

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 10 de noviembre de 2016.

No. 740

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados “JAMES S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Acción de Nulidad” (Ficha No. 228/2014).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 7/4/2014, a fs. 20, compareció la accionante, entablando demanda de nulidad contra la Resolución dictada por la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social con fecha 21 de noviembre de 2013, por la cual se resolvió sancionar a la actora con una multa de 1381 U.R. por la realización de actos de discriminación y represión sindical, por infracción al art. 1º de la Ley No. 17.940 y art. 57 de la Constitución.

Sostuvo en primer lugar que las imputaciones formuladas por la Administración carecen de sustento probatorio. La prueba principal en que se basa la Administración es la declaración de testigos anónimos que no fueron identificados en el acta a agregarse al expediente principal, ello se trata de prueba legalmente inadmisibles y, por ende, vicia de nulidad el acto.

En cuanto a la imputación relativa al “cambio de lugar de trabajo y categoría del Sr. Adolfo Machado (Secretario General del Comité de Base)”, expresó que la Administración tiene por acreditado con ocho declaraciones que el Sr. Adolfo Machado fue trasladado de su lugar de trabajo, por su calidad de sindicalista, restándose relevancia a los restantes

dieciséis testimonios en que se expresa desconocer los motivos del traslado, así como de aquellos que ignoran la situación o señalan que fue por su rendimiento. El Sr. Adolfo Machado fue trasladado a otra Sección por sus bajos niveles de productividad, como surge del informe circunstanciado del Gerente de la Fábrica. Su categoría laboral (Medio Oficial Soldador Clase 2da.) es la adecuada a su idoneidad técnica. Debe saber soldar todo tipo de materiales. La negativa a su pretensión fue anterior a su afiliación al Sindicato. Nada tiene que ver su condición de Secretario del Comité de Base.

En lo que respecta a la “situación del Sr. Javier Rey”, dijo que quedó totalmente desacreditada la denuncia realizada sobre el particular y demostrado que se le asignaron tareas acordes a lo aconsejado por el B.S.E.- La parte expositiva del acto nada dice al respecto, lo que demuestra la falta de objetividad con que actuó la IGTSS.

En relación a las “retenciones de pago de asignaciones familiares y feriado al Sr. Adolfo Machado”, indicó que éste estuvo amparado al régimen del BSE desde el 8 de julio de 2010 hasta el 4 de enero de 2011. En el mes de setiembre concurrió a cobrar la asignación familiar; en el mes de noviembre no fue a percibir lo generado por este concepto y por el feriado pago de 2 de noviembre (feriado pago por convenio con UNTMRA). Cuando se reintegró en enero de 2011 tampoco lo hizo, debiendo ser convocado a tales efectos. La falsedad de esta denuncia no mereció ningún comentario de la IGTSS, sólo silencio, demostrando su desapego al principio de imparcialidad.

En lo que refiere a la “prohibición del ingreso de delegados sindicales a los locales de la empresa”, cuestionó las preguntas que se le

hicieran a los testigos, y afirmó que quedó acreditado que la actora reconoció al Comité de Base de la UNTMRA, existiendo actas labradas en el MTSS y el Consejo de Salarios del Grupo 8, solicitándose que todas las peticiones de la UNTMRA enviadas por su Comité de Base se realizaran por escrito a la Gerencia de JAMES S.A.- Los delegados cuentan con las herramientas necesarias para desplegar su actividad sin que ello afecte el normal desarrollo de las tareas. El art. 8° de la Ley No. 17.940 plasma un principio en la materia al establecer que las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical no deben perjudicar el normal funcionamiento de la empresa.

En cuanto a los “aumentos salariales discriminatorios”, adujo que la IGTSS se ampara en 8 testimonios para sostener que hubo aumentos salariales perjudicando a los afiliados. No obstante, de los 16 restantes, 14 afirman no tener conocimiento de la situación y dos que la diferencia no obedece a una causa sindical. Los aumentos atienden a la productividad, como fue explicitado en el informe de la Gerencia de Fábrica. Quedó demostrado que los 17 trabajadores afiliados al Comité de Base de la UNTMRA percibieron aumentos por encima del laudo y de lo establecido en los Consejos de Salarios. Algunos de ellos vieron además mejorada su categoría laboral. Las declaraciones de los afiliados al Sindicato reconocieron recibir aumentos por encima del laudo, además de la gratificación voluntaria que a fin de año otorga la empresa a los trabajadores.

