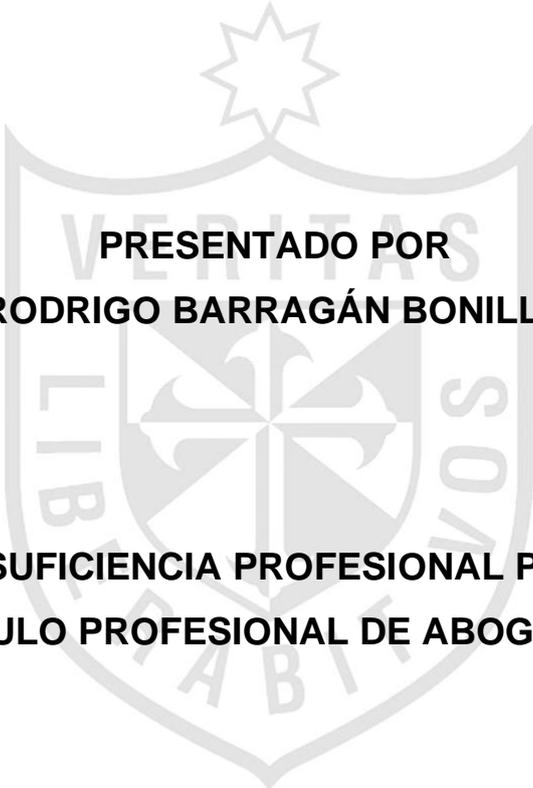




FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 1491-2015-SUNAFIL/ILM/SIRE4**



**PRESENTADO POR
RODRIGO BARRAGÁN BONILLA**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre Expediente N° 1491-2015- SUNAFIL/ILM/SIRE4

<u>Materia</u>	:	VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD, AL TRABAJO Y DISCRIMINACIÓN
<u>Entidad</u>	:	SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL (SUNAFIL)
<u>Bachiller</u>	:	BARRAGÁN BONILLA RODRIGO
<u>Código</u>	:	2006132139

LIMA – PERÚ

2021

En el presente Informe Jurídico, se analiza un expediente administrativo sancionador, iniciado de oficio por la SUNAFIL, en virtud al Oficio N°331-2015-DP/OD-LIMA, emitido por la Defensoría del Pueblo, en donde recomienda a SUNAFIL adoptar medidas pertinentes respecto a la queja presentada por el ciudadano de iniciales C.C. Ñ. **(en adelante, postulante)**, **salvaguardando así la identidad y la intimidad del afectado al tratarse de un tema de VIH**, quien se encontraba disconforme con el Informe de Actuaciones Inspectivas emitida por la autoridad de trabajo, a raíz de la denuncia interpuesta contra la empresa DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. **(en adelante, sujeto inspeccionado)** respecto a la presunta discriminación de acceso al trabajo, de la que considera fue afectado.

En el expediente materia de análisis, se pudo identificar distintos problemas jurídicos, de los cuales se seleccionó los más relevantes y se detallan a continuación:

- a) Si el sujeto inspeccionado, realizó actos que vulneraron el derecho a la intimidad del postulante.
- b) Si el sujeto inspeccionado, realizó actos que vulneraron el derecho al trabajo en la modalidad de acceso al empleo del postulante.
- c) Si el sujeto inspeccionado, realizó actos de discriminación de los postulantes por la evaluación médica practicada.

La Sub Intendencia de Resolución 4, resolvió en primera instancia sancionar a al sujeto inspeccionado por vulnerar el derecho a la intimidad, dignidad y efectuar actos de discriminación respecto al acceso al empleo del postulante. Por tal motivo, el sujeto inspeccionado interpuso recurso de apelación en contra de la resolución de primera instancia, la misma que después de ser evaluada fue declarada nula por la Intendencia de Lima Metropolitana, por “incumplimiento al deber de motivación”.

Es así, que la Sub Intendencia de Resolución 4 emitió un nuevo pronunciamiento en donde resuelve sancionar al sujeto inspeccionado, por vulnerar el derecho a la intimidad y efectuar actos de discriminación en el acceso al empleo contra el postulante, el mismo que fue apelado y posteriormente confirmado por la Intendencia de Lima Metropolitana.

INDICE

I.	RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO	1
1.1	DENUNCIA ADMINISTRATIVA	1
1.2	PETITORIO	1
1.3	HECHOS	2
1.4	MEDIOS PROBATORIOS	4
1.5	INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	5
1.6	DESCARGOS EFECTUADOS POR EL SUJETO INSPECCIONADO	5
1.7	RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4	10
1.8	RECURSO DE APELACIÓN	11
1.9	RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°207-2016-SUNAFIL/ILM	13
1.10	RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4	13
1.11	RECURSO DE APELACIÓN	14
1.12	RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°537-2018-SUNAFIL/ILM	15
II.	IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	16
III.	POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS ...	21
3.1.	RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4	21
3.2.	RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°207-2016-SUNAFIL/ILM	23
3.3.	RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4	24

3.4. RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°537-2018-SUNAFIL/ILM	27
3.5. SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	28
IV. CONCLUSIONES	29
V. BIBLIOGRAFÍA	30
VI. ANEXOS.....	31

I.- RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO

1.1 DENUNCIA ADMINISTRATIVA

En virtud al Oficio N°331-2015-DP/OD-LIMA, emitido por la Defensoría del Pueblo, en donde recomienda a SUNAFIL adoptar medidas pertinentes respecto a la queja presentada por el postulante sobre el Informe de Actuaciones Inspectivas emitida por la autoridad de trabajo, la Intendencia de Lima Metropolitana mediante Memorándum N°1428-2015-SUNAFIL/ILM, de fecha 06 de julio de 2015, ordenó la generación de una nueva orden de inspección en contra del sujeto inspeccionado, con la finalidad de verificarse ciertos hechos fundamentales que no fueron tomados en cuenta por el inspector comisionado en la primera orden de inspección, N°12671-2014-SUNAFIL/ILM, llevada a cabo por la denuncia del postulante en el año 2014 sobre la materia “discriminación en el acceso al trabajo”; en ese sentido, se dispone que se lleve a cabo una nueva inspección laboral sobre la materia antes mencionada.

1.2 PETITORIO:

El postulante presenta una queja ante la Defensoría del Pueblo y ésta a su vez emite el Oficio N°331-2015-DP/OD-LIMA, en donde manifiesta lo siguiente:

1.2.1. Que el recurrente presenta su disconformidad con el Informe de Actuaciones Inspectivas, que fue el resultado de la primera orden de inspección, N°12671-2014-SUNAFIL/ILM, dado que en él se deslinda el vínculo que existiría entre el sujeto inspeccionado y Laboratorios MEDLAB S.A.C. **(en adelante, MEDLAB)** sobre la práctica de exámenes médico-ocupacionales y a su vez, que no se haya considerado la falta de autorización del postulante para que se le practicara la prueba de ECLIA (antes ELISA).

1.2.2. Asimismo, la Oficina Defensorial de Lima señala que no se debió practicar la prueba de ECLIA al señor quejoso, llevado a cabo por MEDLAB, así también, menciona que fue cuestionable que en el Informe Médico concluyera que tenía antecedentes de VIH, y luego el sujeto

inspeccionado le pidiera acudir a una entrevista y al final no lo contratase.

- 1.2.3. Finalmente, recomienda a la SUNAFIL, adoptar las medidas pertinentes para que se atienda la disconformidad del postulante sobre el Informe de Actuaciones Inspectivas antes mencionado.

1.3 HECHOS

Con fecha 04 de agosto de 2014, el postulante envía su currículum vitae al sujeto inspeccionado a la dirección electrónica analistarrhh@domiruth.com, para ser parte del proceso de selección de personal en el puesto de Asistente del Área Receptivo Cusco.

El 11 de agosto de 2014, el postulante recibe la invitación del sujeto inspeccionado vía email para la entrevista personal el día 15 de agosto de 2014.

Es así, que con fecha 15 de agosto de 2014, el postulante pasa la entrevista y examen de conocimiento con el señor Jorge Jayo.

Con fecha 17 de agosto de 2014, el postulante pasa el examen psicológico en el distrito de San Isidro.

Asimismo, el 20 de agosto de 2014, el postulante recibe un correo electrónico de parte del sujeto inspeccionado, a través del coordinador de la Oficina de Recursos Humanos, indicándole la fecha y hora del examen médico ocupacional.

Es así, que el 22 de agosto de 2014, le realizan el examen médico ocupacional al postulante y toma de muestras para el diagnóstico de VIH en MEDLAB, realizado por la Dra. M. M. M.

El 23 de agosto de 2014, el postulante envía un e-mail al coordinador de la Oficina de Recursos Humanos del sujeto inspeccionado, indicando su molestia por haberle tomado una muestra para el examen de VIH sin haber dado su autorización. Asimismo, le menciona que este examen no debe ser requisito para la selección de personal; ya que, se considera discriminatorio el hecho solo de solicitarlo para contratar a alguien. Por lo que, le solicita que se pueda rectificar la solicitud de este examen en particular como requisito para la contratación o selección de personal.

Con fecha 25 de agosto de 2014, el Coordinador de Recursos Humanos del sujeto inspeccionado, le responde indicándole al postulante que sigue en el proceso de selección y queda pendiente poder indicarle la fecha para la entrevista con la Gerente General que vendría a ser el siguiente filtro para el proceso de selección.

Es así, que el 26 de agosto de 2014, el postulante recibe un correo de analistarrhh@domiruth.com, donde se le indica la fecha y hora de la entrevista con la Gerente General.

Por tal motivo, el 27 de agosto de 2014, el postulante confirma la entrevista con la Gerente General para el día 28 de agosto de 2014.

El 28 de agosto de 2014, MEDLAB emite factura N°025-0107756 a nombre del sujeto inspeccionado. En esta misma fecha, el postulante se entrevista con la Gerente General del sujeto inspeccionado.

Es el 01 de septiembre de 2014, que el postulante tiene la última comunicación con el sujeto inspeccionado. Es así, que le envía un e-mail al señor Jorge Jayo manifestándole su inquietud sobre si hubiera novedad acerca del proceso de selección, obteniendo en la misma fecha respuesta, indicándole que siguen entrevistando candidatos.

Finalmente, al no existir otra comunicación por parte del sujeto inspeccionado con el postulante, y al haberse declarado desierto el proceso de selección de personal para el puesto al que postulaba, interpone una denuncia ante la SUNAFIL, por discriminación en el acceso al trabajo.

