

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 21 de diciembre de 2017.

No. 1060

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “CREDITOS DIRECTOS S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Acción de Nulidad” (Ficha No. 351/2015)

RESULTANDO:

I) El Dr. Daniel Ochs Olazábal compareció en representación de Créditos Directos S.A. y dedujo pretensión anulatoria contra la resolución dictada por la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social el 4 de agosto de 2014, por la cual se dispuso sancionarla con una multa de 3270 U.R. por violación a los artículos 7, 53, 54 y 57 de la Constitución, a los Convenios Internacionales N° 111, 87 y 98, a la Ley No. 17.940 y al decreto No. 66/006, en el entendido que “(...) surge una razonable evidencia de la situación de afectación al ejercicio de la actividad sindical denunciada, detectándose situaciones que afectan el ejercicio de derechos fundamentales, que menoscaban el efectivo desempeño de la actividad sindical, desestimula la afiliación, a través de la construcción de una cultura de la organización que asume como disvalor la actividad sindical (...)” (fs. 455 a 457, foliatura azul de la pieza II, A.A. en 502 fojas) (el subrayado no está en el original).

Expresó que la volición sancionatoria se encuentra afectada de nulidad insanable por padecer concurrentemente de vicios formales y sustanciales.

No se probó fehacientemente la falta imputada, la que se sustentó en un elenco de débiles indicios. Para que una conducta pueda ser sancionable se requiere la plena prueba de la conducta antijurídica. En un procedimiento sancionador las situaciones de duda han de dirimirse a favor del imputado.

Señaló que *ab initio* se ordenó a los instructores coleccionar probanza testifical sin posibilidades de contralor de su representada, tras lo cual se mantuvo reservada la identidad de los declarantes. Se ordenó a los agentes instructores el más rotundo apartamiento de los parámetros establecidos por el decreto N° 500/991.

El administrador no es libre de seguir o no el reglamento de actuación administrativa según su discrecional criterio de apreciación. Se trata del desarrollo de principios de raigambre supranacional y constitucional.

Agregó que con lo ordenado se aniquiló el “*cross examinattion*” y se evaporó cualquier idea de procedimiento justo, igualitario y contradictorio.

Bajo el designio de tutelar a los trabajadores declarantes de una eventual represalia patronal se impidió a la empresa participar de los interrogatorios y ejercer su derecho a controlar dicho medio de prueba. Y luego se sustrajo del expediente un dato clave para mensurar la idoneidad convictiva de la testificación, cual es la identidad del declarante. En la realidad el “*dictum testimonial*” es “*mirado*” en su vinculación con el sujeto del cual proviene.

En cuanto a la imputación que dice relación con una conexión entre la adjudicación de horas extras y la no afiliación a AEBU, explicó que se encuentra rotundamente desmentida con el estudio del “*pen drive*” que acompañó a su escrito, del que emerge que el porcentual de horas extras efectivamente laboradas guarda relación con el de personas afiliadas. Además, las declaraciones son elocuentes al punto que se afirma que no se pueden dar pruebas.

Añadió que no se probó la existencia de una política dual consolidada en orden a la tolerancia de determinados incumplimientos nimios o de concesión de ciertas aspiraciones entre el personal no afiliado y el que sí lo está.

Señaló que lo único que se ha esbozado es el caso de una trabajadora a la que por error se le remuneró por nocturnidad y luego se prefirió no retirarle dicho beneficio merced a conocidas tesis *ius laboralista*s que erigen el principio de progresividad y su contracara de no regresividad.

Manifestó que se ha hecho causal del cambio de áreas o de tareas de cuatro trabajadoras y se ha conectado la decisión con su militancia sindical. Se trata de las Sras. Almada, Chávez, Rizo y Echeverría.

En el caso de las dos primeras, se desempeñan en un sector absolutamente crucial como lo es el de “*Autorizaciones*”, con personal con poco margen de tiempo para decidir la concesión o negación de un crédito. Ante ausencias extensas se las dirigió a otras tareas, pero sin mengua de su jerarquía ni de su salario.

Puntualizó que respecto a la situación de la Sra. Rizo, fue el crecimiento exponencial de la actividad vinculada al “*clearing*”, que llevó

a crear un “*call center*” y entonces las tareas administrativas debieron mudarse porque no pueden estar allí.

