HOSPITAL S.A. alega que Geison Fernández proporcionó, como se detalla en la respuesta a la pregunta 5.2, no es obligatorio completar el apartado de "Estado de salud" en el Formato de Solicitud de Empleo. Esta información pertenece a la esfera personal del postulante, y él tiene derecho de decidir si desea completarla o no. Por lo tanto, debido a su derecho a la intimidad, este apartado pudo ser omitido por Geison Fernández, no constituyendo una falsa declaración jurada.

Además, considerando que existe un estigma social asociado a ciertas enfermedades como el VIH, se pretende evitar que los empleadores descarten a un postulante al observar, desde un primer momento en la solicitud de empleo, que el candidato tiene una enfermedad, sin haber realizado las evaluaciones pertinentes para verificar su idoneidad para el puesto. En ese sentido, no debe formar parte de la política de las empresas obligar al postulante a completar el apartado sobre su estado de salud, esto con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación en su acceso al empleo.

Asimismo, si la empresa argumenta que es necesario conocer el estado de salud del personal que contratan debido que se dedican a actividades médicas, podrán llevar a cabo los exámenes médicos necesarios conforme a la normativa que regula los exámenes obligatorios para actividades de alto riesgo. Además, la empresa tiene la opción de realizar exámenes facultativos, siempre garantizando el respeto a los derechos fundamentales del postulante.

Frente a todo lo señalado, la postura que toma BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., al no continuar con el proceso de selección de Geison Fernández no resulta justificable. Por el contrario, se evidencia un trato diferenciado basado en un motivo prohibido, ya

que hay una relación directa entre conocer su diagnóstico de VIH positivo a través de los exámenes médicos y la decisión de dejar de comunicarse con él sobre su postulación.

- ¿El resultado de dicha desigualdad vulnera el derecho a la igualdad de trato para Geison Fernández?

La decisión de BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. de interrumpir el proceso de selección de Geison Fernández tras conocer su condición de VIH no solo contradice el principio de igualdad de trato, sino que también vulnera su dignidad humana. Esta acción ha resultado en la negación del derecho de Fernández a trabajar, debido al estigma y discriminación asociados al VIH. Según la OIT, “el estigma y la discriminación por VIH niegan a muchas personas el derecho a trabajar, socavan su capacidad para conseguir y conservar un empleo y trastornan su empleo y su carrera” (2021, p.9).

En ese sentido, la acción de BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. de tratar de manera diferenciada a Geison Fernández carece de justificación objetiva y razonable. La decisión de no continuar con su proceso de selección se basó exclusivamente en su estado de salud, lo cual constituye un motivo prohibido.

Por lo tanto, en respuesta a la tercera pregunta secundaria, los exámenes médicos realizados a Geison Fernández, que incluían la prueba de VIH no cumplieron con el tercer estándar establecido. En consecuencia, BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. vulneró el derecho a la igualdad de Fernández durante su proceso de selección, incurriendo en discriminación directa.

## 5.2. PROBLEMA PRINCIPAL

Al analizar y dar respuesta a los problemas secundarios, podemos entender que los hechos ocurrieron antes de establecerse una relación laboral. Es importante que en esta etapa no se vulneren los derechos fundamentales de los postulantes, ya que, aunque aún no sean trabajadores, forman parte de una sociedad que promueve el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, dentro de los que se encuentra en acceso al empleo. Del mismo modo, la Constitución Política del Perú prohíbe la discriminación contra grupos socialmente considerados vulnerables, incluidos aquellos que padecen alguna enfermedad, como las personas que viven con VIH. En ese sentido, y de acuerdo con lo anteriormente desarrollado, se procederá dar respuesta al problema principal.

**PROBLEMA PRINCIPAL:** ¿El actuar de BRITISH AMERICAN podría constituir un caso de discriminación laboral en perjuicio de Geison José Fernández Galvis?

La elección por parte de las empresas de los candidatos adecuados para los puestos que desean ocupar para dar cumplimiento con los objetivos que tienen, es una manifestación de la libertad de empresa, un derecho reconocido en el artículo 49 de la

Constitución Política del Perú. Sin embargo, esta libertad no debe ejercerse en detrimento de los derechos fundamentales de los postulantes.

En ese sentido, es crucial que el proceso de selección que realicen las empresas respeten la igualdad de oportunidades y eviten cualquier forma de discriminación, incluyendo por razón de enfermedades, disposición establecida por la Constitución peruana que prohíbe expresamente la discriminación por cualquier motivo prohibido. Por lo tanto, aunque las empresas tienen esta libertad de elegir a sus trabajadores, esta elección debe ser debidamente justificada, como la elección de una persona cuyo perfil se adecue mejor a las funciones del puesto.

Raquel Aguilera (2022) establece que “el derecho de no discriminación en el acceso al empleo exige las mismas posibilidades de acceder a un puesto de trabajo a todos los candidatos en idénticas condiciones, e impone, como afirma Fernández López, una carga de justificación del uso de la libertad de contratación (...) (p. 103). Es decir, de esta lectura se entiende que no habrá discriminación en el acceso al empleo si la decisión de contratación tiene una razón válida y justificable, basada en criterios objetivos y no discriminatorios.

La discriminación por enfermedad podría ser considerada discriminación por motivo prohibido, sobre todo si no referimos a la enfermedad de VIH. Una modalidad de discriminación en el empleo que se manifiesta en el mundo del trabajo es el VIH/SIDA (OIT, 2001, p.24). Esta enfermedad tiene un nivel alto de estigma debido a distintas razones, entre ellas, el desconocimiento de esta enfermedad, lo que ha generado repercusiones negativas para las personas que lo padecen en el ámbito laboral. Pero en realidad, ¿qué sabemos sobre esta enfermedad?

El virus de inmunodeficiencia humana (VIH), que causa el SIDA, se transmite por conducto de los líquidos corporales, en particular la sangre, el semen, las secreciones vaginales y la leche materna. (...) (2001, p. 23). El Ministerio de Salud establece que es seguro trabajar con personas que viven con el VIH debido a que este no se transmite por contacto casual, (...) (2021, p. 184)

En ese sentido, una persona con VIH puede ejercer su derecho al trabajo sin ningún impedimento. Sin embargo, puede haber algunas limitaciones o cambios en las funciones que desarrollen, especialmente en puesto que implican el uso de inyecciones o instrumentos médicos contaminados que podrían generar algún riesgo de contagio como en el sector salud.

Asimismo, se espera que la empresa brinde las facilidades necesarias para que las personas con esta enfermedad puedan recibir la atención y el tratamiento pertinentes para su control, siendo esta la mejor manera de prevenir la transmisión. Además, es crucial garantizar el uso adecuado de los equipos de protección personal (EPP) en el sector salud, con el fin de asegurar un control efectivo del medio de contagio del VIH.

Frente a todo lo previamente mencionado, pasaremos a dar respuesta a la pregunta principal:

Las acciones realizadas por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. sí constituyen un caso de discriminación en el acceso al empleo en perjuicio de Geison Fernández. En principio, se ha identificado que los hechos ocurrieron en el proceso de selección, debido a que la empresa no ha presentado ningún documento que acredite válidamente su incorporación laboral en la empresa, sino únicamente una comunicación general de bienvenida.

En el primer hecho, es claro que el formato requerido sobre el estado de salud de Geison Fernández por parte de la empresa se realizó durante el proceso de postulación. En cuanto al segundo hecho, el análisis determinó que los exámenes médicos, incluida la prueba de VIH, realizados a Geison Fernández no ocurrieron durante una relación laboral, sino durante el proceso de postulación. Por lo tanto, dicho exámenes fueron facultativos, realizados por decisión de la empresa con el consentimiento del postulante.

