

EL FUERO SINDICAL ESTÁ SUJETO A LA CONDICIÓN SUSPENSIVA DE COMUNICARSE AL EMPLEADOR LA CELEBRACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUTIVA

(Sentencia de la Corte Suprema, Rol Nº 829-2011, 22/12/2011)

EDUARDO YÁÑEZ MONJE¹

La constitución de un sindicato supone algunas condiciones y requisitos. En primer lugar, debe constituirse en una asamblea que reúna el quórum mínimo de trabajadores (227 y 228 del Código del Trabajo). En segundo lugar, dicha asamblea constitutiva debe necesariamente celebrarse ante un ministro de fe (221 del Código del Trabajo). En tercer lugar, en dicha asamblea deben aprobarse los estatutos del sindicato, elegir el directorio, levantar acta de lo obrado, que conste en dicha acta la nómina de los asistentes, y los nombres y apellidos de los miembros. En cuarto lugar, y por último, el directorio sindical debe depositar en la Inspección del Trabajo el acta original de constitución del sindicato y dos copias de sus estatutos certificadas por el ministro de fe actuante, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de la asamblea (222 del Código del Trabajo).

Al respecto, el artículo 224 del Código del Trabajo, señala que “[d]esde el momento en que se realice la asamblea constitutiva, los miembros de la directiva sindical mencionada en el inciso tercero del artículo 235 gozarán del fuero a que se refiere el artículo 243”, y el inciso 2º agrega que: “[n]o obstante cesará dicho fuero si no se efectuare el depósito del acta constitutiva dentro del plazo del artículo 222”; sanción naturalmente lógica en el entendido que el propio artículo 222, establece que si el depósito se efectúa fuera de plazo deberá procederse a una nueva asamblea constitutiva, por lo tanto, la anterior no produjo efectos [entre ellos el de proveer de fuero a sus dirigentes].

Y para terminar con la cita del articulado correspondiente, el artículo 225 señala que: “[e]l directorio sindical comunicará por escrito a la administración de la empresa, la celebración de la asamblea de constitución y la nómina del directorio y quienes dentro de él gozan de fuero, dentro de los tres días hábiles laborales siguientes al de su celebración”.

El artículo 225 del Código del Trabajo fue utilizado por la Corte Suprema para negar la acción de nulidad de despido de un trabajador supuestamente aforado, el cual fue despedido por su empleador, desconociendo que con posterioridad participaría en la constitución de un sindicato interempresa, en el cual sería elegido presidente. Los hechos de la causa consisten básicamente, en que el empleador despidió al trabajador con fecha 18 de marzo de 2010; luego, al 5 de abril de 2010 la empresa fue informada de la constitución del sindicato, asamblea constitutiva que se celebró el 26 de marzo del mismo año.

¹ Ayudante Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Frente a dicha hipótesis, la Corte Suprema razonó de la siguiente manera:

“[a]l efecto, cabe tener presente que la comunicación a que se refiere el artículo 225 del Código del Trabajo, tiene por objeto poner en conocimiento del empleador por parte de la organización sindical, de quienes se encuentran protegidos por el fuero establecido en el artículo 221 del mismo texto legal, por las consecuencias jurídicas que dicha protección acarrea, especialmente en relación con el empleador, pues entre otras significará que a quienes hayan concurrido a la celebración de la asamblea, por una parte y a quienes ostentan la calidad de directores, por la otra, no podrá despedírseles durante el período de vigencia del fuero, sino que para ello será necesario obtener del tribunal competente la autorización que se lo permita y de acuerdo con las causales que establece la ley”. [Considerando 4º de la sentencia de nulidad de la Corte Suprema; Rol Nº 829-2011, de 22 de diciembre de 2011].

Luego en la parte final del considerando 6º señala; “[e]n otros términos, dicho fuero es inoponible a este último debido a la ausencia de la comunicación exigida por la ley, como requisito esencial para hacer efectivo el fuero de que trata el artículo 221 del Código del Trabajo”.

