RESOLUCION DIRECTORAL N° 122 -2011-GOB.REG.-DRTPE-PIURA-DPSC

Piura, 01 de diciembre de 2011

COPIA

VISTO: El Expediente N° PS-120-2010-DRTPE-PIURA-ZTPET materia del procedimiento administrativo sancionador seguido al empleador: **DIVING DEL PERU S.A.C.,** con RUC N° **20441938846**, viene a este Despacho en mérito al recurso de apelación interpuesto por el representante de la empresa don Omar Fernando Munguía Vergara, mediante escrito de registro N° 7055 de fecha 09 de noviembre del 2011, contra lo resuelto mediante Resolución Zonal Nº 045-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011;

CONSIDERANDO:

1. Que, habiéndose emitido resolución en Primera Instancia, corresponde a este Despacho emitir pronunciamiento en Segunda y última Instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 41° de la Ley N° 28806 "Ley General de Inspección del Trabajo".

2. Que, mediante Resolución Zonal Nº 045-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011, la Autoridad Administrativa de Trabajo de Primera Instancia sanciona con multa de S/. 4,320.00 (Cuatro mil trescientos veinte con 00/100 Nuevos Soles) al empleador: **DIVING DEL PERU S.A.C.,** por incurrir en Infracción Muy Grave en materia de Relaciones Laborales: Por incurrir en actos de discriminación contra los trabajadores no afiliados al Comité de Comunicación Organizacional relativo a incremento remunerativo, lo que afecta a diez (10) trabajadores.

3. Que, el recurrente mediante escrito de registro N° 7055 de fecha 09 de noviembre del 2011, solicita la nulidad del Acta de Infracción Nº 120-2010 del 27 de octubre del 2010 y así mismo formula apelación contra la Resolución Zonal Nº 045-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011, solicitando se deje sin efecto la multa impuesta.

4. Que, el recurrente fundamenta la nulidad del Acta de Infracción Nº 120-2010, señalando que: i) Se ha vulnerado el principio y/o derecho constitucional al debido proceso, puesto que el acto administrativo de imputación de cargos, el cual da inicio al presente procedimiento administrativo sancionador vulnera algunas de las garantías que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, recogido en el artículo 139º de la Constitución Política del Estado y en el artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que solicita la declaración de la nulidad de oficio o se tenga en cuenta al momento de emitir la Resolución de primera instancia administrativa. ii) Existe contravención al principio de tipicidad porque en el presente procedimiento la Inspectora de Trabajo infringe el principio de tipicidad, toda vez que el deber de verificar el cumplimiento de las normas laborales acotadas no se encuentra subsumido en norma alguna, que disponga además que tal acción u omisión de la empresa haya afectado el derecho de trabajador alguno, para lo cual deberá tenerse presente que el hecho de que la norma en materia de inspecciones de trabajo establezca parámetros para determinar la gravedad, los mismos deben aplicarse de manera objetiva y demostrable en el sentido de que debe además afectar directamente el derecho del trabajador; y expresamente ello debido a que la infracción en genérico alude a la existencia de discriminación sin embargo no indica la forma como se ha llevado a cabo la misma y en cual de todos los supuestos se encuentra subsumida la conducta de su representada y mucho menos se hace el análisis de si es directa o indirecta la forma de discriminación que se ha detectado, lo cual invalida el acto administrativo de acta de infracción. iii) Existe contravención al principio y/o derecho de defensa