Respecto a la declaración de estado de salud en el formato de solicitud de empleo, el hecho que Geison Fernández no haya indicado que padecía de alguna dolencia y/o enfermedad no constituye un argumento válido para considerarlo como una falsa declaración jurada que debe dejar sin efecto el proceso de postulación. Al contrario, no haberlo señalado en este formato da a entender que Geison Fernández quería proteger esa información que forma parte de su esfera personal.

El Tribunal de Fiscalización Laboral estableció sobre este punto que la sección “Estado de Salud” atenta contra la intimidad del postulante, especialmente al requerir la declaración de ser portador de VIH. Sin embargo, considero que la verdadera vulneración a la intimidad ocurre cuando la empresa impone la obligación de completar esta sección. La decisión de proporcionar esta información debe ser opcional para el postulante.

Como ya se señaló previamente, en la sociedad existe un estigma y discriminación respecto a esta enfermedad, lo que provoca que las personas diagnosticadas enfrenten situaciones que les impiden ejercer libremente sus derechos fundamentales en diversos ámbitos, incluido el laboral. En este contexto, nos referimos específicamente al impedimento por parte de la empresa para que Geison Fernández acceda a un empleo.

Asimismo, la empresa no puede exigir que se complete la sección de estado de salud en el formulario de empleo argumentando que, al pertenecer al sector salud, es necesario conocer el estado de salud de quienes formarán parte de la empresa. Según la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo, los exámenes médicos obligatorios son el medio adecuado para este fin. Por lo tanto, no existe un sustento jurídico para que BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. haya requerido la declaración del estado de salud del postulante en el formato de solicitud de empleo.

Por otro lado, en relación con los exámenes médicos, incluida la prueba de VIH, no se realizaron conforme a los estándares mínimos establecidos. Aunque se cumplieron los dos primeros, el tercero quedó sin cumplirse.

Sobre el primer límite: los exámenes pre-ocupacionales y la prueba de VIH realizados por la Clínica estaban relacionados con la naturaleza y el alcance de los riesgos asociados al puesto de camillero en el área quirúrgica. Las funciones del puesto implican un riesgo de exposición a sangre y fluidos corporales, el manejo de equipos médicos, el traslado de pacientes y la manipulación de muestras biológicas.

Además, se ha identificado que los trabajadores en el ámbito de la salud, incluidos los camilleros, están expuestos a un riesgo de accidentes con agujas y otros objetos punzocortantes. Esta situación es más frecuente en áreas donde se manejan estos instrumentos con regularidad, como en el área quirúrgica en este caso.

En ese sentido, a diferencia de lo establecido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, se considera que solicitar la prueba de VIH no necesariamente vulnera la intimidad del postulante, especialmente cuando se realiza dentro del contexto en el que podría ser requerida debido a la naturaleza del puesto al que se aspira ingresar y la exposición asociada a él.

Sobre el segundo límite: BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. garantizó el respeto al derecho a la intimidad del postulante durante su proceso de evaluación. En principio se evidencia que Geison Fernández brinda su consentimiento para realizarse sus evaluaciones, sobre todo, cuando da su autorización para la evaluación de VIH en la cual sus resultados salen positivos.

Posteriormente, al entregar sus resultados, la Clínica Anglo Americana siguió el Procedimiento de Manejo de Atención en caso de Código Blanco. Notificaron a Geison Fernández por correo electrónico que se había identificado una observación en su examen médico y que debía presentarse ante el Médico Ocupacional para resolver el asunto antes de proceder con su ingreso. Por lo tanto, se observa que en las acciones de BRITISH AMERICAN S.A. no hay una vulneración de su derecho a la privacidad.

Sobre el tercer límite: BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. no garantizó el derecho a la igualdad durante el proceso de selección, lo cual constituye discriminación en el acceso al empleo para Geison Fernández.

Para la respuesta a este límite, se ha usado la definición internacional de discriminación, que implica la presencia de un acto, un motivo o razón, y un resultado. En cuanto al acto, se observa que hubo una interrupción en la comunicación con Geison Fernández una vez que se tuvo conocimiento de su condición de VIH positivo, a diferencia de otros postulantes que probablemente avanzaron en el proceso de selección. En relación al motivo o razón, la decisión de la empresa se basó en la información médica que revelaba el estado serológico de Geison Fernández respecto al VIH, lo cual influyó en la determinación de no continuar con su proceso de selección. Por último, en cuanto al

resultado, esta acción refleja un trato discriminatorio que contradice el principio de igualdad y vulnera la dignidad humana.

Por tanto, fue necesario trazar un camino que proporcionará una respuesta clara a la pregunta principal, concluyendo que la conducta de BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. representa un trato desfavorable hacia Geison Fernández sin una justificación objetiva y razonable, lo cual configura un caso de discriminación directa. En este caso, la empresa fundamentó su decisión de no proseguir con la postulación de Fernández en un motivo prohibido.

## **VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

Luego del análisis detallado de cada una de las preguntas secundarias que abordaron la pregunta principal, se concluye que BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. efectivamente incurrió en un acto de discriminación en el acceso al empleo contra Geison Fernández al interrumpir su proceso de selección tras conocer su resultado positivo de VIH. Esta situación no solo vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad, intimidad y trabajo, sino que también representó un trato diferenciado injustificado basado en un motivo prohibido.

1. Se reconoce la validez de la determinación del Tribunal de Fiscalización Laboral sobre la discriminación en el acceso al empleo por parte de la empresa. No obstante, se considera fundamental que el Tribunal hubiera llevado a cabo un análisis más profundo y detallado del caso.
2. Es crucial que el análisis considere detalladamente los riesgos inherentes al puesto de trabajo al que Geison Fernández aspiraba, así como la relevancia de los exámenes médicos realizados, para evaluar si existe una correlación adecuada entre ambos aspectos. Simplemente desestimar la obligatoriedad de ciertos exámenes médicos no aborda completamente la complejidad del asunto.
3. Los exámenes médicos pre-ocupacionales o pre-empleo son prácticas frecuentes en las empresas, aunque no están específicamente reguladas por nuestra normativa. El Tribunal debería haber abordado estos exámenes para establecer directrices claras que protejan los derechos fundamentales de los postulantes sin comprometer su intimidad ni vulnerar otros derechos esenciales.
4. En este informe, cada pregunta secundaria ha sido abordada con el propósito de clarificar las acciones de BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. y concluir definitivamente sobre la presencia de discriminación en el acceso al empleo.
5. Para establecer un acto de discriminación en el acceso al empleo, es crucial examinar la presencia de un acto discriminatorio, un motivo o razón prohibida, y un resultado perjudicial para el postulante. En este caso, se determinó que la empresa actuó de manera discriminatoria al fundamentar su decisión en un motivo prohibido, privando a Geison Fernández de su derecho al trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilera, R. (2022). *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*. Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2023.

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2023-303](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2023-303)

Arévalo, M. y Rubiano, Y. (2018). *Significados del trabajo en personas que viven con VIH*. Rev. Fac. Nac. Salud Pública.

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/fnsp/article/view/330636/20791622>

Ataca, M. y Cadillo, Á. (2010). *Los exámenes médicos en la relación laboral*. IV Congreso Nacional - Cusco.

<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/IV-Congreso-Nacional-Cusco-2010.pdf>

Carta de la Organización de los Estados Americanos. (1948). Carta de la OEA.

[https://www.oas.org/xxivga/spanish/basic\\_docs/carta\\_oea.pdf](https://www.oas.org/xxivga/spanish/basic_docs/carta_oea.pdf)

Céspedes, E. (2005). <<Importante empresa requiere profesional genéticamente apto>> La Discriminación Genética en el acceso al empleo. *Derecho & Sociedad*. (24), 250-260.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16979/17278>

Constitución Política del Perú. (1993).

[https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1978). Secretaría General OEA.

[https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

De las Casas, O. (2010). "El derecho a la intimidad del trabajador." *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 209 - 235).