La argumentación de la Corte Suprema amerita aprensiones de la más diversa índole. Para comenzar, pienso que el razonamiento del tribunal es equivocado por dos razones distintas, y para terminar, expondré cuál es la forma a mi juicio correcta de resolver el caso, que debería llevar eventualmente a la misma conclusión. Por lo tanto, mi comentario se dividirá en tres partes:

1. La Corte Suprema señala que la comunicación ordenada por el artículo 225 del Código del Trabajo tiene por objeto poner en conocimiento al empleador de las personas que gozarán de fuero según el artículo 221 del Código del Trabajo [debe recordarse que el artículo 221 inciso tercero del Código del Trabajo, otorga fuero desde los diez días antes hasta los treinta días después de la celebración de la asamblea constitutiva a todos los trabajadores que concurran a dicha constitución]. No obstante lo anterior, debe repararse que mediante dicha comunicación se pondrá en conocimiento al empleador respecto de tres cosas: a) de la celebración de la asamblea constitutiva, b) de la nómina del directorio sindical, y c) qué directores de dicha nómina cuentan con fuero [que no necesariamente son todos, sino las más altas mayorías relativas de acuerdo con el artículo 235]. Por lo tanto, el empleador no conocerá a través de dicha comunicación, quiénes son los trabajadores que gozan de fuero de acuerdo al artículo 221, a lo más conocerá los dirigentes sindicales, y dentro de ellos a los que gozan de fuero de acuerdo al artículo 243, no de acuerdo con el artículo 221.

Podrá decirse que mi aprensión es irrelevante en este caso, pues precisamente se trata de quien fue elegido presidente del sindicato interempresa. Eso es cierto, pero vale la pena detenerse aquí, pues es un argumento potencialmente utilizable para otro tipo de casos en que el trabajador despedido no sea parte de la dirigencia sindical. Si el trabajador concurre a la constitución de un sindicato, constitución que cumple todos los requisitos consignados en la primera parte de este comentario, goza *ipso facto* de fuero sindical, y si no se produce

la comunicación que ordena el artículo 225, podría dicha omisión afectar eventualmente a los dirigentes sindicales [si es que efectivamente el artículo 225 establece la pérdida del fuero], no al resto de los trabajadores que participaron de la asamblea constitutiva.

2. La aprensión N° 1 partía de la base de que el razonamiento era incorrecto en cuanto condiciona el fuero del artículo 221 del Código del Trabajo a la comunicación del artículo 225, suponiendo que –eventualmente– la falta de comunicación podría afectar el nacimiento del fuero a los dirigentes sindicales. Sin embargo, la omisión de la comunicación del artículo 225, en realidad no afecta el fuero de nadie. La aprensión N° 1 se sustentaba en una crítica al razonamiento literal de la Corte Suprema, pues si el artículo 225 condiciona algún fuero, dicho fuero no es el del artículo 221, pero en realidad, tampoco condiciona el fuero del artículo 243, propio de los dirigentes sindicales. Ello es así por cuanto el artículo 225 en ningún momento señala que la falta de comunicación hará perder el fuero a los dirigentes ni al resto de los involucrados.

Sobre esto ya han reparado varias sentencias, como por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 9 de junio de 2010, Rol N° 8-2010²; también, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 21 de diciembre de 2010, Rol N° 1023-2010³.

A *contrario sensu*, otras normas del Código sí condicionan la existencia del fuero a la comunicación efectuada al empleador y/o a la Inspección del Trabajo. En primer lugar, ya hemos mencionado el caso del artículo 224, que establece el cese del fuero de los dirigentes sindicales, en caso que el acta de constitución del sindicato no haya sido registrado en la respectiva Inspección del Trabajo dentro del plazo de quince días de efectuada la asamblea de constitución. En segundo lugar, el artículo 238 del Código del Trabajo, establece que los candidatos al directorio sindical gozarán del fuero establecido en el artículo 243 inciso primero, desde que el directorio en ejercicio comunique por escrito al empleador y a la Inspección del Trabajo la fecha en que deba realizarse la elección y hasta esta última. El artículo

² “El derecho a sindicalización está expresamente considerado en la Constitución Política, en el N° 19 del artículo 19. Por lo que, el fuero sindical es una garantía que beneficia a ciertos trabajadores para representar a sus pares, así estos no están sujetos a que su relación laboral pueda ser resuelta unilateralmente por el empleador. Por lo que y como base de la tutela de esa garantía, la ley exige que para que el desafuero proceda sea autorizado de manera previa y por resolución expresa del Juez del Trabajo, con conocimiento de causa. Por otra parte el trabajador goza de fuero desde su elección como representante sindical y no como resultado de la comunicación al empleador. A mayor abundamiento, el fuero es una cautela para la actividad sindical, sin este los dirigentes no podrían ejercer libremente sus funciones, como plantear inquietudes y peticiones de sus representados ante el patrón”; Considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 9 de junio de 2010, Rol N° 8-2010.