Respecto a la “elección por parte de la empresa de los representantes trabajadores en la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud”, expresó que se cuestiona la instalación y funcionamiento de dicha comisión prevista en

el Decreto No. 291/2007 porque los trabajadores que la integran fueron elegidos por la empresa. Efectivamente, existe en JAMES S.A. una comisión de seguridad y salud integrada con empleados de la firma. El art. 5° del Decreto No. 291/2007 no establece que dicha comisión deba estar integrada obligatoriamente con representantes de la organización sindical. Ello es así sólo en el caso que los trabajadores afiliados a la organización sindical sean la notoria mayoría. Los trabajadores afiliados en JAMES S.A. rondan el 7% de la plantilla del personal. La empresa cumple íntegramente con el objetivo principal del Convenio Internacional del Trabajo No. 155, ratificado por la Ley No. 15.965.

En lo que atañe al “interrogatorio a los postulantes en las entrevistas de trabajo acerca de su ideología en materia sindical”, dijo que se les acusó de que para poder desempeñarse en la empresa se exige no estar afiliado al sindicato. Se da por acreditada esta circunstancia con unos pocos testimonios de oídas recogidos en la primigenia inspección. Dar por cierta esta falacia impregna de falta de imparcialidad el proceder administrativo.

En tanto, en cuanto al “cambio de categoría, tareas y sección de trabajo de los delegados sindicales Heber Riera y Pablo Iglesias”, manifestó que este hecho fue introducido como un elemento nuevo a investigar por el Sr. Riera, en abril de 2012. Si bien la resolución impugnada no hace mención al mismo -ya que fue acreditado que no hubo cambio de categoría y sí asignación de nuevas tareas y/o cambio de Sector, por razones fundadas-, vale aclararlo porque pone en evidencia la liviandad con que actúan los delegados sindicales al formular sus denuncias, conducta que la IGTSS no cuestiona.

En lo que respecta a la “prima por presentismo”, narró que la Administración sostiene que debe aplicarse el principio de proporcionalidad a dicha prima y que al operar la pérdida de la misma por adhesión a una medida de paro parcial, la empresa está vulnerando el art. 57 de la Constitución, y que esta forma de actuar constituye un obstáculo para la afiliación al sindicato, dado que el valor de ésta es del 20% del salario. Al respecto, se pronunciaron los tribunales de la justicia laboral, para quienes la empresa accionante ha actuado conforme a derecho. La autoridad que emana de la cosa juzgada ha sido desconocida por la Administración, encontrándose en trámite ante este Tribunal dos juicios de nulidad por esta causa.

Por su parte, en lo que refiere a la “cultura institucional contraria al sindicato”, indicó que los inspectores señalan que “Todos los trabajadores con antigüedad en la empresa que hoy no forman parte del sindicato actual, lo fueron de un sindicato anterior formado en la década de los 80 y del cual estaba afiliado el 90% de los trabajadores. Todos reiteran su experiencia negativa en ese sindicato que finalizó con una huelga desatada por el comité de base a raíz del cambio de entrada del lugar de trabajo. El resultado de ese conflicto fue el despido de todos los dirigentes de la época y de la mitad de la plantilla de trabajadores. Fue manifestado también por esos trabajadores que desde entonces, tanto la empresa como los empleados tienen una visión negativa acerca de la actividad sindical”. Es cierto que con anterioridad al actual existió un sindicato que giraba bajo la razón social “Etchepare Gil S.A.”. En el año 1990 se hizo un plebiscito por voto secreto obteniendo mayoría la lista que optó por crear una Unión Obrera Autónoma. No es cierto que se hayan producido despidos en masa por

razones sindicales y prueba de ello son las sentencias judiciales que se agregan.