por cuanto el administrado debe conocer los exactos términos de la imputación que se le formula para establecer la defensa que le será adecuada, quedando claro que en el acto administrativo que da origen al presente procedimiento administrativo sancionador no se logra verificar con exactitud de subsunción de los hechos que se detallan a la norma cuyo incumplimiento se imputa, lo cual genera un agravio a su derecho de defensa, por no conocer cuál es exactamente la imputación que se les formula, máxime si en la norma acotada existen supuestos de hecho diversos que han debido ser analizados al detalle por la inspectora que realiza el acta de infracción, quien, como consta en la documentación aportada no ha compulsado todos los elementos probatorios aportados por su representada para acreditar que los incrementos no se han dado en forma discriminatoria; por lo que de esa manera queda claro que se ha vulnerado el principio y/o derecho constitucional a la defensa, por lo cual el Despacho deberá declarar la nulidad de oficio del referido acto administrativo. iv) Contravención al derecho a la motivación del acto administrativo, ya que toda vez que un procedimiento sancionador supone la afectación de derechos y en este caso particular del derecho laboral de los trabajadores, la motivación de los actos administrativos que en él se emiten no sólo constituyen una obligación legal impuesta a la administración, sino también un derecho del administrado a efectos de que éste pueda hacer valer sus derechos, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en los actos administrativos que se emiten en el procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, si bien la apertura del procedimiento sancionador se sustenta en el acta de infracción Nº 067-2010, lo cierto es que los elementos que forman parte de dicho acto administrativo no forman parte del acto administrativo que da inicio al presente procedimiento sancionador, razón por la que en este extremo se ha afectado su derecho de defensa, al no cumplirse con la obligación de motivar documentalmente el referido acto administrativo, por lo que resulta nulo y deberá ser declarado así por el Despacho.

5. Que, en relación a la resolución impugnada el recurrente en primer lugar sostiene que la misma no contiene como es de verse un solo argumento fáctico que se subsuma en alguna de las conductas que implicarían una infracción a las normas sociolaborales, es decir no hay una debida motivación en la resolución que impugnan por lo cual dicho acto debe ser declarado nulo, máxime si existe documentación que sustenta su pretensión impugnatoria la cual ha sido aportada al procedimiento, respecto de la cual lo único que se ha mencionado es que los agumentos expuestos no llegan a desvirtuar lo establecido en el Acta de Infracción y que para llegar a dicha conclusión lo que se ha debido realizar primero es sopesar los argumentos de los inspectores y los argumentos esgrimidos por su representada y sobre esa base analizar cada punto en controversia y mediante una decisión basada en derecho, la administración debe señalar cual es la que considera la correcta y debe aplicarse en este caso, lo que no ha sucedido en la resolución impugnada, la que sólo hace una reproducción de normas legales sin analizar su descargo. Agrega también el recurrente, que existen circunstancias anotadas por los inspectores que *no han sido materia de un análisis, como por ejemplo el punto* tercero de los hechos verificados constitutivos de infracción a la labor inspectiva, pues se alude a la existencia de un examen al cual los trabajadores afiliados al SUTRADIV no se sometieron, circunstancia que se tuvo en consideración ya que la única forma de conocer las reales capacidades de un trabajador para ser merecedor de un incremento viene siendo precisamente las evaluaciones de desempeño, punto que no ha sido considerado al momento de adoptar la decisión, con mayor razón si de la misma acta de infracción se desprende que personal que ha dado el examen de evaluación de desempeño no se ha visto beneficiado por los incrementos, lo cual demuestra que el incremento no fue dado con la intención de perjudicar el actuar del sindicato sino que fue con la finalidad de nivelar determinado grupo de trabajadores.