³ “Que las notificaciones aludidas en la norma precitada tienen por objeto comunicar al empleador quiénes son los trabajadores que gozan de fuero, para que el empleador respete los derechos que emanan, precisamente, de las calidades de dirigentes sindicales a los actores y no pretende, de manera alguna, dar o restar validez al fuero sindical que los ampara, el que existe por el solo hecho de haberse configurado la calidad de dirigentes desde la fecha de su elección como reza el artículo 243 del Código del trabajo, procurando de este modo el resguardo de la garantía constitucional del derecho esencial a la libertad sindical a que se obligan, por este mandato constitucional, los órganos del Estado”; Considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de diciembre de 2010, Rol N° 1023-2010.

238 agrega que dicha comunicación deberá hacerse con una anticipación no superior a 15 días a la fecha de la elección⁴.

A mayor abundamiento, si revisamos la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.759, que modificó el artículo 225 del Código del Trabajo, nos podremos percatar que los senadores Bombal, Díez, Pérez, Stange y Urenda, indicaron agregar un inciso final al artículo 225 del Código del Trabajo, que rezara de la siguiente manera: “La falta de notificación al empleador hará que los fueros le sean inoponibles.” Dicha indicación no tuvo éxito. Las modificaciones que sufrió el artículo 225 consistieron únicamente en agregar la frase “y quienes dentro de él gozan de fuero”, y la ampliación del plazo de un día hábil a tres días hábiles laborales para efectuar la comunicación⁵.

En consecuencia, dado que el artículo 225 no establece esta exigencia con el objeto el hacer oponible el fuero al empleador, asumimos que la Corte Suprema recurre forzosamente a elementos formales para solucionar un problema de fondo y mucho más complejo, esto es, el abuso de la constitución sindical con el solo objeto de proveer de fuero a los que participan en dicha constitución y evitar los despidos. A eso nos referiremos en el tercer acápite de este comentario.

3. El positivismo exégeta suponía que la norma jurídica debía aplicarse a todos aquellos casos que podían reconducirse a su tenor literal, con independencia si el caso concreto estaba o no cubierto por el objetivo final de la ley. Hoy por hoy, se tiende a aceptar [aunque con reservas] la derrotabilidad de las reglas, que consiste en una propiedad implícita y eventual de estas, en virtud del cual los casos aparentemente cubiertos por dichas normas pero que no forman parte o derechamente contrarían el objetivo político y social de la misma, quedan fuera de su ámbito objetivo de aplicación.

Recurrente es usar el ejemplo del parque que prohibía la entrada de vehículos; se discutió si dicha prohibición era aplicable a los niños que usaban patines o monopatines. Ciertamente los patines sirven como *medio de transporte de personas*, y eso corresponde a la definición de vehículo que da la RAE, pero es más o menos evidente, que la prohibición estaba dirigida a vehículos de mayor envergadura o probablemente motorizados.

⁴ Al respecto ver la sentencia de la Corte Suprema, de 9 de septiembre de 2010, Rol N° 4028-2010; “Que sin valorar la integridad de la prueba rendida, los sentenciadores se limitaron a decidir que el empleador al ignorar la existencia del fuero del actor debió suspender su despido hasta obtener autorización judicial pertinente y como no lo hizo, este fue nulo, decisión que se hizo sin apreciar la prueba rendida por el recurrente y en los términos exigidos por el legislador, esto es, no consideró la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso. El examen de tales elementos de juicio, conducía lógicamente a formar convicción del tribunal en orden a que el despido se produjo con anterioridad a la existencia de fuero y no este primero y luego el despido, dicho en otros términos, que al verificarse la desvinculación, el actor no estaba revestido de fuero alguno, porque la comunicación se produjo cuando este ya no era trabajador de la empresa”. [Considerando 8°].