Sostuvo que el comportamiento de la Administración denota que se ha actuado con animosidad y aversión hacia la empresa, hostigándola. Pese a que la empresa ha reconocido expresamente al Comité de Base de la UNTMRA de JAMES S.A., ha otorgado todas las licencias sindicales, ha procedido a retener y verter la cuota sindical de los trabajadores, ha colocado la cartelera gremial, no les ha impedido la realización de paro, ha ascendido a quienes cumplieron con los requisitos a tales efectos y les ha otorgado aumentos superiores al laudo, desde su constitución el Comité no ha dejado de hacer denuncias carentes de fundamento contra la empresa. Se ha acusado de incumplir con normas de seguridad e higiene dando lugar a 10 inspecciones que no culminaron con sanción alguna. Se reclamó por la ubicación de una cartelera gremial y se formó un expediente que finalizó no haciendo lugar a lo pretendido (No. 7231/10). Como se desprende de las presentes actuaciones, las denuncias fueron formuladas con la única finalidad de atribuir a JAMES S.A. una actitud anti sindical y no se ajustan a los hechos ni fueron acreditadas. La tolerancia de la IGTSS para con el sindicato es inversamente proporcional a la actitud asumida hacia la empleadora.

Afirmó que el acto impugnado es ilegítimo por ilicitud de la prueba producida por la IGTSS. Es inadmisibles aplicar al caso un procedimiento previsto específicamente para situaciones de “Acoso Sexual”. El art. 1º de la Ley No. 18.561 prevé claramente el alcance de la norma. El 22 de marzo de 2011 se dispuso una inspección en la empresa y el interrogatorio de trabajadores afiliados y no afiliados, de forma unilateral por parte de los

inspectores, y sin que constara en actas su identificación, resultando los testimonios recogidos en esa oportunidad el principal medio probatorio. No existe texto legal alguno que ampare el proceder de la IGTSS. En el “Considerando XII” de la resolución atacada se dice que se actuó al amparo de lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución, aplicando por analogía el procedimiento previsto en la Ley No. 18.561 y en uso de las facultades que le confiere el art. 8° de la referida norma. Sin embargo, el art. 332 de la Constitución no resulta de aplicación porque no existe un vacío legal. La libertad sindical está consagrada en el art. 57 de la Constitución y en la Ley 17.940. A su vez, el Decreto No. 680/977 establece los cometidos y atribuciones de la IGTSS, con un procedimiento que no requiere del concurso de otras normas para poder desempeñar sus cometidos.

Expresó que resulta inadmisibile que se haya aplicado un procedimiento especialmente previsto para las situaciones de “Acoso Sexual”. El art. 1° de la Ley 18.561 establece con claridad meridiana su alcance, que versa sobre la materia de acoso sexual. El procedimiento allí previsto es excepcional y de aplicación estricta y puntual.

Manifestó que la prueba producida bajo esta modalidad resulta inadmisibile porque ha sido ilegítimamente obtenida. No se la ha podido controlar. No se trata de una mera objeción formal. Está en juego el principio de la legítima defensa, consagrado por los arts. 66 y 72 de la Constitución de la República.

Agregó que se infringieron los principios que rigen la valoración de la prueba. Las pruebas obrantes en el expediente, tomadas en cuenta cada una y en su conjunto, no fueron apreciadas en forma racional y conforme a las reglas de la sana crítica.

Añadió que existieron además otras irregularidades procedimentales. Así, el acto que resuelve el recurso jerárquico carece de fundamentación y no obra agregado al expediente administrativo el dictamen jurídico a que refiere el “Atento”. Esta circunstancia conspira contra el derecho a la legítima defensa. De estar al contenido del acto de la IGTSS, no surge que se haya consultado a la Asesoría Jurídica. Es de buena práctica administrativa oír a las oficinas competentes antes de dictar un acto administrativo. En esta línea de razonamiento la resolución que resolvió el recurso de revocación debió ser notificada.

Sostuvo que hubo violación a los principios que rigen el procedimiento administrativo. La IGTSS a lo largo del procedimiento y en su decisión final se apartó flagrante y groseramente del principio de imparcialidad, produjo prueba ilícita, prejuzgó, desestimó las razones de la actora sin mayores argumentos y se apartó de los principios de la sana crítica a la hora de evaluar la prueba. Defendió los intereses del sindicato más que éste mismo, bastando con leer con atención el interrogatorio que por resolución del 22 de marzo de 2011 dispuso que realizaran sus subordinados para darse cuenta que está impregnado de subjetividad; las preguntas no sólo inducían la respuesta, sino que fueron formuladas de forma tal que eran aseveraciones que sólo requerían confirmación o no del declarante, sin necesidad que éste diera motivo de sus dichos. En definitiva, actuó como Juez y parte.