[file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/El%20derecho%20a%20la%20intimidad%20del%20TABAJADOR%20\(ORLANDO%20DE%20LAS%20CASAS\).pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/El%20derecho%20a%20la%20intimidad%20del%20TABAJADOR%20(ORLANDO%20DE%20LAS%20CASAS).pdf)

Decreto Supremo N° 005-2012-TR. (2012). Reglamento de la Ley N° 29783, *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*.

<https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=38>

Diario Oficial El Peruano (2012). Ley N° 29783, *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*.

<https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=38>

Eguiguren, F. (1997). *Principio de igualdad y derechos a la no discriminación*. IUS ET VERITAS, 8 (15) 63-72.

[file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/15730-Texto%20del%20art%C3%ADculo-62502-1-10-20161128%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/15730-Texto%20del%20art%C3%ADculo-62502-1-10-20161128%20(1).pdf)

Indeed. (2023). *Solicitud de empleo, qué es, beneficios y consejos*. Equipo editorial de Indeed.

<https://www.indeed.com/orientacion-profesional/como-encontrar-empleo/solicitud-empleo#:~:text=Una%20solicitud%20de%20empleo%20es,a%20fondo%20a%20los%20candidatos.>

International Labour Organization. (1948). *Convenios sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958 (núm. 111).

[https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL\\_O\\_CODE:C111](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL_O_CODE:C111)

Ministerio de Salud (2011). *Documento Técnico – Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnósticos de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad*. RM N° 312-2011.

<http://www.digesa.minsa.gob.pe/publicaciones/descargas/DT-PROTOCOLOS-MINSA.pdf>

Ministerio de Salud (2021). *Manual de preguntas frecuentes laborales*. Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral.

<http://www.digesa.minsa.gob.pe/publicaciones/descargas/DT-PROTOCOLOS-MINSA.pdf>

Morgado, E. (2004) “*Reflexiones iniciales acerca de la recepción del principio de no discriminación en el Convenio Núm 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.*”

[file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/4.MORGA\\_ReflexionesIniciales%20\(2\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/4.MORGA_ReflexionesIniciales%20(2)%20(1).pdf)

Nacionales Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Nacionales Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

OEA-CIDH (1948) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

OIT (2001). *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo.

<https://www.ilo.org/es/publications/repertorio-de-recomendaciones-practicas-de-la-oit-sobre-el-vihsida-y-el>

OIT (2012). *Preguntas y respuestas sobre empresas, discriminación e igualdad*.

<https://www.ilo.org/es/resource/preguntas-y-respuestas-sobre-las-empresas-discriminacion-e-igualdad#F5>

OIT (2022). *Encuesta global de la OIT sobre la discriminación por el VIH en el mundo del trabajo*. Ginebra: ILO, 2022.

[file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/wcms\\_848597.pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/wcms_848597.pdf)

Sarzo, R. (2014). *La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Jurista Editores.

Ugarte, L. (2004). "El derecho a la intimidad y la relación laboral." *Dirección del Trabajo*.

<https://www.dt.gob.cl/portal/1626/w3-article-65179.html>





## Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala

### Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

**EXPEDIENTE SANCIONADOR** : 3057-2019-SUNAFIL/ILM

**PROCEDENCIA** : INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA

**IMPUGNANTE** : BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A.

**ACTO IMPUGNADO** : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 647-2022-SUNAFIL/ILM

**MATERIA** : RELACIONES LABORALES

**Sumilla:** Se declara **INFUNDADO** el recurso de revisión interpuesto por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., en contra de la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, de fecha 28 de abril de 2022.

Lima, 28 de diciembre de 2023

**VISTO:** El recurso de revisión interpuesto por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. (en adelante, **la impugnante**), contra la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, de fecha 28 de abril de 2022 (en adelante, **la resolución impugnada**), expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

#### CONSIDERANDO:

##### **I. ANTECEDENTES**

**1.1** Mediante Orden de Inspección N° 22419-2018-SUNAFIL/ILM, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral<sup>1</sup>, que culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 387-2019-SUNAFIL/ILM (en adelante, **el Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de una (01) infracción muy grave en materia de relaciones laborales, por cometer actos de discriminación en el acceso al empleo; en mérito a la denuncia presentada por el señor Geison José Fernández Galvis.

**1.2** Que, mediante Imputación de Cargos N° 905-2019-SUNAFIL/ILM/AI1, de fecha 21 de octubre de 2019, notificada el 11 de noviembre de 2019, se dio inicio a la etapa instructiva, remitiéndose el Acta de Infracción y otorgándose un plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de los descargos, de conformidad con lo señalado en el literal e) del numeral 53.2 del artículo 53 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, **el RLGIT**).

<sup>1</sup> Se verificó el cumplimiento sobre la siguiente materia: Discriminación en el acceso al trabajo (Sub materia: Incluye todas).

**1.3** De conformidad con el literal g) del numeral 53.2 del artículo 53 del RLGIT, la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 205-2020-SUNAFIL/ILM/AI1, de fecha 27 de febrero de 2020 (en adelante, el **Informe Final**), que determinó la existencia de la conducta infractora imputada a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador. Por lo cual procedió a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia de Resolución de la Intendencia de Lima Metropolitana, la cual mediante Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 30 de setiembre de 2020, notificada el 02 de octubre de 2020, multó a la impugnante por la suma de S/ 283,500.00, por haber incurrido en la siguiente infracción:

- Una (01) infracción **MUY GRAVE** en materia de relaciones laborales, por incurrir en actos de discriminación en el acceso al empleo, en perjuicio del señor Geison José Fernández Galvis, tipificada en el numeral 25.17 del artículo 25 del RLGIT.

**1.4.** Con fecha 23 de octubre de 2020, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE4, argumentando lo siguiente:

- i. Solicitan como pretensión impugnatoria principal la nulidad de la resolución apelada y como pretensión impugnatoria subordinada la revocatoria de la Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE4 y reformándola se resuelva la no imposición de la sanción.
- ii. Señalan que la resolución apelada contiene una falsa motivación o motivación aparente, afectando el debido procedimiento, vulnerando los principios de razonabilidad, imparcialidad, predictibilidad o de confianza legítima, principio de responsabilidad, precisando que les han impuesto una sanción exorbitante y desproporcionada multa por la discriminación en el acceso al empleo, amparando su decisión en el artículo 1 de la Ley N° 26772, que regula la oferta del empleo y el acceso a los centros de formación.
- iii. Refieren que el señor Fernández presentó una solicitud de empleo el 15 de octubre de 2018, en cuyo formato se solicitaba describir el estado de salud; aclaran que este rubro no puede ser considerado como discriminatorio, ni mucho menos que atente contra la dignidad del trabajador, que menoscabe la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo o trabajo. Supuestos que no ocurrieron en el presente caso, toda vez que el aspirante manifestó que no padecía ninguna enfermedad.
- iv. Continuando con el proceso de selección realizaron el examen de VIH, de acuerdo a las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, que prevé exámenes médicos pre ocupacionales, los cuales deben realizarse antes del inicio de la relación laboral, con la finalidad de determinar los riesgos y prevenir posibles enfermedades ocupacionales o establecer las causas que originaron las mismas. En ese sentido, este examen es practicado, antes del contrato, por cuanto la actividad principal de la inspeccionada es prestar servicios de salud, considerados como de alto riesgo, a fin de evitar cualquier riesgo.
- v. Manifiestan que, al obtener el resultado de dicho examen, se verificó que el postulante había consignado información falsa, por consiguiente, estando en periodo de prueba se decidió romper el vínculo laboral, que en este momento es posible que el empleador pueda cesar al trabajador sin expresión de causa. Por lo que, no ha existido



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

discriminación ni en el acceso al empleo ni durante la relación laboral, por lo que, el órgano resolutor debe desestimar y no acoger la propuesta de sanción de la inspectora de trabajo, ni el Informe Final de la autoridad instructora. Por todo lo señalado, consideran que la sanción impuesta es desproporcional y arbitraria, por cuanto el postulante no fue admitido por haber consignado datos falsos en su solicitud de petición del trabajo.