Con respecto a la Sra. Echeverría, no se trató de un traslado sino de la creación de un nuevo ámbito físico en el mes de julio de 2009, con un departamento que se conoce como “*anexo*” que está al lado de la planta principal y que implicó una mudanza de todo un sector de trabajadores afiliados y no afiliados (fs. 5 a 13 vto.).

II) Conferido el correspondiente traslado compareció la Dra. María Sara Paysée -en representación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, quien contestó la demanda oponiéndose al accionamiento en base a los siguientes fundamentos.

Expresó que según surge de los antecedentes administrativos, se realizó denuncia por la Asociación de Bancarios del Uruguay (AEBU) contra la empresa Créditos Directos S.A. motivada en casos de represión sindical, situaciones de discriminación y otras irregularidades en el cumplimiento de la normativa laboral.

En virtud de dicha denuncia se desarrolló un procedimiento administrativo que culminó con la resolución de 4 de agosto de 2014, por la cual se sancionó a la empresa con una multa de 3270 UR por violación a los artículos 7, 53, 54 y 57 de la Constitución, Convenios Internacionales de Trabajo No. 87, 98 y 11, Ley No. 17.940 y decreto No. 66/06.

Precisó el concepto de la libertad sindical como derecho fundamental del trabajador y ahondó sobre su marco normativo tutelar citando la opinión del Profesor Óscar Ermida Uriarte.

Añadió que del acto inspectivo agregado a los antecedentes administrativos se desprenden elementos de convicción suficientes que

permiten establecer que se operó con afectación al ejercicio de la libertad sindical. Se realizaron interrogatorios manteniendo la proporción entre afiliados y no afiliados: tres afiliados y tres no afiliados. No se interrogó a más porque parte del personal afiliado está amparado al subsidio por enfermedad y otros residen en distintos departamentos o ya egresaron.

Manifestó que de los testimonios recabados surgen elementos que alertan sobre cambios en las condiciones de trabajo en forma concomitante a su afiliación al sindicato.

En cuanto al procedimiento para recabar los testimonios se trata de un procedimiento especial regulado por el decreto N° 680/77 y en aplicación del artículo 332 de la Constitución, se lo integró con leyes análogas como la Ley No. 18.561, artículo 8 en virtud de tratarse de una norma que refiere a derechos fundamentales.

Por otro lado, explicó que el Convenio Internacional N° 81, ratificado por Ley No. 14.110 en su artículo 12 establece que los inspectores están autorizados para proceder a cualquier prueba, investigación o examen que consideren necesario para cerciorarse que las disposiciones legales se observen, y en particular para interrogar, sólo o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa. En el mismo sentido esto está establecido por el art. 6 del decreto N° 680/77, todo lo que demuestra que la manera en que se recabaron los testimonios fue acorde a la normativa vigente.

Afirmó que no existió vulneración de derechos constitucionales ni legales de defensa en tanto a posteriori se dispuso la apertura a prueba y en dicha instancia ambas partes tuvieron la posibilidad de solicitar el diligenciamiento de la que consideraran pertinente.

Asimismo, quienes declararon están identificados por acta separada que permanece a resguardo de la División CGT y éstas están a disposición de la sede judicial.

Relató que se dio vista a la empresa de la denuncia presentada por AEBU y de las indagaciones realizadas a fin de que solicitara el diligenciamiento de toda la prueba que considerara necesaria. En dicha instancia la empresa solicitó que se tomara declaración a las últimas quince personas ingresadas.

De los testimonios recabados por la División Condiciones Generales de Trabajo de la Inspección General se desprende que la empresa no dejaba circular información acerca del sindicato. Es más, muchos lo desconocen. Por otro lado, surgió que el afiliarse se asociaba con algo negativo.

Posteriormente se diligenció la prueba testimonial ofrecida por AEBU, audiencias a las que no comparecieron los representantes de la empresa pese a haber sido notificados.

Dichos testimonios resaltaron que la empresa llevaba a cabo una política discriminatoria respecto de quienes ejercían actividad sindical, desestimulando su desarrollo.

El procedimiento para recabar la prueba testimonial fue realizado de acuerdo con las normas legales vigentes y de forma objetiva, obteniendo una muestra representativa y objetiva de la situación que se estaba dando.

En cuanto a la valoración de la prueba, se hizo conforme a los principios de razonabilidad y sana crítica. De las declaraciones recabadas surge indiscutiblemente que existe una cultura institucional que se traduce en una política contraria a la actividad sindical por parte de la empresa.