El 09 de junio de 2015, la Defensoría del Pueblo extiende el Oficio N°331-2015-DP/OD-LIMA a la SUNAFIL, a fin de que ésta adopte medidas pertinentes en atención a la queja presentada por el postulante por estar disconforme con el Informe de Actuaciones Inspectivas emitido en el año 2014 por la autoridad fiscalizadora laboral, donde no se habría podido determinar elementos que configuren discriminación en el acceso al trabajo.

El 06 de julio de 2015, la SUNAFIL a través de la Intendencia de Lima Metropolitana dispone la generación de una nueva orden de inspección,

mediante Memorándum N°1428-2015-SUNAFIL/ILM. En consecuencia, se genera la Orden de Inspección N°8784-2015-SUNAFIL/ILM.

Con fecha 23 de septiembre de 2015, la SUNAFIL emite el Acta de Infracción N°1770 - 2015, como resultado de las actuaciones inspectivas llevadas a cabo en la Orden de Inspección N°8784-2015-SUNAFIL/ILM, en donde se propone una multa por el monto de S/57,750.00 (Cincuenta y siete mil setecientos cincuenta con 00/100 soles), por haber cometido infracciones, calificadas como **MUY GRAVES**, en materia sociolaborales, específicamente en:

1. Derecho Constitucional (Dignidad – Intimidad)
2. Discriminación en el acceso al empleo.
3. Ejercicio al Derecho Constitucional al trabajo.

Cabe indicar, que con fecha 24 de marzo de 2015, el postulante presenta una solicitud a MEDLAB requiriendo el acceso a su Historia Clínica y a sus exámenes médicos realizados en agosto de 2014; es en mérito a ello, que el postulante accede a lo solicitado, 07 meses después de haberse realizado dichos exámenes.

1.4 MEDIOS PROBATORIOS

Se ofrecieron como medios probatorios lo siguientes documentos:

- Copia de correos electrónicos enviados y recibidos entre el denunciante y el sujeto inspeccionado.
- Copia de la solicitud de la Historia Clínica del denunciante, dirigida a MEDLAB.
- Copia de Informe Médico del denunciante emitido por MEDLAB.
- Copia del Informe de Actuaciones Inspectivas, resultado de la primera orden de inspección N°12671-2014-SUNAFIL/ILM, de fecha 10 de diciembre de 2014.

1.5 INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Con fecha 03 de diciembre de 2015, la Sub Intendencia de Resolución 4 notifica al sujeto inspeccionado el Acta de Infracción N°1770-2015-SUNAFIL/ILM, dándose inicio al procedimiento sancionador, en la cual el inspector de trabajo propone una multa por incurrir en tres (3) infracciones graves en materia de Relaciones Laborales señaladas en el apartado 1.3 del presente informe.

1.6 DESCARGOS EFECTUADOS POR EL SUJETO INSPECCIONADO

El sujeto inspeccionado, debidamente representado por su Gerente General, se presentó y efectuó sus descargos ante la Sub Intendencia de Resolución 4, negando haber incurrido en las infracciones señaladas en el Acta de Infracción N°1770-2015-SUNAFIL/ILM, defendiendo su posición bajo los siguientes argumentos:

1.6.1 FUNDAMENTOS DE HECHOS:

1.6.1.1 DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. NO VULNERÓ EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DIGNIDAD E INTIMIDAD:

DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., en ningún momento vulneró los derechos a la dignidad e intimidad del postulante, pues los exámenes de VIH no fueron solicitados por la empresa a él ni a otros postulantes, y tampoco expuestos a terceras personas, puesto a que conocen sus deberes de confidencialidad y del respeto irrestricto a la intimidad y dignidad de las personas, advirtiendo el protocolo de protección de datos. Tal como se puede evidenciar en el e-mail enviado por el coordinador de RRHH de la empresa a MEDLAB, en donde solicita la atención del postulante en sus instalaciones para que se le realicen los exámenes médicos, sin que exista evidencia de la solicitud de prueba de VIH al postulante.

Que, de acuerdo al formulario denominado “formulario para el consentimiento informado y consejería sobre el diagnóstico de infección por el VIH” para la toma de pruebas de VIH y la divulgación de sus resultados a terceros, de fecha 22 de agosto de 2014, MEDLAB recibe del postulante, autorización voluntaria para los análisis de VIH, a pesar de que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., nunca los solicitó como requisito para el proceso de selección.

Asimismo, la entrega de los resultados de dichos análisis de VIH, fueron entregados a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. por intermedio de MEDLAB, de manera unilateral y sin que exista requerimiento por parte de la empresa, lo cual deja constancia de la violación al derecho a la dignidad e intimidad del postulante por parte de MEDLAB.

Que, pese a lo descrito en el punto anterior, DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., continuó con el proceso de selección del postulante, programando la entrevista con la Gerente General de la empresa para el día 28 de agosto de 2014, la cual se llegó a concretar.

Entonces, DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., no discriminó al postulante por ser portador de VIH ni por ningún otro motivo, pues se continuó con el proceso de selección hasta que se canceló por razones internas.

Que, la información consignada en el informe de examen ocupacional, la cual sí fue solicitada por DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. a MEDLAB, donde se observa la afirmación sobre el padecimiento de VIH del postulante, hace referencia a una expresión del mismo candidato al momento de la entrevista médica, información que forma parte del examen médico ocupacional en el marco de la ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, añadiendo detalles incluso de su tratamiento.

1.6.1.2 DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., NO DISCRIMINO EN EL ACCESO AL EMPLEO

Que, tal como se muestra en el e-mail de fecha 20 de agosto de 2014, emitido por el coordinador de RRHH de la empresa, se le indicó al postulante que como parte del proceso de selección, tenía que rendir los exámenes médicos ocupacionales en MEDLAB. Es decir, DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., nunca solicitó los exámenes de VIH al postulante.

Que, la empresa aplica protocolos de selección de personal, basados única y exclusivamente en la capacidad y perfil del personal que se convoca y que se presenta, así como las características del puesto a cubrir; sin embargo, esto no fue advertido en los informes realizados en la fiscalización laboral, pues no se

explica o motivan, las causas objetivas y razonables para que un postulante no acceda al puesto laboral.

Que, DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. no discriminó al postulante debido a su condición de salud (VIH), a pesar de haber tomado conocimiento de los exámenes ocupacionales, siendo esto el día 22 de agosto de 2014, pues se continuó con el proceso de selección de personal.

1.6.1.3 DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. NO VULNERO EL DERECHO AL TRABAJO

La apertura de la posición de “cotizador” a la que concursaba el postulante, se originó bajo las siguientes circunstancias y orden cronológico:

1. Que, el señor R.T.V., colaborador de la empresa, desempeñaba el cargo de “ejecutivo de ventas y cotizaciones del mercado brasileño” durante el año 2014.
2. Que, el mencionado colaborador presentó carta de renuncia de fecha 04 de agosto de 2014, por razones personales, pues tenía pensado viajar a Brasil para residir en dicho país.
3. Que, el Gerente de Turismo Receptivo y jefe del señor R.T.V., responde la carta de renuncia, proponiéndole a este último mantener vínculo comercial con DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., bajo la modalidad de locación de servicios o consultoría, para que pueda captar clientes en Brasil aprovechando su residencia en dicho país.
4. Con fecha 08 de agosto de 2014, el Gerente de Turismo Receptivo y R.T.V., se reúnen en las oficinas de la empresa, en donde suscriben un acta de acuerdos, en la que señalan las condiciones en las que el señor R.T.V. brindará servicios de consultoría o locación de servicios para la captación de clientes en el mercado brasileño.
5. Por tal motivo, es que se convoca a un proceso de selección de personal con la finalidad de cubrir el puesto dejado por el señor R.T.V., en el área de turismo receptivo en donde participó el postulante.
6. El 02 de septiembre de 2014, el señor R.T.V., comunica al Gerente de Turismo Receptivo, la revocación de su renuncia presentada y por consiguiente, deja sin efecto los acuerdos recogidos en el acta de

acuerdos de fecha 08 de agosto de 2014, alegando motivos personales para la postergación de su viaje a Brasil; motivo por el cual, se ve por conveniente cancelar el proceso de selección de personal mediante memorándum emitido por el Gerente de Turismo Receptivo dirigido al coordinador de RRHH de la empresa.

7. Entonces, DOMIRUTH TAVEL SERVICE S.A.C., nunca vulneró el derecho al trabajo del postulante, pues queda fehacientemente demostrado que el proceso de selección a la posición de cotizador, se canceló por razones internas y no por el estado de salud del postulante. Es decir, no hubo ningún ganador del proceso, pues la necesidad de la empresa en contratar a un cotizador desapareció y resulta ineficiente para cualquier empresa contratar personal que no se necesita, pues se estaría vulnerando la libertad de contratación y de libre empresa consagrada en la Constitución Política del Perú.
8. Cabe señalar, que en el supuesto de que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., no haya cancelado el proceso de selección, el señor postulante, probablemente no hubiera podido acceder a la posición de cotizador, pues tal como se muestra en el informe psicológico que se efectuó en el proceso de selección, la psicóloga Pamela Aguirre, concluye que el postulante “No es recomendable para ser contratado en dicha posición y recomienda seguir entrevistando a otros candidatos”, es decir, no era el candidato idóneo, no por razones de salud, sino de competencia profesional y académica. Es más, en el proceso de selección que nos ocupa, existieron candidatos con mejor perfil psicológico, profesional y académico para la posición.
9. Por lo antes expuesto, y utilizando la TERTIUM COMPARATIONIS, el área de recursos humanos de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., preparó un cuadro comparativo que muestra a candidatos y colaboradores que postularon a la misma posición (elemento común que requiere la TERTIUM COMPARATIONIS) en la que se desprende la falta de idoneidad del postulante.

10. Que, DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. nunca cursó comunicación fehaciente y expresa en la que se indique al postulante que ganó el proceso de selección y tenía que firmar algún contrato de trabajo.