- vi. Respecto al actuar del inspector comisionado, señalan que cuando aún estaban en curso las actuaciones inspectivas y solicitando información, de manera insólita se notifica a su representante la medida de requerimiento en la que se había determinado la existencia de una supuesta infracción insubsanable, emitiendo un adelanto de opinión, tal como se evidencia en el séptimo hecho constatado, que la contratación del aspirante se debe a los resultados positivos para el VIH y no por haber mentido al momento de postular. Además, aclaran que, en la denuncia presentada por el postulante, no adjuntó el formulario de solicitud de empleo.
- vii. Finalmente, consideran que la sanción propuesta es ilegal y arbitraria, al no haberse acreditado los actos de discriminación, pues los supuestos imputados se realizan durante la relación laboral y no en el acceso al empleo. Asimismo, las normas que regulan la imposición de la sanción no establecen que se considere el total de trabajadores de la planilla, y solo en casos graves y cuando suponga muerte del trabajador se considerará el total de trabajadores afectados y la sobretasa, por lo que consideran que la graduación de la sanción no ha respetado los principios de razonabilidad y proporcionalidad del procedimiento sancionador.

**1.5.** Mediante Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, de fecha 28 de abril de 2022<sup>2</sup>, la Intendencia de Lima Metropolitana declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, por considerar los siguientes puntos:

- i. Que, el aspirante al puesto de trabajo, luego de ser admitida su solicitud de empleo del 15 de octubre de 2018, previo a suscribir el contrato de trabajo, fue invitado a que se practique exámenes médicos, concurriendo el 19 de octubre de 2018, requiriéndole autorización a fin de que se realice el examen de VIH, que de acuerdo a la normativa vigente no era de carácter obligatorio. Aunado a ello, el médico ocupacional no le entregó de manera confidencial los resultados de dicha prueba, por el contrario, le envían un correo electrónico del 24 de octubre de 2018, comunicándole que las pruebas del laboratorio reportan HIV Antígeno Anticuerpo Reactivo, por lo que solicitan "ampliar estudios y recomendaciones de acuerdo al puesto laboral". Frente a esta

---

<sup>2</sup> Notificada a la impugnante el 03 de mayo de 2022, véase folio 149 del expediente sancionador.

situación, el postulante el 28 de octubre de 2019 presentó el certificado médico, expedido por el médico infectólogo del Hospital de Villa María, donde recibe tratamiento antirretroviral.

- ii. Que, la inspeccionada, por su parte como medio de defensa y justificar que no se concluyó con el proceso de selección, señaló que el postulante había mentado respecto de su salud, por lo que no había concluido con dicho proceso. Al respecto, los inspectores comisionado han determinado que la inspeccionada no ha acreditado las razones por las cuales no contrató al señor Fernández; por el contrario, se ha demostrado que no concluyeron con el proceso de selección, porque padece de VIH, constituyendo solo un medio de defensa el hecho de que haya mentado respecto del estado de salud; supuestos que no han sido demostrados, por cuanto, la norma exige que la inspeccionada debió comunicar al postulante las causas por las cuales fue retirado del proceso de selección, lo que no ocurrió en el presente caso.
- iii. Cabe precisar que la normativa establece que las personas que padecen esta enfermedad, merecen confidencialidad respecto de sus resultados y es deber del empleador, verificar el estado real de la enfermedad y no negarle el derecho al trabajo, por el contrario, darle las facilidades a efectos de que pueda continuar con el tratamiento y que evalúe las condiciones físicas del mismo, a efectos de desarrollar las actividades del puesto de trabajo para el cual postuló.
- iv. Que, el deber de confidencialidad no puede ser vulnerado en estos casos, porque atenta contra la dignidad de la persona humana, constituyendo por lo tanto actos de discriminación. Supuestos de hecho que la inspeccionada no ha demostrado, tanto en sede inspectiva como en el procedimiento sancionador.
- v. Que, el Acta de Infracción y el Informe Final se encuentran debidamente sustentados conforme a derecho y a los hechos, los cuales han servido de sustento para la emisión de la resolución apelada, la misma que ha dado razones suficientes para determinar la infracción e imponer la sanción correspondiente. En tal sentido, no se ha vulnerado el debido procedimiento.
- vi. Que, en la resolución apelada no se advierte afectación a los principios invocados por la inspeccionada; por el contrario, se verifica que la autoridad de primera instancia de acuerdo a las disposiciones legales previstas en el RLGIT, impuso sanción de multa a la inspeccionada, teniendo como base el artículo 48 numeral 48.1 del citado cuerpo legal, que recoge el cálculo del monto de las sanciones. Así como, la tabla de multas descrita en el RLGIT, que establecen los valores fijos expresados en Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- vii. En ese sentido, graduó la sanción de acuerdo a los criterios generales establecidos en el artículo 38 de la LGIT, esto es el número de trabajadores afectados y la gravedad de la falta cometida, aplicados a la Tabla NO MYPE, considerando además la aplicación de la Tabla de sanciones establecida por el Decreto Supremo 015-2017-TR, de acuerdo a la fecha de generación de la Orden de Inspección, esto es el 06 de diciembre de 2018, por la infracción descrita en la presente resolución.
- viii. En adición a ello, del considerando 38 de la resolución apelada se advierte que la autoridad de primera instancia aplicó el numeral 48.1-C del artículo 48 del RLGIT, indicando que, para el cálculo de la multa a imponerse, tratándose de una infracción tipificada en el numeral 25.17 del artículo 25 del RLGIT, se considerara como



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

trabajadores afectados al total de trabajadores de la empresa, esto es a mil diecisiete (1017) trabajadores.

1.6. Con fecha 16 de mayo de 2022, la impugnante presentó ante la Intendencia de Lima Metropolitana el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM.

1.7. La Intendencia de Lima Metropolitana admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante MEMORANDUM-002719-2022-SUNAFIL/ILM, recibido el 10 de octubre de 2022 por el Tribunal de Fiscalización Laboral.

## **II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL**

2.1. Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981<sup>3</sup>, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, **SUNAFIL**), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley que, para el cumplimiento de sus fines, la SUNAFIL contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.

2.2. Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981<sup>4</sup>, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo<sup>5</sup> (en adelante, **LGIT**), el artículo 17 del Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAFIL, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2022-TR<sup>6</sup>, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado

<sup>3</sup> "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

#### **Artículo 1. Creación y finalidad**

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

<sup>4</sup> "Ley N° 29981, **Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral**

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)"

<sup>5</sup> "Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo

#### **Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras**

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

<sup>6</sup> "Decreto Supremo N° 010-2022-TR, Reglamento de Organización y Funciones de SUNAFIL

Artículo 17.- Instancia Administrativa

por Decreto Supremo N° 004-2017-TR<sup>7</sup> (en adelante, **el Reglamento del Tribunal**), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

### III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 3.1. El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**), establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante una ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días, respectivamente.
- 3.2. Así, el artículo 49 de la LGIT, modificado por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3. El Reglamento del Tribunal establece que la finalidad del recurso de revisión es “la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral al caso concreto y la uniformidad de los pronunciamientos del Sistema. Se sustenta en la inaplicación, así como en la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral, o en el apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal. El recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones muy graves previstas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, y sus normas modificatorias”<sup>8</sup>.
- 3.4 En ese sentido, es el mismo reglamento el que delimita la competencia del Tribunal a las infracciones muy graves previstas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, y sus normas modificatorias, estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

---

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión.”

<sup>7</sup> “Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema.”

<sup>8</sup> Artículo 14 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N°004-2017-TR.



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

**3.5** En esta línea argumentativa, la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral comprende también la adecuación a la Constitución, a las leyes y al derecho, de conformidad con el principio de legalidad, que debe de caracterizar al comportamiento de las autoridades administrativas.