Por último, adujo que existió falta de racionalidad y proporcionalidad a la hora de imponer la sanción. La multa que se impone, por su cuantía, es muy severa. Pero más aún es la imputación que en forma gratuita e inmerecida se formula. A juicio de la Administración se ha incurrido en

una infracción muy grave, según lo establecido en el Decreto 186/004 y como corolario de ello se aplica casi la máxima multa prevista por el texto normativo. Obsérvese que no se ha despedido ni sancionado a ningún afiliado, que a ninguno se le rebajó el salario ni su categoría laboral y que no se ha destrutado a nadie. No caben dudas que la multa es desproporcionada en relación a los hechos denunciados y que de mal grado se dieron por suficientemente probados.

En definitiva, solicitó la anulación de la resolución impugnada.

II) Que con fecha 26/6/2014, a fs. 43, compareció el representante de la demandada, contestando la demanda incoada.

Manifestó que del acto inspectivo agregado a los antecedentes se desprenden elementos de convicción suficientes que permiten establecer que se ha operado con afectación al ejercicio de la libertad sindical.

En cuanto al traslado del Secretario General del Sindicato, expresó que un número importante de los trabajadores entrevistados contestaron que el traslado obedecería a la causa sindical, o confirman que actualmente está incomunicado. Asimismo, ante la pregunta referente a si la empresa impide la asistencia de un delegado sindical en caso de solicitarlo el trabajador, otro número importante de trabajadores dan cuenta que no se permite la asistencia. Sobre si la empresa otorgó aumentos diferenciales a quienes no hayan hecho paro o no se afiliaran al sindicato, varios testimonios manifiestan que hubo aumento salarial perjudicando a los afiliados, siendo sólo dos de los 24 testimonios que expresan que la diferencia no está motivada en la causa sindical.

Sostuvo que la empresa no agregó prueba que demuestre de forma concreta que no existió discriminación a los trabajadores afiliados al

sindicato en momentos de otorgar los aumentos de salarios. Presenta un informe del cual surge únicamente que los trabajadores recibieron un aumento adicional al fijado por el Consejo de Salarios pero omite aclarar si existió aumento diferencial.

Con respecto a la instalación y funcionamiento de la Comisión Bipartita de Seguridad y Salud, adujo que de la investigación realizada surge probado que los trabajadores elegidos para integrarla fueron designados por la empresa, violando el espíritu de la norma, en cuanto a que son los trabajadores quienes deben elegir a sus representantes. Varios testimonios indican que los integrantes fueron nombrados por la empresa, mientras que otros tantos ni siquiera tienen conocimiento de la Comisión. La empresa no acreditó la forma en que fueron designados los miembros de la Comisión. Simplemente dice que funciona y se agregan actas.

De lo expresado acerca de la prima por presentismo, acción de nulidad que se está dilucidando en el Tribunal, dijo que no deja de ser relevante el hecho de que la empresa no pagaba la prima por presentismo que representa un 20% del salario del trabajador en caso de que estos realicen un paro, lo que hace que sea muy difícil que un trabajador realice una medida gremial sabiendo que se le descontará un 20% de su sueldo. En el informe realizado por los inspectores concluyen que este motivo es esgrimido por todos los trabajadores, funcionando como un desestímulo a una mayor afiliación sindical.