1.6.2 MEDIOS PROBATORIOS:

DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., ofreció como medios probatorios lo siguiente:

- Copia de la carta de renuncia del 04 de agosto de 2014 del señor R.T.V.
- Copia de la carta del 06 de agosto de 2014 del Gerente de Turismo Receptivo, donde le propone al señor R.T.V. mantener vínculo comercial con la empresa, bajo la modalidad de locación de servicios o consultoría.
- Copia del Acta de Reunión del 08 de agosto de 2014, celebrada entre el Gerente Receptivo de Turismo y el señor R.T.V., que recoge los acuerdos de la negociación.
- Copia del correo electrónico del 20 de agosto de 2014, en el cual el coordinador de RRHH de DOMIRUTH TRAVEL SERVICES S.A.C., solicitó a MEDLAB la atención del postulante en sus instalaciones, sin que exista ninguna solicitud de análisis de VIH.
- Copia de correo electrónico del 22 de agosto de 2014, que remite la señora M. M. M. (colaboradora de MEDLAB), donde no se demuestra requerimiento alguno de información por parte de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., y se deja constancia de la violación al derecho de intimidad por parte de MEDLAB, al haber revelado los resultados directamente a la empresa.
- Copia del Informe Psicológico del postulante, firmado por la psicóloga Pamela Aguirre Parra.
- Copia de carta de revocatoria de renuncia del señor R.T.V. de fecha 02 de septiembre de 2014.
- Copia del pasaporte del señor R.T.V., con sello de salida del Perú y entrada a Brasil.
- Copia de Memorándum del 02 de septiembre de 2014, emitida por el Gerente de Turismo Receptivo, dirigido al coordinador de RRHH de

DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., mediante el cual comunica que se deje sin efecto el proceso de selección para la posición de cotizador.

- Cuadro comparativo de 3 personas que ocupan, ocuparon o postularon a la posición de cotizador, realizado por el área de RRHH de la empresa, donde se determina la falta de idoneidad del postulante para la posición a la que postuló.
- Correo electrónico del 20 de agosto de 2014, que cursa el coordinador de RRHH al postulante, en donde se le comunica que continúa en el proceso de selección y se le indica que, como parte del proceso, tiene que rendir exámenes médicos ocupacionales en MEDLAB.
- Copia del Informe Médico del postulante, emitido por MEDLAB, en donde el mismo postulante de manera unilateral y voluntaria “refiere HIV positivo con tratamiento de targa”.
- Copia de “formulario para el consentimiento informado y consejería sobre el diagnóstico de infección por el VIH”, en donde el postulante, suscribe y autoriza voluntariamente someterse a las pruebas de VIH.
- Copia de política de contrataciones de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.
- Copia de currículum vitae del postulante.

1.7 RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4 DE LA SUB INTENDENCIA DE RESOLUCIÓN 4

La Sub Intendencia de Resolución 4, con fecha 15 de enero de 2016, emite la Resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, en donde después de revisar los hechos y el descargo efectuado por el sujeto inspeccionado resuelve lo siguiente:

PRIMERO.- Sancionar a la empresa DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con una multa ascendente a la suma de S/38,500.00 (Treinta y ocho mil quinientos con 00/100 Soles) por haber incurrido en dos (2) infracciones graves en materia de relaciones laborales y derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Disponer que el monto de la multa, más los intereses de ley, de ser el caso, sean depositados en la cuenta corriente N°0068-337089 del Banco de la Nación dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la notificación de la

presente resolución; bajo apercibimiento de continuarse la acción por la vía coactiva.

TERCERO.- Informar al administrado, que contra el presente pronunciamiento resolutivo procede el recurso de apelación, el cual deberá de ser interpuesto dentro del tercer día hábil posterior a su notificación ante la Sub Intendencia de Resolución 4 para el trámite respectivo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

CUARTO.- Notificar con la presente resolución al Sujeto Inspeccionado y al trabajador afectado, de conformidad con lo establecido en el literal f del artículo 45 de la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

1.8 RECURSO DE APELACIÓN

Con fecha 15 de julio de 2016, el sujeto inspeccionado presenta recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 15 de enero de 2016, la misma que fue emitida por la Sub Intendencia de Resolución 4.

En dicho recurso, el sujeto inspeccionado argumenta lo siguiente:

1.8.1 EVIDENTE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

1.8.1.1. Que, la Resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, cae en una clara nulidad del acto jurídico, toda vez que no reviste de las formalidades establecidas en la normativa vigente; asimismo, se incumple con motivar debidamente la decisión, pues no se tomó en consideración todos los medios probatorios que obran en autos del expediente sancionador, al señalar que éstos no son pertinentes; sin embargo, no argumentan bajo qué base legal no los consideran medios de pruebas pertinentes, vulnerando el principio de legalidad. En esa misma línea, señalan que bajo los principios de informalidad y de primacía de la realidad, estos deberían ser aceptados.

- 1.8.1.2. Que, no se señaló las razones para imputar responsabilidad directa a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. y no a MEDLAB, sin prueba alguna.
- 1.8.1.3. Que, no se cumple con el principio de razonabilidad, toda vez que se ha demostrado la falta de intencionalidad y las circunstancias de la comisión de la infracción, las cuales demuestran la falta de motivación en la resolución administrativa y el incumplimiento del principio de legalidad; ya que, deja de lado los principios rectores del procedimiento sancionador.
- 1.8.1.4. Que, respecto a los derechos de los administrados comprendidos en el debido procedimiento administrativo a exponer sus argumentos, producir pruebas y obtener una decisión motivada, la carga de la prueba no es exclusiva de los administrados que son parte del procedimiento, sino que vincula también a la administración; ya que, el derecho a probar y producir pruebas tiene estrecha relación con los principios del derecho administrativo de impulso de oficio y verdad material, pudiendo afirmarse entonces, que es esta última quien tiene la carga de la prueba, pues la buena fe es un principio rector y ni el acta de infracción ni la resolución de multa, demuestra por qué ni como motivan la decisión de señalar como responsables a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., puesto a que se ha señalado en todo momento que no existió requerimiento alguno por parte de la empresa respecto de la prueba materia del presente, y que MEDLAB, lo realizó sin solicitud ni intervención de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.
- 1.8.1.5. Que el acta de infracción es nula, debido a que en claro incumplimiento del beneficio de reducción de multa regulado en la única disposición complementaria transitoria de la Ley N°30222, y la quinta disposición complementaria final del Decreto Supremo N°010-2014-TR, el acta de infracción de manera expresa, omite colocar dicho beneficio, siendo obligatorio de expresión en el acta de infracción.

1.8.1.6. Que, no se ha aplicado de manera correcta el concurso de infracciones en el acta de infracción, afectando así, el derecho al debido procedimiento, derecho a la defensa e igualdad.

1.8.1.7. Tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley.

1.9 RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°207-2016-SUNAFIL/ILM / RESOLUCIÓN DE NULIDAD

Con fecha 26 de agosto de 2016, la Intendencia de Lima Metropolitana, resolvió el recurso de apelación presentado por el sujeto inspeccionado, señalando lo siguiente:

ARTÍCULO ÚNICO: DECLARAR NULA la Resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 15 de enero de 2016, debiéndose reponer el procedimiento administrativo al estado en que se encontraba antes de producirse la causal de nulidad, dejando a salvo el valor probatorio de la documentación que no incida en la nulidad advertida y sin efecto la sanción económica impuesta, debiendo el inferior jerárquico emitir nuevo pronunciamiento de acuerdo a ley, en consecuencia, devuélvase los de la materia a la oficina de origen para sus efectos.-

1.10 RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4 DE LA SUB INTENDENCIA DE RESOLUCIÓN 4

Con fecha 19 de octubre de 2017, y en atención a lo dispuesto por la Intendencia de Lima Metropolitana mediante Resolución de Intendencia N°207-2016-SUNAFIL/ILM, la Sub Intendencia de Resolución 4 emitió la Resolución de Sub Intendencia N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4, en donde resuelve lo siguiente:

PRIMERO.- Sancionar a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con una multa ascendente a la suma de S/17 325.00 (Diecisiete mil trescientos veinticinco con 00/100 soles) por haber incurrido en dos (2) infracciones en materia de relaciones laborales, descritas el considerando 38 de la presente, más los intereses de ley, de ser el caso.

SEGUNDO.- Disponer que el monto de la multa, más los intereses de ley, de ser el caso, sean depositados en la cuenta corriente N°0068-3377089 del Banco de

la Nación, bajo apercibimiento de que se siga la acción por la vía coactiva, debiendo comunicarlo a esta dependencia, presentando copia del respectivo comprobante de pago.

TERCERO.- Informar al sujeto inspeccionado que contra el presente pronunciamiento resolutivo, procede recurso administrativo, el cual deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a su notificación ante esta Sub Intendencia de Resolución para el trámite respectivo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N°016-2017-TR.

CUARTO.- Notificar con la presente resolución a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. y al (los) trabajador (es) afectado (s) u organización sindical, de ser el caso, de conformidad con lo establecido en el literal f del artículo 45 de la ley.

1.11 RECURSO DE APELACIÓN:

Con fecha 23 de noviembre de 2017, y dentro de los plazos de ley, el sujeto inspeccionado presenta recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 19 de octubre de 2017, la misma que fue emitida por la Sub Intendencia de Resolución 4.

En dicho recurso, el sujeto inspeccionado argumenta lo siguiente:

- 1.11.1 Que existe nulidad del procedimiento sancionador y de la resolución de sub intendencia debido al avocamiento indebido sobre una materia que se encuentra pendiente de resolución en sede judicial.
- 1.11.2 Sobre la evidente nulidad de la resolución administrativa por inobservancia de al debido procedimiento.
- 1.11.3 Que la empresa DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. no cometió acto discriminatorio en contra del postulante, puesto que dentro de las etapas del proceso de selección para el puesto al que postulaba, estaba la de la evaluación médica; sin embargo, en ningún momento la empresa solicitó que se tome prueba alguna referida al VIH, sin perjuicio de ello, esta prueba fue autorizada por el mismo postulante.

- 1.11.4 Que, al postulante no se le excluyó del proceso de selección, sino que el mismo siguió hasta la etapa final, no obstante, por una situación ajena a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., la vacante ofrecida para dicho puesto fue eliminada, pues el señor R.T.V., revocó su renuncia y manifestó su intención de seguir laborando en la empresa.
- 1.11.5 Que la resolución administrativa es nula, debido a que en claro incumplimiento del beneficio de reducción de multa regulado en la única disposición complementaria transitoria de la Ley N°30222, y la quinta disposición complementaria final del Decreto Supremo N°010-2014-TR.
- 1.11.6 Que de acuerdo al Artículo 48-A, del Decreto Supremo N°019-2006, Reglamento de la Ley de Inspección del Trabajo, no se ha aplicado de manera correcta el concurso de infracciones en la resolución administrativa, no existiendo motivación en la conclusión de la misma, vulnerando así el derecho al debido procedimiento, defensa e igualdad.
- 1.11.7 Que, se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia administrativa, por lo cual el presente procedimiento debería declararse nulo.
- 1.11.8 Finalmente, se solicita, tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley.