En suma, sostuvo que no surgen elementos que motiven la anulación

de la resolución atacada (fs. 20 a 29).

III) Por decreto No. 6092/2015 (fs. 31) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 72.

IV) La parte actora formuló sus alegatos en el término legal (fs. 76 a 80 vto.) en tanto la demandada no lo hizo así, por lo que fue acusada (fs. 95) y declarada su rebeldía (fs. 97).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen No. 824/2016 aconsejó la anulación del acto encausado por ausencia de pruebas suficientes que permitan establecer que se lesionó la libertad sindical (Literal C), fs. 109 a 110).

VI) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 112).

CONSIDERANDO :

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente (Constitución artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22 de junio de 1987, artículos 4 y 9) habilitan el examen de la pretensión anulatoria.

El acto encausado fue notificado a la actora el 5 de agosto de 2014 (fs. 458, A.A.).

El 13 de agosto de 2014 se interpusieron en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y jerárquico (fs. 460 a 461, A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 30 de diciembre

de 2014, la que -en ejercicio de atribuciones delegadas- confirmó el acto encausado (fs. 493 a 494, A.A.). Su notificación se produjo el 14 de abril de 2015 (fs. 498, A.A.).

La demanda se interpuso tempestivamente el 26 de mayo de 2015 (nota de cargo, fs. 14).

II) El Tribunal, por mayoría de sus integrantes, y por diversos fundamentos a los sostenidos por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 109 a 110) habrá de anular el acto enjuiciado por los fundamentos que se explicitarán.

III) La actora se agravió contra la orden otorgada a los instructores de coleccionar probanza testifical sin posibilidad de contralor de su representada, manteniendo reservada la identidad de los declarantes, en el más rotundo apartamiento de los parámetros establecidos por el decreto N° 500/991 que desarrollan principios de raigambre supranacional y constitucional, aniquilando el “*cross examinattion*” y toda idea de procedimiento justo, igualitario y contradictorio.

La demandada defendió la legitimidad de dicho procedimiento señalando que se trató de un procedimiento especial regulado por el decreto N° 680/77 en el cual por aplicación del artículo 332 de la Constitución se lo integró con leyes análogas como la Ley No. 18.561, artículo 8, en virtud de tratarse de una norma que refiere a derechos fundamentales.

De la compulsión de los antecedentes administrativos surge que el 18 de octubre de 2010 el Inspector General de Trabajo y Seguridad Social resolvió: “*IV) Indagar al personal sobre las situaciones de discriminación sindical denunciadas.*”

El interrogatorio se realizará sin la presencia del empleador y desde

un lugar ubicado en forma separada del lugar donde están los demás trabajadores y asegure su reserva, manteniendo proporción entre personal afiliado y no afiliado.

Los deponentes no serán identificados en el acta a agregarse al expediente principal, por lo que no figurarán sus datos personales, a tales efectos se numerarán sus deposiciones. Por acta separada que permanecerá a resguardo de la División CGT se identificarán cada uno de los interrogados conforme el nro. asignado en el acta anexada al expediente (...)” (fs. 15 a 17, A.A.).

Ambas partes reconocen la existencia de dicho procedimiento y difieren en cuanto a la legitimidad o ilegitimidad de su aplicación.

En tal sentido, debe tenerse presente que el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse ante casos análogos de denuncias de persecución sindical en los que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha pretendido extender por vía analógica el procedimiento del artículo 8° de la Ley No. 18.561, de aplicación específica a situaciones de acoso sexual (sentencias No. 554/2016 y No. 740/2016).

IV) A juicio de la Sede, corresponde revalidar lo sostenido por el Cuerpo en los pronunciamientos que se vienen de señalar, correspondiendo por ende el acogimiento de la demanda por resultar de recibo el agravio procedimental expresado por la promotora.

En lo medular, el Tribunal sostuvo: “(...) *La Ley 18.561, tal como resulta de su artículo 1º, tiene por objeto “...prevenir y sancionar el acoso sexual así como proteger a las víctimas del mismo, en tanto forma grave de discriminación y de desconocimiento del respeto a la dignidad de las personas que debe presidir las relaciones laborales y de docencia....”;*

debiéndose entender por acoso sexual, “...todo comportamiento de naturaleza sexual, realizado por persona de igual o distinto sexo, no deseado por la persona a la que va dirigido y cuyo rechazo le produzca o amenace con producirle un perjuicio en su situación laboral o en su relación docente, o que cree un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien lo recibe...” (Artículo 2º). A efectos de practicar la investigación respectiva, la IGTSS “...seguirá los procedimientos previstos por la normativa vigente...”, disponiendo de amplias facultades de investigación a efectos de esclarecer los hechos configurativos del acoso sexual denunciado.