#### **IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A.**

**4.1** De la revisión de los actuados, se ha identificado que BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana, que confirmó la sanción impuesta de S/ 283,500.00, por la comisión de una (01) infracción MUY GRAVE en materia de relaciones laborales, tipificada el numeral 25.17 del artículo 25 del RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del día hábil siguiente de la notificación de la citada resolución; el 04 de mayo de 2022.

**4.2** Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A.

#### **V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN**

Con fecha 16 de mayo de 2022 la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, solicitando la nulidad de la misma, bajo los siguientes alegatos:

- i. Solicitan la caducidad del procedimiento sancionador, en tanto que, se puede verificar que la Imputación de Cargos (que da inicio al procedimiento sancionador) se realizó el 11 de noviembre de 2019 y la Resolución de Sub Intendencia, que es la resolución de primera instancia fue notificada con fecha 02 de octubre de 2020; es decir, el plazo que se tomaron para resolver el presente procedimiento sancionador, excedió ampliamente los 9 meses que establece la norma. Por tanto, se debe archivar el procedimiento administrativo sancionador.
- ii. Refieren que, existe afectación del derecho a la prueba, y contravención del debido procedimiento administrativo, en su faceta del derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas.
- iii. Asimismo, manifiestan que, se ha tratado de direccionar los hechos hacia una infracción inexistente, afectando el principio de legalidad y el de tipicidad. En efecto, alegan que, resulta contradictorio y falaz señalar, por una parte, que se habría cometido actos de

discriminación en el acceso en el empleo, para luego señalar que, la conducta sancionada es el acto de discriminación contra el extrabajador.

- iv. Señalan que, es la propia Intendencia quien reconoce que ya existió una relación laboral al denominar extrabajador al supuesto afectado, con lo cual se diluye toda posibilidad de discriminación en el acceso en el empleo, toda vez que estaríamos en otro momento.
- v. Que, se han tratado de redireccionar los hechos, haciendo ver que se ha ofrecido empleo conteniendo motivos prohibidos o discriminatorios, más aún cuando en las investigaciones se determinó que se le dio la bienvenida al denunciante; por tanto, no se puede hablar de discriminación en el acceso en el empleo, si el denunciante ya había sido admitido y en la oferta en el empleo no existió discriminación alguna.
- vi. Manifiestan que existe una indebida motivación de la resolución administrativa, y aplicación indebida e interpretación errónea de la Ley N° 26772; en tanto que, la resolución está construida en base a inexactitudes, falacias e interpretaciones peyorativas, que han tenido el propósito de direccionar los hechos hacia una supuesta infracción que jamás existió, reflejando el animus puniendi de la administración pública y no el esclarecimiento de los hechos.
- vii. Refieren que, el momento de la eventual discriminación, se presenta en la oferta de empleo, que, en el presente caso, el denunciante fue aceptado y prueba de ello es el correo de BIENVENIDA. Asimismo, señalan que producto de la aceptación del denunciante es que se le pasa a examen médico de ingreso, el mismo que es obligatorio de acuerdo a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo para todos los trabajadores que se incorporan a la clínica (como lo es para todos los trabajadores que ingresan a una empresa que realiza actividades consideradas como de alto riesgo), sobre todo teniendo en cuenta el objeto social de la empresa, esto es, actividades hospitalarias que implican contacto con pacientes.
- viii. Cuestionan que desde las investigaciones ya existió el prurito de la discriminación. Prueba de ello es que en la última comparecencia el representante había llevado todo el acervo de información solicitada por el inspector, para el esclarecimiento de los hechos; sin embargo, lejos de verificarlos, notifico la supuesta insubsanabilidad de los hechos “investigados”, afectando con ello el principio de predictibilidad que debe guiar el correcto procedimiento administrativo, adelantando con ello opinión.
- ix. Alegan que, el supuesto afectado no fue el único que postuló ante la oferta en el empleo, la convocatoria fue en abstracto y en general. Y esta oferta o convocatoria jamás fue objeto de investigación, como tampoco se solicitó información al respecto, reiterando que ya existía un prejuicio infundado al tratarse de una persona en las condiciones mencionadas, y que reiteran, no ha sido el motivo de la no continuación de la relación.
- x. Manifiestan que, es la propia Intendencia quien reconoce que el denunciante fue admitido y no tuvo dificultades para acceder al empleo. Entonces, señalan que, cómo se puede hablar de la existencia de una supuesta discriminación. Asimismo, refieren que, resulta extraño que, el denunciante sea el único afectado de esta supuesta discriminación. Consideran que detrás de todo esto, se encuentran entidades que lejos de brindar ayuda e información veraz, buscan obtener réditos lanzando denuncias infundadas.



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

- xi.** Que, el rompimiento del acuerdo se dio ya dentro de una relación laboral, cuando al pasar el examen médico de ley, se detectó que presentaba una enfermedad, que de acuerdo a los documentos que obran en autos son tratados con estricta reserva y bajo protocolos que manda la ley.
- xii.** Alegan que, al momento de calificar los supuestos actos de discriminación de acceso en el empleo, se puede advertir que las conclusiones extraídas en el procedimiento sancionador no guardan ninguna relación con la supuesta discriminación, en tanto que, el resultado del examen médico no fue divulgado ni se afectó la confidencialidad, en tanto que, el objeto social son las actividades médicas.
- xiii.** Al respecto, precisan que, están comprendidos dentro de las empresas que realizan actividades de alto riesgo y la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA, Documento Técnico Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad”, así como la Ley General de Salud, les obligan a realizar exámenes médicos a todos los que son incorporados a la empresa, por lo que resulta falaz lo señalado en el procedimiento sancionador, dado que si no hubiesen cumplido, serían pasibles de sanción.
- xiv.** Por último, cuestionan el apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral, invocando las Resoluciones N° 011, 521-2021-SUNAFIL-TFL/Primera Sala.

#### **VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN**

##### **Sobre el principio de igualdad**

- 6.1.** Conforme a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Asimismo, el numeral 1 del artículo 26 de nuestra Carta Magna, precisa que en la relación laboral se debe respetar la igualdad de oportunidades sin discriminación. De lo descrito se colige, que el Principio de Igualdad contiene dos planos: el derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación.
- 6.2.** De acuerdo con el profesor Carlos Blancas Bustamante, el derecho a la igualdad se constituye a su vez de dos aspectos que son, por un lado, la igualdad ante la Ley (artículo 2.2) y la igualdad de oportunidades (artículo 26.1)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2009). "Derechos Fundamentales de la Persona y la Relación de Trabajo". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición Aumentada, p. 134.

- 6.3. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en el fundamento jurídico de la sentencia recaída en el Expediente N° 02861-2010-PA/TC, que “debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se estará frente a una discriminación y, por tanto, ante una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”.
- 6.4. Es necesario precisar que la igualdad no solo implica tratar igual a los iguales, sino también desigual a quienes son desiguales. A partir de dichas premisas, la diferenciación se encuentra constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio. La igualdad solo será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. **Así, solo cuando la desigualdad de trato no sea razonable ni proporcional estaremos ante una discriminación y, por tanto, frente una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable**<sup>10</sup>(énfasis añadido).
- 6.5. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)<sup>11</sup>, respecto de la igualdad, ha señalado que:

“El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al ius cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens.”

- 6.6. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”<sup>12</sup>, al examinar las implicancias del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios. Asimismo, la Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.

<sup>10</sup> Exp. N° 048-2004 PI/TC, fundamento 62.