En cuanto al procedimiento para recabar los testimonios que realizó la IGTSS, manifestó que fue el especial regulado por el Decreto No. 680/77 y en aplicación del artículo 332 de la Constitución, integrado con leyes análogas como la Ley 18.561, se procedió en la forma establecida por su

art. 8º, proceder que es lícito. La Ley 18.561, que refiere a derechos fundamentales, dispone en su art. 8º: “La investigación realizada por la Inspección General de Trabajo y de la Seguridad Social seguirá los procedimientos previstos por la normativa vigente. La inspección dispondrá de amplias facultades de investigación sobre los hechos denunciados, acordándose especial relevancia a la inspección realizada en el lugar de trabajo y a las entrevistas realizadas en el lugar que crea más conveniente, para interrogar al denunciante, denunciado y testigos y recoger todas las pruebas que resulten pertinentes (...). Cuando la inspección proceda a interrogar personas que por su vinculación con los implicados puedan tener un conocimiento directo de los hechos, lo hará individualmente, en forma reservada, sin presencia de representantes de la persona denunciada ni de los denunciantes y sin identificar en el expediente los datos de los deponentes. Sus datos serán relevados en documento que no integrará el expediente y permanecerá a resguardo de la Inspección por el plazo de cinco años, para el caso que sean solicitados por la sede judicial (...). A las audiencias que convoque la inspección será obligatoria la concurrencia de los citados (...). Las audiencias deberán notificarse personalmente con un plazo mínimo de antelación de tres días hábiles, indicándose sumariamente la denuncia presentada; todos los citados podrán comparecer asistidos de abogados”. Este artículo se ajusta al protocolo que aplica la Inspección para todas las inspecciones en materia de investigación de derechos fundamentales de los trabajadores. La manera en que se recabaron los testimonios fue acorde a la normativa vigente. No existió vulneración de derechos constitucionales ni legales, en tanto a posteriori, en el marco de la instrucción del trámite, se dispone la apertura a prueba teniendo ambas

partes la posibilidad de solicitar el diligenciamiento de la que estimen pertinente.

En lo que respecta a la valoración de la prueba, señaló que ésta se hizo conforme a los principios de razonabilidad y sana crítica. De los testimonios recabados surge indiscutiblemente que existe una cultura institucional que se traduce en una política contraria a la actividad sindical por parte de la empresa. Ello resulta visible a través de situaciones de hecho recabadas en el acto inspectivo, tales como: traslado del delegado sindical, vulneración de la integración de la Comisión, aumentos superiores y trato diferencial a los trabajadores que no son afiliados. Por otra parte, los testimonios ofrecidos por la empresa, del Gerente y del Ingeniero de la misma, que justifican el cambio de sector en base a productividad, se basan en documentos emanados en forma unilateral, que no implican una evaluación objetiva. Dichos testimonios son de personal jerárquico y deben apreciarse bajo dicha circunstancia. Sus declaraciones no son congruentes con las resultancias de la inspección.

Finalmente, en relación al monto de la sanción, sostuvo que éste se ajusta a lo establecido por el art. 289 de la Ley 15.903, en la redacción dada por el art. 412 de la Ley 16.736. La norma le confiere a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social la potestad de establecer sanciones a las infracciones a la normativa laboral, disponiendo: “En los casos en que la sanción a imponer tenga como fundamento la infracción a las disposiciones de los Convenios Internacionales de Trabajo Nos. 87 y 98 referentes a la libertad sindical, la base de cálculo se determinará de acuerdo al número total de trabajadores de la infractora”. Por otra parte, el art. 6, literal g), del Decreto No. 186/004 califica la discriminación sindical

como una infracción muy grave. Es luego de realizada dicha calificación que se gradúa la misma conforme a lo establecido en el art. 10 del Decreto No. 186/004.

Agregó que, acerca de la graduación de la sanción, establece el art. 13 del Decreto No. 186/004 que: “Las infracciones muy graves se sancionan en su grado mínimo, con una multa de cien a ciento diez jornales; en su grado medio de ciento once a ciento veinticinco jornales y en su grado máximo de ciento veintiséis a ciento cincuenta jornales, por cada trabajador afectado”. Por ende, considerando la magnitud de la empresa (más de 200 trabajadores) y el total de trabajadores directamente afectados (17 sindicalizados), se aplicaron 126 jornales por cada trabajador afectado. A efectos de calcular el jornal se recabó el jornal de la categoría “soldador eléctrico” que figura a fojas 73 del expediente administrativo.

En suma, solicitó el rechazo de la demanda incoada.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la que obra certificada a fs. 105.

IV) Alegaron las partes, por su orden. La actora lo hizo a fs. 108, y la demandada a fs. 127.

V) Se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien produjo el Dictamen No. 600/2015, a fs. 137, aconsejando el rechazo de la demanda.