COPIA

Precisa también, que no ha sido descrito por los inspectores, que los mayores incrementos fueron asignados a personal de dirección y de confianza, entre ellos a los supervisores de buceo Juan Alvarado y Manuel Vargas, los mismos que hace más de tres años se desempeñan en sus cargos de supervisión y no como buzos, por lo que no hay similitud con ellos, por lo que no puede hablarse de discriminación, ya que ellos por mandato legal se encuentran fuera de los alcances de una negociación colectiva y sus remuneraciones se regulan por trato directo con la empresa, lo cual debe considerarse, ya que bajo circunstancia alguna un aumento a dicho personal afectaría los intereses de sindicato alguno, ya que al tratarse de personal de dirección no sujeto a negociación colectiva, tal argumento desvirtúa el Acta de Infracción, ya que no se ha evaluado las condiciones del personal que recibió el incremento aludido, indicándose en esta última que no existe documento alguno que indique que la evaluación era para incrementar remuneraciones, habiendo la inspectora omitido indicar que hubo personal que se sometió a la evaluación y no fue considerado para los incrementos, eran cinco buzos de tercera categoría, lo cual evidencia que no existe dentro de la relación de los beneficiarios del incremento ni un solo trabajador que tenga la patente de buzo y que cumpla con esas funciones, por lo que no se puede hablar de discriminación si no existen buzos dentro de los beneficiarios, ya que la igualdad de condiciones para los beneficios se debe verificar entre iguales, es decir si existe un solo buzo que haya recibido bonificación sin haberse sometido al procedimiento de evaluación, allí se estaría hablando de discriminación; sin embargo, ello no ha ocurrido ya que dentro de los lineamientos que adoptó la empresa para poder otorgar el incremento no se consideró a los buzos debido a que dicho personal tiene un rango salarial diferente que llega hasta los S/. 5,200.00 Nuevos Soles mensuales, además la política salarial y de bonos era exclusiva de los buzos, por ello es que no hubo incrementos en ese momento para ningún buzo, sin embargo como han podido acreditar con las boletas y planillas adjuntadas, durante el año 2010, los buzos de las diferentes categorías han recibido incrementos muy superiores a los que recibió el resto del personal, precisamente como parte de ese trato diferente con ellos, por lo que mal se hace en no revisar y analizar el tema, ya que en esa circunstancia también habría discriminación, sin embargo de manera muy coveniente no se ha tocado el tema, circunstancia que afecta su derecho al debido proceso. Por otro lado señala el recurrente que se ha citado en el Acta de Infracción que el incremento fue otorgado exclusivamente al personal afiliado al CCO, sin embargo se ha verificado que hay personal que no pertenece al CCO ni al Sindicato, pero que han participado en la evaluación y han recibido incrementos, hecho que no ha sido compulsado por la Inspectora ya que ello desvirtuaría el Acta de Infracción, ya que se demostraría que el incremento de dicho mes no fue un acto que benefició únicamente a los afiliados al CCO sino que hubieron diversos parámetros o filtros para adoptar esa decisión, y si en todo caso se empleó un acto con el CCO para adoptar esa decisión, se dio así porque tal ente representa a los trabajadores desde el 2006. Precisa finalmente el recurrente que si los beneficiarios del incremento del mes de marzo, recibieron también un incremento en el mes de noviembre producto de la negociación colectiva, ello se debió a que por mandato legal al ser en ese momento mayoría el sindicato correspondía a todos los trabajadores recibir las mismas condiciones por mandato de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, y no porque se trate de un acto de discriminación como erróneamente se ha establecido; no obstante ello, de configurarse este atropelló tendrán en consideración dicho fallo para aplicar de otra forma el convenio colectivo 2010, considerando que ya hay trabajadores sindicalizados que a la fecha ya han recibido incrementos en sus remuneraciones los cuales han sido muy significativos y de acuerdo a lo establecido en el Acta de Infracción ya no les corresponde aumento por negociación colectiva, ya que sería un acto de discriminación respecto del personal no sindicalizado. Resalta el recurrente, que en este tipo de investigaciones laborales quien realiza la labor inspectiva debe

COPIA

demostrar trabajador por trabajador, o mejor dicho puesto por puesto, que no había ningún trabajador del sindicato que en un puesto similar al afiliado al CCO tenga una remuneración menor, incluso con el incremento de marzo, ni con el de noviembre; por tanto, no puede confirmarse la discriminación; no obstante ello, lo que se logrará en caso de confirmarse la sanción sería que el personal no sea evaluado y reciba incrementos sólo por hecho de antigüedad, lo cual haría que se produzca una suerte de desgobierno y no existiría ya forma de medir la capacidad o aptitud de los trabajadores, hecho sin precedentes en el historial del Ministerio de Trabajo que con sus erróneos fallos contribuiría a la disminución de la calidad de la mano de obra del mismo; por lo que el Despacho debería declarar la nulidad del Acta de Infracción o en todo caso archivar la presente por no presentarse elementos suficientes para acreditar que ha existido discriminación, ya que de lo contrario se sentaría un precedente nefasto para la administración pública, el cual como ha sucedido en otras oportunidades deberá ser anulado por el poder judicial en la vía contenciosa administrativa.