*Va de suyo, entonces, conforme a lo que viene de exponerse, que **las peculiaridades que, al procedimiento administrativo introduce el segundo inciso del artículo 8º de esta Ley 18.561, en lo que hace a la recepción de la prueba testimonial, se circunscribe a la referida investigación administrativa que, eventualmente, realice la IGTSS en los casos de acoso sexual.***

No amerita mayores desarrollos convenir que el objeto de la Ley 18.561, prevenir y sancionar el acoso sexual, no comprende los hechos que han dado lugar a estas actuaciones que, como bien se califican en la recurrida, dice relación con “...afectación a la libertad sindical, denunciándose actos concretos de despidos motivados en una discriminación por esta razón...” (Resultando VI).

La parte demandada sostiene que el mecanismo previsto en el artículo 8º de la Ley 18. 561, es aplicable analógicamente a la especie que nos ocupa, en función de lo preceptuado por el artículo 332 de la Constitución de la República, por lo que “...la manera en que se

recabaron los testimonios fue acorde a la normativa vigente...” (fs. 47 de autos).

MARIENHOFF sostiene que: “...La analogía, lo mismo que los principios generales del derecho, es, por disposición de la ley, una forma o modo de “resolver” cuestiones o situaciones jurídicas. No es un simple medio de “interpretar” la norma: precisamente, se recurre a la analogía cuando “no hay norma”, en tal caso no es posible “interpretar” lo que no existe...” (Tratado..., tomo I, págs. 276 y ss.). La analogía constituye, entonces, un instrumento técnico o proceso lógico de aplicación material de la ley, que sirve para llenar las lagunas de ésta. Consiste en la aplicación de un principio jurídico que la ley establece para un determinado caso, a un supuesto no previsto por ella, pero que presenta afinidad, igualdad jurídica esencial, con el que la ley regula.

En consecuencia, el fundamento de la analogía como instrumento de integración jurídica, es decir, como mecanismo para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico, consiste precisamente en la semejanza real que existe entre los casos regulados por la ley y el caso que carece de ella (de ley).

A la luz de estos conceptos que vienen de exponerse, es dable concluir que, para que opere el procedimiento analógico, es preciso la simultánea concurrencia de tres presupuestos: a) que se esté ante un caso no previsto por la ley; b) que exista identidad jurídica de caracteres esenciales entre el caso no previsto y el previsto; c) que medie razones similares para resolver la situación no prevista del mismo modo que la prevista.

Se advierte que, en el caso en estudio, la solución analógica no

resulta de recibo, precisamente, porque no se verifican los supuestos que vienen de enunciarse.

Como señala CAJARVILLE, el procedimiento administrativo “común” es “...todo aquél que no sea objeto de regulación especial y se rige plenamente por las disposiciones del Dec. 500/991...”, el que, por imperio del artículo 1º, alcanza a los órganos de la Administración Central.

Concretamente, respecto a la cuestión en debate, los artículos 71, 72, 207, entre otros, del referido decreto 500, regulan lo relativo a la declaración testimonial en el procedimiento administrativo, consagran la facultad de la Administración de interrogar libremente a los testigos, sin perjuicio del control y la posibilidad de repreguntar de los abogados y de los interesados, así de practicarse las diligencias de careo que se estimaren del caso.

Es decir, en vía administrativa, en materia de prueba testimonial, no existe laguna que amerite a acudir al procedimiento de integración que ha realizado la Administración.

Precisamente por ello, es del caso enfatizar que el artículo 8º de la Ley 15.681 dispone que la investigación se efectuará conforme a “...los procedimientos previstos por la normativa vigente...”, estableciendo una solución excepcional para la recepción de los testimonios de las personas que “...por su vinculación con los implicados puedan tener un conocimiento directo de los hechos denunciados...”.

Tan excepcional es esta solución, en especial la de ocultar la identidad de los testigos que, en verdad, es preciso remontarse por los menos a seis o siete siglos atrás para hallar el origen de tal procedimiento:

“...Inocencio III consagró el principio de que Tribus modis procesit possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem. Las tres formas fueron teóricamente posibles; pero en la práctica se propagó la última (que al comienzo rigió sólo en las causas por herejía, usura y simonía), que se convirtió en la común.