<sup>11</sup> Corte IDH, Cuadernillo de jurisprudencia N° 14: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.19: “la Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el artículo I.2.a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, el artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, al igual que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se podría definir la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

#### **Sobre el caso en concreto**

**6.7.** Como resultado de las actuaciones inspectivas de investigación en razón del cumplimiento de las normas en materia sociolabores a favor del denunciante, señor Geison José Fernández Galvis, la inspectora comisionada dejó constancia de lo siguiente:

- Con fecha 15 de octubre de 2018, el señor Geison José Fernández Galvis (en adelante, **el recurrente**), presentó la "SOLICITUD DE EMPLEO"<sup>13</sup>, donde consignó sus datos personales, empleo solicitado, composición familiar, estudios realizados, conocimientos, experiencia laboral, referencias laborales, aficiones, **estado de salud**, manejo de vehículos, datos generales, conforme al formato impreso otorgado por la impugnante (énfasis añadido).
- Con fecha, 18 de octubre de 2018, la impugnante, a través de un mensaje por correo electrónico<sup>14</sup>, remitido por el usuario: [rvelasquez@angloamericana.com.pe](mailto:rvelasquez@angloamericana.com.pe) (Natalie Velásquez del área de Selección, Capacitación y Desarrollo de la Gerencia de Recursos Humanos) le comunicó al recurrente lo siguiente:

"Estimado Gerson,

Muy buenas tardes. Es grato saludarlo por este medio, te damos la **Bienvenida a la Clínica Anglo Americana**, mencionar que para incorporarte a nuestra institución al cargo de **CAMILLERO** debes realizar lo siguiente:

#### **1.- TRÁMITE DE DOCUMENTOS Y CHEQUEO MÉDICO:**

Se adjunta los siguientes formatos:

- a.- Ficha de atención para que pase la evaluación médica el **VIERNES 19** (formato a imprimir).
- b.- Recomendaciones para el chequeo médico (seguir las indicaciones).
- c.- Lista de requisitos documentarios.

Nota:

- Imprimir ficha de atención de MED SOLUTION para presentarlo al momento de asistir.
- El chequeo NO tiene costo y los resultados viajan de forma interna.
- Es necesario presentar la segunda muestra de BK al día siguiente o 2 días posterior a su chequeo (**Personal asistencial**).

#### **2.- ENTREGA DE DOCUMENTOS:**

- a.- Los documentos lo debe presentar el **MIÉRCOLES 24** a las **9:00 AM**, en la oficina de Recursos Humanos.

<sup>13</sup> Véase folio 31 del expediente inspectivo.

<sup>14</sup> Véase folio 12 del expediente inspectivo.

b.- Solo si cumple con los requisitos puede incorporarse a la Inducción (...).

De la lectura del correo, se puede advertir que, si bien se le da la “Bienvenida”, al recurrente, aún no se encontraba contratado, quedando condicionado a realizar las acciones contenidas en los puntos 1 y 2 del correo citado, para que, de cumplir con los requisitos indicados, pueda incorporarse al proceso de inducción.

- Con fecha 19 de octubre de 2019, se advierte que el recurrente, se realizó los exámenes médicos en la empresa MED SOLUTIONS, para el puesto de Camillero. En dicha fecha se le solicitó la autorización para realizarle la prueba de VIH, autorizando el recurrente la realización de la misma.
- Con fecha 24 de octubre de 2018, a las 03:05:21 p.m., se emite el “INFORME EXAMEN MÉDICO”<sup>15</sup>, que contiene el resultado del examen médico ocupacional del recurrente, obteniendo entre otros resultados, HIV Antígeno Anticuerpo: Reactivo. Asimismo, se consigna como recomendación lo siguiente:

#### **Recomendaciones**

OBSERVADO: Interconsulta por infectología para ampliar estudio, tratamiento y recomendaciones.

De lo precisado, se puede advertir que a la fecha la impugnante ya tenía conocimiento que el recurrente había omitido declarar que padecía de alguna enfermedad, pues le requería exámenes adicionales a través de interconsulta; ante lo cual el recurrente presentó el certificado médico de fecha 28 de setiembre de 2018, emitido por parte del médico especialista en infectología donde se indica el tratamiento que recibía (tratamiento antirretroviral por infección por el virus VIH en el Hospital María Auxiliadora).

- Cabe señalar en este punto que, de acuerdo al “INFORME DE SALUD OCUPACIONAL N° MEDOCU 0002-2019”<sup>16</sup>, el médico de vigilancia ocupacional de la impugnante, manifiesta que “Los colaboradores que ingresaron a laborar en la institución desde el año 2018 hasta la actualidad o fecha de Inspección N° 22419-2018-SUNAFIL/ILM, se les realiza respectivamente la prueba VIH, según el procedimiento de exámenes médicos pre ocupacionales de la institución consignados bajo la norma legal vigente; R. M. N° 312-2011-MINSA “Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos obligatorios por Actividad”. Así también la cantidad de personas fueron de 262 (...)”.
- Con fecha 24 de octubre de 2018, la impugnante, a través de un mensaje por correo electrónico<sup>17</sup>, remitido por el usuario: [rvelasquez@angloamericana.com.pe](mailto:rvelasquez@angloamericana.com.pe) (Natalie Velásquez del área de Selección, Capacitación y Desarrollo de la Gerencia de Recursos Humanos) le comunicó al recurrente lo siguiente:  
“Estimado Gerson,

Estuve intentando contactarme contigo, porque **revisando tus documentos me di cuenta que tienes una observación en tu examen médico, el cual tiene que ser subsanado para tu ingreso.** Lo que tienes que hacer es acercarte con el Médico

<sup>15</sup> Véase folio 15 del expediente inspectivo.

<sup>16</sup> Véase folio 61 del expediente inspectivo.

<sup>17</sup> Véase folio 12 del expediente inspectivo.



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

Ocupacional de la clínica, que es el Dr. Enrique Barrantes, su horario de atención es de lunes a viernes de 8.30 am a 2:30 pm (énfasis añadido).

- 6.8.** Ahora bien, conforme a las actuaciones inspectivas de investigación, se tiene que en las dos comparecencias realizadas el día 21<sup>18</sup> y 28<sup>19</sup> de diciembre de 2018, los apoderados manifestaron que la no contratación del recurrente se debió a que consignó información falsa en su declaración jurada sobre si tenía o no una enfermedad, entendiéndose que al no haber declarado que tenía VIH, lo cual fue corroborado por la impugnante a través de los exámenes practicados, no podría ser contratado por la impugnante. Asimismo, del expediente sancionador se advierte que la impugnante se ha limitado a señalar que la razón de la no continuación del recurrente en el proceso de selección es por haber mentido en su solicitud de empleo, respecto a que padecía de una enfermedad.
- 6.9.** Al respecto, si bien el recurrente presentó una solicitud de empleo a la impugnante para el cargo de Camillero, consignando en la sección de “ESTADO DE SALUD”, que no padece de alguna dolencia y/o enfermedad; se debe tener en cuenta que el formato de solicitud de empleo sección: “ESTADO DE SALUD”, se encuentra diseñado para que el postulante consigne cuales son las enfermedades que padece; sin embargo, ello atenta contra la intimidad de los postulantes, siendo que, se trata de información personal, que se relaciona con la dignidad de la persona; más aún el consignar que es portador de VIH, podría esto ser un obstáculo o una causa de discriminación, por la estigmatización que existe hacia las personas que tienen dicha condición, lo que tiene como efecto menoscabar la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo o trabajo.
- 6.10.** Por otro lado, se encuentra acreditado que la impugnante solicitó al recurrente la realización de la prueba de VIH, la misma que se realizó y se emitió con el resultado “Antígeno anticuerpo: Reactivo”. No obstante, en primer lugar, conforme a lo señalado en el párrafo anterior, la impugnante al pedir la información respecto a su diagnóstico atenta contra la intimidad del postulante, y en segundo lugar, con el argumento de que la no contratación se debió a que el recurrente mintió en su declaración de datos personales respecto a su enfermedad, ratifica haber tenido la política de practicar dicho examen al postulante, a fin de corroborar la declaración de datos personales en cuanto a la enfermedad, lo que se encuentra prohibido conforme a lo dispuesto por el artículo 15 del Reglamento de la Ley N° 26626, concordante con el artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, el cual establece que **“La prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social.** El presente artículo no modifica el Decreto Supremo N° 011-73- CCFFAA, adicionado por los Decretos Supremos N° 005- 85-CCFFAA y N° 072-94-DE/CCFFAA” (énfasis añadido).