6. Que, del estudio y análisis de los autos resulta imperativo tener presente que la Ley N° 28806 "Ley General de Inspección del Trabajo" señala que la Inspección del Trabajo, es el servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, así como exigir las responsabilidades administrativas que procedan en caso de verificarse la vulneración a las mismas.

7. Que, el Procedimiento Administrativo Sancionador en materia sociolaboral, es el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones que se inicia siempre de oficio mediante Acta de Infracción de la Inspección del Trabajo, y se dirige a la presentación de alegaciones y pruebas, en su descargo, por los sujetos identificados como responsables de la comisión de infracciones, así como a la adopción de la resolución sancionadora, que proceda, por los órganos y autoridades administrativas competentes para sancionar.

8. Que, corresponde en el presente caso determinar si el incremento remunerativo otorgado en el mes de marzo de 2009, sólo al grupo de trabajadores evaluado en diciembre de 2008, conformado por: Juan Manuel Alvarado Hidalgo con cargo supervisor de buceo, Freddy Zapata Espinoza con cargo mecánico, Cristian Humberto Correa Atoche con cargo mecánico, Luis Oswaldo León Romero con cargo mecánico, Mario Ramos Aguirre con cargo maniobrista, Carlos Enrique Villegas Imán con cargo jefe taller de mantenimiento y reparaciones, Manuel Antonio Vargas Mendoza con cargo supervisor de operaciones rov, Paola Geraldine Silva Codarlupo, Marcos Paico Villegas con cargo pintor, Wilfredo Maza Palacios con cargo soldador; Junior Omar Machare Barrientos, Wilfredo Guerrero Huamán con cargo técnico en mantenimiento y equipo de buceo, Javier Barreto Rosales, Julissa Ayala Peña, Leiva Pillco Carlos Enrique con cargo supervisor de operaciones rov y Jean Carlo Ancajima Coronado de la empresa Diving del Perú S.A.C., constiuye o no un acto discriminatorio.

9. Que, en el presente caso debe tenerse presente que el principio de igualdad de trato impide las discriminaciones practicadas por los actos unilaterales del empleador. De esta manera, si el empleador otorga a un trabajador un derecho debería otorgárselo también a los demás, salvo que tal beneficio se justifique objetiva y razonablemente por alguna situación particular del trabajador. Como lo señala el Tribunal Constitucional, la igualdad de oportunidades (igualdad de trato) obliga a que las conductas del Estado y los particulares, en relación a las actividades laborales, no generen diferenciaciones no razonables y, por ende, arbitrarias.