Abolida la acusación y la publicidad del proceso, el juez actúa de oficio y en secreto, asentando por escrito las declaraciones testimoniales. Aunque éstas eran notificadas posteriormente al reo, aún se le ocultaba el nombre de los testigos...” (VELEZ, Derecho Procesal Penal, volumen I, pág. 98 y ss.).

Más allá de las bondades o no de la inquisitorial previsión legislativa en estudio, es del caso tener presente que se trata de una hipótesis excepcional, y por ser tal, limitada al ámbito procedimental de la ley que la establece.

Constituye una norma excepcional que se opone a la regla general que rige en materia de recepción de testimonios, cualquiera sea la rama del Derecho que se considere, y, por ende, no resulta aplicable en vía analógica a otros supuestos.

En este orden de ideas, sin hesitaciones, debe consignarse que se trata de una norma limitativa de los derechos individuales, y, en consecuencia, en estas hipótesis, no es admisible la analogía en malam partem.

Por lo demás, la solución establecida en el inciso 2° del artículo 8° de la Ley 18.561 atañe a la investigación que efectúa la IGTSS referentes al acaecimiento de hechos de acoso sexual, que se manifiestan en comportamientos de naturaleza sexual, que se exteriorizan en las

relaciones laborales o en la docencia (artículo 1°).

Resulta asaz discutible y arduo de compartir que se verifique una identidad jurídica esencial que habilite el mecanismo analógico que se invoca cuando, por un lado, se verifica un supuesto de comportamiento sexual que eventualmente encuadra en acoso sexual y, por otro, lo que se verifica son comportamientos, actos discriminatorios, que afecten, obstaculicen, la actividad sindical.

En suma, a la luz de lo que viene de exponerse, resulta de recibo el agravio de la parte actora en cuanto a que, en la recopilación de la prueba testimonial en vía administrativa, se ha violado su derecho de defensa, se ha incorporado prueba al procedimiento administrativo que se ha recolectado en contravención a la normativa vigente en la materia, lo que determina la nulidad de la recurrida” (sentencias No. 554/2016 y 740/2016) (la negrilla y el subrayado no están en los originales).

Como fuera señalado, para la mayoría de la Corporación, los conceptos vertidos en el pronunciamiento que viene de citarse resultan plenamente aplicables al presente caso, y determinan que también en esta causa, corresponda acoger la demanda incoada por la actora y, en consecuencia, anular la resolución impugnada.

Por las razones expuestas, y en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en mayoría

FALLA :

Acógrese la demanda incoada y, en su mérito, anúlase el acto administrativo encausado.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$28.000 (pesos uruguayos veintiocho mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Castro (d.), Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz (r.).

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

Discordia Dra. Castro

DISCORDE: Por considerar que corresponde desestimar la pretensión anulatoria deducida, por las mismas razones que expuse en discordia sobre un fallo análogo precedente, Sentencia No. 740/2016 dictada el 10.11.2016.

1. Otra vez mi discrepancia con la mayoría que dicta el fallo anulatorio es que entiendo que el agravio de la actora que sostiene la ilicitud de la prueba recogida en vía administrativa y su imposibilidad de controlarla, que sería violatorio del principio de defensa, debe ser rechazado. La objeción radica en que en vía administrativa se preservó la identidad de los trabajadores dependientes de la actora que fueron interrogados. Sin desconocer el carácter fundamental del derecho de defensa, amparado por la Constitución, cabe señalar que, por un lado, existen poderosas razones para preservar la identidad de los trabajadores declarantes y, por otro, no se ve que el velo sobre la identidad de los testigos haya perjudicado la defensa de la empleadora.