1.12 RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°537-2018-SUNAFIL/ILM / RESOLUCIÓN FINAL

Con fecha 06 de diciembre de 2018, la Intendencia de Lima Metropolitana, resolvió el recurso de apelación presentado por el sujeto inspeccionado, señalando lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución

ARTÍCULO SEGUNDO.- REVOCAR EN PARTE la Resolución de Sub Intendencia N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 19 de octubre de 2017, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos 3.28 a 3.29 de la presente resolución; y **CONFIRMARLA** en lo demás que contiene,

ADECUANDO el monto de la sanción impuesta a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. a la suma de **S/ 15,400.00 (Quince mil cuatrocientos con 00/100 Soles)**.

ARTÍCULO TERCERO.- TENER POR AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA, de acuerdo a lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 41° de la LGIT, y en virtud a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N°012-2013-TR.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

De la revisión del expediente, materia del presente informe jurídico, se ha podido identificar los siguientes problemas jurídicos:

- Si el sujeto inspeccionado, realizó actos que vulneraron el derecho a la intimidad del postulante.
- Si el sujeto inspeccionado, realizó actos que vulneraron el derecho al trabajo en la modalidad de acceso al empleo, del postulante.
- Si el sujeto inspeccionado realizó actos de discriminación de los postulantes por la evaluación médica practicada.

En ese sentido, se pasará a analizar estos problemas jurídicos identificados, con la finalidad de verificar si el sujeto inspeccionado incurrió en infracciones sociolaborales, materia del presente expediente sancionador, como lo son vulneración al derecho a la intimidad, derecho al trabajo, en la modalidad de acceso al empleo y discriminación, tipificado en la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo y su reglamento, todo ello en agravio del postulante.

Para tal efecto, es necesario definir algunos conceptos:

DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad está reconocido en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en donde refiere que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar.

Asimismo, el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, reconoce el derecho a la intimidad personal, en donde según lo señalado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha mencionado que: es denominado por la doctrina, derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. (Exp.N°1797-2002-HD/TC, pág. 2)

Asimismo, menciona que mientras el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, protege el derecho a la vida privada, es decir, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, la autodeterminación informativa garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen. (Exp.N°1797-2002-HD/TC)

2.1 Si el sujeto inspeccionado, DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., realizó actos que vulneraron el derecho a la intimidad del postulante

En este extremo, de la revisión de los actuados, se desprende que mediante orden de servicio del sujeto inspeccionado, se realizó el examen médico al postulante, en donde incluía la toma de la prueba de VIH, lo cual se desprende del e-mail enviado por la Dra, M. M. M. (colaboradora de MEDLAB) al sujeto inspeccionado, donde remite el resultado del examen médico del postulante indicando que es “seropositivo en tratamiento”, y de la factura cancelada por el sujeto inspeccionado de fecha 28 de agosto de 2014.

Asimismo, ha quedado en evidencia que el sujeto inspeccionado tomó conocimiento de los resultados del examen médico practicado al postulante antes que este último, vulnerando así la confidencialidad sobre el estado serológico respecto al VIH/SIDA del postulante, el mismo que fue practicado a solicitud del propio sujeto inspeccionado, demostrando de esta manera, que

también estaba interesado en tomar conocimiento del resultado de dicha prueba, vulnerando el derecho a la intimidad del postulante.

En ese sentido, y de lo señalado en los hechos del presente informe jurídico, se desprende que el sujeto inspeccionado vulneró el derecho a la intimidad del postulante, derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 en el inciso 7 del artículo 2.

A su vez, el sujeto inspeccionado incurrió en una infracción grave en materia de relaciones laborales, prevista en el numeral 25.14 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo y sus modificatorias, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, el cual señala lo siguiente:

“Los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales”

Es importante mencionar, que tal como se señala en la segunda resolución administrativa emitida por la Sub Intendencia de Resolución 4, que si bien la norma citada en el párrafo anterior hace referencia al “trabajador” como tal, no se puede negar la protección al postulante al puesto de trabajo, toda vez que el Tribunal Constitucional en más de una sentencia, ha rescatado que un aspecto esencial del derecho al trabajo es el de acceder a un puesto de trabajo.

2.2 Si el sujeto inspeccionado realizó actos que vulneran el derecho al trabajo en la modalidad de acceso al empleo.

En primer lugar, se debe señalar que la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 22, define al trabajo como un deber y un derecho, además base del bienestar social y un medio de la realización de la persona.

Respecto a este punto, según Neves Mujica (2018), señala que: Estas expresiones poseen la mayor relevancia, porque muestran que nos encontramos ante un bien superior en el ordenamiento. Además pueden servir, de un lado, como fundamento del ejercicio de derechos (el derecho al trabajo como

cobertura para defender el acceso y la conservación del empleo, por ejemplo) y, del otro, como clave interpretativa para el conjunto del articulado laboral y del texto constitucional. (pág.64)

De lo antes expuesto, se puede determinar que en el presente caso, existió una clara vulneración del derecho de trabajo, en el aspecto de acceso al puesto de trabajo, por parte del sujeto inspeccionado hacia el postulante, toda vez que se le negó el ejercicio de dicho derecho por ser portador de VIH, vulnerando así lo establecido en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993, que tal como se ha señalado en párrafos anteriores, el trabajo es un derecho y un deber, además de ser la base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Asimismo, de la revisión del acta de infracción emitida por el inspector comisionado, se aprecia que el apoderado del sujeto inspeccionado señaló que en el mes de agosto de 2014, se culminó el proceso de selección sin la contratación de ningún postulante, esto debido a que el mercado de turistas foráneos decayó, sin embargo, en su escrito de descargo de fecha 28 de diciembre de 2015, presentado ante la Sub Intendencia de Resolución 4, señaló una versión muy distinta a esta, evidenciando más aún la vulneración del derecho al trabajo del postulante.

2.3 Si el sujeto inspeccionado realizó actos de discriminación de los postulantes por la evaluación médica practicada

Para comenzar con el análisis sobre este punto, también es necesario señalar lo que señala la Constitución Política del Perú de 1993 acerca de la discriminación.

En ese sentido, según la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2, inciso 2 señala que: “A la Igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole”

En esa misma línea, la definición de discriminación, contenida en el convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), define a esta como 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.

En el presente caso materia de análisis, se desprende que el sujeto inspeccionado tomó el examen médico al postulante como parte del proceso de selección, motivo por el cual se concluye que éste era requisito para la selección de personal, es decir, un examen relativo a conocer la condición de portador de virus de VIH.

Tal es así, que de los documentos que obran en autos del expediente sancionador, se puede apreciar la factura cancelada por el mismo sujeto inspeccionado por la toma de dicho examen médico, lo que revela que éste sí tenía conocimiento de la realización de dicho examen, además del correo de fecha 23 de agosto de 2014, en donde la Dra. M. M. M. (colaboradora de MEDLAB) informa al personal del sujeto inspeccionado que el postulante es paciente “seropositivo en tratamiento”.

Asimismo, es también importante mencionar lo establecido en la Resolución Ministerial N°376-2008-TR – Medidas Nacionales Frente al VIH y SIDA en el Lugar de Trabajo, el mismo que en su artículo 8 señala lo siguiente:

“Está prohibido que el empleador exija la prueba del VIH o la exhibición del resultado de ésta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo”.

Por lo que se puede concluir, que el haber exigido la prueba de VIH al postulante como requisito para el proceso de selección de personal, es un acto de discriminación, más aún si después de haber tomado conocimiento de los resultados, el sujeto inspeccionado decidió declarar desierto el proceso de selección, no pudiendo acreditar de manera idónea del porqué de esta decisión.

INFRACCIONES SANCIONADAS AL SUJETO INSPECCIONADO

Finalmente, por todo lo expuesto en los párrafos precedentes, el sujeto inspeccionado incurrió en infracciones sociolaborales de acuerdo al siguiente cuadro:

N°	CONDUCTA INFRACTORA	TIPO LEGAL Y CALIFICACIÓN
----	---------------------	---------------------------

1	<u>Se afectó el derecho a la intimidad del postulante.</u>	Numeral 25.14 del artículo 25 del Reglamento de la Ley de Inspección del Trabajo.
2	<u>Se efectuó actos de discriminación, en el acceso al empleo, y se vulneró el derecho al trabajo al postulante.</u>	Numeral 25.17 del artículo 25 del Reglamento de la Ley de Inspección del Trabajo.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

3.1 RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4 EMITIDA POR LA SUB INTENDENCIA DE RESOLUCIÓN 4

La Sub Intendencia de Resolución 4, con fecha 15 de enero de 2016, emite la Resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, en donde después de revisar los hechos y el descargo efectuado por el sujeto inspeccionado resuelve lo siguiente:

PRIMERO.- Sancionar a la empresa DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con una multa ascendente a la suma de S/38,500.00 (Treinta y ocho mil quinientos con 00/100 Soles) por haber incurrido en dos (2) infracciones graves en materia de relaciones laborales y derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Disponer que el monte de la multa, más los intereses de ley, de ser el caso, sean depositados en la cuenta corriente N°0068-337089 del Banco de la Nación dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la notificación de la presente resolución; bajo apercibimiento de continuarse la acción por la vía coactiva.

TERCERO.- Informar al administrado, que contra el presente pronunciamiento resolutivo procede el recurso de apelación, el cual deberá de ser interpuesto dentro del tercer día hábil posterior a su notificación ante la Sub Intendencia de Resolución 4 para el trámite respectivo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

CUARTO.- Notificar con la presente resolución al Sujeto Inspeccionado y al trabajador afectado, de conformidad con lo establecido en el literal f del artículo 45 de la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

De lo resuelto por la Sub Intendencia de Resolución 4, mediante la Resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, considero que no se cumplió con motivar de acuerdo a lo establecido por el numeral 4 del artículo 3 de la Ley N°27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (hoy TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), en donde señala lo siguiente: "El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico"

En ese sentido, la Sub Intendencia de Resolución 4, no cumplió con motivar su decisión adecuadamente respecto a los siguientes puntos:

1. Respecto a la vulneración a la intimidad del postulante, la Sub Intendencia de Resolución manifiesta que hubo injerencia en la intimidad personal del postulante por parte del sujeto inspeccionado, al recibir los resultados del examen médico mediante el e-mail remitido por la Dra. Miluska Mayuti Monsefú; sin embargo, en este considerando no realiza un análisis lógico que permita demostrar de manera fehaciente la comisión de la infracción. Asimismo, el órgano resolutorio no desvirtúa lo alegado por el sujeto inspeccionado respecto a este punto, donde señala haber recibido de manera unilateral por parte de MEDLAB, los resultados del examen médico practicado al postulante, sin que exista requerimiento de dichos resultados por parte del sujeto inspeccionado. Afectando de este modo el principio de causalidad establecido en el inciso 8 del artículo 230° de la Ley N°27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (hoy TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).
2. Ahora bien, respecto a la discriminación al acceso al empleo del postulante, el órgano resolutorio consideró que la exigencia de la prueba de VIH, constituye entre otros, un acto de discriminación. Sin embargo, en otro punto, señala que no se produce discriminación respecto al postulante, puesto que se canceló el proceso de selección en el que

participaba; evidenciando así, una contradicción que vulnera el deber de motivación y el derecho de defensa.