10. Que, en el caso sub materia conforme se desprende del tenor del propio recurso de apelación, el recurrente ha admitido haber otorgado un incremento remunerativo en el mes de marzo del 2009 con la finalidad de nivelar a determinado grupo de trabajadores y que para hacerse merecedor de dicho incremento, la única forma de conocer las reales capacidades de un trabajador, es precisamente a través de las evaluaciones de desempeño, evaluación que se realizó en el mes de diciembre del 2008 y que los mayores incrementos los asignó al personal de dirección y de confianza entre ellos a los supervisores de buceo Juan Alvarado y Manuel Vargas, quienes hace más de tres años se desempeñan en sus cargos de supervisión y no como buzos, por lo que no hay similitud con ellos, por lo que no puede hablarse de discriminación, agrega también el recurrente que la inspectora omitió indicar que hubo personal que se sometió a la evaluación y no fue considerado para los incrementos, entre ellos cinco buzos de tercera categoría, lo cual evidencia que no existe dentro de la relación de los beneficiarios del incremento ni un solo trabajador que tenga la patente de buzo y que cumpla con esas funciones, por lo que no se puede hablar de discriminación si no existen buzos dentro de los beneficiarios, ya que la igualdad de condiciones para los beneficios se debe verificar entre iguales, es decir si existe un solo buzo que haya recibido bonificación sin haberse sometido al procedimiento de evaluación, allí se estaría hablando de discriminación. Al respecto debe señalarse que, si como justificación del incremento remunerativo otorgado en el mes de marzo de 2009, se ha tenido la evaluación satisfactoria realizada en diciembre de 2008, se observa de autos que diecinueve (19) trabajadores obtuvieron desempeño satisfactorio y dos (02) trabajadores obtuvieron desempeño sobresaliente con resultado ponderado como sigue: Juan Manuel Alvarado Hidalgo, con nivel de dirección, cargo supervisor de buceo, desempeño satisfactorio y ponderado 69; Marlon Aniceto Espinoza, con nivel normal, cargo maniobrista, con desempeño satisfactorio y ponderado 75; Luis Alexander Atarama Aranda, con nivel de confianza, cargo piloto rov, con desempeño satisfactorio y ponderado 78; Cristian Correa Atoche, con nivel normal, cargo mecánico, con desempeño sobresaliente 83; Espinoza Eche Gaspar Augusto, con nivel normal, cargo buzo auxiliar, con desempeño satisfactorio y ponderado 62; García Merino Matilde del Pilar, con nivel de confianza, cargo asistente de superintendencia, con desempeño sobresaliente y ponderado 81; Carlos Góngora Moreno, con nivel normal, cargo buzo auxiliar, con desempeño satisfactorio y ponderado 76; Raúl Alex Guerra Medina, con nivel de confianza, cargo piloto rov, con desempeño satisfactorio y ponderado 79; Wilfredo Guerrero Huamán, con nivel de confianza, cargo técnico en mantenimiento y equipo de buceo, con desempeño satisfactorio y ponderado 63; Carlos Enrique Leiva Pillco, con nivel de dirección, cargo supervisor de operaciones rov, con desempeño satisfactorio y ponderado 76; Luis Oswaldo León Romero, con nivel normal, cargo mecánico, con desempeño satisfactorio y ponderado 76; Wilfredo Maza Palacios, con nivel normal, cargo soldador, con desempeño satisfactorio y ponderado 68; Marcos Paico Villegas, con nivel normal, cargo pintor, con desempeño satisfactorio y ponderado 77; Juan Francisco Panez Navarro, con nivel de confianza, cargo supervisor de buceo, con desempeño satisfactorio y ponderado 68; Oscar Raúl Poma Ramos, con nivel de dirección, cargo buzo, con desempeño satisfactorio y ponderado 73; Mario Ramos Aguirre, con nivel normal, cargo maniobrista, con desempeño satisfactorio y ponderado 62; Carlos Arnaldo Saavedra Guerrero, con nivel normal, cargo buzo auxiliar, con desempeño satisfactorio y ponderado 78; Michael Paul Saldarriaga Sánchez, con nivel normal, cargo buzo auxiliar, con desempeño satisfactorio y ponderado 66; Manuel Antonio Vargas Mendoza, con nivel de dirección, cargo supervisor de operaciones rov, con desempeño satisfactorio y ponderado 75; Carlos Enrique Villegas Imán, con nivel de dirección, cargo jefe de taller de mantenimiento y reparaciones, con desempeño satisfactorio y ponderado 80 y Freddy Zapata Espinoza, con nivel normal, cargo mecánico con desempeño satisfactorio y ponderado 67. De ello se colige que, el incremento