<sup>18</sup> Véase folio 40 del expediente inspectivo.

<sup>19</sup> Véase folio 58 del expediente inspectivo.

- 6.11.** En ese contexto, cabe señalar que, el artículo 1 de la Ley N° 26772 y modificatorias, establece que “La oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato”. Asimismo, el artículo 2 de la citada norma refiere que se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centro de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de **cualquier índole** (énfasis añadido).
- 6.12.** Ante el incumplimiento de los dispositivos antes referidos, el numeral 25.17 del artículo 25 del RLGIT, establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales: "La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a lo contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, **portar el virus HIV** o de cualquiera otra índole" (énfasis añadido).
- 6.13.** En este orden de ideas, si bien en el desarrollado de la labor a desempeñar por parte del recurrente, iba a tener contacto con pacientes, conforme a la descripción de funciones establecida en el “Manual de Organización y Funciones – Dirección de Enfermería”<sup>20</sup>; en el presente caso, la impugnante debió evaluar si este representa o no algún riesgo real de transmisión, en tanto que, existen medidas universales de prevención de la transmisión, asimismo, está comprobado que los tratamientos antirretrovirales cumplen su función, en razón de que es posible que una persona infectada con el virus del VIH, mantenga una carga viral baja o indetectable, lo cual evidencia que el tratamiento es la mejor prevención de la transmisión.
- 6.14.** Sin embargo, tal como se ha dejado constancia en los hechos constatados del Acta de Infracción, la impugnante cometió actos de discriminación en el acceso al empleo en perjuicio del recurrente, toda vez que, no continuó con el proceso de selección del personal al verificar que era portador del VIH; configurándose como una infracción insubsanable, al no ser posible revertir los hechos al momento en que se cometió el acto discriminatorio en contra del recurrente, es decir, al momento del acceso al empleo (proceso de selección), por tal motivo, no se extendió medida inspectiva de requerimiento, conforme al “Anexo a la Constancia de Actuaciones Inspectivas”<sup>21</sup>, de fecha 24 de enero de 2019.
- 6.15.** En ese orden de ideas, de acuerdo con lo señalado precedentemente, la impugnante no logró sustentar con alguna causa válida la no continuación del proceso de selección del recurrente al verificar que era portador de VIH. Así tenemos que, no existe una justificación objetiva y razonable para que el recurrente, quien postulaba al cargo de Camillero, no haya podido acceder al empleo solicitado, por tanto, carece de sustento lo alegado por la impugnante, respecto a que la no contratación se dio por la información falsa en la solicitud de empleo; por cuanto, tal consignación afecta el derecho a la intimidad, no existiendo deber legal u obligación del postulante indicar tal hecho, por ende la impugnante no puede justificar su actuar en dicha declaración.
- 6.16.** Asimismo, el hecho de realizar la prueba de VIH, se encuentra prohibida, lo que revela el actuar discriminatorio de la impugnante, esto es, en caso de resultar positivo (como ocurrió en el presente caso), tiene como finalidad excluir o realizar diferenciación en perjuicio del recurrente; máxime si la impugnante no acreditó de forma fehaciente una

---

<sup>20</sup> Véase folios 32 al 39 del expediente inspectivo.

<sup>21</sup> Véase folios 70 al 73 del expediente inspectivo.



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

causa objetiva y razonable para su no contratación, de esta manera se quebranta el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

- 6.17.** De esta forma, ha quedado plenamente acreditada la comisión de la infracción que se le atribuye, la misma que es pasible de sanción. En consecuencia, los argumentos esbozados en su recurso de revisión no desvirtúan la infracción en que ha incurrido la impugnante, la cual ha sido debidamente determinada por el personal inspectivo. Por ende, todos los argumentos dirigidos en este extremo deben ser desestimados.
- 6.18.** Respecto a lo alegado por la impugnante, referido a que, están comprendidos dentro de las empresas que realizan actividades de alto riesgo y la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Resolución Ministerial N° 312-2011-MINSA, Documento Técnico Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad”, así como la Ley General de Salud, les obligan a realizar exámenes médicos a todos los que son incorporados a la empresa; sobre el particular, se evidencia de autos que, no existía vínculo laboral con el recurrente cuando se le practicó el examen médico, advirtiéndose que, pese a la prohibición establecida, se le tomó el examen médico incluso antes de la suscripción del contrato; por lo que, lo alegado por la impugnante no resulta de aplicación, en tanto que la normativa de seguridad y salud en el trabajo, prevé la realización de los exámenes médicos ocupacionales, antes del inicio de las labores (una vez que cuente con vínculo laboral), durante el ejercicio de labores y después, esto es, al cese del vínculo laboral, a fin de determinar los riesgos y prevenir posibles enfermedades ocupacionales o establecer las causas que originaron las mismas. Por lo tanto, no corresponde acoger este extremo del recurso.

#### **Sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador**

- 6.19.** El ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública se encuentra sujeta – entre otras condiciones – a su tramitación dentro de un plazo preestablecido, sancionándose la superación de este con la figura de la caducidad.
- 6.20.** Así, el artículo 259 del TUO de la LPAG:

“Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

**1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos.** Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a

ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, **sin que se notifique la resolución respectiva**, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.

3. La caducidad administrativa es declarada de oficio por el órgano competente. **El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso el órgano competente no lo haya declarado de oficio (...)**” (énfasis añadido).

**6.21.** Asimismo, Juan Carlos Morón Urbina, señala que la caducidad tiene las siguientes características:

“El plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador es de nueve (9) meses y es computado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos, es decir, con el inicio del procedimiento administrativo sancionador. (...) Por el contrario, el día final de ese plazo no es de la fecha de la resolución sancionadora, sino el de su notificación al administrado, dado que elementales razones de garantía impiden que se conceda efecto interruptor a una resolución no comunicada aún. No obstante, la norma admite la ampliación del plazo de caducidad por tres (3) meses, pero requiere de una resolución debidamente sustentada por parte del órgano competente, detallando las justificaciones de hecho y de derecho que conllevan a la necesidad de ampliar el plazo regular”<sup>22</sup>.

**6.22.** De la revisión de los actuados, se ha identificado que el procedimiento administrativo sancionador se desarrolló en el siguiente periodo:

ACTUACIONES		FECHA DE NOTIFICACIÓN
<b>Inicio</b>	Imputación de Cargos N° 905-2019-SUNAFIL/ILM/A11	11/11/2019
<b>Fin</b>	Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE4	02/10/2020

**6.23.** Por consiguiente, de la norma acotada, se desprende que la caducidad del procedimiento sancionador no se computa desde la fecha de emisión de la Imputación de Cargos, sino desde que se notifica la misma con la cual se da inicio al procedimiento sancionador; por ende, una vez transcurrido el plazo para resolver, sin que se haya notificado la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento.

**6.24.** Sobre el particular, de lo señalado en el numeral 1.2 de la presente resolución se aprecia que el procedimiento se inició el 11 de noviembre de 2019, por lo que de conformidad con el numeral 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG, la autoridad sancionadora (Sub Intendencia de Resolución) tenía hasta el 11 de agosto de 2020 para emitir y notificar la resolución de sanción.

<sup>22</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Décimo Cuarta Edición, abril de 2019, Tomo 2, pp. 538 – 539.