3. Respecto al derecho al trabajo, la Sub Intendencia de Resolución 4, consideró no imponer una sanción en este extremo, dado que argumenta que no se efectuó discriminación al postulante, puesto que no hubo contratación; no obstante, no llegó a analizar si la conducta del sujeto inspeccionado, vulneró aspectos que importan al derecho al trabajo, revelando una vez más falta de motivación en su decisión.
4. Asimismo, la Sub Intendencia de Resolución 4, no realizó un análisis de los alcances de la Disposición Complementaria Transitoria Única de la Ley N°30222, respecto a la reducción al 35% de la multa por las infracciones sancionadas al sujeto inspeccionado.

3.2 RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°207-2016-SUNAFIL/ILM / RESOLUCIÓN DE NULIDAD

Con fecha 26 de agosto de 2016, la Intendencia de Lima Metropolitana, resolvió el recurso de apelación presentado por el sujeto inspeccionado, señalando lo siguiente:

ARTÍCULO ÚNICO: DECLARAR NULA la Resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 15 de enero de 2016, debiéndose reponer el procedimiento administrativo al estado en que se encontraba antes de producirse la causal de nulidad, dejando a salvo el valor probatorio de la documentación que no incida en la nulidad advertida y sin efecto la sanción económica impuesta, debiendo el inferior jerárquico emitir nuevo pronunciamiento de acuerdo a ley, en consecuencia, devuélvase los de la materia a la oficina de origen para sus efectos.-

De lo resuelto por la Intendencia de Lima Metropolitana, mediante la Resolución de Intendencia N°207-2016-SUNAFIL/ILM, considero que ésta resolvió conforme a ley, puesto a que la decisión de imponer una sanción de multa mediante la resolución emitida por la Sub Intendencia de Resolución 4, carece de motivación por las consideraciones expuestas en el punto 3.1 del presente informe jurídico.

En ese sentido, siendo la motivación un requisito de validez del acto administrativo según lo establecido por el numeral 4 del artículo 3 de la Ley N°27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (hoy TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), y la omisión del mismo, un vicio del referido acto administrativo, corresponde a la Intendencia de Lima Metropolitana, siendo el superior jerárquico, declarar la nulidad de dicha resolución.

3.3 RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4 EMITIDA POR LA SUB INTENDENCIA DE RESOLUCIÓN 4

Con fecha 19 de octubre de 2017, y en atención a lo dispuesto por la Intendencia de Lima Metropolitana mediante Resolución de Intendencia N°207-2016-SUNAFIL/ILM, la Sub Intendencia de Resolución 4 emitió la Resolución de Sub Intendencia N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4, en donde resuelve lo siguiente:

PRIMERO.- Sancionar a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con una multa ascendente a la suma de S/17 325.00 (Diecisiete mil trescientos veinticinco con 00/100 soles) por haber incurrido en dos (2) infracciones en materia de relaciones laborales, descritas el considerando 38 de la presente, más los intereses de ley, de ser el caso.

SEGUNDO.- Disponer que el monto de la multa, más los intereses de ley, de ser el caso, sean depositados en la cuenta corriente N°0068-3377089 del Banco de la Nación, bajo apercibimiento de que se siga la acción por la vía coactiva, debiendo comunicarlo a esta dependencia, presentando copia del respectivo comprobante de pago.

TERCERO.- Informar al sujeto inspeccionado que contra el presente pronunciamiento resolutivo, procede recurso administrativo, el cual deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a su notificación ante esta Sub Intendencia de Resolución para el trámite respectivo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N°016-2017-TR.

CUARTO.- Notificar con la presente resolución a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. y al (los) trabajador (es) afectado (s) u organización sindical,

de ser el caso, de conformidad con lo establecido en el literal f del artículo 45 de la Ley.

De lo resuelto por la Sub Intendencia de Resolución 4, debo manifestar mi conformidad con la decisión adoptada de sancionar al sujeto inspeccionado, puesto a que resolvió en conformidad a lo establecido por la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento, analizando todos los hechos y medios probatorios presentados por el sujeto inspeccionado, teniendo como base de la decisión adoptada los siguientes argumentos:

3.3.1 VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL POSTULANTE

De la revisión de los hechos, descargos y pruebas presentadas en el presente procedimiento administrativo sancionador, ha quedado demostrado que el sujeto inspeccionado vulneró el derecho a la intimidad del postulante, esto al infringir la confidencialidad sobre el resultado de la prueba de VIH practicada a éste último, pues tuvo conocimiento del resultado de manera directa antes que el propio postulante.

Asimismo, queda evidenciado el interés del sujeto inspeccionado por saber el resultado de la prueba de VIH practicada al postulante, pues fue a decisión de éste que se realizara dicho examen médico, tal como se aprecia en la factura cancelada por el propio sujeto inspeccionado por concepto de dicho examen médico, de fecha 28 de agosto de 2014, la misma que obra en autos del presente expediente sancionador.

En ese sentido, el sujeto inspeccionado vulneró el derecho a la intimidad del postulante, tipificado en el numeral 25.14 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo y calificado como una infracción **MUY GRAVE**.

3.3.2 DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO

Respecto a la discriminación en el acceso al empleo del postulante por parte del sujeto inspeccionado, considero muy acertado que la Sub Intendencia de Resolución 4, haya considerado como acto discriminatorio el solo hecho de que el sujeto inspeccionado haya solicitado la toma de prueba de VIH como requisito del proceso de selección de personal, pues como ha quedado en manifiesto, hubo interés por parte del sujeto inspeccionado en obtener el resultado de la prueba médica materia de análisis, para posteriormente, hacer una diferencia entre los postulantes (discriminación) o descalificarlos en función al resultado del mismo, tanto es así, que el sujeto inspeccionado una vez que obtuvo el resultado de la prueba de VIH del postulante, siendo éste portador de VIH, decidió cancelar el proceso de selección, evidenciando claramente el objetivo de tomar la prueba de VIH al postulante.

Por lo antes expuesto, el sujeto inspeccionado efectuó actos de discriminación en el acceso al trabajo en contra del postulante, tipificado en el numeral 25.17 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo y calificado como una infracción **MUY GRAVE**.

3.3.3 VULNERACIÓN DE DERECHO AL TRABAJO EN LA MODALIDAD DE ACCESO AL EMPLEO

En este punto, el sujeto inspeccionado vulnera el derecho al trabajo reconocido por la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 22, en donde lo cataloga como un deber y un derecho, asimismo, menciona que es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en determinada jurisprudencia indicó lo siguiente:

La discriminación en materia laboral se configura cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la

especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución. (Exp.N°008-2005-PI/TC, 2005, pág. 20)

En el presente caso, el sujeto inspeccionado vulneró el derecho al trabajo, en la modalidad de acceso al puesto de trabajo, en cuanto utilizó la prueba médica del examen de VIH para poder descalificar al postulante del proceso de selección, realizando discriminación y vulnerando el derecho al trabajo en cuanto le impide acceder al puesto de trabajo por su condición de portador de VIH; todo lo expuesto, tipificado en el numeral 25.17 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo y calificado como una infracción **MUY GRAVE**.

3.4 RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA N°537-2018-SUNAFIL/ILM / RESOLUCIÓN FINAL

Con fecha 06 de diciembre de 2018, la Intendencia de Lima Metropolitana, resolvió el recurso de apelación presentado por el sujeto inspeccionado, señalando lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución

ARTÍCULO SEGUNDO.- REVOCAR EN PARTE la Resolución de Sub Intendencia N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 19 de octubre de 2017, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos 3.28 a 3.29 de la presente resolución; y **CONFIRMARLA** en lo demás que contiene, **ADECUANDO** el monto de la sanción impuesta a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. a la suma de **S/ 15,400.00 (Quince mil cuatrocientos con 00/100 Soles)**.

ARTÍCULO TERCERO.- TENER POR AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA, de acuerdo a lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 41° de la LGIT, y en virtud a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N°012-2013-TR.

Como se puede apreciar, la Intendencia de Lima Metropolitana resuelve confirmar la resolución emitida en primera instancia por la Sub Intendencia de Resolución 4, motivando su decisión en los mismos puntos y con los mismos argumentos con los que resolvió el órgano resolutorio de primera instancia; por tal motivo, manifiesto mi conformidad en lo resuelto por la Intendencia de Lima Metropolitana (Segunda instancia).

Cabe señalar, que la Intendencia de Lima Metropolitana decide **REVOCAR EN PARTE la resolución de primera instancia, N°350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4**, debido a que la Sub Intendencia de Resolución 4, no aplico el beneficio de la reducción al 35% de la multa, esto en aplicación a lo dispuesto en la Ley N°30222, debido a que aplican de manera errónea la exceptuación de dicho beneficio en relación a la infracción cometida por el sujeto inspeccionado.

3.5 SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

Como se ha visto en el presente informe jurídico, finalmente tanto en primera como en segunda instancia, ambos órganos de resolución decidieron sancionar al sujeto inspeccionado por haber vulnerado el derecho a la intimidad, derecho al trabajo y efectuar discriminación en el acceso al empleo respecto del postulante. Sin embargo, es importante recordar que la Intendencia de Lima Metropolitana resuelve declarar nula la primera resolución de Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, emitida por la Sub Intendencia de Resolución 4, debido, principalmente, a falta de motivación, la cual debe existir en todo acto administrativo, tal como he señalado anteriormente, en concordancia con lo establecido por el numeral 4 del artículo 3 de la Ley N°27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (hoy TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).

Asimismo, se aprecia que en la resolución administrativa antes mencionada, existen contradicciones por parte del órgano de resolución, al momento de motivar su decisión de imponer la multa administrativa al sujeto inspeccionado, respecto a los actos de discriminación en los que habría incurrido el sujeto inspeccionado, vulnerando también el derecho a la defensa del sujeto inspeccionado.