También este caso, se imputa a la empresa actora haber incurrido en actos de persecución, discriminación e injerencia para obstaculizar el desarrollo de la actividad sindical y desestimular la vinculación de los trabajadores al sindicato. Por lo cual, resulta razonable que se asegure a los trabajadores interrogados sobre esos hechos, la debida reserva sobre su identidad a fin de obtener declaraciones libres de la violencia moral que implica el temor a represalias. No debe ponerse en riesgo la fuente laboral que, por lo menos al presente, constituye su medio de vida. Y tampoco es posible renunciar a ese medio probatorio porque es el único modo en que la inspección puede procurar informarse sobre los hechos denunciados. En consecuencia, considero razonable y legítimo el mandato del Inspector General del Trabajo y de la Seguridad Social que, al disponer la diligencia, indicó que el interrogatorio se realizara "manteniendo la proporción entre personal afiliado y no afiliado" pero interrogándolos "sin la presencia del empleador y desde un lugar ubicado en forma separada del lugar donde están los demás trabajadores" con el fin de asegurarles reserva (AA fs.15). La identidad fue relevada pero reservada. A mi juicio, esa decisión balancea adecuadamente una mínima restricción del derecho de la actora a presenciar las declaraciones, para proteger la investigación de la verdad y el derecho de los trabajadores a no sufrir represalias. Es una de las tantas oportunidades en que es necesario ponderar para establecer prioridades entre derechos de similar valor (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2a. ed. Trad.C.Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p.520 y sgtes).

Por otra parte, el grado de afectación del derecho de defensa es mínimo, ya que lo que importa es lo que esos trabajadores declaran y no su identidad. Recogidos los testimonios, la accionante tuvo pleno acceso a la prueba -salvaguardando sólo la identidad del declarante- y formuló sus descargos (AA fs.84 y sgtes) teniendo oportunidad de ofrecer contraprueba que se diligenció en forma y de la cual se le dio nueva vista (AA fs.396) que evacuó (AA fs.401 y sgtes).

De modo que no puede sostener que se le privó de defensas. Lo relevante a los efectos de la decisión de la causa es el establecimiento de los hechos y la debida justificación del supuesto fáctico en que se asienta la decisión, importa lo que los testigos afirman y no sus nombres, estando entendido que se trata de trabajadores en actividad en la empresa y por tanto, participantes u observadores directos de los hechos a probar. Con el acceso a las actuaciones y respetado integralmente su derecho a producir prueba de descargo, no resulta significativamente perjudicado el ejercicio sustancial del derecho de defensa.

Conviene recordar el principio de trascendencia en materia de nulidades, que también alcanza al procedimiento administrativo. Comentando el art.7 del Decreto N°500/991, CAJARVILLE señala que allí se consagra ese principio: el incumplimiento formal no se aprecia en sí mismo, sino en el agravio que pueda producir. El eventual vicio formal sólo provocará la nulidad del acto si impide que cumpla con el fin propio de ese acto o si provoca una real disminución de las garantías del procedimiento o indefensión (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Procedimiento administrativo, Montevideo, IDEA, 1997, p 58).

2. *Despejada la cuestión previa, corresponde abordar el aspecto sustancial y tampoco en esto comparto el criterio de la actora porque, a partir del material probatorio disponible, puede concluirse con razonable grado de certeza que la empresa empleadora ha desarrollado una política interna que afecta el ejercicio de la libertad sindical.*

Analizado el cúmulo probatorio a la luz de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, corresponde razonablemente concluir que la accionante incurrió en actos más o menos velados de represión, discriminación e injerencia antisindical, vulneratorios en particular de los artículos 1 y 2 del Convenio 98 de OIT, ratificado por Uruguay (Ley 12.030) y de las disposiciones de la ley 17.940, todo lo cual da mérito a la sanción impuesta por el acto en causa, de cuya cuantía no se agravió la actora.

En efecto, tal como se documentó en la actuación inspectiva, los trabajadores o trabajadoras interrogadas según el cuestionario obrante en los antecedentes administrativos (fs. 16 y 17), entre otras expresiones, sostuvieron: “Si ingresa personal nuevo a la empresa no las presentan y le dan la orden que no se relacionen con trabajadores que tienen antigüedad tampoco se dirigen a las sindicalizadas”; “a otra trabajadora delegada sindical la cambiaron de sector ocasionándole por dicho traslado daño psicológico”; “todas las trabajadoras sindicalizadas fueron trasladadas de sector y de tareas y algunas de horario”; “han realizado comentarios sobre las ventajas y desventajas de afiliarse o no al sindicato”; “las horas extras las realizan las que no están afiliadas al sindicato...las encargadas les manifiestan que no pueden realizar horas extras por estar afiliadas al sindicato” (AA fs. 55 y 56); “en mi caso fui cambiado de cargo”; “el

personal sindicalizado ha sido cambiado de lugar de trabajo y de tareas. Manteniendo los horarios con el personal que no está sindicalizado el trato es diferente”; “remarcan las desventajas de sindicalizarse” (AA fs. 57 y 58); “hay un trato desigual entre las trabajadoras afiliadas y las que no lo están. Antes de la formación del sindicato les permitían realizar horas a compensar”; “a partir de la formación del sindicato se empiezan a abonar horas extras dobles, pero dichas horas se las asignan solamente al personal no afiliado”; “no existen las condiciones en la empresa para que la misma respete el desarrollo de las actividades” (AA fs. 60 y 61).