remunerativo no tuvo como base la valoración del desempeño del personal evaluado, pues como se observa existen trabajadores que a pesar de haber obtenido un desempeño satisfactorio y haber obtenido un ponderado mayor al del mínimo favorecido con el incremento remunerativo, no gozaron de éste; no obstante lo antes señalado, se observa también que no todos los trabajadores beneficiados con el incremento remunerativo ostentan la condición de trabajadores de confianza o dirección, como lo son: Freddy Zapata Espinoza con cargo mecánico, Cristian Humberto Correa Atoche con cargo mecánico, Luis Oswaldo León Romero con cargo mecánico, Mario Ramos Aguirre con cargo maniobrista, Marcos Paico Villegas con cargo pintor y Wilfredo Maza Palacios con cargos soldador; así mismo, se observa en autos que de los beneficiados con el incremento remunerativo, las siguientes personas se encuentran afiliadas al Comité de Comunicación Organizacional (CCO), ente creado por el empleador sin representación ni reconocimiento sindical, éstos son: Juan Manuel Alvarado Hidalgo, Cristian Correa Atoche, Guerrero Huamán Wilfredo, Luis Oswaldo León Romero, Wilfredo Maza Palacios, Marcos Paico Villegas, Mario Ramos Aguirre, Manuel Antonio Vargas Mendoza, Carlos Enrique Villegas Imán y Freddy Zapata Espinoza. Finalmente se observa que, los buzos auxiliares Espinoza Eche Gaspar Augusto, Carlos Arnaldo Saavedra Guerrero y Michael Paul Saldarriaga Sánchez que obtuvieron desempeño satisfactorio en la evaluación, se afiliaron al Sindicato Unico de Trabajadores de Diving del Perú S.A.C., el 25 de febrero de 2009 el primero de los mencionados y el 11 de noviembre de 2008 los dos últimos, respectivamente. Consecuentemente, se desprende que el empleador si incurrió en una discriminación directa al no otorgar el incremento remunerativo tanto a los trabajadores antes referidos afiiados al Sindicato, como a los trabajadores no afiliados, no habiendo esgrimido una justificación objetiva y razonable para su no otorgamiento.

11. Que, respecto a la tipificación de la conducta infractora incurrida por el sujeto inspeccionado ésta se encuentra regulada en el numeral 25.17 del reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo Nº 019-2007-TR.

12. Que, se advierte de autos que el Acta de Infracción de fecha 27 de octubre de 2010 y de sus actuaciones ampliatorias contenidas en documento del 09 de setiembre de 2011, realizadas éstas últimas al amparo del inciso d) del artículo 45º de la Ley Nº 28806 Ley General de Inspección del Trabajo, para determinar la existencia de responsabilidad de sanción, no se advierten causales de nulidad.

13. Que, estando a los fundamentos antes expuestos corresponde a este Despacho declarar infundado el recurso de apelación interpuesto, en consecuencia confírmese la venida en grado.

Por las consideraciones expuestas y en uso de las facultades conferidas a este Despacho por la Ley N° 28806, su reglamento Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo N° 019-2007-TR y Decreto Supremo N° 001-93-TR, modificado por Decreto Supremo N° 017-2003-TR y Decreto Supremo N° 001-2008-TR.

SE RESUELVE:

Declárese INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por don OMAR FERNANDO MUNGUIA VERGARA, mediante registro N° 7055 de fecha 09 de noviembre de 2011. Consecuentemente CONFIRMESE la Resolución Zonal Nº 045-2011-DRTPE-PIURA-ZTPET del 12 de octubre de 2011; que multa al empleador: **DIVING DEL PERU S.A.C.,** con RUC N° **20441938846,** con el monto ascendente a S/. 4,320.00 (Cuatro mil trescientos veinte con 00/100 Nuevos Soles), en mérito a los

fundamentos expuestos en la presente resolución; y, vuelvan los autos a la zona de origen para sus fines. Dándose por agotada la instancia administrativa, dejándose a salvo el derecho al recurrente de accionar ante la autoridad competente. HAGASE SABER. - Firmado en original Abog. Leslye Eduardo Zapata Gallo.- Director (e) de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales.- Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo Piura.- Lo que notifico a Usted con arreglo a Ley.-

Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo - Dirección de Prevención y Solución de Conflictos

Socorro Elizabeth Castillo Campos
Esp. Adm. I Direc. Prev. Sol. Conf. Lab
Direccion Regional de Trabajo y P.E. Piura