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

- 6.25.** Sin embargo, en consideración al Decreto de Urgencia N° 026-2020<sup>23</sup>, Decreto de Urgencia N° 029-2020<sup>24</sup>, Decreto de Urgencia No. 053-2020<sup>25</sup> y el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM<sup>26</sup>, se suspendió los plazos administrativos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 10 de junio de 2020. En específico, para el caso de la SUNAFIL a través de la Resolución de Superintendencia N° 074-2020-SUNAFIL (publicada el 24 de marzo de 2020), dispuso la suspensión de los plazos del Sistema de Inspección del Trabajo por treinta (30) días contados a partir del día siguiente de publicada la referida resolución; prorrogándose dicha suspensión por doce (12) días hábiles a partir del 11 de junio de 2020, de acuerdo con la Resolución de Superintendencia N° 0087-2020-SUNAFIL, extendiéndose dicha suspensión hasta el 26 de junio de 2020.
- 6.26.** Por lo tanto, a la luz de las normas señaladas, y, por ende, teniendo en cuenta la suspensión de los plazos administrativos, en el presente procedimiento administrativo sancionador, habían transcurrido siete (07) meses y veintisiete (27) días desde la notificación de la Imputación de Cargos hasta la notificación de la Resolución de Sub Intendencia, por tanto, el plazo para resolver el procedimiento se cumplía el 06 de noviembre de 2020. Cabe precisar que la Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE4, que impuso sanción a la inspeccionada fue notificada a la impugnante vía sistema de casilla electrónica el 02 de octubre de 2020. En tal sentido, se advierte que la resolución apelada fue emitida dentro del plazo de nueve meses.
- 6.27.** Por tanto, no corresponde acoger este extremo del recurso.

#### **Sobre la supuesta vulneración al debido procedimiento**

- 6.28.** Sobre el particular, el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG precisa lo siguiente:

“Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías

<sup>23</sup> Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional, publicado el 15 de marzo de 2020 en el diario oficial El Peruano.

<sup>24</sup> Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del Covid-19 en la economía peruana, publicado el 20 de marzo de 2020 en el diario oficial El Peruano.

<sup>25</sup> Decreto de Urgencia que otorga un bono extraordinario al personal del Instituto Nacional Penitenciario, del programa nacional de centros juveniles, al personal del Ministerio de Defensa y al personal del Ministerio del Interior, por cumplir acciones de alto riesgo ante la emergencia producida por el Covid-19, y dicta otras disposiciones, publicada el 05 de mayo de 2020 en el diario oficial El Peruano.

<sup>26</sup> Decreto Supremo que dispone la prórroga de la suspensión del cómputo de plazos regulada en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del D.U. N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM y de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020, ampliado por el Decreto de Urgencia N° 053-2020, publicado el 20 de mayo de 2020 en el diario oficial El Peruano.

comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, **los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.**

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo” (énfasis añadido).

- 6.29. El Tribunal Constitucional -máximo intérprete de la Constitución- se ha pronunciado en numerosas oportunidades en relación con el derecho al debido procedimiento, estableciendo una reiterada y uniforme jurisprudencia al respecto, como lo recuerda la Sentencia recaída en el Expediente N° 04289-2004-AA:

“2. El Tribunal Constitucional estima oportuno recordar, conforme lo ha manifestado en reiterada y uniforme jurisprudencia, que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como **el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.**

Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo -como en el caso de autos- o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (énfasis añadido).

- 6.30. En esa línea argumentativa, esta Sala identifica, desde un análisis formal, que tanto la Resolución de Sub Intendencia N° 478-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE4, como la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, han contemplado la argumentación y medios de prueba expuestos por la impugnante, advirtiéndose el cumplimiento de los requisitos referidos al cumplimiento del debido procedimiento como principio y derecho material, de los derechos de defensa y a la prueba, así como el cumplimiento de la garantía de la debida motivación.
- 6.31. Conforme con el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 8 de febrero de 2022 (expediente 349-2021-PA7TC), toda decisión judicial debe cumplir con cuatro requisitos para que cumpla con el deber de motivación, lo que lleva a contemplarlas en su extensibilidad al ámbito administrativo del presente expediente: 1) *coherencia interna*, para comprobar que lo decidido se deriva de premisas establecidas por el órgano resolutorio en su fundamentación; 2) *justificación de las premisas externas*, que aluden al respaldo probatorio de los hechos y sobre el derecho considerado por el órgano al resolver; 3) la *suficiencia*, que refiere a que se hayan expuesto razones que sustenten lo decidido en función de los problemas relevantes determinados y necesarios para la resolución del caso; y 4) la *congruencia*, como elemento que permite establecer si las razones especiales requeridas para adoptar determinada decisión se encuentran recogidas en la resolución en concreto.
- 6.32. Del examen efectuado por esta Sala sobre las resoluciones emitidas en el Procedimiento Sancionador, se puede observar que estos 4 elementos pueden ser satisfactoriamente comprobados, por lo que, de manera formal y material, el debido procedimiento ha sido respetado dentro del trámite del procedimiento sancionador.



## *Tribunal de Fiscalización Laboral Primera Sala*

### **Resolución N° 1216-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala**

- 6.33.** Asimismo, se corrobora, de los actuados, que ni el procedimiento inspectivo ni el sancionador, contravienen a la Constitución, a los principios del procedimiento administrativo, ni a las leyes o normas reglamentarias, además contiene los requisitos de validez del acto administrativo relacionados a la competencia, objeto o contenido, finalidad pública y procedimiento regular. Además, es necesario reiterar que, la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada, al exponer una relación concreta y directa de los hechos probados durante el desarrollo del presente procedimiento, no verificándose la vulneración a los principios invocados por la impugnante. Por lo que, corresponde no acoger los argumentos expuestos en este extremo del recurso.
- 6.34.** Por otro lado, respecto al cuestionamiento del supuesto apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral, invocando las Resoluciones N° 011, 521-2021-SUNAFIL-TFL/Primera Sala. Sobre el particular, debe desestimarse lo alegado por la impugnante, toda vez que las resoluciones invocadas no constituye precedente vinculante de observancia obligatoria que haya sido dictadas por el Tribunal de Fiscalización Laboral. En consecuencia, no cabe acoger los argumentos expuestos en este extremo por la impugnante.

#### **VII. INFORMACIÓN ADICIONAL**

- 7.1** Finalmente, a título informativo se señala que, conforme fluye del expediente remitido, la multa subsistente como resultado del procedimiento administrativo sancionador sería la que corresponde a la siguiente infracción:

<b>N°</b>	<b>Materia</b>	<b>Conducta Infractora</b>	<b>Tipificación legal y clasificación</b>
1	Relaciones Laborales	Incurrir en actos de discriminación en el acceso al empleo, en perjuicio del señor Geison José Fernández Galvis.	Numeral 25.17 del artículo 25 del RLGIT  <b>MUY GRAVE</b>

- 7.2** Cabe precisar que este detalle se provee a título informativo y cualquier error de hecho o de derecho durante la tramitación del expediente que resultara en un error, omisión o imprecisión en las materias, cantidad, conducta, tipificación legal, clasificación o cuantía, resulta de exclusiva responsabilidad de la Intendencia respectiva.

#### **POR TANTO**

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29981 – Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- SUNAFIL, la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, el Texto

Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAFIL, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2022-TR y el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR;

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.** - Declarar **INFUNDADO** el recurso de revisión interpuesto por BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A., en contra de la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, de fecha 28 de abril de 2022, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana, dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente sancionador N° 3057-2019-SUNAFIL/ILM, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**SEGUNDO.** - **CONFIRMAR** la Resolución de Intendencia N° 647-2022-SUNAFIL/ILM, en todos sus extremos.

**TERCERO.** – Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

**CUARTO.** - Notificar la presente resolución a BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A. y a la Intendencia de Lima Metropolitana, para sus efectos y fines pertinentes.

**QUINTO.** - Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL ([www.gob.pe/sunafil](http://www.gob.pe/sunafil)).

Regístrese y comuníquese

Firmado digitalmente por:

**LUIS ERWIN MENDOZA LEGOAS**

Presidente

**MANUEL GONZALO DE LAMA LAURA**

Vocal Titular

**KATTY ANGELICA CABALLERO SEGA**

Vocal Alterna

**Vocal ponente: KATTY CABALLERO**