Por todo lo expuesto, la omisión del deber de motivación y la vulneración del derecho a la defensa, por parte del órgano resolutorio de primera instancia, afectó el principio del debido procedimiento, generando la invalidez del acto administrativo, por ende, un acto administrativo nulo.

Por su parte, Morón Urbina (2019) señala que:

Para los efectos prácticos, debemos tener en cuenta que este derecho tiene tres niveles concurrentes de aplicación: a) Como derecho al procedimiento administrativo. - Una primera dimensión de este derecho implica afirmar que todos los administrados tienen el derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan. Correlativamente, la Administración tiene el deber de producir sus decisiones mediante el cumplimiento de las reglas que conforman el procedimiento, de modo que es flagrantemente violatorio de este principio, la producción de actos administrativos de plano o sin escuchar a los administrados. No es válido afirmar que con la recurrencia del administrado luego del acto, recién se iniciará el procedimiento, sino que — por el contrario— desde su origen mismo debe dar la oportunidad para su participación útil. (pág.83)

En ese sentido, puedo concluir que la Sub Intendencia de Resolución 4, no fue diligente al momento de resolver el caso mediante la resolución Sub Intendencia N°0020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4, al no ajustar su decisión en el principio del debido procedimiento establecido en la Ley N°27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (hoy TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).

IV. CONCLUSIONES

1. Que en nuestra Carta Magna, se encuentran reconocidos los derechos al trabajo, a la intimidad y a la no discriminación.
2. Que el solo hecho de exigir, en un proceso de selección de personal, el examen médico de VIH constituye un acto de discriminación respecto al acceso al empleo.

3. Que el derecho al trabajo, es un derecho pero también un deber, siendo un medio para la realización de la persona; motivo por el cual, se sancionó al sujeto inspeccionado por haber vulnerado el derecho al trabajo, en la modalidad de acceso al empleo del postulante por su condición de portador de VIH.
4. Que la autoridad de trabajo, SUNAFIL, cumplió con su rol fiscalizador, velando por el cumplimiento de los derechos laborales de los ciudadanos, en este caso, del postulante.
5. Que el derecho al trabajo, en ningún caso debe ser tomado de forma facultativa por los empleadores, pues es un derecho que debe ser aplicado y respetado por todos y para todos, sin distinción.

V. BIBLIOGRAFIA

- Neves Mujica, Javier. (2018). Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Morón Urbina, Juan. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (14ª ed.) Lima: Gaceta Jurídica S.A.

SENTENCIAS:

- Sentencia Exp. N°008-2005-PI/TC (2005, 12 de agosto). Tribunal Constitucional.
- Sentencia Exp. N°1797-2002-HD/TC (2003, 29 de enero). Tribunal Constitucional.

NORMATIVA:

- Constitución Política del Perú (1993)
- Ley N°28806, Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento (2006)
- Ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (25 de enero de 2019)
- C111 Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación). (1958)

VI. ANEXOS

6.1. DENUNCIA:

OFICIO N° 331 2015-DP/OD-LIMA Y ANEXOS

6.2. CONTESTACIÓN DE LA DENUNCIA:

DESCARGOS DEL SUJETO INSPECCIONADO Y ANEXOS

6.3. RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N° 020-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4

6.4. PRIMER RECURSO DE APELACIÓN

6.5. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 207-2016-SUNAFIL/ILM - NULIDAD

6.6. RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

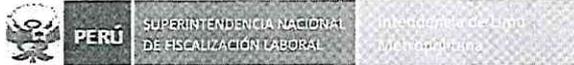
RESOLUCIÓN DE SUB INTENDENCIA N° 350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4

6.7. SEGUNDO RECURSO DE APELACIÓN

6.8. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 537-2018-SUNAFIL/ILM - FINAL

6.9. RESOLUCIÓN S/N DE FECHA 20 DE MARZO DE 2019



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 537-2018-SUNAFIL/ILM

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 1491-2015-SUNAFIL/ILM/SIRE4
SUJETO RESPONSABLE : DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.

Lima, 06 de diciembre de 2018

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por **DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.** (en adelante, la **inspeccionada**) contra la Resolución de Sub Intendencia N° 350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 19 de octubre de 2017, (en adelante, la **resolución apelada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador y al amparo de las disposiciones legales contenidas en la Ley General de Inspección del Trabajo – Ley N° 28806 (en adelante, la **LGIT**) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, y normas modificatorias (en lo sucesivo, el **RLGIT**), y;

I. ANTECEDENTES

1.1 De las actuaciones inspectivas

Mediante la Orden de Inspección N° 8784-2015-SUNAFIL/ILM de fecha 14 de julio de 2015, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación a la inspeccionada, con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones sociolaborales, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 1770-2015-SUNAFIL/ILM de fecha 23 de setiembre de 2015 (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante el cual se propuso sanción económica a la inspeccionada por la comisión de infracciones en materia de relaciones laborales.

1.2 De la resolución apelada

Obra en autos, la resolución apelada, que en mérito al Acta de Infracción sanciona a la inspeccionada con una multa ascendente a la suma de S/ 17,325.00 (Diecisiete mil trescientos veinticinco con 00/100 Soles) por haber incurrido en:

- Una infracción MUY GRAVE en materia de relaciones laborales, por vulnerar el derecho a la intimidad ya que se advierte la falta de confidencialidad sobre el resultado de la prueba de VIH/SIDA, siendo el examen realizado a solicitud de la inspeccionada a cuyo conocimiento accedió, infracción tipificada en el numeral 25.14 del artículo 25° del RLGIT¹.
- Una infracción MUY GRAVE en materia de relaciones laborales, por incurrir en actos de discriminación en el acceso al empleo contra un postulante al exigirle realizar la prueba de VIH/SIDA; asimismo, se vulneró el derecho al trabajo en su modalidad de acceso al empleo por ser portador del virus VIH/SIDA, infracción tipificada en el numeral 25.17 del artículo 25° del RLGIT².

¹ "Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos: (...)

25.14 Los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales."

² "Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos: (...)

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,



II. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con escrito de fecha 23 de noviembre de 2017, la inspeccionada interpone recurso de apelación contra el pronunciamiento de primera instancia, en base a los siguientes argumentos:

- i) Manifiesta que el procedimiento sancionador y la resolución apelada adolece de nulidad al avocarse a una materia que se encuentra pendiente de resolver en sede judicial, conforme lo prohíbe el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; asimismo, el artículo 73° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 prevé que en caso de exista un conflicto jurisdiccional al comprobarse identidad de sujetos, hechos y fundamentos la autoridad administrativa podrá determinar su inhibición, teniendo en cuenta que los actos de hostilidad son materia de controversia actualmente en un procedimiento judicial.
- ii) Indica que la resolución apelada vulnera el debido procedimiento al no haber motivado de manera correcta su decisión pues no se ha determinado fehacientemente que haya ordenado o requerido la toma de la prueba de VIH/SIDA, ni que solicitara la información de los resultados, siendo ello realizado de manera unilateral por MEDLAB, quien posteriormente le informa que el trabajador era paciente de VIH en tratamiento.
- iii) Sobre el proceso de selección, indica que contaba con las etapas de entrevista con el jefe del área, evaluación técnica, examen psicológico, evaluación médica y entrevista con la gerencia; siendo que en la etapa de evaluación médica la inspeccionada solo solicitó que se efectúa los exámenes médicos, sin indicar en particular ningún examen de VIH, por lo que no tuvo conocimiento de que estaba siendo tomada; asimismo, indica que dicha prueba fue autorizada y consentida por el trabajador.

Señala que cuando tuvo conocimiento que el trabajador era paciente con VIH, continuó en proceso de selección, tan es así que el 25 de agosto de 2014 se le indicó la siguiente etapa del proceso que era la entrevista con el Gerente General; no obstante, el puesto de trabajo para el que postulaba fue eliminado debido a que el trabajador que lo ocupaba declinó su renuncia, por lo que no se contrató a otra persona con igual o menor preparación para la vacante ofrecida.
- v) Menciona que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia establecido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, pues la autoridad de primera instancia desarrolla una serie de conclusiones a partir de medios probatorios que no guardan una relación directa con lo afirmado, teniendo en cuenta que en el considerando 33 de la resolución apelada se expresa que existe duda razonable.
- vi) Manifiesta que no se le ha aplicado la reducción de multa regulado en la Ley N° 30222, sin que se motive por qué dicha sanción es considerada como que ha afectado muy gravemente al trabajador; adicionalmente, la multa ha sido impuesta por la vulneración al derecho a la intimidad no por temas de discriminación, por lo que debió adoptarse dicha reducción.
- vii) Expresa que no se ha observado lo estipulado en el artículo 48-A° del RLGIT, debido a que la resolución apelada considera que haber exigido se realice una prueba de VIH/SIDA, califica como un solo acto sustantivo; sin embargo, sanciona con dos multas distintas, resultándole



idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole.”



evidente las multas tiene un carácter complementario al incumplimiento de la infracción sustantiva, debiéndose haber aplicado concurso de infracciones.

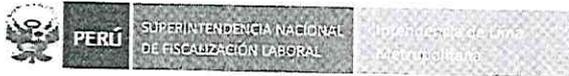
III. CONSIDERANDOS

Del pedido de inhibición

- 3.1 En relación a lo plasmado en el ítem i) del recurso de apelación, se debe precisar que los numerales 73.1 y 73.2 del artículo 73°, del T.U.O de la Ley N° 27444, establece lo siguiente: *"73.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas. 73.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio"* (resaltado nuestro).
- 3.2 Siendo así, este Despacho considera que no puede determinar su inhibición por cuanto no se cumplen las condiciones señaladas en la misma: Identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que el fundamento de las pretensiones son evidentemente distintos: uno relativo a la determinación de responsabilidad administrativa sancionable en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado al determinar las responsabilidades en las que incurren los empleadores por el incumplimiento de las normas de orden socio laboral; y el otro referido a la determinación de la existencia o no del derecho reclamado por el demandante respecto a una indemnización por los daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual,
- 3.3 En relación a los sujetos, se debe precisar que en el proceso judicial incoado por el trabajador contra la inspeccionada no interviene, ni es parte la SUNAFIL como autoridad gubernamental, mientras que el presente procedimiento es promovido de oficio por la SUNAFIL contra el empleador, encontrándose en calidad de sujeto infractor.
- 3.4 A ello cabe agregar que, el numeral 53.3 del artículo 53° del RLGIT, establece: *"(...) El procedimiento sancionador se tramita sin perjuicio de las acciones que puede ejecutar el trabajador afectado ante las instancias judiciales competentes"*. En consecuencia, el proceso judicial y el presente procedimiento sancionador presentan sujetos y fundamentos distintos; por lo que, no se configura la concurrencia de la triple identidad exigida para que la SUNAFIL deba inhibirse, concluyéndose que no estamos impedidos de conocer los asuntos controvertidos en el presente procedimiento sancionador.