VI) Se llamó para sentencia y giraron los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes acordaron su dictado en forma legal.

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la

Ley 15.869), para el correcto accionamiento de nulidad.

II) En obrados, se demanda la nulidad de la Resolución dictada por la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social con fecha 21 de noviembre de 2013, por la cual se resolvió sancionar a la actora con una multa de 1381 U.R. por la realización de actos de discriminación y represión sindical, por infracción al art. 1º de la Ley 17.940 y art. 57 de la Constitución (fs. 246 A.A.).

Contra el acto impugnado, notificado a la accionante con fecha 26 de noviembre de 2013 (fs. 255 A.A.), interpuso ésta, el día 6 de diciembre de 2013, los correspondientes recursos de revocación y jerárquico (fs. 256 A.A.).

El recurso jerárquico fue desestimado en forma expresa mediante el dictado de la Resolución del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en ejercicio de atribuciones delegadas, de fecha 31 de enero de 2014, que fuera notificada a la accionante el 6 de febrero de 2014 (fs. 269 y vto. A.A.).

Luego, la demanda de nulidad fue introducida en tiempo útil, el día 7 de abril de 2014 (nota de cargo a fs. 34 de autos).

III) Los argumentos que sustentan las partes se encuentran explicitados en el capítulo de RESULTANDOS, a los cuales corresponde remitirse "*brevitatis causae*".

IV) Por Dictamen No. 600/2015, a fs. 137, el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo aconsejó el rechazo de la demanda incoada.

V) El Tribunal, en decisión adoptada por mayoría, se apartará de lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo

Contencioso Administrativo y procederá a acoger el planteo anulatorio impetrado, en mérito a los fundamentos que se desarrollan en los siguientes numerales.

VI) Ilegitimidad del acto impugnado, en tanto el procedimiento a partir del cual se recabó la prueba de cargo resulta contrario a Derecho, lo que determina la nulidad absoluta de las actuaciones y, por ende, de la resolución que puso fin a éstas.

La Corporación ha tenido que pronunciarse recientemente respecto de un expediente de características análogas al presente, en el que también se cuestionara la legalidad del procedimiento utilizado por la Administración demandada para recabar los testimonios de los trabajadores, oportunidad en la cual la Sede estimó de recibo el agravio de la allí accionante y procedió por tal motivo a anular la resolución sancionatoria encausada.

En este caso, la accionante se agravia -entre otras razones- por esa misma irregularidad.

En efecto, afirma que el acto impugnado es ilegítimo por ilicitud de la prueba producida por la IGTSS, en tanto es inadmisibles aplicar al caso un procedimiento previsto específicamente para situaciones de “Acoso Sexual”.

Indica al respecto que el art. 1° de la Ley 18.561 prevé claramente el alcance de la norma; en el caso, el 22 de marzo de 2011 se dispuso una inspección en la empresa y el interrogatorio de trabajadores afiliados y no afiliados, de forma unilateral por parte de los inspectores, y sin que constara en actas su identificación, resultando los testimonios recogidos en esa oportunidad el principal medio probatorio.

Sostiene que no existe texto legal alguno que ampare el proceder de la IGTSS; en el “Considerando XII” de la resolución atacada se dice que se actuó al amparo de lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución, aplicando por analogía el procedimiento previsto en la Ley 18.561 y en uso de las facultades que le confiere el art. 8° de la referida norma; sin embargo, el art. 332 de la Constitución no resulta de aplicación porque no existe un vacío legal; la libertad sindical está consagrada en el art. 57 de la Constitución y en la Ley 17.940; a su vez, el Decreto No. 680/977 establece los cometidos y atribuciones de la IGTSS, con un procedimiento que no requiere del concurso de otras normas para poder desempeñar sus cometidos.

Expresa que resulta inadmisibles que se haya aplicado un procedimiento especialmente previsto para las situaciones de “Acoso Sexual”; el art. 1° de la Ley 18.561 establece con claridad meridiana su alcance, que versa sobre la materia de acoso sexual; el procedimiento allí previsto es excepcional y de aplicación estricta y puntual.