⁵ Historia de la Ley N° 19.759; Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. 5 de octubre, 2001; pág. 522 y 523. www.bcn.cl; [visitado por última vez el 12 de noviembre de 2011].

La tesis de la derrotabilidad no es unánimemente aceptada por los teóricos del derecho, y sus límites, contornos y requisitos de aplicación se encuentran en permanente discusión⁶. Tres cosas diré en torno a su aplicación: a) cuando hablamos de derrotabilidad de reglas, suponemos que la regla deja de aplicarse por aplicación de la regla misma, esto es, su ámbito de aplicación *prima facie* es reducido en función de su ámbito de aplicación objetivo constituido por su finalidad política o social. Esto es importante, pues esta tesis puede ser confundida con la defendida por el neoconstitucionalismo, en virtud del cual las reglas son derrotadas por circunstancias exógenas, denominadas principios o normas de derecho fundamental; b) no es posible derrotar una regla si no existe claridad acerca de su finalidad política o social; c) de no aceptarse la tesis de la derrotabilidad de la regla, volcaríamos el sistema jurídico a la etapa exégeta del positivismo, lo que lo hace insostenible y proclive a ser seducido por las tentaciones del neoconstitucionalismo.

Concentrados ahora sobre este caso concreto, es evidente que las normas sobre fuero sindical es aplicable al caso normal, en que dirigentes y trabajadores afiliados usan el sindicato para los fines que naturalmente les corresponde [como aquellos enumerados en el artículo 220 del Código del Trabajo u otra finalidad legítima en atención a que la enumeración no es taxativa], pero no es aplicable al caso extravagante, en que es usado como escudo contra el despido, pero sin la intención de llevar a cabo actividad sindical.

Este razonamiento nada tiene de peculiar, pues ya lo ha dicho la Dirección del Trabajo en dictamen N° 5357/245, de 12 de diciembre de 2003, en que se le consulta por el caso del trabajador que constituye un sindicato sin la intención de desplegar actividad sindical, sino con el objeto de lograr permanencia en la empresa. Al respecto la Dirección dijo:

“la finalidad que tuvo en vista el legislador para establecer el fuero de que gozan los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, ha sido la de fomentar la actividad sindical, procurando la debida protección de los constituyentes de una organización, otorgándoles estabilidad laboral durante los períodos previo e inmediatamente posterior a dicha constitución”. Y, además, agrega; “[n]o obstante, lo expresado en párrafos que anteceden en caso alguno puede importar la utilización de dicha norma para amparar situaciones como las descritas por el recurrente, que implican una transgresión a los fundamentos que se tuvo en vista para su establecimiento”.

En consecuencia, el trabajador no podrá hacer uso del fuero, pues, en palabras de un célebre tratadista, “el ejercicio de este [derecho] contraría a su espíritu y el fin para el cual fue otorgado o reconocido por el ordenamiento jurídico”. Así es como Alessandri define el abuso del derecho⁷.

⁶ Al respecto existe abundante bibliografía, en este caso podemos citar a CARACCILO, Ricardo, “Normas derrotables: La concepción de Carlos Alchourrón”, en: *Análisis filosófico* [online], 2006, vol.26, n.1, pp. 156-177. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php> [Sitio web consultado el 11 de noviembre de 2011].

⁷ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 349.

La dificultad reside en convencer al tribunal de que la constitución se produce con el solo objeto de lograr permanencia en la empresa y no de llevar a cabo actividad sindical. Sobre esto es probable que no exista ninguna prueba directa, en cuyo caso, el juez deberá utilizar la técnica de las presunciones judiciales a que se refiere el artículo 1712 del Código Civil, y deducir dicha circunstancia de los hechos que rodean al caso, siempre y cuando constituyan presunciones graves [que el hecho a probar se deduzca de este en forma evidente], precisas [que no sean vagas o difusas] y concordantes [que exista armonía entre las distintas presunciones]⁸.

⁸ Al respecto ver DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*—4ª edición—. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 431.