De la vulneración al derecho a la intimidad

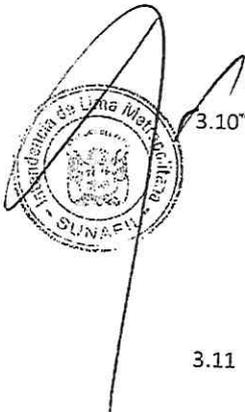
- 3.5 Cabe traer a colación que la Constitución Política del Perú, en el numeral 7 del artículo 2° recoge entre los derechos fundamentales señalando: *"Toda persona tiene derecho: (...) 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias."*
- 3.6 Por su parte, en el ámbito laboral, el artículo 23° de la mencionada norma suprema establece que: *"(...) ninguna relación puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*.



3.7 El artículo 16° del Decreto Supremo N°004-97-SA, prevé que: *“Los resultados de las pruebas diagnósticas de infección VIH/SIDA y la información sobre la causa cierta o probable de contagio, son de carácter confidencial (...)”*

3.8 En el presente caso, de los documentos obrantes en autos y de los hechos verificados por el Inspector comisionado plasmados en el Acta de Infracción, la autoridad de primera instancia logró establecer que la inspeccionada vulneró el derecho a la intimidad del trabajador afectado al escudillar en su intimidad sobre su condición de portador del VIH, habiendo accedido a los resultados de los exámenes médicos con dicho fin, tal como indica en la resolución apelada: *“(...) se advierte una falta de confidencialidad sobre el estado serológico respecto al VIH/SIDA del recurrente, el mismo que fue a decisión del sujeto inspeccionado la toma de la muestra para el examen respectivo; por lo que también estaba interesado en tomar conocimiento del mismo, lo que efectivamente tuvo conocimiento”*.

3.9 En relación a lo alegado en el punto ii) del recurso de apelación, es pertinente precisar que el derecho a la intimidad no solo contiene una limitación sobre la divulgación de hechos que pertenecen a la vida íntima de la persona, sino que también impide la intromisión a su espacio privado, aun cuando no se tenga como objetivo su divulgación³, lo cual persigue evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados únicamente por la injustificada e intrascendente curiosidad de terceros, por lo que, desde el aspecto normativo se pretende impedir, con el mismo propósito, el despliegue de diversas actitudes que supongan fisgonear y entrometerse en la intimidad de la vida privada o represente una invasión, sin que medie un público interés⁴.



3.10 En ese sentido, cabe traer a colación lo que la doctrina ha definido sobre el derecho a la intimidad personal a aquella *“zona de la vida de las personas que recibe protección del sistema jurídico, para restringir su acceso por parte de terceros”*⁵, también se ha señalado que se encuentra vinculado a la personalidad y a la dignidad de la persona, precisando que *“implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”*⁶.

3.11 Ahora bien, la inspeccionada manifiesta que nunca solicitó se practique exámenes de VIH al trabajador afectado, estos es que no trató de tener conocimiento de aspectos privados del trabajador afectado, lo cual se contradice con los hechos que fluyen de los actuados, donde se observa que fue la inspeccionada la que dio instrucciones al trabajador afectado para que se dirija a MEDLAB LABORATORIO CLÍNICO (en adelante, MEDLAB), a fin de realizarse exámenes médicos lo que se corrobora con el correo de fecha 22 de agosto de 2014⁷; asimismo la inspeccionada, mediante correo de fecha 20 de agosto de 2014⁸, comunicó a MEDLAB que atendieran al trabajador afectado (comunicación que constituye una orden de servicio)⁹.

³ MORALES GODÓ, Juan (2003). Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas, Tomo I, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, p. 160.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2009). Derecho de las Personas, Lima: Editorial Grijley, p. 76.

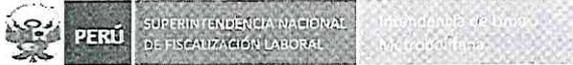
⁵ UGARTE, J. L. (Enero - Marzo de 2000). El derecho a la intimidad y la relación laboral. *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, XLIII (197), 63.

⁶ CORDERO GORDILLO, V. (2010). El Derecho a la Intimidad y la Revelación de Datos Relativos a la Salud (Comentario a la STC 159/2009, de 29 de junio). *Revista de Derecho Social*, 175.

⁷ Ver a folio 25 del expediente de investigación.

⁸ Ver a folio 69 del expediente de investigación.

⁹ Según la carta de MEDLAB, ver a folio 61 del expediente de investigación.



- 3.12 Posteriormente, mediante correo electrónico de fecha 23 de agosto de 2014¹⁰, el trabajador afectado le escribió al personal de recursos humanos de la inspeccionada indicándole su disconformidad con la toma de muestras para el examen de VIH que realizó la clínica donde lo había enviado, advirtiéndose que la inspeccionada tenía conocimiento de dicho examen, pues en el correo electrónico de respuesta¹¹ no expresa ninguna sorpresa ni observación al hecho que se le haya tomado examen de VIH, ni ha ofrecido medio probatorio donde consta discrepancia alguna con la clínica por la toma de dicha muestra no solicitada; por el contrario, a través del correo electrónico enviado por la Dra. [redacted] de MEDLAB, se le informa que el trabajador afectado es paciente seropositivo en tratamiento y le pregunta a la inspeccionada *“cómo van a manejar los exámenes del laboratorio, ya que el consentimiento refiere que si es seropositivo se entregará en sobre”*, de lo que se observa una coordinación entre MEDLAB y la inspeccionada sobre el tratamiento de los resultados del examen de VIH, que alega nunca haber solicitado.
- 3.13 Así pues, pese a tener conocimiento que los exámenes médicos incluían el examen de VIH, efectuó el pago de acuerdo a la factura N° 025-0107756 de fecha 28 de agosto de 2014 donde se consigna a la inspeccionada como cliente, habiendo recibido el Informe Médico que incluía el resultado positivo al examen de VIH, conforme lo reconoce la inspeccionada y el Director Médico de MEDLAB en la diligencia de fecha 12 de agosto de 2015, al señalar que *“los resultados se entregan conjuntamente con la factura en sobre cerrado al cliente”*.
- 3.14 A mayor sustento, cabe indicar que era una práctica recurrente de la inspeccionada realizar dentro de los exámenes médicos ocupacionales, el examen de VIH tal como se observa del examen médico practicado a otra postulante que dio como resultado negativo y que obra a folio 89 del expediente de investigación, conjuntamente con la evaluación psicolaboral dentro de su proceso de selección de personal; por lo que, se concluye que la inspeccionada vulneró el derecho de intimidad del trabajador afectado al inmiscuirse en su vida privada a fin de conocer aspectos de su salud que no tenían incidencia alguna con el puesto al que postulaba, correspondiendo confirmar la sanción de multa en este extremo.

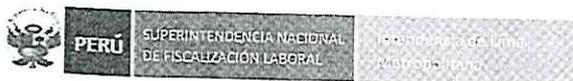


De los actos de discriminación en el acceso al empleo y la vulneración del derecho al trabajo

- 3.15 Conforme al artículo 22° de la Constitución Política del Perú, *“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”*
- 3.16 El artículo 8° de la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, indica que *“Está prohibido que el empleador exija la prueba del VIH o la exhibición del resultado de ésta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo.”*, en ese sentido, el artículo 10° del mismo cuerpo normativo, dispone que: *“Para garantizar la autonomía de la voluntad del trabajador y la confidencialidad de las pruebas del VIH y sus resultados, éstas no pueden ser realizadas por el empleador, o por otro que éste vinculado económicamente a éste”*.
- 3.17 El artículo 15° del Decreto Supremo N°004-97-SA, prevé que: *“La prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social. (...)”*

¹⁰ Ver a folio 28 del expediente de investigación.

¹¹ Ver a folio 29 del expediente de investigación.



3.18 El artículo 2° de la Ley N° 26772, refiere: *“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 centros 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.”*

3.19 La autoridad de primera instancia, en atención a los hechos verificados y plasmados en el Acta de Infracción, sanciona a la inspeccionada por haber discriminado al trabajador, pues incluyó como requisito dentro del proceso de selección de personal, la realización del examen de VIH con la finalidad de excluirlo del puesto de trabajo al ser portador de VIH, lo cual a su vez afectó su derecho al trabajo en la modalidad de acceso al empleo; por lo que, procede a emitir la resolución apelada sancionando dicha infracción.

3.20 Sobre lo expuesto en los ítems iii) y iv) del recurso de apelación, al respecto, conforme se ha concluido en el acápite precedente la inspeccionada fue quien solicitó la realización del examen de VIH, careciendo de sustento fáctico que la inspeccionada no tuviera conocimiento del mismo; más aún, si mediante correo electrónico de fecha 23 de agosto de 2014 el propio trabajador afectado puso en conocimiento este hecho irregular; asimismo, no es razonable que de forma unilateral MEDLAB haya decidido tomar el examen de VIH, sin que exista una contraprestación por dicho servicio, generándose un perjuicio económico y sin una razón que implique un interés de su parte para asumir dicho gasto con el fin de conocer la situación médica de un tercero (trabajador afectado) ajeno a su organización, caso contrario a la inspeccionada que se encontraba en un proceso de selección de personal.

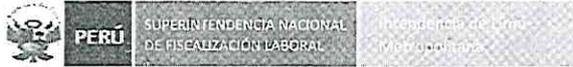
En efecto, el sometimiento a los procedimientos de vigilancia del estado de salud de los trabajadores, en particular, a los exámenes médicos está caracterizado necesariamente por ser acordes a la función que éstos desempeñan conforme lo establecía el artículo 101° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR¹², vigente al momento de la comisión de la infracción, lo cual en el caso de autos no implicaba dicho examen.

3.22 Por otra parte, el hecho que el trabajador afectado haya suscrito un documento de consentimiento informado que autorizaba a MEDLAB a realizar el examen de VIH, no justifica que la inspeccionada haya incluido, dentro del procedimiento de selección de personal, como requisito para acceder al puesto de trabajo la realización del examen de VIH¹³, dicho acto implica por sí solo un acto de discriminación pues tiene como objetivo establecer una diferencia negativa entre aquellos que resulten positivos y aquellos que no, basándose únicamente en el estado serológico, lo que implica un motivo prohibido, y por el cual nuestra legislación abolió dicho requisito, conforme al artículo 8° de la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, que indica expresamente: *“Está prohibido que el empleador exija la prueba del VIH o la exhibición del resultado de ésta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo”*.