Manifiesta entonces que la prueba producida bajo esta modalidad resulta inadmisibles porque ha sido ilegítimamente obtenida; no se la ha podido controlar; y no se trata de una mera objeción formal, sino que está en juego el principio de la legítima defensa, consagrado por los arts. 66 y 72 de la Constitución de la República.

VII) Pues bien. A juicio de la Sede, corresponde revalidar lo sostenido por el Cuerpo en el reciente pronunciamiento al que previamente se ha referido (Sentencia No. 554/2016 de fecha 6 de octubre de 2016), correspondiendo, por ende, el acogimiento de la demanda

incoada, por resultar de pleno recibo el agravio procedimental expresado por la promotora.

Sostuvo el Tribunal en dicho pronunciamiento, en términos que resultan enteramente reproducibles para la presente causa: *“Que, la parte actora cuestiona el procedimiento utilizado por la IGTSS para recabar los testimonios de los trabajadores, considerando que la Administración ha realizado “...una suerte de pesquisa secreta, sin el control de mi parte, violando el derecho de defensa constitucional, lo que la invalida total y absolutamente...” (fs. 22 vto. de autos).*

La parte demandada sostiene que el procedimiento seguido es el previsto en el artículo 8° de la Ley 18.561, “...también dicha norma refiere a derechos fundamentales...” (fs. 46 de infolios), análogicamente aplicable a la especie que nos ocupa en función de lo dispuesto en el artículo 332 de la Constitución de la República.

El artículo 8° de la Ley 18.561, en lo que interesa a la resolución del punto en debate, preceptúa que: “...(Procedimiento administrativo).- La investigación realizada por la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social seguirá los procedimientos previstos por la normativa vigente. La Inspección dispondrá de amplias facultades de investigación sobre los hechos denunciados, acordándose especial relevancia a la inspección realizada en el lugar de trabajo y a las entrevistas realizadas en el lugar que crea más conveniente, para interrogar al denunciante, denunciado y testigos y recoger todas las pruebas que resulten pertinentes.

(...) Cuando la inspección proceda a interrogar personas que por su vinculación con los implicados puedan tener un conocimiento directo de los hechos denunciados, lo hará individualmente, en forma reservada, sin

presencia de representantes de la persona denunciada ni de los denunciantes y sin identificar en el expediente los datos de los deponentes. Sus datos serán relevados en documento que no integrará el expediente y permanecerá a resguardo de la Inspección por el plazo de cinco años, para el caso que sean solicitados por la sede judicial....”.

En consonancia con dicha norma, en vía administrativa, el Sr. Inspector del Trabajo y de la Seguridad Social de la época, por resolución del 10 de marzo de 2011, dispuso que se “...entreviste personalmente a los trabajadores....sobre la existencia de los hechos denunciados de represión sindical. Se sugiere realizar el interrogatorio a cada uno de los trabajadores por separado y desde un lugar ubicado en forma separada del lugar donde están ellos trabajando. 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 identificará a cada uno de los deponentes conforme al número asignado en el acta anexada al expediente. a su vez se sugiere el siguiente interrogatorio.....” etc. (fs. 6 y 7 A.A.).

En la recepción de los testimonios de los trabajadores de Divino S.A., los inspectores actuantes cumplieron escrupulosamente lo dispuesto por el acto administrativo que parcialmente viene de transcribirse, conforme resulta de fs. 9 y ss. A.A.

Y bien.

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 2º del artículo 8º 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 1º).

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” (Cfme. Sentencia No. 554/2016).

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

Por tales fundamentos, y atento a lo preceptuado en el art. 309 de la Constitución Nacional, y arts. 23, 24 y 25 del Decreto-Ley No. 15.524, el Tribunal, 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 suma de \$ 25.000 (pesos uruguayos veinticinco mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Ricardo Marquisio (Sec. Letrado).

Discordia de la Dra. Castro. Discorde: *Por considerar que corresponde desestimar la pretensión anulatoria deducida.*

1. *Mi primera 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 violatoria 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.*

En el caso, se imputa a la empresa actora haber incurrido en actos de persecución, discriminación e injerencia sindical para obstaculizar el desarrollo de la actividad del sindicato "Comité de Base de la UNTMRA de JAMES S.A." y de algunos de sus integrantes. 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 sobre los puntos especificados "previa aclaración del procedimiento de resguardo de su identidad" (fs. 13 de los AA). Esa identidad fue relevada en acta separada y reservada. 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 declaren y no su identidad. Recogidos los testimonios, la accionante tuvo pleno acceso a la

prueba -salvaguardando sólo la identidad del declarante- y evacuó varias vistas conferidas durante el procedimiento administrativo sustanciado (fs. 76-84v., 164-166v., 245 de los AA) en las que pudo ofrecer y aportar profusa prueba, tanto documental (fs. 88-153 de los AA) como testimonial (fs. 234-237 de los AA). 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 No. 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 institucional que afecta el ejercicio de la libertad sindical.

*Es preciso recordar que el **Convenio Internacional de Trabajo No. 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 1º 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 9º 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 a 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).

Analizado el cúmulo probatorio, se encuentra plenamente acreditado el mal clima de relacionamiento laboral existente entre distintos actores dentro de la empresa accionante (fs. 88-98 de los AA); que da lugar a

indicios múltiples y concurrentes indicativos de que la empleadora ha opuesto trabas u obstáculos -más explícitas o más sutiles- para evitar la actividad de organización gremial dentro de la empresa.

En ese sentido: a) la situación respecto al traslado del Sr. Adolfo MACHADO, Secretario General del Sindicato es ilustrativa de lo expuesto por la doctrina. Dicho dirigente sindical fue trasladado de su lugar de trabajo habitual en la fábrica (lugar donde cumplen tareas la mayoría de los afiliados al sindicato según lo constatado por la inspección realizada), hacia una sección ubicada fuera de la planta principal de la empresa, aislado prácticamente del resto del personal. La empresa alegó problemas de productividad en el trabajador, pero diversos testigos acreditaron que la verdadera causa se debió a su militancia gremial (fs. 17, 29, 39, 43, 47, 53, 61, 65 de los AA).

b) preguntados acerca de si la empresa impide la asistencia sindical a los trabajadores que la solicitan (pregunta f del interrogatorio), la mayoría de los testigos respondió afirmativamente (AA fs. 17, 25, 27, 29, 33, 37, 39, 43, 61, 63, 65, 67, 71).

c) en cuanto a la integración de la Comisión de Seguridad y Salud de la empresa de acuerdo a lo establecido en el Decreto 291/007, no se controvierte -y resulta fehacientemente acreditado- que la empresa eligió a los representantes de los trabajadores, violentando así el espíritu bipartito y paritario de dicha Comisión, claro ejemplo de injerencia sindical.

d) surge acreditado por la mayoría de los testigos, que hubo un aumento salarial diferencial que perjudicó a los trabajadores sindicalizados. Mientras los trabajadores no afiliados recibieron un plus en su sueldo por encima del laudo, los trabajadores agremiados cobraron

de acuerdo al laudo del Consejo de Salarios respectivo (AA fs. 15, 17, 21, 27, 29, 33, 39, 61).

e) existe íntima relación con la pérdida de la partida de presentismo por los trabajadores sindicalizados que realizaron unos días de huelga, tema que recientemente ha analizado el Tribunal en Sentencias Nos. 690/2015 y 45/2016. Allí se cuestiona el reglamento unilateral de la empresa que, descontando el mes entero de dicha partida (20% del sueldo), tiene el propósito de desestimular las medidas de huelga gremial.

En suma, resulta que, mediante el otorgamiento de estímulos económicos, la empleadora pretende desalentar la actividad sindical en el seno de su empresa.

Como se ha señalado en Sentencia No. 221/2013, “tales 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.”

En suma, en base a las pruebas agregadas, analizados y valorados los hechos a la luz de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, muestran de modo inequívoco 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. Tampoco el monto de la sanción luce desproporcionado ya que de

acuerdo al inc. 4° del art. 293 de la Ley 15.903 (en redacción dada por el art. 412 de la Ley 16.736) “en los casos en que la sanción a imponer tenga como fundamento la infracción a las disposiciones de los Convenios Internacionales del Trabajo Nos. 87 y 98 referentes a la libertad sindical, la base de cálculo se determinará de acuerdo al número total de trabajadores de la infractora” que, en el caso, es una fábrica de unos 200 trabajadores, tal como reconoce la propia empresa actora.