El conjunto de los testimonios -cuya validez entiendo debe aceptarse- más la documentación agregada por AEBU y la actora en el trámite- permiten concluir como lo hace el informe del 12.2.2014 que afirma que existen elementos “que alertan sobre cambios en las condiciones de trabajo en forma concomitante a su afiliación que incidieron en el desarrollo de la actividad sindical, surgiendo que la cantidad de afiliados disminuye drásticamente al poco tiempo de formación descendiendo radicalmente el índice de afiliación”. Asimismo que entre “los trabajadores que CREDITOS DIRECTOS identifican como últimos ingresos, en quienes indican haber valorado la idea de afiliarse existe una percepción que el hacerlo incidiría negativamente en sus condiciones de trabajo”; por lo que sumado al acta de fecha 12.6.2012 y la valoración efectuada por los inspectores, existe “razonable evidencia que se configuran comportamientos que inciden negativamente en el desarrollo de la actividad sindical y que resultan infracciones a las disposiciones previstas por la ley 17940, Conv., 87 y 98” (AA fs. 394). La misma valoración hizo el informe previo al dictado del acto, del 28.4.2014, que

también es compartible (AA fs. 452 y ss).

Este Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que los “actos lesivos del accionar sindical naturalmente no resultan comúnmente explícitos, no surgen de un modo claro e inequívoco, sino que, salvo excepciones, se presentan en forma solapada o encubierta, lográndose la prueba de los actos de injerencia mediante la reunión de un conjunto de elementos indiciarios que habilitan extraer de determinados hechos conocidos otro de difícil acreditación como es la injerencia en una materia tan sensible de las relaciones laborales” (Sentencia No. 221/2013)

3. Por último, corresponde también recordar que -como señalé en la discordia a la que me remito- el Convenio Internacional de Trabajo N° 98 dispone que "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto... b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo” (art.1). En el mismo sentido, la Ley No. 17.940 de 2.1.2006, declara que "de conformidad con el Artículo 57 de la Constitución de la República, con el Artículo 1° del Convenio No. 98 Internacional del Trabajo (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley No. 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del Artículo 9° de la Declaración socio laboral del MERCOSUR, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su

empleo o con el acceso al mismo...y reitera que es absolutamente nula cualquier acción que tenga por objeto "Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. Las garantías prescritas en la presente disposición, también alcanzan a los trabajadores que efectúen actuaciones tendientes a la constitución de organizaciones sindicales, dentro o fuera de los lugares de trabajo."

También la doctrina ha escrito al respecto. ERMIDA URIARTE sostiene que "...la protección contra actos o prácticas antisindicales, incluye toda medida tendiente a evitar, reparar o sancionar cualquier acto que perjudique indebidamente al trabajador o a las organizaciones sindicales en el ejercicio de la actividad sindical o a causa de ésta o que les niegue injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva." (ERMIDA URIARTE, Oscar. La protección contra los Actos Antisindicales, Montevideo, F.C.U colección JVS, 1987, p 18-19). Igualmente MANTERO ha aportado señalando que los actos discriminatorios "consisten, en general, en lesiones a la libertad sindical individual y su relación con el empleo del trabajador"; en tanto, los actos de injerencia "refieren a lesiones de los derechos que es titular la propia organización de los trabajadores." Pero "en la abigarrada realidad de las relaciones laborales, ambas formas de lesión a la libertad sindical suelen darse conjuntamente y en forma vinculada entre sí. Todo acto de discriminación implica no solo la violación del derecho individual a la libertad sindical del trabajador discriminado, sino también, y necesariamente, la violación del derecho la libertad sindical de que es titular el sujeto colectivo, así como todo acto de

injerencia lesiona no solo la libertad sindical de la organización, sino también la de los trabajadores” (MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo: “Actos, hechos, conductas o comportamientos antisindicales” en Protección y promoción de la libertad sindical, Curso sobre la ley 17.940. Montevideo, FCU, p.90).