3.23 De otro lado, si bien la inspeccionada alega que tuvo conocimiento que el trabajador afectado era paciente con VIH, hecho que no motivó a que fuera excluido del proceso de

¹² *“Artículo 101.- El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley, acorde a los labores desempeñados 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. Los exámenes médicos deben ser realizados respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud”.*

¹³ Tampoco justifica que haya tenido conocimiento del mismo pese a que el documento suscrito no autorizaba a ningún tercero a entregarle los resultados, esto último si bien incide en la infracción al derecho de intimidad, cabía indicarlo en virtud del alegato expuesto en este punto.



selección; no obstante, luego canceló la convocatoria de personal, indicando durante las actuaciones inspectivas que se debía a haber desaparecido la necesidad de contratar a un cotizador del área de turismo receptivo debido a que decayó el mercado de turismo; hecho que no ha sido fehacientemente probado pues no obra ningún documento que acredite la merma en sus ingresos, más aún si, de forma contradictoria, mediante escrito de descargo señala que la razón fue que la persona que ocupaba el puesto para el que se convocó concurso, revocó su renuncia.

3.24 A lo expuesto cabe traer a colación, que la autoridad de primera instancia ha indicado que por *"el solo hecho que en el proceso de selección haya constituido un requisito para la recurrente pasar el examen de VIH; es un acto discriminatorio, y que devela la conducta del sujeto inspeccionado de descalificar y excluir en caso de resultado positivo (...) Es así que, aun cuando el recurrente hubiera reunido todos los requisitos para el puesto de trabajo, el sujeto inspeccionado de igual forma hubiera negado el acceso al puesto de trabajo, el sujeto inspeccionado de igual forma hubiera negado en acceso al empleo, estando a su condición de portador de VIH. No se explica ningún fin loable para que en pleno proceso de selección se practique la prueba de VIH, más aun si ello se encuentra prohibido."*

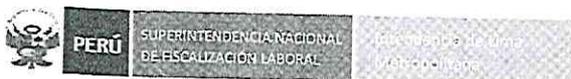
3.25 Debiéndose tener en consideración que el acto discriminatorio se materializa con el solo requerimiento del examen de VIH como motivo prohibido para diferenciar a los postulantes en el proceso de selección, constituyendo *per se* una traba en el acceso al empleo al tener como finalidad la exclusión de postulantes, con prescindencia que dicho puesto haya sido ocupado o no, lo cual puede ocurrir debido a circunstancias externas ajenas al proceso de selección, más aún, si no acreditó fehacientemente cuales son las causas de dicha cancelación al caer en contradicciones.

3.26 Respecto a lo plasmado en el ítem v) de la resolución apelada, cabe precisar que mediante la presunción de licitud establecida en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁴, la entidades presumen que los administrados han actuado apegado a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, presunción que se va desvaneciendo o confirmando gradualmente a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante la emisión del acto administrativo final¹⁵.

3.27 Estando a ello, en el caso de autos, la autoridad de primera instancia a logrado establecer plenamente los hechos por los cuales se sanciona a la inspeccionada; empero, en el considerando 33 aludido mediante el recurso de apelación, hace referencia a la duda razonable únicamente respecto al criterio objetivo de los "Resultados de la Entrevista" al haber sido calificada con posterioridad al conocimiento del estado serológico del trabajador afectado, documentación que no desvirtúa la discriminación basada en la realización del examen de VIH como requisito para el acceso al trabajo, pues como se indicó previamente dicho acto por si solo constituye una vulneración a la normativa laboral, máxime si la inspeccionada no ha indicado que los resultados de la entrevista hayan tenido incidencia en la cancelación de la convocatoria de personal; por tanto, corresponde confirmar la sanción de multa en esta extremo de la resolución apelada.

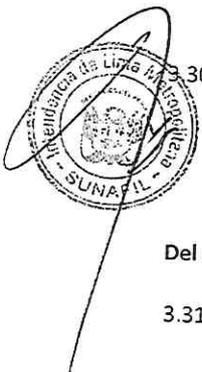
¹⁴ "9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario."

¹⁵ MORRÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta jurídica, Novena edición, p.725.



De la reducción de multa establecida en la Ley N° 30222

- 3.28 En relación a lo esgrimido en el ítem vi) de la resolución apelada, cabe indicar que el inferior en grado al determinar la sanción por la infracción sobre discriminación en materia de empleo y ocupación consideró que la misma se encuentra incurso en la excepción dispuesta en el literal a) de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30222¹⁶, a efectos de no aplicar el beneficio de reducción de multa al 35% de la multa propuesta en el Acta de Infracción. En tal sentido, en la resolución venida en alzada, se ha explicado de forma extensa la vinculación entre realizar la prueba de VIH/SIDA durante el proceso de selección de personal y los actos de discriminación que impiden el acceso de personal con VIH, lo que atañe a un grupo vulnerable para lo cual se ha establecido dispositivos legales específicos para su protección (Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, Ley N° 26626, Decreto Supremo N° 004-97-SA), conforme a los hechos narrados en el acápite IV.2 de la misma, lo que fundamenta que esta instancia confirme la multa impuesta por dicha infracción.
- 3.29 Por otro lado, la autoridad de primera instancia al momento de determinar la sanción a imponer si bien aplica el principio de retroactividad benigna recogido en el inciso 5 del artículo 246° del T.U.O de la Ley N° 27444, pero lo hace en virtud a que la infracción por discriminación en materia de empleo y ocupación se encuentra dentro de las materias exceptuadas a la aplicación del beneficio de reducción al 35% de la multa dispuesta en la Ley N° 30222; sin embargo, no ha tenido en cuenta que respecto a la infracción por afectación del derecho a la intimidad, no se encuentra dentro de las materia exceptuadas.
- 3.30 En ese sentido, al no existir ninguna restricción legal que impida aplicar diferentes tablas de multas en un mismo procedimiento sancionador, siempre que se trate de infracciones diferentes, corresponde aplicar la tabla de multas estipulada en el Decreto Supremo N° 012-22013-TR con la correspondiente reducción, al momento de sancionar la infracción por afectación del derecho a la intimidad.



Del concurso de infracciones

- 3.31 Sobre lo alegado en el ítem vi) de la resolución apelada, se debe manifestar que en el caso de autos no se advierte que alguna de las infracciones tenga carácter formal o accesoria, sino que se han sancionada como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, las conductas referidas a:
- (i) la vulneración al derecho a la intimidad ya que se advierte la falta de confidencialidad **sobre el resultado de la prueba de VIH/SIDA**, infracción tipificada en el numeral 25.14 del artículo 25° del RLGIT que estipula: "25.14 *Los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales*" y
 - (ii) por incurrir en actos de discriminación en el acceso al empleo contra un postulante **al realizar la prueba de VIH/SIDA** durante el proceso de selección de personal la cual

¹⁶ DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA
UNICA. Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras
(...)

Durante el periodo de tres años, referido en el primer párrafo, la multa que se imponga no será mayor al 35% de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto sobre la base de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, así como los atenuantes y/o agravantes que correspondan según sea el caso. Esta disposición no se aplicará en los siguientes supuestos:
a) Infracciones muy graves que además afecten muy gravemente: i) la libertad de asociación y la libertad sindical y ii) las disposiciones referidas a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y colocación (...)



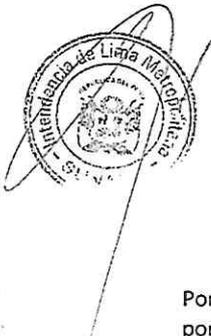
se encuentra regulada en el numeral 25.17 del artículo 25° del RLGIT que dispone: *"25.17 La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, 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 cualquiera otra índole"*.

3.32 De la simple lectura se puede colegir que son conductas distintas, por tal motivo constituyen infracciones independientes, habida cuenta de la heterogenidad que existe entre los bienes jurídicos involucrados.

Del monto de la multa por las infracciones incurridas

3.33 En atención a los fundamentos expuestos en los considerando 3.28 y 3.29 de la presente resolución, resulta necesario revocar y adecuar el monto de la sanción económica impuesta por la primera instancia, quedando establecida de la siguiente manera:

N°	CONDUCTA SANCIONADA	TIPIFICACIÓN LEGAL Y CALIFICACIÓN	N° DE TRABAJ. AFECT (*)	BASE DE CALCULO	MULTA IMPUESTA
1	Se afectó el derecho a la intimidad ya que se advierte la falta de confidencialidad sobre el resultado de la prueba de VIH/SIDA, a cuyo conocimiento accedió.	Numeral 25.14 del artículo 25° del RLGIT. MUY GRAVE	1	5 UIT	S/ 19,250.00 REDUCCIÓN AL 35% S/ 6,737.50
2	Efectuó actos de discriminación en el acceso al empleo, ello al exigirle realizar la prueba de VIH/SIDA; asimismo, se vulneró el derecho al trabajo en su modalidad de acceso al empleo por ser portador del virus VIH/SIDA.	Numeral 25.17 del artículo 25° del RLGIT. MUY GRAVE	1	2.25 UIT	S/ 8,662.50
MONTO TOTAL					S/ 15,400.00

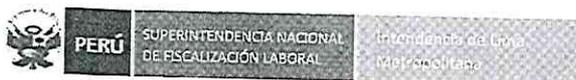


Por lo expuesto, y de acuerdo a las facultades conferidas por el artículo 41° de la LGIT, modificada por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29981.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por **DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.** conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- **REVOCAR EN PARTE** la Resolución de Sub Intendencia N° 350-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE4, de fecha 19 de octubre de 2017, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos 3.28 a 3.29 de la presente resolución; y **CONFIRMARLA** en lo demás que contiene, **ADECUÁNDO** el monto de la sanción impuesta a **DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.** a la suma de **S/ 15,400.00 (Quince mil cuatrocientos con 00/100 Soles)**.



ARTÍCULO TERCERO.-

TENER POR AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA, de acuerdo a lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 41° de la LGIT, y en virtud a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 012-2013-TR.

HÁGASE SABER.-

ILM / GEF/pslc

.....
GUILLERMO ENRIQUE FUSTAMANTE IRIGOIN
Intendente de Lima Metropolitana
Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral